

# MARITUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Lotte Tvedt

## Grenseløse helsetjenester

Om norske myndigheters kompetanse til å begrense norske pasienters rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat

# Grenseløse helsetjenester

Om norske myndigheters kompetanse  
til å begrense norske pasienters rett til å motta  
helsetjenester i en annen EØS-stat

Lotte Tvedt



Marlus nr. 501  
Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2018

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs)

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang

e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen

– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: [post@bokbyen.no](mailto:post@bokbyen.no)

Print: 07 Media AS

# Forord

Denne avhandlingen er basert på min helårs masteroppgave som ble levert ved Universitetet i Oslo våren 2018. Oppgaven ble bedømt ved Nordisk institutt for sjørett (NIFS). Oppgaven ble skrevet mens jeg var stipendiat i Stortingets utredningsseksjon, samtidig som jeg også var tilknyttet fagmiljøet ved Senter for europarett.

Hvorvidt den norske stat har kompetanse til å begrense norske pasienters rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat, er et spørsmål av stor viktighet både for den enkelte pasient, og for velferdsstatens videre organisering. Særlig ettersom velferdsstaten i dag er under økt press, er det ikke gitt at det er i norsk interesse å skulle betale for at norske pasienter benytter seg av andre EØS-staters helsetilbud. Til dette kommer at oppgavens tema ble ytterligere aktualisert ved at ESA i en grunnlagt uttalelse i september 2017 hevdet at Norge ikke oppfyller sine EØS-rettslige forpliktelser ved å ikke i tilstrekkelig grad tilrettelegge for pasienter som ønsker behandling i andre land. Hvorvidt saken blir brakt inn for EFTA-domstolen, er per dags dato ikke avklart, men om så skjer, vil reglene som behandles i denne avhandlingen stå helt sentralt.

Jeg står i særlig takknemlighetsgjeld til professor Finn Arnesen, som gjennom kyndig veiledning og stadig oppmuntring er hovedårsaken til at masteroppgaven ble ferdig i tide. Videre vil jeg takke alle mine kolleger i Stortingets utredningsseksjon, og da særlig Tone Aursland som har bidratt med mange gode faglige innspill. En særlig takk må også rettes til mine medstipendiater i seksjonen, Ida Marie Andenæs Galtung og Ida Lovise Gjeset. Jeg har også fått god hjelp av stortingsbibliotekar Kari Gyllander i forbindelse med kildesøk. Til sist må jeg takke Marie Lohnås Nygaard, som har bidratt med all mulig praktisk hjelp gjennom hele skriveperioden.

Oslo, juli 2018

Lotte Tvedt



# Innhold

FORORD.....	3
-------------	---

## **Del I Innledning.....9**

KAPITTEL 1 BAKGRUNN.....	9
--------------------------	---

KAPITTEL 2 UTENLANDSBEHANDLINGERS UTBREDELSE OG BETYDNING.....	10
---	----

2.1 Omfanget av behandlinger foretatt i andre EØS-stater .....	10
--	----

2.2 Årsaker til at en pasient ønsker behandling i en annen EØS-stat .....	11
---	----

2.3 Betydningen av en økt pasientflyt ut av Norge.....	12
--	----

KAPITTEL 3 BEGREPSAVKLARING .....	14
-----------------------------------	----

3.1 Norsk .....	14
-----------------	----

3.2 Pasient .....	15
-------------------	----

3.3 Helsetjenester .....	15
--------------------------	----

KAPITTEL 4 DEN VIDERE FREMSTILLING .....	16
--	----

## **Del II Restriksjoner på tjenestefriheten etter EØS-avtalen..... 18**

KAPITTEL 5 KORT OM EØS-AVTALEN OG TJENESTEFRIHET .....	18
--	----

KAPITTEL 6 HOVEDREGELN OM TJENESTEFRIHET.....	20
---	----

6.1 Innledning.....	20
---------------------	----

6.2 Om tjenestefriheten og helsetjenester.....	20
--	----

6.3 Nærmere om betalingsvilkåret og helsetjenester.....	22
---	----

6.4 Tjenestefrihetens virkeområde, krav til et grenseoverskridende element .....	25
---	----

6.5 Restriksjonsforbudets innhold og betydning .....	26
--	----

KAPITTEL 7 UNNTAK FRA RESTRIKSJONSFORBUDET .....	28
--	----

7.1 Innledning.....	28
---------------------	----

7.2 Legitime hensyn .....	29
---------------------------	----

7.2.1 Innledning.....	29
-----------------------	----

7.2.2 Hensyn angitt i EØS-avtalen.....	30
--	----

7.2.3 Domstolsskapte hensyn.....	32
----------------------------------	----

7.3	Proporsjonalitet .....	34
7.3.1	Innledning.....	34
7.3.2	Det tillatte beskyttelsesnivå.....	35
7.3.3	Egnethet.....	36
7.3.4	Nødvendighet.....	39
7.3.4.1	Generelt.....	39
7.3.4.2	Særlig om enkeltvedtak ved krav om forhåndsgodkjennelse.....	42
7.4	Veien videre .....	43

## **Del III Krav til forhåndsgodkjennelse .....44**

KAPITTEL 8	INNLEDNING .....	44
------------	------------------	----

KAPITTEL 9	OM FORHÅNSGODKJENNELSE SOM VILKÅR FOR REFUSJON.....	45
------------	---	----

KAPITTEL 10	RELEVANTE EØS-RETTLIGE REGLER .....	46
-------------	-------------------------------------	----

10.1	EØS-avtalens hoveddel.....	46
10.2	EUs trygdeforordning.....	48
10.2.1	Innledning.....	48
10.2.2	Planlagt behandling.....	49
10.2.3	Akuttbehandling.....	51
10.3	EUs pasientrettighetsdirektiv.....	51
10.3.1	Om direktivet.....	51
10.3.2	Generelt om direktivets innhold.....	52
10.3.3	Hvilke helsetjenester direktivet omfatter.....	54

KAPITTEL 11	ORDNING MED FORHÅNSGODKJENNELSE SOM VILKÅR FOR RETT TIL REFUSJON .....	59
-------------	--	----

11.1	Om restriksjonstypen.....	59
11.2	Begrunnelse i et legitimt hensyn.....	61
11.2.1	Innledning.....	61
11.2.2	Hensynet til opprettholdelsen av en stabil lege- og sykehustjeneste ....	61
11.2.2.1	Grunnvilkåret om særlige situasjoner som forutsetter planlegging .....	61
11.2.2.2	Innleggelse i sykehus.....	63
11.2.2.3	Behandlinger som forutsetter bruk av avansert medisinsk utstyr .....	65
11.2.3	Hensynet til pasienten eller befolkningens sikkerhet .....	66
11.2.4	Hensynet til behandlingens kvalitet .....	68
11.3	Beskyttelsesnivå.....	69

11.4	Egnethet og nødvendighet .....	70
11.4.1	Generelt.....	70
11.4.2	Særlige krav til saksbehandlingen.....	71
KAPITTEL 12 ENKELTVEDTAK OM NEKTELSE AV FORHÅNDSGODKJENNELSE.....		73
12.1	Innledning.....	73
12.2	Begrunnelse i legitime hensyn .....	74
12.2.1	Tilsvarende behandling kan ytes i hjemstaten .....	74
12.2.2	Pasienten eller befolkningens sikkerhet.....	75
12.3	Beskyttelsesnivå.....	76
12.4	Egnethet og nødvendighet .....	77
KAPITTEL 13 OM KRAV TIL FORHÅNDSGODKJENNELSE BEGRUNNET I FRYKT FOR SPREDNING AV ANTIBIOTIKA-RESISTENTE BAKTERIER.....		78
13.1	Innledning.....	78
13.1.1	Bakgrunn.....	78
13.1.2	Om den tenkte norske restriksjonen.....	80
13.2	Ordningen med krav til forhåndsgodkjenning .....	81
13.2.1	Hindring av utøvelse av tjenestefriheten.....	81
13.2.2	Begrunnelse i legitime hensyn .....	81
13.2.3	Beskyttelsesnivå .....	82
13.2.4	Egnethet.....	84
13.2.5	Nødvendighet.....	86
13.3	Enkeltvedtak om nektelse av forhåndsgodkjenning .....	90
13.3.1	Innledning.....	90
13.3.2	Begrunnelse i legitime hensyn .....	91
13.3.3	Beskyttelsesnivå .....	91
13.3.4	Egnethet.....	92
13.3.5	Nødvendighet.....	93
KAPITTEL 14 SAMMENFATNING, SAMTYKKEORDNINGER OG TJENESTEFRIHET .....		95
<b>Del IV Kriminalisering av mottakelse av enkelte helsetjenester....</b>		<b>97</b>
KAPITTEL 15 INNLEDNING.....		97
KAPITTEL 16 KRIMINALISERING AV MEDVIRKNING TIL EUTANASI.....		98



16.1	Innledning.....	98
16.1.1	Begrepsavklaring.....	98
16.1.2	Den belgiske regulering .....	100
16.2	Det norske strafferettslige ansvar .....	102
16.2.1	Straffebudene .....	102
16.2.2	Eutanasibehandlingen.....	103
16.2.3	Medvirkning til eutanasihandlingen.....	103
16.2.4	Straffebudenes betydning .....	106
16.3	Forbudet mot medvirkning til eutanasihandlingen og EØS-retten.....	107
16.3.1	Innledning.....	107
16.3.2	Eutanasihandlingen som tjeneste.....	107
16.3.3	Hvorvidt det foreligger en restriksjon .....	108
16.4	Unntaksadgangen.....	110
16.4.1	Innledning.....	110
16.4.2	Begrunnelse i legitime hensyn .....	110
16.4.3	Beskyttelsesnivå .....	113
16.4.4	Egnethet.....	113
16.4.5	Nødvendighet.....	114
KAPITTEL 17 KRIMINALISERING AV PASIENTERS KJØP AV SEKSUELLE TJENESTER OG MEDVIRKNING TIL DETTE .....		116
17.1	Innledning.....	116
17.1.1	Om problemstillingen og dens betydning .....	116
17.1.2	Norsk kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester.....	118
17.2	Pasienters adgang til å kjøpe seksuelle tjenester etter dansk rett .....	119
17.2.1	Den danske ordning .....	119
17.2.2	Ordningens betydning for norske personer .....	120
17.3	Forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester og EØS-retten .....	121
17.3.1	Innledning.....	121
17.3.2	Hvorvidt det foreligger en tjeneste og en restriksjon .....	121
17.4	Unntaksadgangen.....	122
17.4.1	Begrunnelse i legitime hensyn .....	122
17.4.2	Beskyttelsesnivå .....	126
17.4.3	Egnethet.....	128
17.4.4	Nødvendighet.....	130
KAPITTEL 18 SAMMENFATNING, KRIMINALISERING.....		132

## **Del V Avslutning ..... 135**

KAPITTEL 19 AVSLUTNING .....	135
19.1 Innledning.....	135
19.2 Krav til forhåndsgodkjenning .....	135
19.3 Kriminaliseringer.....	138
19.4 Avhandlingens betydning for løsningen av lignende problemstillinger .....	139

## **Del VI Kilder ..... 141**

KAPITTEL 20 KILDER .....	141
20.1 Lovgivning.....	141
20.1.1 Norsk lovgivning.....	141
20.1.2 Norske forskrifter .....	142
20.1.3 EØS-lovgivning .....	143
20.1.4 Nasjonal utenlandsk lovgivning.....	145
20.1.5 Øvrige internasjonale instrumenter .....	145
20.2 Rettspraksis .....	145
20.2.1 Praksis fra norske domstoler .....	145
20.2.2 Praksis fra EU-domstolen.....	146
20.2.3 Generaladvokatens forslag til avgjørelser .....	151
20.2.4 Praksis fra EFTA-domstolen .....	152
20.2.5 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol .....	152
20.2.6 Praksis fra engelske domstoler.....	153
20.3 Norske lovforarbeider.....	153
20.3.1 Ordinære forarbeider .....	153
20.3.2 Stortingsvedtak.....	154
20.4 Øvrige offentlige dokumenter .....	155
20.4.1 Norske dokumenter .....	155
20.4.2 EU-rettslige dokumenter .....	155
20.4.3 Danske dokumenter.....	156
20.5 Øvrig litteratur .....	156
20.5.1 Bøker .....	156
20.5.2 Artikler .....	158
20.5.3 Nettsider .....	158



# Del I Innledning

## Kapittel 1 Bakgrunn

I 2016 oppsøkte 70 % av den norske befolkning en allmennlege én eller flere ganger.<sup>1</sup> Året etter sysselsatte spesialisthelsetjenesten i overkant av 114.000 personer, hvorav de langt fleste må antas å være norske, samtidig som de totale driftskostnader i gjennomsnitt beløp seg til 26.400 kroner per innbygger.<sup>2</sup> Helsevesenet spiller altså en stor rolle ikke bare for enkeltmenneskets liv og helse, men også for det norske samfunn som sådant. Organiseringen og finansieringen av helsetjenestene er i dag en viktig statlig oppgave, samtidig som antallet nordmenn som har en privat helseforsikring har steget dramatisk det siste tiåret.<sup>3</sup> Dette illustrerer hvordan helsesektoren er et felt i utvikling, hvor offentlige og private interesser til dels er begynt å konkurrere mot hverandre. Også mellom pasientgrupper kan det sies å foreligge en konkurransesituasjon; enhver ønsker å bli tilbudt den best mulige behandlingen raskest mulig, men ettersom både de økonomiske, tekniske og menneskelige ressursene er begrenset, må det daglig foretas prioriteringer.

Tradisjonelt har prioriterings spørsmål i helsevesenet vært avgjort nasjonalt, og det har vært en uuttalt forutsetning at langt de fleste norske pasienter skal motta helsehjelp her i landet. Helsemyndighetene har angitt faglige retningslinjer for prioritering, og disse er blitt fulgt. Denne modellen kan i dag ikke bare bli utfordret av at pasienter kan kjøpe private helsetjenester, og således «betale seg forbi» de offentlige køer, men også av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

---

<sup>1</sup> Jf. Statistisk sentralbyrå (2017).

<sup>2</sup> Jf. Statistisk sentralbyrå (2018).

<sup>3</sup> Se Christiansen (2017).

Gjennom sin tilslutning til EØS-avtalen, har Norge nemlig forpliktet seg til å sikre at tjenester fritt kan bevege seg over landegrensen innad i EØS-området. Nasjonale regler skal gjelde tilsvarende for tjenester med og uten et grensekryssende element. Dette gjelder som utgangspunkt også for helsetjenester, noe som er nærmere utpenslet i EUs trygdeforordning og pasientrettighetsdirektiv.<sup>4</sup>

Tjenestefriheten kan allikevel på gitte vilkår begrenses, og problemstillingen for denne avhandlingen er derfor i hvilken grad norske myndigheter har kompetanse til å begrense norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater på like vilkår som om tjenesten var ytet i Norge. Det er kun selvvalgte utenlandsbehandlinger som drøftes, og altså ikke hva som gjelder for behandlinger som tilbys etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b fjerde og femte ledd. Oppgaven omhandler kun retten til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, og ikke hvilke regler som nærmere gjelder ved behandlingen, herunder krav til journalføring og -innsyn, informasjon til pasienten, samt ansvarsregler ved erstatningsbetingende handlinger.

## **Kapittel 2 Utenlandsbehandlings utbredelse og betydning**

### **2.1 Omfanget av behandlinger foretatt i andre EØS-stater**

Det finnes ingen fullstendig oversikt over hvor mange norske pasienter som årlig har mottatt helsetjenester i en annen EØS-stat. Dette skyldes at de behandlinger som hyppigst mottas er blant dem pasienten selv finansierer, herunder særlig tannbehandlinger, og slike behandlinger føres det foreløpig ikke noe register over. For behandlinger pasienten

---

<sup>4</sup> Nærmere om helsetjenester og tjenestereglene, se oppgavens kapittel 6.2.

helt eller delvis ville ha fått dekket i Norge, er det imidlertid utarbeidet oversikt over folketrygdens utgifter i forbindelse med behandlinger i andre EØS-stater. Av denne fremgår det at det samlede refusjonsbeløpet har økt betraktelig fra 2011 og til i dag.<sup>5</sup> Dette skyldes trolig for en stor del innføringen av EUs pasientrettighetsdirektiv, men også den økte bevisstheten i befolkningen om adgangen til å få refundert kostnader i forbindelse med utenlandsbehandling.

Selv om det ikke finnes sikre tall, er det grunn til å anta at økningen av antall pasienter som mottar privatfinansierte helsetjenester i en annen EØS-stat er høyere enn for offentlig finansierte tjenester.<sup>6</sup> Bruken av begrepet «helseturisme», som viser til planlagte behandlinger som gjerne foretas i forbindelse med feriereiser,<sup>7</sup> har hatt en nærmest eksplosiv vekst,<sup>8</sup> og det samme har reiser hvor mottakelse av helsehjelp er det eneste formålet. Det er ikke lengre uvanlig å dra til Ungarn for å motta tannbehandling, eller til Tyskland for å få mer avansert kreftbehandling enn hva som tilbys i Norge. Slike behandlinger er som regel planlagte, men de kan også gis for å dekke et akutt behov som oppstår etter at pasienten har reist ut fra Norge.

## 2.2 Årsaker til at en pasient ønsker behandling i en annen EØS-stat

Det kan være flere årsaker til at en norsk pasient ønsker å motta helse-tjenester i et annet land enn hvor han eller hun selv hører hjemme. For det første kan det selvsagt skyldes at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat når behandlingsbehovet oppstår, enten fordi personen er på ferie, eller fordi han eller hun er bosatt der, og det er mest praktisk å gjennomføre behandlingen der pasienten oppholder seg. Tilsvarende kan gjelde for personer som bor nær grensen til et annet land, slik at det er

---

<sup>5</sup> Jf. Helsedirektoratet (2017).

<sup>6</sup> For tannhelsetjenester, se Mæland (2015).

<sup>7</sup> Jf. Det Norske Akademis ordbok (ingen dato).

<sup>8</sup> Et søk på begrepet i Retriever viser at det er registrert brukt til sammen 3 ganger i norske papiraviser før 1. januar 2005, mens det etter denne datoen er blitt brukt 268 ganger.

mer praktisk å motta helsetjenester i nabolandet.<sup>9</sup> Andre vanlige årsaker til pasientmobilitet er at kvaliteten på helsetjenesten som mottas anses å være bedre enn i pasientens hjemstat og/eller at pasientens kostnader i forbindelse med den er lavere enn i hjemlandet. Pasienten kan også ha hatt positive opplevelser med slik behandling før, eller kjenner noen som har hatt det.<sup>10</sup> De mest populære behandlingslandene blant norske pasienter som har mottatt helsetjenester i et annet EØS-land, og hvor (en del av) kostnadene refunderes av den norske staten, er Spania, Tyskland, Frankrike og Polen.<sup>11</sup>

Selv om antallet norske personer som har fått refundert kostnader påløpt i forbindelse med behandlinger i andre EØS-stater har økt, utgjør slike refusjoner fremdeles en svært liten del av det samlede norske helsebudsjettet.<sup>12</sup> Tilsvarende utvikling gjelder for de øvrige EU- og EFTA-landene.<sup>13</sup> Det antas imidlertid at det vil skje en betydelig vekst i forekomsten av grensekryssende helsetjenester innenfor EØS-området de neste årene, særlig som følge av EUs pasientrettighetsdirektiv.<sup>14</sup> Det er grunn til å tro at det samme vil gjelde i Norge, og at det til en viss grad allerede er skjedd for helsetjenester pasientene selv dekker, og som det ikke finnes noen offisiell oversikt over.

## 2.3 Betydningen av en økt pasientflyt ut av Norge

Utviklingen beskrevet i kapittel 2.2 viser at avhandlingens tema allerede har relevans for noen pasienter, og trolig vil være det for enda flere i fremtiden. Dette skyldes for det første at det handlingsrom EØS-rettslige regler overlater norske myndigheter samtidig snevre inn den enkelte pasients rettigheter og valgmuligheter i forbindelse med hvilken behandling vedkommende skal motta. Samtidig vil handlingsrommet også ha betydning

---

<sup>9</sup> Jf. EU-kommisjonen (2016). Se eksempelvis om samarbeid om helsetjenestene på grensen mellom Nederland og Belgia i Rosenmöller m.fl. (red.) (2006), s. 101.

<sup>10</sup> Se Levaggi og Montefiori (red.) (2014), s. 58.

<sup>11</sup> Jf. Helsedirektoratet (2017).

<sup>12</sup> Jf. senest Helfo (2018).

<sup>13</sup> Se senest EU-kommisjonen (2016).

<sup>14</sup> Jf. Levaggi og Montefiori (red.) (2014), s. 180.

for de pasientene som ønsker å benytte seg av helsetjenestetilbudet i Norge, ettersom dettes kvalitet og stabilitet kan bli berørt av at flere og flere pasienter mottar behandling i andre land.<sup>15</sup>

Det er ikke gitt at økt pasientmobilitet vil innebære et bedre helse-tilbud i Norge,<sup>16</sup> særlig fordi det vil være vanskeligere å bygge opp gode helsetjenester i en stat hvor en del av helsebudsjettet går med til å finansiere helsetjenester levert i andre nasjonale helsesystemer. Dette kan dels følge av at behandlingstilbudet må reduseres som følge av mangel på økonomiske ressurser, men på sikt vil en «pasientflukt» også kunne innebære en reduksjon i den helsefaglige kompetanse i den enkelte stat.<sup>17</sup> Dette vil særlig gjelde for sjeldne tilstander hvor det alt i dag finnes få med den nødvendige kompetanse på de ulike feltene. Et redusert behov for helsepersonell vil også kunne ha betydning for sysselsettingen, tatt i betraktning hvor mange som i Norge i dag arbeider i helsesektoren.

Andre, og mer spesifikke, bivirkninger av økt pasientmobilitet over landegrensene, kan være en økt fare for overføring av smittsomme sykdommer,<sup>18</sup> og faren for at norske pasienter skal motta helsetjenester som i Norge ikke tilbys, og som pasientene også nektes å motta i andre EØS-stater, av moralske og etiske årsaker.

Alle disse mulige virkningene er argumenter som kan tale for at den norske stat for fremtiden vil kunne ønske å begrense norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, eller å begrense den økonomiske stønaden slike pasienter i dag har krav på. Slik begrensning er alt ønsket av flere politiske partier.<sup>19</sup> Samtidig vil pasientmobilitet også kunne ha flere positive ringvirkninger, blant annet ved at det kan stimulere til forbedringer i de nasjonale behandlingstilbudene.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Jf. Hervey og McHale (2015), s. 85.

<sup>16</sup> Jf. Levaggi og Montefiori (red.) (2014), s. 182 flg., se særlig s. 195.

<sup>17</sup> Om disse momentene, se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 72 til 74.

<sup>18</sup> Jf. dokument nr. 8:2 S (2016–2017).

<sup>19</sup> Se mindretallets forslag i Innst. 99 S (2014–2015).

<sup>20</sup> Se Hervey og McHale (2015), s. 81 og 126.



## Kapittel 3 Begrepsavklaring

### 3.1 Norsk

Avhandlingens problemstilling omhandler «norske» pasienter. Dette skal ikke forstås som en henvisning til statsborgerskap, men til hvilke personer som har rett til de enkelte helse- og omsorgstjenestene i Norge.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-2 har enhver person som oppholder seg i riket krav på nødvendige helse- og omsorgstjenester etter loven. Dette utgangspunktet begrenses imidlertid i forskrift om tjenester til personer uten fast opphold (heretter «forskriften»<sup>21</sup>). Etter forskriften er det kun personer som har lovlig opphold i riket, og som enten oppholder seg her fast, er medlem i folketrygden, eller som er såkalte konvensjonspasienter som har fulle rettigheter, jf. forskriftens § 2.

Samtidig har alle som oppholder seg i Norge, uavhengig av om oppholdet er lovlig, allikevel rett til øyeblikkelig hjelp,<sup>22</sup> helsehjelp som ikke kan eller bør vente, helsehjelp i forbindelse med fødsel eller svangerskapsavbrudd, samt smittevernhjelp.<sup>23</sup> Personer som har fast opphold har også rett til vurdering fra spesialisthelsetjenesten,<sup>24</sup> og til enkelte omsorgstjenester.<sup>25</sup> Barn som har fast opphold, men som ikke oppfyller kravene i forskriftens § 2, har utvidede rettigheter etter forskriftens § 4.

Dette illustrerer at omfanget av personkretsen som i denne oppgaven betegnes som «norske» varierer etter hvilke helse- og omsorgstjenester det er snakk om. Hvordan de beskrevne reglene skal tolkes og anvendes i praksis, faller utenfor oppgavens område. I det følgende legges det til grunn at pasientens rettighetsstatus i hvert enkelt tilfelle er avklart.

---

<sup>21</sup> Se forskrift av 16. desember 2011 nr. 1255.

<sup>22</sup> Jf. forskriften § 3.

<sup>23</sup> Jf. forskriften § 5 litra a til e.

<sup>24</sup> Jf. forskriften § 1.

<sup>25</sup> Jf. forskriften § 6.

## 3.2 Pasient

Et annet sentralt begrep for avhandlingens problemstilling, er «pasient». I pasient- og brukerrettighetsloven skal dette forstås som enhver person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som tilbys slik hjelp av helse- og omsorgstjenesten.<sup>26</sup> Etter EUs pasientdirektiv, som må antas å gi uttrykk for en mer almen EØS-rettslig definisjon, skal en pasient tilsvarende forstås som en som benytter, eller ønsker å benytte, helsetjenester som tilbys i en EØS-stat.<sup>27</sup>

I avhandlingen vil «pasient» forstås i tråd med disse definisjonene. Det avgjørende er altså om personen ønsker å motta en helsetjeneste, ikke om vedkommende har et uomtvistet medisinsk behov for dette, eller om han eller hun oppfyller øvrige krav for å kunne motta helsetjenester, så som et vilkår om henvisning til spesialisthelsetjenesten. Det vises samtidig til at «helsetjenester» i denne sammenheng ikke skal forstås på samme måte som i pasientdefinisjonen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 litra a.

## 3.3 Helsetjenester

Selv om ordlyden ikke er identisk, definerer både EUs pasientrettighetsdirektiv og den norske pasient- og brukerrettighetsloven helsetjenester som tjenester som ytes av helsepersonell til en pasient, enten det er for å forebygge, diagnostisere, behandle, bevare, eller rehabilitere en tilstand hos vedkommende, eller for å yte pleie- eller omsorg.<sup>28</sup>

Begge definisjoner inneholder både en henvisning til selve tjenesten, men de har også et institusjonelt element som innebærer at aktiviteten først regnes som en helsetjeneste hvor den ytes av helsepersonell. I denne oppgaven vil begrepet forstås kun med henvisning til tjenestens art. Det er altså ikke en forutsetning i det følgende at helsetjenesten ytes av helsepersonell. Samtidig er det viktig å understreke at helsetjenester normalt ytes av helsepersonell, slik at den videre definisjonen kun får

---

<sup>26</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 litra a.

<sup>27</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 3 første ledd litra h.

<sup>28</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 litra c, og pasientrettighetsdirektivet art. 3 første ledd litra a.

betydning i tilfeller hvor den aktuelle tjenesten i noen land ytes i den hensikt å bedre pasientens helse, og i andre ikke.<sup>29</sup>

Avhandlingens utvidede forståelse av begrepet innebærer også at aktiviteter som normalt kanskje ikke regnes som helsetjenester, men som allikevel spiller en stor rolle for pasientens helse, også omfattes. I det følgende er disse representert ved tilgang til seksuelle tjenester hvor behovet for disse følger av at pasienten ikke er i stand til å forstå eller tilfredsstille egen seksualitet (normalt grunnet sterkt nedsatt funksjonsevne eller psykisk utviklingshemning), og medvirkning til eutanasi.

I avhandlingen vil det forekomme bruk av synonymmer til «helsetjenester», så som «helsehjelp» og «behandling». Variasjonen i ordbruken innebærer ingen realitetsforskjell.

## Kapittel 4 Den videre fremstilling

For at avhandlingens problemstilling skal kunne besvares, er det først nødvendig å forstå omfanget av, og innholdet i, det EØS-rettslige utgangspunktet om fri flyt av tjenester. Dette utdypes derfor nærmere i kapittel 5 og 6. Videre vil det i kapittel 7 bli gitt en generell presentasjon av adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen. Etter den beskrivende delen, vil unntaksreglene anvendes på fire særlige områder, som dels knytter seg til krav om forhåndsgodkjennelse, dels til kriminalisering av mottakelsen av særlige helsetjenester.

Krav til forhåndsgodkjennelse er behandlet i del III. For det første omtales den norske stats adgang til å kreve forhåndstillatelse som vilkår for stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land i kapittel 9 til 12. Hovedvekten av drøftelsen i kapittel 11 og 12 vil ligge på reglene i EUs pasientrettighetsdirektiv, som presenteres i kapittel 10.3. I kapittel 13 drøftes det i hvilken grad norske myndigheter kan oppstille et krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for i det hele tatt å ha rett til å motta

---

<sup>29</sup> Se til illustrasjon faktum i sak C-575/11 Nasiopoulos.

helsetjenester i utlandet hvor dette kravet er begrunnet i å hindre spredning av antibiotikaresistente bakterier.

Mens del III omhandler en restriksjon som vanskeliggjør, men ikke direkte hindrer (slik dette forstås i dagligtale), norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, omhandler del IV norske regler som ikke bare forbyr, men også straffesanksjonerer det å motta særlige helsetjenester i andre EØS-stater, og medvirkning til dette. Kapittel 16 behandler det norske forbudet mot medvirkning til eutanasi, mens forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester i andre EØS-stater og medvirkning til dette drøftes i kapittel 17. I begge tilfeller er det norske forbudet begrunnet i grunnleggende moralske synspunkter, og det avgjørende spørsmålet er om disse må respekteres etter EØS-avtalens regler, eller om tjenestefriheten også i denne sammenheng skal gis forrang.

Avslutningsvis vil det i del V bli gitt en oppsummering av dagens rettstilstand, samt noen rettspolitiske betraktninger vedrørende denne. Det vil også bli vist til beslektede emner hvor avhandlingens redegjørelser kan tenkes å få betydning.

## Del II Restriksjoner på tjenestefriheten etter EØS-avtalen

### Kapittel 5 Kort om EØS-avtalen og tjenestefrihet

EØS-avtalen er den mest omfattende av Norges internasjonale juridiske forpliktelser. Som følge av at det i norsk rett gjelder et prinsipp om dualisme, har ingen deler av avtalen direkte virkning som norsk rett med mindre noe annet vedtas av Stortinget.<sup>30</sup> Avtalens hoveddel er gjort til norsk rett,<sup>31</sup> og både den og alle andre bestemmelser, det seg være i lov eller forskrift, som bidrar til oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter avtalen er gitt forrang fremfor annen norsk rett.<sup>32</sup> Rettsakter som inntas i vedleggene til EØS-avtalen har derimot ikke slik direkte virkning i Norge. Ved manglende implementering, må en eventuell motstrid mellom den aktuelle EØS-rettslige bestemmelsen og norsk rett behandles i tråd med presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk lov vil bli tolket i overensstemmelse med EØS-retten så langt dette lar seg forene med det øvrige rettskildet bildet.<sup>33</sup> Det er også antatt at folkerettsstrid, herunder at et vedtak strider mot EØS-rettslige regler, kan utgjøre en ugyldighetsgrunn ved et forvaltningsvedtak.<sup>34</sup>

EØS-avtalens hovedformål var å etablere en tilgang inn til EUs frie marked for EFTA-statene som nå er Norge, Liechtenstein og Island, men som ved avtalens inngåelse også innbefattet Sverige, Finland og Østerrike. For at målet om det frie marked skal kunne oppnås, må EFTA-

---

<sup>30</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 358.

<sup>31</sup> Jf. EØS-loven § 1.

<sup>32</sup> Jf. EØS-loven § 2.

<sup>33</sup> Se nærmere om prinsippet i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), på s. 1826.

<sup>34</sup> Jf. Arnesen og Stenvik (2015), s. 126 flg.

statene følge de samme spillereglene som de øvrige deltakerlandene, herunder reglene om de «fire friheter» og konkurransereglene, som er selve grunnpilaren for det indre marked.<sup>35</sup> Med de fire friheter menes fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital over landegrensene innad i EØS-området. I denne avhandlingen er det tjenestereglene som skal behandles.

I henhold til EØS-avtalens art. 36, skal medlemsstatene ikke skape hindringer for grensekryssende helsetjenester; eller sagt på en annen måte: slike tjenester skal kunne ytes fritt mellom Norge og de andre EØS-statene, med mindre det foreligger grunnlag for unntak.<sup>36</sup> Avtalens art. 36 og 37 tilsvarer henholdsvis art. 56 og 57 i Traktaten om Den europeiske unions funktionsmåte (heretter «TEUF»), og i henhold til EØS-avtalens art. 6, vil rettspraksis fra EU-domstolen fra før inngåelsen av EØS-avtalen vedrørende reglene som i dag finnes i TEUF art. 56 og 57 være av stor betydning også for tolkningen av EØS-avtalens tjenesteregler. Det følger samtidig av homogenitetsmålssettingen at også rettspraksis avsagt i tiden etter EØS-avtalens inngåelse må vektlegges ved tolkning av avtalens hoveddel og rettsakter inntatt i vedleggene, noe som også er angitt i ODA-avtalens art. 3 nr. 2.<sup>37</sup>

I det følgende skal det først gis en kort redegjørelse for hva som nærmere ligger i tjenestefriheten etter EØS-avtalens art. 36, herunder hvordan tjenestebegrepet nærmere skal forstås. Hovedvekten av del II vil, i tråd med avhandlingens problemstilling, imidlertid ligge på reglene om unntak fra EØS-avtalens art. 36, som avgjør i hvilke tilfeller friheten til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat kan begrenses.

---

<sup>35</sup> Se EØS-avtalens del II, III, og IV.

<sup>36</sup> Jf. EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, nærmere omtalt i oppgavens kapittel 7.

<sup>37</sup> Se til dette Sejersted m.fl. (2011), s. 224 følgende.

## Kapittel 6 Hovedregelen om tjenestefrihet

### 6.1 Innledning

Tjenestefriheten som etableres i EØS-avtalens art. 36 innebærer at det ikke må vedtas nasjonale regler som gjør levering av helsetjenester mellom EØS-statene vanskeligere enn leveringen av tilsvarende tjenester innad i den enkelte stat.<sup>38</sup> Samtidig kan regelen også få betydning for tiltak som rammer innen- og utenlandske tjenestetilbydere likt.<sup>39</sup> EØS-avtalen konstituerer med andre ord et restriksjons-, i motsetning til et rent diskrimineringsforbud. Hva som nærmere ligger i dette, behandles i avhandlingens kapittel 6.5. Først skal det imidlertid redegjøres for vilkårene for at noe overhodet skal regnes som en tjeneste i EØS-rettslig forstand, og for tjenestereglens nærmere virkeområde ved krav til et grensekryssende element.

### 6.2 Om tjenestefriheten og helsetjenester

Avgjørende for om reglene om tjenestefrihet får anvendelse i situasjoner hvor norske pasienter ønsker å motta helsehjelp i en annen EØS-stat, er om det overhodet foreligger en tjeneste i EØS-rettslig forstand. Tjenestebegrepet er nærmere definert i EØS-avtalens art. 37, jf. også TEUF art. 57. I tillegg til å angi vilkårene for at noe skal regnes som en tjeneste, oppstiller bestemmelsene en liste over kategorier av aktiviteter som «særlig» skal medregnes. Listen er ikke uttømmende.

Som grunnvilkår for at noe skal regnes som en tjeneste i EØS-rettslig forstand, må det foreligge en aktivitet som normalt ytes mot betaling. At utøvelsen av helsetjenester er en aktivitet, er ikke omstridt, og ble tidlig bekreftet av EU-domstolen.<sup>40</sup> Betalingsvilkåret skapte imidlertid tidligere

---

<sup>38</sup> Jf. sak C-381/93 Kommissjonen mot Frankrike, avsnitt 17, og sak C-368/98 Vanbraekel, avsnitt 44.

<sup>39</sup> Jf. sak C-384/93 Alpine Investments, avsnitt 28 og 35.

<sup>40</sup> Jf. forente saker 286/82 og 26/83 Luisi og Carbone, avsnitt 16.

en del hodebry vedrørende kategoriseringen av helsetjenester, og det blir derfor nærmere behandlet i avhandlingens kapittel 6.3. Endelig ekskluderes alle tjenester (i vid forstand) som faller inn under en av avtalens andre friheter. «Tjenester» omtales derfor av flere som en restkategori, som først anvendes i situasjoner hvor det ikke vil være naturlig å vise til reglene om en av de andre friheter.<sup>41</sup>

Den delvis negative avgrensningen av tjenestereguleringene sammenfaller med oppgavens tema, slik at elementer som varefrihet (som typisk vil omfatte medisinsk utstyr og legemidler), personer (mest relevant for helsepersonell), og etablering av helseinstitusjoner ikke omfattes. Det er på det rene at det ikke alltid kan trekkes et klart skille mellom hva som er en tjeneste, og hva som tilligger en annen kategori. Slike konflikter er imidlertid lite aktuelle på helsetjenestenes område, selv om de også her kan oppstå. Særlig kan det by på utfordringer å skille mellom aktiviteter som innebærer tjenesteutøvelse, og handlinger som bør regnes under etableringsfriheten.<sup>42</sup>

I EØS-avtalens art. 37 tredje ledd vises det til «midlertidig» tjenesteutøvelse, og dette er utgangspunktet for grensdragningen; som tjenesteutøvelse regnes grensekryssende aktiviteter som har et midlertidig preg, mens permanent tjenesteutøvelse i en annen stat enn tjenesteyteren eller -mottakerens hjemstat skal behandles etter etableringsreglene.<sup>43</sup> Det er imidlertid et visst slingringsmonn, slik at også tjenester (i EØS-rettslig forstand) kan ha et element av varighet, blant annet slik at tjenesteyteren kan ha en agent i tjenestelandet, eller ha nødvendig utstyr eller intern infrastruktur for å kunne levere den enkelte tjenesten (så som hensiktsmessige lokaler, datasystemer, og medisinsk utstyr).<sup>44</sup> I alle tilfeller er reglene for tjenester og etablering langt på vei identiske, slik at en rigid grensdraging normalt ikke vil ha noen praktisk betydning.

---

<sup>41</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 426 følgende, som også illustrerer at «restkategori»-begrepet må nyanseres, og først og fremst gir et overfladisk riss.

<sup>42</sup> Sistnevnte konstitueres i EØS-avtalens kapittel 2, se artiklene 31 følgende.

<sup>43</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 425.

<sup>44</sup> Se sak C-298/99 Kommisjonen mot Italia, avsnitt 56. Videre omtalt i Barnard (2016) s. 302, og Craig og de Búrca (2015) s. 820.



### 6.3 Nærmere om betalingsvilkåret og helsetjenester

Som nevnt knyttet det seg tidligere en usikkerhet til hvorvidt betalingsvilkåret i EØS-avtalens art. 37 var oppfylt for helsetjenestenes vedkommende. Ordlyden «normalt ytes mot betaling» indikerer at det må presteres en økonomisk gjenytelse for helsetjenesten, eller, som EU-domstolen har uttrykt; det må foreligge et element av «consideration» mellom partene.<sup>45</sup> Vilkåret er ment å ekskludere aktiviteter som utføres non grata, men skal samtidig ikke forstås som et krav til at tjenesteyteren må profitere på ytelsen.<sup>46</sup>

Den tidligere usikkerheten knyttet seg primært til spørsmålet om hvorvidt alle helsetjenester skulle anses for å bli ytet mot betaling, uavhengig av hvordan tjenesten ble finansiert og organisert. Dette gjaldt særlig helsesystemer som er offentlig finansiert og styrt, og hvor det i praksis ikke foreligger noen betaling for hver pasient, men snarere overføring av en gitt sum over det årlige statsbudsjettet.<sup>47</sup>

Selv om spørsmålet i dag for alle praktiske formål er avklart, kan det være av betydning for forståelsen av dagens rettsstilling å kjenne til den utviklingen som skjedde i rettspraksis, også fordi den illustrerer hvordan EU-domstolen, i alle fall frem til 2010, inntok en stadig mer liberal holdning til grensekryssende helsetjenester.<sup>48</sup> Rettspraksisen som omtales i det følgende vil også være viktig for løsningen av flere av avhandlingens sentrale problemstillinger, noe som gjør det nyttig å kjenne til sakenes opphav.

Det var først i de såkalte Kohll- og Decker-sakene at EU-domstolen behandlet helsetjenester i relasjon til tjenestefriheten.<sup>49</sup> Begge saker omhandlet refusjonskrav fra en luxemburger som selv hadde betalt for

---

<sup>45</sup> Se forente saker C-372/09 og 373/09 *Peñarroja*, avsnitt 37.

<sup>46</sup> Se sak C-281/06 *Jundt*, avsnitt 33.

<sup>47</sup> Tvilen bundet særlig i det skillet EU-domstolen har trukket mellom offentlig og privat utdanning. Mens førstnevnte ikke skal regnes som en tjeneste i EØS-rettslig forstand, jf. sak 263/86, *Humbel* avsnitt 17 til 19, skal privat finansiert utdanning regnes som en tjeneste, jf. sak C-76/05 *Schwarz*, avsnitt 47.

<sup>48</sup> *Hervey og McHale* (2015) beskriver utviklingen frem til 2010 som en «consumerization» av helsetjenestene, se særlig s. 96 og 97.

<sup>49</sup> Se sakene C-120/95 *Decker* og C-158/96 *Kohll*.

helsetjenester ytet til seg selv eller et nært familiemedlem i en annen EU-stat.<sup>50</sup> For at disse kostnadene skulle bli dekket, stilte imidlertid den luxembourgske sykekasse krav til forhåndsgodkjenning, og slik godkjenning ble kun gitt om tilstrekkelig og adekvat helsehjelp ikke kunne ytes i Luxemburg innen rimelig tid. Hverken Decker eller Kohll hadde fått innvilget noen forhåndsgodkjenning, og deres refusjonskrav ble derfor avslått. Ettersom det var klart at kostnadene ville ha blitt dekket om behandlingen ble utført i Luxemburg, fant EU-domstolen at det forelå et brudd på tjenestefriheten, ettersom refusjonsreglene i virkeligheten innebar en skjult hindring.<sup>51</sup> EU-domstolen illustrerte samtidig at også helsetjenester som dekkes gjennom en offentlig organisert sykeforsikringsordning er beskyttet etter EØS-avtalens art. 36.

Både Decker og Kohlls sak gjaldt relativt lite inngripende helse-tjenester som ikke ble utført i sykehus, og et helsesystem som baserte seg på refusjonsutbetalinger i enkeltsaker. De neste sakene som kom opp for EU-domstolen, nemlig *Geraets-Smits og Peerbooms*,<sup>52</sup> og *Müller-Fauré og van Riet*,<sup>53</sup> gjaldt imidlertid sykehusbehandling av pasienter tilknyttet den nederlandske trygdeordning som ble utført i en annen EU-stat. Da sakene ble behandlet i EU-domstolen, bygget det nederlandske system primært på at pasienten fikk dekket behandling ved en eller flere institusjoner som hadde inngått driftsavtale med den sykekasse pasienten var tilknyttet. I motsetning til i det luxembourgske system, ble det ikke foretatt noen konkret refusjon; betalingen besto i en overføring av en årlig avtalt sum fra sykekassen til behandlingsstedet. Det pasienten kunne kreve, var altså naturalytelsen helsehjelp, ikke økonomisk støtte.<sup>54</sup>

I prinsippet sto sykekassene fritt til å inngå behandlingsavtaler med helseinstitusjoner også utenfor Nederland, og dette var til en viss grad også gjort, særlig i grensetraktene. Imidlertid var den klare majoritet av de aktuelle behandlingssteder innenlandske, og en pasient som av ulike

---

<sup>50</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 2 flg.

<sup>51</sup> Jf. sak C-120/95 Decker, avsnitt 36, og sak C-158/96 Kohll, avsnitt 35.

<sup>52</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerbooms.

<sup>53</sup> Se sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet.

<sup>54</sup> Jf. sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 3 flg.

årsaker ikke ønsket behandling på et av disse stedene, måtte først søke om forhåndsgodkjennelse. En slik forutsatte at den aktuelle behandlingen var adekvat og alminnelig anerkjent i nederlandske legekretser, og at slik behandling ikke kunne tilbys i Nederland. Av ulike grunner ble slik forhåndsgodkjennelse ikke innhentet i sakene, og spørsmålet var igjen om hjemstatens regler innebar et brudd på tjenestefriheten.

Også i disse sakene besvarte EU-domstolen spørsmålet bekreftende, og illustrerte samtidig at det i denne sammenhengen som utgangspunkt ikke skal skilles mellom behandling i eller utenfor sykehus,<sup>55</sup> selv om skillet i andre sammenhenger fortsatt kan være av betydning, særlig for hvilke krav som stilles til nødvendigheten av en eventuell restriksjon.<sup>56</sup> I en obiter dictum-uttalelse påpekte domstolen at resultatet ville ha blitt det samme om betalingen hadde skjedd direkte mellom trygdeordningen og tjenestetilbyderen, og dersom den ikke ble utmålt etter standardiserte satser.<sup>57</sup>

I Watts-saken<sup>58</sup> fastslo EU-domstolen endelig at også helsetjenester som ytes i et velferdssystem som bygger på at slike tjenester finansieres gjennom bevilgninger over statsbudsjettet skal regne som tjenester i EØS-rettslig forstand.<sup>59</sup> Saken gjaldt det britiske NHS, som i organisering og finansiering ligger tett opp til det norske helsevesenet. I Stamatelaki-saken klargjorde domstolen videre at utenlandsbehandlinger skal betraktes uavhengig av om de ytes i offentlige eller private sykehus.<sup>60</sup>

Det skal også nevnes at EFTA-domstolen har behandlet to saker som vedrørte det norske helsesystemet, men hvor betalingsvilkåret overhodet ikke ble problematisert.<sup>61</sup> Sakene gjaldt to pasienters krav om stønad i forbindelse med mottakelsen av helsehjelp i andre EØS-stater, hvor denne behandlingen i Norge ble ansett for å være eksperimentell. Domstolen la

---

<sup>55</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms avsnitt 53, og sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet avsnitt 38.

<sup>56</sup> Se skillet som gjøres i sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet avsnitt 76 flg.

<sup>57</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 56.

<sup>58</sup> Sak C-372/04 Watts.

<sup>59</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 98.

<sup>60</sup> Jf. sak C-444/05 Stamatelaki, avsnitt 22.

<sup>61</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning.

uten videre til grunn at reglene om tjenestefrihet slik de er utpenslet i EU-domstolens rettspraksis også fikk anvendelse i disse tilfellene,<sup>62</sup> og kom med flere uttalelser om tjenestefrihetens betydning for helsetjenester som ikke var nødvendige for avgjørelsen av de konkrete sakene. Domstolen la på alle punkter til grunn at EØS-reglene måtte forstås tilsvarende som deres motstykker i EU-retten.

## 6.4 Tjenestefrihetens virkeområde, krav til et grenseoverskridende element

Selv om det altså ikke lengre er tvilsomt at helsetjenester skal regnes som tjenester i EØS-rettslig forstand, er EØS-avtalens virkeområde som utgangspunkt begrenset til grenseoverskridende situasjoner. Selv om ordlyden i både EØS-avtalen art. 36 og TEUF art. 56 i seg selv indikerer at tjenestefriheten kun beskytter en tjenesteyters adgang til å yte helsetjenester i en annen stat enn vedkommendes hjemstat, er det ikke tvilsomt at bestemmelsene også beskytter tjenestemottakerens rett til å motta en helsetjeneste som leveres i en annen EØS-stat.<sup>63</sup>

Dette innebærer at en norsk pasient som utgangspunkt skal kunne motta helsetjenester i andre EØS-stater uten hindringer, uavhengig av om disse er pålagt av Norge eller av det eller de landene hvor tjenesten skal ytes (tjenestelandene). Tjenestereguleringene gjelder nemlig på samme måte hvor det er flere enn to EØS-land involvert i ytelsen; avgjørende er om det foreligger et grensekryssende element.

Også grensekryssinger av en mer moderne art, hvor det kun er helse-tjenesten som krysser en grense, omfattes av tjenestefriheten.<sup>64</sup> Dette kan dreie seg om helseråd eller anbefalinger som gis av et helsepersonell i én stat til en pasient som befinner seg i en annen stat, hvor disse kommuniserer via telefon, Internett, eller lignende.<sup>65</sup> Det kan også gjelde hvor

---

<sup>62</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 42.

<sup>63</sup> Se forente saker 286/82 og 26/83 Luisi og Carbone, avsnitt 16, og sak C-173/09 Elchinov, avsnitt 37.

<sup>64</sup> Jf. sak 352/85 Bond van Avandteeders, avsnitt 14 og 15, og Barnard (2016) s. 294.

<sup>65</sup> Se til illustrasjon sak C-384/93 Alpine Investments som omhandlet grensekryssende telefonsalg, særlig avsnitt 22.

helsepersonellet administrerer behandling for en pasient i en annen stat gjennom tilsvarende kanaler, eksempelvis ved å styre medisinsk utstyr via tele- eller internettkommunikasjon. I forlengelsen av dette er det heller ikke avgjørende om tjenesteyteren og pasienten skulle være etablert i samme stat, såfremt det på ett eller annet vis foreligger et grensekryssende element.<sup>66</sup>

I praksis innebærer dette at tjenesten vil være omfattet av EØS-regelverket dersom en norsk pasient mottar helsetjenester fra en norsk tjenesteyter i et annet EØS-land, eller hvor en norsk person og et norsk helsepersonell reiser til en annen EØS-stat for å utføre helsehjelp der.

## 6.5 Restriksjonsforbudets innhold og betydning

At alle former for grensekryssende helsetjenester er omfattet av EØS-avtalens tjenesteregler, har som konsekvens at enhver foranstaltning som «forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden eller den frie udveksling af tjenesteydelser mindre interessant» er forbudt.<sup>67</sup> Reglene innebærer på samme tid et forbud og en frihet for henholdsvis EØS-statene og tjenesteytere og –mottakere. Forbudet rammer både eksport- og importrestriksjoner, og virker uavhengig av om restriksjonen retter seg mot tjenesten, tjenesteyteren eller -mottakeren.<sup>68</sup>

Et svært viktig poeng som alt her bør nevnes, er at tjenestefriheten som utgangspunkt ikke berører norske myndigheters kompetanse til selv å bestemme hvordan landets helsevesen skal organiseres og finansieres, eller hvilke behandlinger som skal tilbys og på hvilke vilkår.<sup>69</sup> Det eneste som kreves, er at de nasjonale bestemmelser som gis i denne sammenheng ikke må stride mot prinsippet om likebehandling i EØS-avtalens art. 36, med mindre unntaksadgangen i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39 kommer

---

<sup>66</sup> Se eksempelvis sak C-154/89 Kommissjonen mot Frankrike, avsnitt 10.

<sup>67</sup> Jf. sak C-518/06 Kommissjonen mot Italia, avsnitt 62. Se også sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 61.

<sup>68</sup> Se Arnesen m.fl. (red.) (2018), s. 453.

<sup>69</sup> Jf. blant andre sak C-120/95 Decker, avsnitt 21, sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 45, og forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 43.

til anvendelse.<sup>70</sup> Grensedragningen mellom hva som innebærer en ulovlig restriksjon, og hva som vil gi en (indirekte) forpliktelse til å utvide det nasjonale helsetilbud er ikke alltid åpenbar, og må ihensyntas ved bedømmelsen av tjenestefrihetens utstrekning. Problemstillingen behandles nærmere i avhandlingens kapittel [10.3.3?]

Som for den frie flyt av varer, hvor Dassonvilleformelens vide nedslagsfelt<sup>71</sup> snevres inn av en såkalt Keck-doktrine hvor det skilles mellom restriksjoner på markedsadgang og omsetning i markedet,<sup>72</sup> opereres det også i tjenestesektoren med et slikt skille. Restriksjoner som kun knytter seg til tjenesteutøvelsen, og som ikke er diskriminerende, strider ikke mot tjenestefriheten med mindre de hindrer tjenesteyteren i å operere på markedet «under normale og effektive konkurrencevilkår».<sup>73</sup> For norske pasienters rettsstilling innebærer dette at regler som vedrører selve utførelsen av helsetjenester i andre EØS-stater, så som lovvalgsregler for eventuelle erstatningssaker, ikke regnes som restriksjoner. I denne avhandlingen har dette imidlertid liten betydning, ettersom problemstillingen dreier seg om selve adgangen til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, noe som er i kjernen av hva som menes med regler om markedstilgang. Det interessante i denne sammenheng er derfor at forbudet i EØS-avtalens art. 36 omfatter alle former for begrensninger på tjenestefriheten, selv hvor hindringen hverken direkte eller indirekte virker diskriminerende.<sup>74</sup> Hva som utgjør en hindring, kan problematiseres ytterligere. Denne avhandlingens tema er imidlertid avgrenset til fire konkrete situasjoner, hvor det er liten tvil om at en hindring foreligger. Problemstillingen forfølges derfor ikke i det følgende.

I denne omgang kan det altså konkluderes med at norske pasienter som utgangspunkt har rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater på samme vilkår som om tjenesten ble ytet i Norge. Dette innebærer blant annet at kostnader i forbindelse med helsetjenester mottatt i en

---

<sup>70</sup> Jf. blant andre sak C-372/04 Watts, avsnitt 92.

<sup>71</sup> Se Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 107.

<sup>72</sup> Se forente saker C-267/91 og C-268/91 Keck.

<sup>73</sup> Jf. sak C-565/08 Kommisjonen mot Italia avsnitt 51.

<sup>74</sup> Bekreftet i forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 44.

annen EØS-stat skal dekkes av den norske stat i den grad den ville ha blitt det om behandlingen ble utført i Norge og/eller av tjenestetilbydere som var etablert her.<sup>75</sup> Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad ulike restriksjoner allikevel kan tillates etter EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, slik disse er forstått i rettspraksis, juridisk teori, og øvrige rettskilder.

## Kapittel 7 Unntak fra restriksjonsforbudet

### 7.1 Innledning

Hvor det er fastslått at det foreligger en restriksjon på norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat, må det avgjøres om denne allikevel kan tillates. Enkelt sagt er dette tilfelle dersom restriksjonen er begrunnet i legitime hensyn, er egnet til å oppfylle ett eller flere slike hensyn, og at det er forholdsmessighet mellom formålet og det inngrepet restriksjonen gjør i tjenestefriheten.<sup>76</sup> Unntaksadgangen fremgår av EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, hvis nedslagsfelt er blitt utpenslet i EU- og EFTA-domstolens praksis.

Vurderingen av om en restriksjon kan tillates inndeles gjerne i to faser; først avgjøres det hvilke hensyn restriksjonen er ment å ivareta, og om dette hensyn er anerkjent i EØS-retten. Det må så avgjøres om restriksjonen oppfyller det såkalte vide proporsjonalitetskrav, nemlig at den er egnet og forholdsmessig til å ivareta et akseptabelt beskyttelsesnivå for det eller de aktuelle legitime hensyn.

---

<sup>75</sup> Om hva som nærmere ligger i kravet til at behandlingen skal tilsvare den pasienten ville hatt krav på i Norge, vises det til oppgavens kapittel 10.3.3.

<sup>76</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms avsnitt 75. For mer generelle redegjørelser, se Neergaard og Nielsen (2016) s. 116, Sejersted m.fl. (2011) s. 294, og Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 119 flg.

## 7.2 Legitime hensyn

### 7.2.1 Innledning

Hvilke hensyn som ligger til grunn for en restriksjon på norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat, må avgjøres i den konkrete sak. Det er ikke tilstrekkelig å legge til grunn det eller de formål lovgiveren har oppgitt i proposisjoner og lignende<sup>77</sup>; det må aktivt vurderes hvilke formål som objektivt beskyttes av restriksjonen.<sup>78</sup> En restriksjon er ofte begrunnet i flere hensyn, og da må deres lovlighet vurderes separat.

EØS-retten anerkjenner to grupper av legitime hensyn som kan begrunne restriksjoner på den frie flyt av helsetjenester; hensyn angitt i EØS-avtalens artikkel 33, jf. artikkel 39, og såkalt «allmenne hensyn» angitt av EU-domstolen. Det er alminnelig antatt at sistnevnte kommer til anvendelse på restriksjoner som er ikke-diskriminerende, eller restriksjoner som er indirekte diskriminerende.<sup>79</sup>

Det har imidlertid forekommet at EU-domstolen har godtatt også direkte diskriminerende restriksjoner begrunnet i allmenne hensyn,<sup>80</sup> uten at dette valget er blitt prinsipielt begrunnet. Det hersker derfor noe tvil rundt skillet fremtidige betydning, men enn så lenge antar de fleste kommentatorer at den tradisjonelle linje må antas å gjelde.<sup>81</sup> I det følgende legges denne betraktningen til grunn.

---

<sup>77</sup> Hvordan disse skal bedømmes, er nærmere omtalt i sak E-1/06 ESA mot Norge (spilleautomatsaken), avsnitt 33.

<sup>78</sup> Jf. sak C-164/99 Portuguesa Construções Lda, avsnitt 28 flg. Et eksempel på at dette gjøres, finnes i sak E-2/06 ESA mot Norge (hjemfallssaken), avsnitt 71 til 78.

<sup>79</sup> Jf. forente saker C-369/96 og 376/96 Arblade, avsnitt 56 flg. Videre omtalt i Sejersted m.fl. (2011) s. 445 og 446.

<sup>80</sup> Se blant annet sak C-531/07 LIBRO, særlig avsnitt 34, og generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-136/00 Danner, avsnitt 32 flg.

<sup>81</sup> Jf. Barnard (2016), s. 86 og 87, og Craig og de Búrca (2015), s. 705.



## 7.2.2 Hensyn angitt i EØS-avtalen

I henhold til EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, kan bestemmelser om særbehandling av utenlandske statsborgere (restriksjoner) godtas dersom de er vedtatt ved lov eller forskrift, og begrunnet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet, eller folkehelsen. Tilsvarende gjelder for tjenestetilbydere fra andre stater. Hensynsangivelsen er uttømmende, og skal fortolkes strengt, samtidig som den til stadighet formulerer relevante underhensyn av de som er nevnt i EØS-avtalen.<sup>82</sup>

Alle de tre hovedhensyn kan for så vidt tenkes relevant for restriksjoner på den frie flyt av helsetjenester, da en svekket nasjonal helseberedskap eller –kompetanse kan tenkes å få betydning både for den nasjonale orden og sikkerhet.<sup>83</sup> Dog vil hensynet til folkehelsen normalt være det grunnleggende i spørsmål som berører pasientmobilitet. Hittil har domstolen primært vist til tre underhensyn av folkehelsehensynet som kan begrunne restriksjoner på norske pasienters rett til å motta helsetjenester i andre EØS-land. Dette gjelder hensynet til henholdsvis å sikre den sosiale sikringsordnings likevekt, å opprettholde en stabil lege- og sykehustjeneste, samt å opprettholde et godt tilbud av behandlingsmuligheter og helsefaglig kompetanse i den enkelte medlemsstat.<sup>84</sup>

Felles for alle tre underhensyn er at de henger nøye sammen med hensynet til beskyttelsen av statens finansielle forhold, herunder ønsker om å sikre nasjonaløkonomien og skatteinntekter. Dette er hensyn som i utgangspunktet ikke kan begrunne restriksjoner på tjenestefriheten, da de per definisjon virker proteksjonistisk.<sup>85</sup> EU-domstolen har imidlertid gjort unntak fra dette hvor den aktuelle restriksjonen kan bidra til en økt beskyttelse av folkehelsen.<sup>86</sup> Om så er tilfellet beror på om kravene til

---

<sup>82</sup> Se Neergaard og Nielsen (2016) s. 107.

<sup>83</sup> Om trusler mot befolkningens overlevelse, se sak 72/83 Campus Oil Limited m.fl., avsnitt 34 og 35.

<sup>84</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 103 til 105, og sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 66 og 67.

<sup>85</sup> Jf. sak C-220/12 Thiele Meneses, avsnitt 43.

<sup>86</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 73.

egnet og nødvendighet er oppfylt.<sup>87</sup> Dette behandles i oppgavens kapittel 7.3, mens spørsmålet i denne sammenheng kun er hvorvidt hensynet i seg selv kan påberopes.

De tre nevnte aspekter ved folkehelsen kan gli over i hverandre, og EU-domstolen har også formulert ytterligere underhensyn av disse tre. Domstolen har blant annet vist til at hensynet til å sikre den sosiale sikringsordningens likevekt kan innebære et behov for planlegging, slik at en i størst mulig grad kan unngå sløsing med menneskelige, tekniske, og økonomiske ressurser, og slik at pasientene kan sikres et balansert og vedvarende tilbud av helsetjenester.<sup>88</sup> Dette er et særlig relevant poeng ved spørsmålet om det kan stilles krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon av utgifter påløpt i forbindelse med mottakelsen av helsehjelp i andre EØS-stater, som behandles nærmere i avhandlingens del III.

Det har i flere saker for EU-domstolen blitt påberopt at restriksjoner på retten til å motta helsetjenester i andre EØS-stater er nødvendige for å sikre at pasienter ikke utsettes for behandling av en så vidt lav kvalitet at pasientens sikkerhet er i fare. Slik argumentasjon er hittil blitt avvist, stort sett med henvisning til at de aktuelle helsetjenestene er underlagt EU-rettslige minimumskrav, og derfor ikke kan true folkehelsen.<sup>89</sup> Hvor slike minimumsharmonisering ikke foreligger, har EU-domstolen imidlertid ikke utelukket at helsetjenestens utilfredsstillende kvalitet kan være et hensyn som begrunner en restriksjon.<sup>90</sup>

Et spørsmål som ikke er blitt behandlet i rettspraksis, er virkningen av at det foreligger EU-rettslig (minimums)harmonisering, men at denne ikke er EØS-relevant. Dette kan eksempelvis være fordi rettsakten er en del av EUs nye sosiale pilar,<sup>91</sup> som som utgangspunkt ikke skal innlemmes

---

<sup>87</sup> Jf. sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 68.

<sup>88</sup> Jf. sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 80, og sak C-173/09 Elchinov, avsnitt 43. Også bekreftet av EFTA-domstolen i forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 55.

<sup>89</sup> Se blant andre sak C-158/96 Kohll, avsnitt 48 og 49, og sak C-444/05 Stamatelaki, avsnitt 37.

<sup>90</sup> Se sak C-575/11 Nasiopoulos, avsnitt 27. flg. I den konkrete saken ble restriksjonen imidlertid ikke godtatt, da den ikke oppfylte kravene til forholdsmessighet.

<sup>91</sup> Se EU-kommisjonen (ingen angitt dato) om European Pillar of Social Rights, vedtatt 17. november 2017.

i EØS-avtalen. Det faktum at Norge ikke er forpliktet til å følge en slik eventuell harmonisering, bør i seg selv være tilstrekkelig til at staten må kunne stille strengere krav enn det som gjelder for EU-statene. Det kan imidlertid tenkes at Norge velger å vedta bestemmelser som tilsvarende, men som ikke innebærer noen implementering av, EU-regelverk. I slike tilfeller vil den EU-rettslige inspirasjonen ikke være en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av det selvstendige norske regelverk, og lovgiver må være kompetent til å vedta endringer, også hvor disse innebærer en innstramning som ikke har noe motstykke i EU-reglene.

At EU-domstolen ikke har behandlet andre underhensyn av folkehensynet enn de nå nevnte, innebærer ikke at slike hensyn ikke kan tenkes. Blant annet vil hensynet til å beskytte befolkningen mot en allmennfarlig smittsom sykdom<sup>92</sup> kunne begrunne en restriksjon. Dette må også innbefatte spredning av antibiotikaresistente mikroorganismer, noe som nærmere blir behandlet i oppgavens kapittel 6.

### 7.2.3 Domstolsskapte hensyn

Det er med tiden blitt klart at hensynene nevnt i EØS-avtalen (i EU-retten omtalt som «de traktatfestede hensyn») var for snevre til å omfatte restriksjoner på en eller flere av de fire friheter som, av hensyn til medlemsstatenes autonomi og indre styre, burde være tillatt etter EØS-retten. I første instans ble problemet løst ved at det, som beskrevet, ble formulert underhensyn av de opprinnelige hensyn, men også denne løsningen hadde sine begrensninger. EU-domstolen åpnet derfor etter hvert for en løsning hvor en restriksjon kunne begrunnes i såkalte «almene hensyn»,<sup>93</sup> forutsatt at restriksjonen ikke virket diskriminerende, og at den oppfylte kravene til egnethet og proporsjonalitet.<sup>94</sup> Siden den gang har domstolen anerkjent en rekke hensyn som legitime, herunder hensynet til beskyttelsen av grunnleggende rettigheter anerkjent i EUs

---

<sup>92</sup> Jf. smittevernloven § 1-3 første ledd nr. 3.

<sup>93</sup> I blant også omtalt som «tvingende almene hensyn» eller «tvingende samfunnsmessige hensyn».

<sup>94</sup> For tjenester ble dette første gang gjort i sak 33/74 van Binsbergen.

menneskerettighetscharter, og da særlig den menneskelige verdighet,<sup>95</sup> forbruker- og miljøbeskyttelse,<sup>96</sup> sikring av at arbeidstakere besitter nødvendig kompetanse og kvalifikasjoner,<sup>97</sup> samt beskyttelsen av sosiale rettigheter for innbyggerne.<sup>98</sup>

Dette er hensyn som i seg selv ikke viser til befolkningen eller konkrete pasienters helsetilstand, men som allikevel kan begrunne restriksjoner på norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater. Dette kan eksempelvis være for å beskytte pasientenes interesse som forbrukere, ved at de hindres i å motta behandlinger som tilbys av tjenesteytere som ikke i en tilfredsstillende grad ivaretar pasientenes forbruker- eller pasientrettigheter.<sup>99</sup>

Videre kan hensynet til grunnleggende rettigheter og da særlig respekt for det grunnleggende menneskeverd lovlige påberopes som grunnlag for restriksjoner hvor den aktuelle behandling som skal foretas i et annet EØS-land kan stride mot slike verdier. Eksempler på dette vil være eutanasi og kjøp av seksuelle tjenester, som behandles i avhandlingens kapittel 16 og 17. Andre aktuelle behandlinger kan være moralsk omstridte handlinger som rituell omskjæring av guttebarn, genterapi, abort,<sup>100</sup> og eggdonasjon.<sup>101</sup>

Endelig vil «sosial beskyttelse» av pasientene kunne være av stor betydning ved helsetjenester som mottas i et annet EØS-land som finansieres privat, eksempelvis gjennom en privat helseforsikringsordning. I slike tilfeller kan norske myndigheter begrense pasientenes adgang til å motta slike tjenester, dersom det foreligger en fare for at pasientene ved

---

<sup>95</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen avsnitt 33 og 34.

<sup>96</sup> Se henholdsvis sak C-384/93 Alpine Investments, avsnitt 46 flg. Og sak C-169/08 Sardegna, avsnitt 45.

<sup>97</sup> Jf. sak C-575/11 Nasiopoulos avsnitt 23.

<sup>98</sup> Se sak C-518/06 Kommisjonen mot Italia, avsnitt 74.

<sup>99</sup> Restriksjonen må imidlertid respektere EØS-rettslige minimumskrav til forbrukerrettigheter, se særlig EP/Rdir 2011/83/EU.

<sup>100</sup> Behandlet av EU-domstolen i sak C-159/90 The Society for the Protection of the Unborn Children.

<sup>101</sup> Om slike etiske omstridte behandlingsformer, se Hervey og McHale (2015) s. 91 flg.

eventuelle skader, særlig som følge av feilbehandling, ikke vil motta et adekvat erstatningsoppgjør.<sup>102</sup>

Forutsatt at en restriksjon kan begrunnes i ett eller flere av de hensyn EU-domstolen har anerkjent, må det vurderes om restriksjonen oppfyller de EØS-rettslige kravene til proporsjonalitet. Dette er gjenstand for behandling i neste avsnitt.

## 7.3 Proporsjonalitet

### 7.3.1 Innledning

I EØS-retten gjelder et grunnleggende prinsipp om forholdsmessighet, også kalt proporsjonalitetsprinsippet, som skal legges til grunn ved bedømmelsen av både EU- og EØS-organer og de enkelte EØS-staters opptreden og handlinger.<sup>103</sup> Følgelig må prinsippet også legges til grunn ved bedømmelsen av restriksjoner som gjelder helsetjenester.<sup>104</sup> I relasjon til disse, og til alle øvrige restriksjoner på de fire friheter, har prinsippet betydning i to sammenhenger,<sup>105</sup> nemlig:

Hvilket beskyttelsesnivå en stat kan legge til grunn for en restriksjon, sett hen til det inngrep dette innebærer i (tjeneste)friheten, og

Hvilke restriksjoner som kan benyttes for å oppnå det akseptable beskyttelsesnivå.

Begge spørsmål må besvares ut fra den enkelte restriksjons innhold, samt hvilke legitime formål den søker å ivareta, og hva som er forholdsmessig i den konkrete sammenheng. Hva gjelder hvilke restriksjoner som kan tillates, avhenger forholdsmessighetsvurderingen av om angjeldende

---

<sup>102</sup> Jf. igjen sak C-518/06 Kommisjonen mot Italia, avsnitt 74.

<sup>103</sup> Se TEU art. 5 første ledd, jf. art. 5 tredje ledd annet punktum. Prinsippet ble først stadfestet i sak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, avsnitt 2.

<sup>104</sup> Sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 75, jf. også sak C-372/04 Watts, avsnitt 106.

<sup>105</sup> Se Sejersted m.fl. (2011), s. 295.

restriksjon er egnet og nødvendig til å ivareta det angitte beskyttelsesnivå for ett eller flere legitime hensyn.<sup>106</sup>

### 7.3.2 Det tillatte beskyttelsesnivå

Hva gjelder beskyttelsesnivå, handler dette i vår sammenheng om i hvilken grad norske myndigheter kan beskytte legitime hensyn som er behandlet i avhandlingens kapittel 7.2, sett hen til at dette konstituerer et inngrep i en pasients rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat. Ettersom det EØS-rettslige utgangspunkt er at tjenester skal kunne ytes fritt over landegrensene, er det nemlig ikke slik at enhver trussel mot folkehelsen bør kunne begrunne et inngrep. I motsatt fall ville utgangspunktet om tjenestefrihet trolig raskt bli utvannet av stadige henvisninger til folkehelsehensynet, uten at det lå noen særlig realitet bak.

Tradisjonelt har både EU- og EFTA-domstolen allikevel overlatt statene en relativt vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av hvilket beskyttelsesnivå som kan godtas på særlig sårbare områder som henger sammen med religiøse, moralske og kulturelle spørsmål. Eksempelvis er beskyttelsesgraden innen alkohol-, lotteri-, og spillpolitikk i stor grad et nasjonalt anliggende, med henvisning til at dette er særlig følsomme emner, hvor en hvis grad av nasjonale ulikheter bør aksepteres.<sup>107</sup> Tilsvarende betraktninger har gjort seg gjeldende for helsetjenester, slik at hver stat som utgangspunkt kan fastsette sitt eget beskyttelsesnivå i saker som gjelder restriksjoner som skal beskytte folkehelsen.<sup>108</sup> Dette kan dels begrunnes i den vitale betydning et fungerende helsevesen har for en befolknings helse og overlevelse, men også i EØS-statenes rett til selv å styre over sine egne offentlige organer.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Se sak E-4/04 *Pedicel* avsnitt 56. Se også blant annet sak C-150/04 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 46, sak C-470/04 *N mot Inspecteur van de Belastingdienst Oost*, avsnitt 40, og sak 331/88 *Fedesa*, avsnitt 13.

<sup>107</sup> Se forente saker C-316/07 m.fl. *Stoß*, avsnitt 76, og sak E-1/06 *ESA mot Norge (spilleautomatmonopolet)*, avsnitt 29.

<sup>108</sup> Jf. sak C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland*, avsnitt 46 og sak C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, avsnitt 103.

<sup>109</sup> Jf. sak C-385/99 *Müller-Fauré og van Riet*, avsnitt 100.

Samtidig er det viktig å presisere at EØS-statenes frihet til selv å fastsette sitt eget beskyttelsesnivå ikke er absolutt, i den forstand at statenes skjønn må holde seg innenfor gitte rammer. For det første må statene, som nevnt, respektere EØS-rettslig harmoniseringsregler.<sup>110</sup> Hvor slike finnes, kan beskyttelsesnivået som utgangspunkt ikke settes høyere enn hva regelverket forutsetter.<sup>111</sup>

Videre må det beskyttelsesnivå, eksempelvis for folkehelsen, en stat praktiserer være både reelt og konsistent. En stat kan ikke vise til et høyt beskyttelsesnivå for å legitimere en restriksjon dersom nivået faktisk ikke praktiseres i andre sammenhenger, typisk ved at nivået i praksis bare gjelder for enkelte sektorer eller typer saker. Hvorvidt en slik situasjon foreligger, må bedømmes ut fra den konkrete sammenheng, og hvilke andre tiltak staten eventuelt har, eller ikke har, innført. Denne vurderingen har tette bånd til egnethetskriteriet, som er et ledd i bedømmelsen av hvilke tiltak myndighetene kan innføre for å sikre det aksepterte beskyttelsesnivå.<sup>112</sup> Dette illustrerer hvordan de to hovedspørsmål omtalt ovenfor henger sammen innad i det vide proporsjonalitetsbegrep.

### 7.3.3 Egnethet

Hvorvidt en restriksjon på norske pasienters adgang til å motta helse-tjenester i andre EØS-stater er egnet til å bidra til oppnåelsen av det angitte beskyttelsesnivå, beror på en konkret bedømmelse. Rettsanvenderen må vurdere om det samlet sett foreligger tilstrekkelige indikasjoner på at tiltaket (restriksjonen) vil kunne fremme, eller bidra til å fremme, det eller de angitte legitime hensynene i den grad norske lovgivere har funnet nødvendig.<sup>113</sup> EU-domstolen vil normalt ikke forfølge egnethetsspørsmålet utover å kontrollere at restriksjonen faktisk har innvirkning på det anførte beskyttelsesnivå og således er hensiktsmessig, og at vedtakelsen av

---

<sup>110</sup> Eksempelvis EP/Rdir 2005/36/EF.

<sup>111</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 48.

<sup>112</sup> Se til illustrasjon sak C-531/06 Kommisjonen mot Italia, avsnitt 53 flg.

<sup>113</sup> Jf. sak C-379/11 Caves Krier Frères, avsnitt 49.

restriksjonen ikke bygger på et uriktig faktisk grunnlag.<sup>114</sup> Om det finnes mer egnede restriksjoner, er i denne sammenheng uten betydning.<sup>115</sup>

Ved egnethetsvurderingen er det naturlig å se hen til øvrige tiltak som er ment å bidra til beskyttelsen, ettersom en restriksjon gjerne kun utgjør én del av en større tiltakspakke. Således har EU-domstolen ved flere anledninger lagt vekt på om restriksjonen er ledd i en sammenhengende og konsistent praksis.<sup>116</sup> Dette viser ikke bare hen til øvrige tiltak, men også til om den konkrete restriksjon håndheves konsekvent, og om den har reell betydning. Det motsatte vil være en klar indikasjon på at restriksjonen faktisk ikke egentlig er begrunnet i beskyttelse av ett eller flere angitte hensyn, noe som også vil innebære at restriksjonen ikke er egnet til å ivareta det angitte formål.<sup>117</sup>

I domsavgjørelser som gjelder pasienters rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, har egnethetsvurderingen hittil ikke blitt særlig fremhevet. Dette skyldes trolig at de omstridte tiltaks egnethet ikke har vært tvilsom, men i lys av kravet til forholdsmessighet er det heller ikke utenkelig at prøvingsintensiteten vil variere etter graden av inngripen restriksjonen medfører, sett opp mot den betydning tiltaket vil ha. På samme måte står føre-var-prinsippet særlig sterkt hvor det er hensynet til menneskers liv og helse som skal beskyttes, og det er grunn til å anta at domstolen, i likhet med hva som har vært tilfellet ved utbrudd av smittsomme sykdommer hos husdyr, vil overlate staten en skjønnsmargin, og kun gripe inn om restriksjonen er åpenbart uhensiktsmessig dersom et tiltaks egnethet er usikker, men hvor konsekvensene av ikke å gripe inn potensielt kan bli omfattende.<sup>118</sup>

Normalt vil egnethetsvurderingen være et bevis-, snarere enn et retts-spørsmål. I motsetning til for de fleste andre tvister, vil bevisspørsmålet dreie seg om fremtidige antatte effekter av en restriksjon. Som et ledd

---

<sup>114</sup> Jf. sak C-293/93 Houtwipper, avsnitt 22.

<sup>115</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 119.

<sup>116</sup> Jf. senest sak C-3/17 Sporting Odds ltd, avsnitt 24.

<sup>117</sup> Kravet til konsistens ble blant annet behandlet i sak C-42/07 Liga Portuguesa, avsnitt 61, hvor det ble funnet å være oppfylt.

<sup>118</sup> Jf. sak C-157/96 National Farmers' Union m.fl., avsnitt 63, samt sak C-531/06 Kom-misjonen mot Italia, avsnitt 54.



i denne bedømmelse vil det være naturlig å se hen til dokumentasjon på hvordan tidligere og nåværende praksis har fungert, hvordan tilsvarende eller ulik praksis har slått ut i andre stater, samt forskning og beregninger som sier noe om antatt effekt av restriksjonen.<sup>119</sup> Det er i denne sammenheng naturlig å minne om at EU- og EFTA-domstolens bevisbyrderegeler innebærer at en stat som hevder at et allment hensyn begrunner en restriksjon, og at restriksjonen er egnet til, og nødvendig for, å ivareta dette hensyn, selv må bevise dette.<sup>120</sup> Selv om beviskravet som utgangspunkt følger den kontinentale rettstradisjon, finnes det flere eksempler på at EU- og EFTA-domstolen allikevel har godtatt restriksjoner som egnet, bare med henvisning til hvilken virkning det er rimelig å formode at restriksjonen har.<sup>121</sup> Det er blitt antydnet at denne variasjonen i beviskrav henger sammen med den skjønnsmargin som er overlatt statene på særlig følsomme områder, så som helselovgivningen.<sup>122</sup> Dette vil i så fall innebære at beviskravet ikke er så strengt for restriksjoner som er begrunnet i hensynet til å beskytte folkehelsen.

Samtidig vil nok også beviskravet, på samme måte som den rettslige prøvingsintensiteten, variere med hvor stort inngrep i retten til å motta helsetjenester i andre EØS-stater restriksjonen faktisk utgjør, og hvor stor den eventuelle trussel mot folkehelsen vil være. Også ved bevisspørsmålet vil det EØS-rettslige føre-var-prinsipp ha betydning; hvor en restriksjon er gitt for å begrense en trussel hvis omfang og sannsynlighet for å inntreffe er usikker, bør statene til en viss grad kunne innføre restriksjonen selv om sammenhengen med beskyttelse mot den aktuelle trussel ikke kan bevises i rettslig forstand.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Som eksempel på at dette gjøres, kan nevnes sak C-148/15 Deutsche Parkinson Veereinigung, avsnitt 35 og 36.

<sup>120</sup> Se eksempelvis sak C-651/16 Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra, avsnitt 34, og sak E-9/00 ESA mot Norge (rusbrussalg), avsnitt 54.

<sup>121</sup> Se eksempelvis sak E-1/06 ESA mot Norge (spilleautomatsaken), avsnitt 51.

<sup>122</sup> Se Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 132 og 133.

<sup>123</sup> Føre-var-prinsippets betydning i EU-retten fremgår av TEUF art. 191 annet ledd. Se også forente saker C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes, avsnitt 30, og sak E-16/10 Phillip Morris, avsnitt 82 og 83. En oppsummering av rettstilstanden finnes i generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 59 flg.

## 7.3.4 Nødvendighet

### 7.3.4.1 Generelt

For at en restriksjon på norske pasienters rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat som er begrunnet i legitime allmenne hensyn hvis beskyttelsesnivå er akseptabelt, og som anses egnet til å bidra til å oppnå det ønskede beskyttelsesnivå skal være tillatelig etter EØS-avtalen, kreves det endelig at restriksjonen er nødvendig og forholdsmessig (i snever forstand).<sup>124</sup> I dette ligger det nærmere at det er nødvendig for den angitte beskyttelse av et legitimt hensyn at restriksjonen etableres, og at beskyttelsen ikke skal kunne ivaretas gjennom mindre inngripende midler.<sup>125</sup>

Det sistnevnte moment beror på om det finnes et annet gjennomførbart alternativ, som i samme grad vil bidra til beskyttelse av det angitte formål, men som vil virke mindre inngripende på tjenestefriheten.<sup>126</sup> I så tilfelle skal dette alternativ velges, selv om det forutsetter bruk av større menneskelige eller økonomiske ressurser enn det opprinnelige tiltak.<sup>127</sup> Det skal understrekes at det avgjørende er om det alternative tiltak bidrar til å oppfylle det angitte beskyttelsesnivå i tilstrekkelig grad, ikke om det konkret har de samme effekter som den opprinnelige restriksjon.<sup>128</sup> Hvordan denne delen av nødvendighetsvurderingen slår ut i praksis, kan blant annet illustreres gjennom de helserettslige saker om Kohll,<sup>129</sup> Geraets-Smits og Peerboms,<sup>130</sup> og Stamatelaki.<sup>131</sup> Alle dommene illustrerer hvordan EU-domstolen om nødvendig går svært konkret til verks ved vurderingen av om andre, mindre inngripende tiltak kunne være tilstrekkelige for å oppnå det ønskede beskyttelsesnivå, og, om nødvendig, overlater de nasjonale domstoler nokså kompliserte bevissspørsmål.<sup>132</sup>

---

<sup>124</sup> Se Baudenbacher (red.) (2016) s. 219, samt blant annet sak E-4/04 Pedicel, avsnitt 56.

<sup>125</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 75. Bekreftet i sak C-372/04 Watts, avsnitt 106.

<sup>126</sup> Jf. Baudenbacher (red.) (2016) s. 366 følgende.

<sup>127</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 122.

<sup>128</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), 121.

<sup>129</sup> Se sak C-158/96 Kohll, avsnitt 52.

<sup>130</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 107.

<sup>131</sup> Se sak C-444/05 Stamatelaki, avsnitt 35.

<sup>132</sup> Jf. eksempelvis sak C-268/13 Petru, avsnitt 35.

En annen viktig del av nødvendighetsvurderingen som gjelder spesielt for tjenester, er at de hensynene restriksjonen søker å ivareta ikke må være sikret gjennom øvrige tiltak, herunder også i tjenesteyterens hjemstat.<sup>133</sup> Dette følger av at en norsk regulering vil være overflødig såfremt et hensyn alt er sikret gjennom regler i staten behandlingen skal skje, eller i den stat som har jurisdiksjon over tjenesteyteren. Dette gav seg blant annet utslag i de tidligere omtalte Kohll- og Stamatelaki-dommene.<sup>134</sup> Dette forutsetter imidlertid at den øvrige regulering faktisk oppfyller det angitte lovlige beskyttelsesnivået. Tatt i betraktning at dette kan variere mellom medlemsstatene,<sup>135</sup> er det ikke gitt at så er tilfellet, og spørsmålet må underlegges en konkret tolkning.

Endelig må inngrepet en restriksjon innebærer for tjenestefriheten etter EØS-avtalens art. 36 veies opp mot viktigheten av å oppnå målsetningen om det angitte beskyttelsesnivå. Dette omtales gjerne som en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand – «proportionality stricto sensu».<sup>136</sup> Desto mer inngripende et tiltak er for tjenestefriheten, desto mer nødvendig skal det også være for den enkelte stat å gjennomføre det. Hvorvidt dette skal betraktes som et fjerde element ved forholdsmessighetsvurderingen som er beskrevet i kapittel 7.3.1, eller om det skal betraktes som en del av nødvendighetsvurderingen, er ikke helt klart.<sup>137</sup> Spørsmålet er imidlertid primært av teoretisk interesse, da innholdet under enhver omstendighet vil være det samme, og spørsmålet behandles i det følgende som et ledd i nødvendighetsdrøftelsen.

EU-domstolen anvender med jevne mellomrom en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand,<sup>138</sup> og det samme gjelder for EFTA-domstolen.<sup>139</sup> Prinsippet blir imidlertid på langt nær anvendt i alle saker

---

<sup>133</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) sidene 449 og 450, samt forente saker C-369/96 og C-376/96 Arblade, avsnitt 65, og sak C-176/11 HIT hoteli, avsnitt 29.

<sup>134</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 48, og sak C-444/05, Stamatelaki avsnitt 37.

<sup>135</sup> Jf. sak C-575/11 Nasiopoulos, avsnitt 27.

<sup>136</sup> Jf. sak C-126/15 Kommisjonen mot Portugal, avsnitt 64.

<sup>137</sup> Se divergerende oppfatninger i henholdsvis Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 119, og Baudenbacher (red.) (2016), s. 370 flg., og Sejersted m.fl. (2011), s. 295.

<sup>138</sup> Se eksempelvis forente saker C-379/08 og C-380/08 ERG, avsnitt 86.

<sup>139</sup> Jf. eksempelvis sak E-5/10 Dr Kottke, avsnitt 47.

som berører de fire friheter. Det kan tenkes at dette skyldes at domstolen først og fremst finner grunn til å vise til prinsippet hvor det aktuelle inngrepet i tjenestefriheten fremstår som urimelig, mens den ikke finner grunn til å nevne det hvor inngrepet fremstår som kurant. Samtidig har norsk Høyesterett ikke funnet grunn til å anvende den snevre proporsjonalitetsvurderingen.<sup>140</sup> Dette gjør at det ikke er helt klart hvilket gjennomslag prinsippet om proporsjonalitet i snever forstand skal ha.

Under enhver omstendighet er det klart at menneskers helse og sågar overlevelse er blant de goder som særlig skal respekteres og beskyttes i EØS-retten.<sup>141</sup> Det har formodningen mot seg at inngrep i tjenestefriheten som skal beskytte disse verdier er uforholdsmessige eller urimelige. Hertil kommer at EU-domstolen i saker som gjelder restriksjoner på pasienters adgang til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat kun har anerkjent restriksjoner som oppfyller et særlig strengt nødvendighetskrav. For restriksjoner som skal sikre opprettholdelsen av tilgjengelige og gode helsetjenester eller som skal sikre opprettholdelsen av helsefaglig kompetanse i den konkrete stat, kreves det at angjeldende beskyttelse må være «væsentlig for den offentlige sundhed».<sup>142</sup> På samme måte kreves det at en mulighet for at pasienters mottakelse av helsehjelp i andre EØS-stater kan undergrave et trykkesystems likevekt først kan begrunne en restriksjon hvor denne mulighet utgjør en «alvorlig» trussel.<sup>143</sup> Selv om domstolen har understreket at det i denne sammenheng ikke bare må tas hensyn til den betydning den konkrete pasients ubegrensede rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat vil ha for folkehelsen, men snarere betydningen av at alle pasienter i en nærmere angitt gruppe vil ha en slik rett,<sup>144</sup> har disse skjerpede nødvendighetskrav en reell betydning.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> Jf. Rt. 2009 s. 839 Pedicel, avsnitt 43.

<sup>141</sup> Jf. eksempelvis sak C-141/07 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 46.

<sup>142</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 74.

<sup>143</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 55.

<sup>144</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 56, og sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 74.

<sup>145</sup> Se som eksempel på utslag av dette sak C-158/96 Kohll, avsnitt 52, og sak C-173/09 Elchinov, avsnitt 46.

De omtalte krav kan sees på som et spesielt utslag av proporsjonalitetsvurderingen i snever forstand, da det domstolen i praksis gjør, er å veie behovet for restriksjonen opp mot pasientens rett til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat. Når domstolen har fastslått at pasientens hjemstat kun kan begrense pasientens frihet til å motta helsetjenester hvor denne frihet vil kunne ha alvorlige konsekvenser for folkehelsen i hjemstaten, kan dette anses som en presisering av når domstolen også mener at et inngrep i pasientens frihet er rimelig sett opp mot det inngrep som konstitueres i tjenestefriheten.

Det skal til sist bemerkes at alle de nevnte momenter innebærer at nødvendighetsvurderingen, i likhet med drøftelsen av om et tiltak er egnet eller ei, må ta utgangspunkt i sakens konkrete forhold. Rettsanvenderen må kartlegge hvilken beskyttelse som objektivt er nødvendig for å sikre det angitte formål, og om det finnes alternative, mindre inngripende, tiltak.<sup>146</sup> Denne prosess vil kunne forutsette andre vurderinger enn bare de juridiske. Rettsanvenderen kan blant annet måtte ta stilling til helsefaglige eller økonomiske betraktninger og teorier. Det er blitt antydnet at EU- og EFTA-domstolen i slike tilfeller vil være mer tilbakeholdne enn ellers ved overprøvingen av statenes syn på tiltakets nødvendighet, slik at disse overlates en viss skjønnsmargin.<sup>147</sup>

#### **7.3.4.2 Særlig om enkeltvedtak ved krav om forhåndsgodkjennelse**

Endelig skal det bemerkes at EU-domstolen har oppstilt særlig krav også til nødvendigheten av restriksjoner hvor disse gir seg direkte utslag overfor pasientene. Dette gjelder typisk ordninger med krav til forhåndsgodkjennelse for å ha rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater, og eventuelt også for å kunne kreve refusjon av utgifter påløpt i forbindelse med mottakelsen av slike tjenester. I dette tilfellet utgjør kravet til forhåndsgodkjennelse i seg selv en restriksjon, men det samme gjelder den konkrete avgjørelsen om ikke å innvilge en søknad om slik forhåndstillatelse. Til slike enkeltvedtak har EU-domstolen oppstilt krav

---

<sup>146</sup> Se til illustrasjon forente saker C-369/96 og C-376/96 Arblade.

<sup>147</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 123.

om objektivitet og upartiskhet, som blant annet skal sikres gjennom krav til saksbehandlingsregler.<sup>148</sup>

Disse krav behandles nærmere under i kapittel 11.4.2, med henvisning til krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for å kunne kreve refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med helsetjenester mottatt i en annen EØS-stat, men det skal bemerkes at redegjørelsen også har betydning for øvrige restriksjonsformer.

## **7.4 Veien videre**

Når det nå er redegjort for grunntrekkene i EØS-avtalens tjenesteregler, og ikke minst om de regler som gjelder for unntak fra tjenestefriheten, skal disse i det følgende anvendes på konkrete situasjoner. For én type restriksjoner, nemlig de økonomiske, gjelder det flere regelsett. For de øvrige restriksjonstyper, må reglene som er beskrevet her anvendes.

---

<sup>148</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 116 og 117.

## Del III Krav til forhåndsgodkjennelse

### Kapittel 8 Innledning

Som forklart i kapittel 6.4, innebærer den EØS-rettslige tjenestefrihet at det som utgangspunkt ikke kan vedtas norske regler som, faktisk eller potensielt, gjør det vanskeligere for norske pasienter å motta helsetjenester i andre EØS-stater enn det vil være å motta tilsvarende tjenester i Norge.<sup>149</sup>

Enhver ordning hvor det kreves at pasienter som ønsker å motta behandling i andre land må søke om forhåndsgodkjennelse, mens pasienter som ønsker å motta behandling i Norge ikke må det, vil derfor som utgangspunkt være i strid med EØS-avtalens art. 36.<sup>150</sup> Dette gjelder uavhengig av hvilke rettigheter kravet til forhåndsgodkjennelse dreier seg om, eller hvilke årsaker som begrunner kravet. I denne del behandles to mulige varianter av krav til forhåndsgodkjennelse som kun gjelder for pasienter som ønsker behandling i andre EØS-stater.

Den mest vanlige av disse er en ordning hvor pasienten som ønsker å motta helsetjenester i andre EØS-stater må ha fått innvilget en forhåndsgodkjennelse for at han eller hun i ettertid skal kunne kreve å få hele, eller deler av, kostnaden i forbindelse med behandlingen refundert av den norske folketrygd. En slik ordning kan være tillatt etter både EØS-avtalen og EUs pasientrettighetsdirektiv, og i 2015 hadde minst 18 EØS-stater innført et slikt system.<sup>151</sup> Norge har hittil valgt å la retten til refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med behandling i en annen EØS-stat kun være avhengig av at pasienten ville ha hatt krav på slik stønad om behandlingen ble ytet i Norge, eller at pasienten ville blitt

---

<sup>149</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 61.

<sup>150</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 98.

<sup>151</sup> Jf. EU-kommisjonen (2016). Tallet kan også være høyere, ettersom undersøkelsen kun omfattet 23 av EØS-statene.

tilbudt slik behandling i helse- og omsorgstjenesten.<sup>152</sup> I kapittel 11 og 12 vil det drøftes i hvilken grad, og på hvilke vilkår, de EØS-rettslige regler åpner for at dagens rettstilstand kan endres.

Tilsvarende vil det i kapittel 13 drøftes i hvilken grad norske myndigheter kan innføre et krav til forhåndsgodkjenning som vilkår for at pasienter overhodet skal kunne ha rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater. I dette tilfellet forutsettes det at kravet er begrunnet i ønsket om å hindre spredning av antibiotikaresistente bakterier, men også andre former for trusler mot folkehelsen kan tenkes å motivere et norsk ønske om å begrense pasientflyten ut av landet.

## Kapittel 9 Om forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon

De saker som hittil har vært fremmet for EU-domstolen vedrørende retten til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat, er stort sett foranlediget av konflikter om lovligheten av nasjonale regler som, på ett eller annet vis, har gjort det mer økonomisk byrdefullt å motta grensekryssende helsetjenester, enn det ville være om helsetjenestene ble levert i pasientens hjemstat og av en tjenesteyter som også hadde sitt tilhold der. I de fleste sakene besto hindringen i et krav om administrativ forhåndsgodkjenning for at pasientens kostnader i forbindelse med behandlingen kunne refunderes.<sup>153</sup> Økonomiske restriksjoner kan også bestå i at det gjelder egne regler for hvilke helsetjenester det offentlige bekoster hvor behandlingen skjer i en annen EØS-stat, og at disse regler er snevrere enn de som gjelder for behandlinger i pasientens hjemstat.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Jf. forskrift om stønad til helsetjenester i EØS § 2.

<sup>153</sup> Se eksempelvis sak C-120/95 Decker, avsnitt 35 og 37, og sak C-372/04 Watts, avsnitt 98, med videre henvisninger.

<sup>154</sup> Som i sak C-444/05 Stamatelaki, avsnitt 18.



En annen mulighet er at det gjelde egne regler for beregning av pasientens egenandel i forbindelse med grensekryssende helsetjenester. En restriksjon kan også bestå i egne bestemmelser om dekning av reisekostnader som er pådratt i forbindelse med mottakelsen av en helsetjeneste, herunder om dekning av slike kostnader for en ledsager, hvor reisen skjer i forbindelse med mottakelsen av en helsetjeneste i et annet EØS-land, og hvor disse reglene er mindre gunstige enn for pasienter som mottar behandling i hjemstaten. Indirekte forskjellsbehandling kan også tenkes, slik at de samme regler gjelder for behandling i hjemstaten og i andre EØS-stater, men at disse i praksis slår ulikt ut etter hvor behandlingen skjer.<sup>155</sup>

Alle disse tilfeller utgjør direkte eller indirekte forskjellsbehandling av pasienter som ønsker å motta helsetjenester fra tjenestetilbydere som opererer i en annen EØS-stat, noe som i utgangspunktet er forbudt etter EØS-avtalens art. 36, jf. art. 37.<sup>156</sup> I alle tilfellene vil det avgjørende spørsmål være om restriksjonen allikevel er lovlig etter de EØS-rettslige tjenesteregler. Som beskrevet i avhandlingens kapittel 7 beror dette på hvordan de EØS-rettslige unntaksregler skal forstås. Hvilke regler dette kan være, behandles først i kapittel 10, før deres nærmere anvendelse drøftes i kapittel 11 og 12.

## Kapittel 10 Relevante EØS-rettslige regler

### 10.1 EØS-avtalens hoveddel

EØS-avtalens regler om restriksjoner på tjenestefriheten gjelder på samme måte for økonomiske som for øvrige restriksjoner. Det vil si at en økonomisk restriksjon kan tillates dersom den er begrunnet i allmenne hensyn,

---

<sup>155</sup> Som eksempel på sistnevnte, se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 65 og 66.

<sup>156</sup> Jf. eksempelvis sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 61.

og er egnet og nødvendig til å oppfylle et akseptabelt beskyttelsesnivå for hensynet.<sup>157</sup> Dette er det grunnleggende krav til enhver restriksjon på friheten til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat.

I EU-retten er det ikke tvilsomt at rettsakter som vedtas i medhold av TEUF<sup>158</sup> (den såkalte sekundærretten), ikke kan stride mot traktatens regler.<sup>159</sup> Dette innebærer at bestemmelser i forordninger og direktiver om nødvendig må tolkes innskrenkende, slik at de er i overensstemmelse med traktaten. Ordningen kan sammenlignes med den som i norsk rett gjelder for forholdet mellom trinnhøyere og -lavere regler. Til tross for at EØS-avtalens art. 119 i seg selv kan tyde på at den EU-rettslige sekundærrett som er inntatt i et av EØS-avtalens vedlegg skal gjelde på lik linje med reglene i avtalens hoveddel,<sup>160</sup> er det lite tvilsomt at en modell tilsvarende den EU-rettslige også gjelder her.<sup>161</sup>

Det er i denne sammenheng ikke snakk om at reglene i avtalens hoveddel formelt er *lex superior* i forhold til rettsaktene som er inntatt i avtalens vedlegg, men de sistnevnte reglene må allikevel tolkes i lys av hoveddelens bestemmelser, og kan ikke stride mot disse. Dette følger allerede av homogenitetsmålsetningen,<sup>162</sup> og prinsippet i EØS-avtalens art. 6. Motsatt kunne en ende opp med at en ordning var tillatt etter EØS-, men ikke EU-retten. Videre har EFTA-domstolen pekt på at EØS-komiteen i EØS-avtalens art. 98 er gitt kompetanse til å endre avtalens vedlegg, men ikke hoveddelen; et faktum som kan tas til inntekt for at sistnevnte regler skal behandles som om de var *lex superior*.<sup>163</sup>

For grensekryssende helsetjenester innebærer dette at alle relevante regler i EØS-avtalens vedlegg, hovedsakelig EUs pasientdirektiv, samt Trygdeforordningen, må tolkes i overensstemmelse med EØS-avtalens art 33, jf. art. 39, slik disse er blitt forstått i rettspraksis og juridisk

---

<sup>157</sup> Se eksempelvis sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 75.

<sup>158</sup> Normalt TEUF art. 114.

<sup>159</sup> Se for restriksjoner på mottakelsen av helsetjenester sak C-120/95 Decker, avsnitt 27.

<sup>160</sup> Dette blir også antydnet i St.prp. nr. 100 (1991–1992) på s. 102.

<sup>161</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 232.

<sup>162</sup> Jf. EØS-avtalens art. 1, og fortalens pkt. 16.

<sup>163</sup> Jf. sak E-6/01 CIBA, avsnitt 33. Spørsmålet om eventuell trinnhøydeforskjell diskuteres i Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), s. 40.

teori.<sup>164</sup> Selv om en restriksjon synes å være tillatt etter disse rettsakter, må det undersøkes om dette resultatet er innenfor det som tillates av EØS-avtalens tjenesteregler. At Europarådet og -parlamentet anser at så er tilfellet, kan ikke tillegges avgjørende vekt, på samme måte som Stortingets syn på grunnlovsmessigheten av en ordning kun er ett av flere relevante argumenter i norsk rett.<sup>165</sup>

Det er allikevel grunn til å legge større vekt på det lovgivende organs syn når den aktuelle ordning følger av et detaljert og uttømmende regelverk, hvor statene er overlatt en mindre skjønnsmargin ved gjennomførelsen. Dette er normalt tilfellet for forordninger, men harmonerer også med hvordan EU-domstolen behandler ordninger som følger av EØS-bestemmelser som utgjør en totalharmonisering.<sup>166</sup>

## 10.2 EUs trygdeforordning

### 10.2.1 Innledning

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (heretter EUs trygdeforordning) er inntatt i EØS-avtalens vedlegg VI,<sup>167</sup> og gjort til del av norsk rett gjennom forskrift.<sup>168</sup> Forordningen er vedtatt med henvisning til reglene om fri bevegelse av arbeidstakere.<sup>169</sup> Som alt indikert i forordningens tittel, tar dennes bestemmelser kun sikte på å koordinere EØS-statenes respektive trygdesystemer; ikke å utvide deres anvendelsesområde.<sup>170</sup> Forordningen

---

<sup>164</sup> Jf. blant andre sak C-173/09, Elchinov avsnitt 38.

<sup>165</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim), avsnitt 62.

<sup>166</sup> Jf. sak C-322/01 Deutsche Apothekerverband, avsnitt 64.

<sup>167</sup> Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011.

<sup>168</sup> Se forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene § 1.

<sup>169</sup> Jf. trygdeforordningens fortale pkt. 1.

<sup>170</sup> Dette harmonerer også med det grunnleggende prinsippet om at EU-retten ikke skal gripe inn i medlemsstatenes rett til selv å treffe avgjørelser om sine helsetjenesters organisering og finansiering, jf. blant annet TEUF art. 153 fjerde ledd, og sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 44.

er en videreførelse og forenkling av den tidligere trygdeforordningen av 1971, og de mange endringene av, og tillegg til, denne.<sup>171</sup>

Forordningen av 2004 var ikke ment å innebære noen ny rettstilstand,<sup>172</sup> og rettspraksis vedrørende bestemmelser i den tidligere forordning vil derfor ha relevans også ved tolkningen av dagens regelverk.

Utgangspunktet etter trygdeforordningen er, som etter EØS-avtalens art. 36, at arbeidstakere og deres familier skal kunne motta helsetjenester i en annen EØS-stat (behandlingslandet) med rett til de samme økonomiske tilskudd som ville blitt ytet av pasientens hjemstat (trygdlandet) dersom tjenesten ble ytet der. Forordningen regulerer trygdlandets ansvar hva gjelder behandlinger hvor behandlingsbehovet oppsto etter avreise fra trygdestaten (akuttbehandling), samt ansvaret ved planlagte behandlinger i andre EØS-stater.

### 10.2.2 Planlagt behandling

Trygdeforordningens art. 20 omhandler retten til refusjon av kostnader i forbindelse med reise til et annet EØS-land for å motta planlagt behandling. Trygdlandet kan stille krav til forhåndsgodkjenning for at dettes trygdeordning skal dekke kostnadene ved slik behandling, jf. art. 20 første ledd. Slik forhåndsgodkjenning skal gis dersom den aktuelle behandlingen tilsvarer behandling pasienten ville ha fått tilgang til i trygdlandet, og dersom pasienten ikke kan tilbys slik adekvat behandling innen en medisinsk forsvarlig tidsfrist.<sup>173</sup> Motsetningsvis kan forhåndstillatelse nektes hvor pasienten er, eller kunne ha blitt, tilbudt slik behandling, forutsatt at dette også er i overensstemmelse med EØS-avtalens art. 33.<sup>174</sup> Vilkårene for at forhåndstillatelse må gis, eller kan nektes, er blitt behørig behandlet i rettspraksis.<sup>175</sup> Primærrettens regler om eliminering av all ulovlig forskjellsbehandling har blant annet gitt seg utslag i at utvelgelsen

---

<sup>171</sup> Se Rfo 1408/1971/EØF.

<sup>172</sup> Jf. trygdeforordningens forale pkt. 3.

<sup>173</sup> Jf. trygdeforordningens art. 20 nr. 2.

<sup>174</sup> Sak C-268/13 Petru, avsnitt 35 og 36.

<sup>175</sup> Se senest sak C-268/13 Petru, og sak C-173/09 Elchinov.

av hvilke helsetjenester som skal tilbys i trygdestaten (og som da kan danne grunnlag for en rett til forhåndsgodkjenning) ikke kan innebære direkte eller indirekte forskjellsbehandling av tjenestetilbydere etter etableringssted.<sup>176</sup>

En konsekvens av dette er at avgjørelsen om hvilke helsetjenester som skal tilbys hvilke pasientgrupper må bygge på internasjonal, i motsetning til nasjonal, medisinsk forskning og praksis.<sup>177</sup> Videre må spørsmålet om hvorvidt de helsetjenester pasienten kan tilbys i trygdestaten innen en medisinsk forsvarlig tidsfrist faktisk er like virkningsfulle som den aktuelle behandling i et annet EØS-land, avgjøres individuelt med henvisning til den konkrete pasients sykdomsforhold, og behandlingens antatte effekt.<sup>178</sup> Hva som er en medisinsk forsvarlig tidsfrist, må også avgjøres ut fra den konkrete situasjon, og ikke bare med henvisning til at det gjelder et alminnelig system med ventelister for ulike pasientgrupper.<sup>179</sup> For øvrig vises det til kapittel 10.3.3 for en nærmere drøftelse av hvordan vilkåret om at tilsvarende helsehjelp kan tilbys skal forstås.

Utgangspunktene som er behandlet her, er hovedårsaken til at ESA i september 2017 sendte en begrunnet uttalelse til Norge vedrørende gjennomføringen av EUs trygdeforordning, pasientrettighetsdirektivet, samt EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.<sup>180</sup> Etter ESAs oppfatning strider det norske regelverk<sup>181</sup> mot EØS-rettens krav. Dette er blitt bestridt av den norske staten, men det er samtidig gjort endringer i regelverket som skal klargjøre rettstilstanden ytterligere.<sup>182</sup> Om ESA finner dette tilfredsstillende er foreløpig ikke kjent.

---

<sup>176</sup> Jf. sak C-1999-157 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 89.

<sup>177</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 60 til 69.

<sup>178</sup> Jf. sak C-268/13 Petru, avsnitt 32.

<sup>179</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 79.

<sup>180</sup> Se ESAs grunngitte uttalelse av 20. september 2017, samt Norges svar på denne av 19. januar 2018.

<sup>181</sup> Dette gjelder primært forskrift om stønad til helsetjenester i EØS, særlig § 3.

<sup>182</sup> Jf. Norges svar til ESAs grunngitte uttalelse av 19. januar 2018.

### 10.2.3 Akuttbehandling

For helsetjenester som dekker et behandlingsbehov som oppstår først etter at pasienten har forlatt trygdestaten (akuttbehandling), er det i forordningen ikke åpnet for krav om forhåndsgodkjenning.<sup>183</sup> Akuttbehandlingsbegrepet omhandler som utgangspunkt kun helsetjenester som skal dekke et behandlingsbehov som oppsto etter utreise fra trygdestaten, men enkelte løpende behov, så som behov for dialyse eller oksygenbehandling, kan allikevel regnes som akuttbehandling.<sup>184</sup>

Kostnader i forbindelse med slik behandling må altså etter Trygdeforordningen refunderes av trygdestaten, i den grad de ville ha blitt dekket om behandlingen fant sted der.<sup>185</sup> Hvilke behandlinger dette gjelder, drøftes i kapittel 10.3.3. Selv om forhåndstillatelse som utgangspunkt ikke kan kreves som vilkår for trygdestatens dekning av kostnader påløpt i forbindelse med akuttbehandling, skal det bemerkes at en slik rett kan følge av EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.

Trygdeforordningen er, som nevnt, en del av det regelverk som skal sikre personer frihet til å reise over landegrensene innad i EØS-området for å arbeide. Forordningen er således en del av et større regelverkskompleks som det ligger utenfor denne oppgavens rammer å behandle grundigere.

## 10.3 EUs pasientrettighetsdirektiv

### 10.3.1 Om direktivet

Som beskrevet i del II, har det siden Kohll- og Decker-sakene<sup>186</sup> kommet til en nokså omfattende rettspraksis vedrørende restriksjoner på helse-tjenester som mottas i et annet EØS-land enn pasientens hjemstat.

---

<sup>183</sup> Trygdeforordningen art. 19 første ledd.

<sup>184</sup> Jf. forutsetningsvis trygdeforordningen art. 19 annet ledd, samt prop.118 L (2012–2013), s. 65.

<sup>185</sup> Denne forståelsen er imidlertid noe modifisert gjennom dommen i sak C-211/08 Kommisjonen mot Spania, avsnitt 72.

<sup>186</sup> Sak C-120/95 Decker, og sak C-158/96 Kohll.

Praksisen har vært noe stykkevis og delt, og i 2011 ble den forsøkt sammenfattet i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/24/EU av 9. mars 2011 om pasientrettigheter i forbindelse med grensekryssende helsetjenester (heretter «pasientrettighetsdirektivet»). Direktivet viderefører den domstolsskapte rettstilstand, i tillegg til at det også på andre områder skal lettere gjøre utveksling av pasienter og helsetjenester mellom EØS-landene.<sup>187</sup> Direktivet skal allikevel ikke gripe inn i medlemstatenes rett til selv å avgjøre hvordan de nasjonale helsetjenester skal organiseres og finansieres, og hvilke behandlingsformer de nærmere skal inkludere.<sup>188</sup>

EUs pasientrettighetsdirektiv ble inntatt i EØS-avtalens vedlegg X, og implementert i norsk rett i 2014.<sup>189</sup> Implementeringen besto dels i konstatering av rettsharmoni, men også noen lov- og forskriftsendringer var påkrevet.<sup>190</sup> Gjennomføringen skjedde altså på flere plan, men av særlig betydning for å oppfylle Norges forpliktelser etter pasientrettighetsdirektivet er forskrift om stønad til helsetjenester i EØS.<sup>191</sup> I likhet med øvrige rettsakter inntatt i EØS-avtalen, har pasientrettighetsdirektivet ikke direkte virkning i norsk rett. Ved eventuell motstrid må det sees hen til det alminnelige presumsjonsprinsipp.<sup>192</sup>

### 10.3.2 Generelt om direktivets innhold

Målsetningen om å gi EØS-borgere enklere tilgang til helsetjenester i andre EØS-stater,<sup>193</sup> er forsøkt sikret på flere måter i direktivet. Det skal blant annet opprettes nasjonale kontaktpunkt som skal formidle informasjon om muligheten for å motta helsetjenester i andre EØS-stater, og ellers bistå pasienten med veiledning i denne forbindelse,<sup>194</sup> i tillegg

<sup>187</sup> Se pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 8 og 10.

<sup>188</sup> Se pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 7, jf. også pkt. 13.

<sup>189</sup> Jf. henholdsvis EØS-komiteebeslutning nr. 153/2014, og lovvedtak nr. 362 (2014–2015).

<sup>190</sup> Se lov om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.) med tilhørende ikraftsettingsbestemmelser, samt forskrift om stønad til helsetjenester i EØS.

<sup>191</sup> Se forskrift av 22. november 2010 nr. 1466, se særlig §§ 2, 3, og 4.

<sup>192</sup> Jf. Rt. 2000 s. 1811 på s. 1827 og 1828.

<sup>193</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 10.

<sup>194</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 6.

til at den som skal yte helsetjenesten skal pålegges en egen informasjonsplikt.<sup>195</sup> Videre skal pasienten sikres en klage- og erstatningsøkningsadgang på lik linje med behandlingsstatens innbyggere,<sup>196</sup> tilgang til egne journalopplysninger,<sup>197</sup> samt nødvendig medisinsk oppfølging i hjemstaten på lik linje med hva som ville blitt ytet om behandlingen også var foregått der.<sup>198</sup> Direktivet skal også bidra til økt samarbeid mellom EØS-landene på helseområdet, blant annet gjennom opprettelsen av europeiske referansenettverk,<sup>199</sup> men også gjennom økt samarbeid om felles diagnostiseringsverktøy for sjeldne sykdommer.<sup>200</sup> Etter direktivet skal statene også sørge for et felles godkjenningssystem for resepter, slik at pasienten får tilgang på foreskrevne legemidler uavhengig av hvilket EØS-land rekvirerende helsepersonell opererer i.<sup>201</sup>

Viktigst er allikevel at direktivet sikrer pasienten rett til refusjon av kostnader pådratt i forbindelse med helsehjelp i en annen EØS-stat, såfremt behandlingen er blant de helsetjenester pasienten har krav på i hjemstaten.<sup>202</sup> Refusjonen skal tilsvare det beløp pasienten ville ha fått dekket om behandlingen fant sted i hjemlandet, noe som innebærer at det kan gjøres fradrag for eventuelle egenandeler som også ville påløpe ved behandling i hjemstaten.<sup>203</sup> Hvor helsetjenestene, som i Norge, finansieres over offentlige budsjetter, og ikke ut fra hver enkelt sak, skal det etableres ordninger for beregning av «stykkprisen» for behandlinger.<sup>204</sup> Denne ordningen må være åpen, og bygge på objektive kriterier. Under enhver omstendighet kan en pasient ikke kreve refundert et beløp som

---

<sup>195</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 4 annet ledd litra b.

<sup>196</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets art. 4 annet ledd litra c.

<sup>197</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 4 annet ledd litra f, samt art. 5 første ledd litra d.

<sup>198</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 5 første ledd litra c.

<sup>199</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 12, samt delegert kommisjonsbeslutning 2014/286/EU og Kommisjonens gjennomføringsbeslutning 2014/287/EU.

<sup>200</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 13.

<sup>201</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 11, samt Kommisjonens gjennomføringsdirektiv 2012/52/EU.

<sup>202</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 første ledd, jf. art. 5 første ledd litra a.

<sup>203</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 fjerde ledd.

<sup>204</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 sjette ledd.



overskrider de faktisk påløpte utgifter i forbindelse med behandlingen i utlandet.<sup>205</sup>

Et spørsmål som kan reises er hvorvidt selve refusjonsordningen strider mot EØS-avtalens tjenestefrihet. Mens helsetjenester som ytes i Norge dekkes over statsbudsjettet, slik at pasienten ikke har noen utlegg utover eventuelle egenandeler, må norske pasienter som skal motta helsetjenester i andre EØS-stater selv betale for behandlingen. Selv om dette utlegg skulle bli refundert i ettertid, utgjør ulikheten i seg selv forskjellsbehandling. Til dette kommer at langt fra alle norske pasienter kan forventes å kunne legge ut for kostbare helsetjenester mottatt i andre EØS-land, og enkelte velger å ta opp forbrukslån for å finansiere behandlingen.<sup>206</sup> Dette kan i verste fall innebære en differensiering, hvor kun de mest ressurssterke pasientgruppene har anledning til å benytte seg av sin rett etter tjenestefriheten.<sup>207</sup> Hvorvidt forskjellsbehandlingen kan forsvares med henvisning til statens behov for planlegging og rasjonalisering, er ikke åpenbart.

### 10.3.3 Hvilke helsetjenester direktivet omfatter

For hvilke helsetjenester refusjon kan kreves etter direktivets art. 7, er ikke nærmere behandlet i rettspraksis. Ordlyden er imidlertid så vidt tilsvarende den som angir hvilke helsetjenester som dekkes av Trygdeforordningens art. 20 at det er grunn til å tolke disse på samme måte. Tilsvarende gjelder som utgangspunkt også for hovedregelen i EØS-avtalens art. 36 om at pasienten skal ha rett til å motta helsetjenester på tilsvarende vilkår som om tjenesten var ytet i hjemstaten. I både pasientrettighetsdirektivet og trygdeforordningens bestemmelser heter det at helsetjenesten må være blant dem pasienten har krav på om de skulle utføres i hjemstaten. En slik forståelse harmonerer med prinsippet om at det fortsatt er opp til hver enkelt EØS-stat å bestemme over hvilke

---

<sup>205</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 fjerde ledd, og sak C-372/04 Watts, avsnitt 131 og 143.

<sup>206</sup> Se som eksempel Bergseng og Pedersen (2017).

<sup>207</sup> Se tilsvarende Hervey og McHale (2015), s. 81 og 82.

helsetjenester som skal tilbys borgerne, men at de bestemmelser som gis må respektere tjenestefriheten.<sup>208</sup> Det er også på denne måten EFTA-domstolen synes å forstå omfanget av EØS-avtalens art. 36 i Rindal- og Slinning-sakene.<sup>209</sup>

Det følger naturlig av utgangspunktet om at det kan kreves refusjon for behandling pasienten har krav på i hjemstaten, at eventuelle administrative eller mer materielle vilkår som stilles for rett til behandling i hjemstaten, også kan anvendes på behandlinger som foretas i andre EØS-stater, såfremt vilkårene i seg selv ikke innebærer forskjellsbehandling.<sup>210</sup> For norsk rett innebærer dette at kravene for å ha rett til behandling i kommune- eller spesialisthelsetjenesten også kan anvendes for pasienter som skal behandles i andre EØS-stater, såfremt vilkårene ikke innebærer et brudd på EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39. Blant vilkår som må antas å være rettmessige, er kravet til at pasienten skal ha behov for akutthjelp<sup>211</sup> eller nødvendig helsehjelp,<sup>212</sup> og at pasienten i sistnevnte tilfelle må henvises fra primærhelsetjenesten.<sup>213</sup> Også reglene i prioriteringsforskriften<sup>214</sup> må antas å være i overensstemmelse med kravet til at det ikke skal foreligge forskjellsbehandling, da de gjelder for enhver pasient som henvises til spesialisthelsetjenesten.

Behandlinger som omfattes av refusjonsprinsippet i pasientrettighetsdirektivet art. 7, er først og fremst behandlinger som både i utførelse og effekt tilsvarer behandlinger som gis pasienter i Norge. Da norsk helsevesens oppgave er å gi hver enkelt pasient «nødvendig helsehjelp»,<sup>215</sup> er det ikke utarbeidet juridisk bindende skjematiske oversikter over hvilke behandlinger som tilbys hvilke pasientgrupper og på hvilke

---

<sup>208</sup> Jf. prinsippet i pasientdirektivets fortale pkt. 7, samt blant flere sak C-444/05, Stamatelaki, avsnitt 23.

<sup>209</sup> Se forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, se særlig avsnittene 44 til 46.

<sup>210</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 syvende ledd.

<sup>211</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b første ledd.

<sup>212</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b annet ledd.

<sup>213</sup> Se for utenlandsbehandling særlig forskrift om stønad til helsetjenester i EØS.

<sup>214</sup> Se særlig forskrift om stønad til helsetjenester i EØS § 2.

<sup>215</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 B annet ledd, samt prioriteringsforskriften § 2.

vilkår dette skal skje. Derimot er behandlingsformen til en viss grad overlatt behandlende helsepersonell. Samtidig er Helsedirektoratet pålagt å utarbeide nasjonale faglige retningslinjer, som inneholder veiledende anbefalinger for behandling av pasienter med ulike diagnoser.<sup>216</sup> I praksis følges retningslinjene, slik de til enhver tid lyder, såfremt det ikke foreligger medisinske indikasjoner på noe annet. Helsedirektoratet har også opprettet Nasjonalt råd for prioritering i helse- og omsorgstjenesten, som blant annet har til formål å skulle bidra til et helhetlig og likeverdig helsetilbud i ulike regioner eller innenfor ulike fagfelt.<sup>217</sup> Rådet har videre nedsatt et beslutningsforum, hvis ansvarsområde er å avgjøre hvilke kostbare legemidler som skal tilbys pasienter i Norge, noe som igjen avgjør hvilken behandling som til enhver tid er tilgjengelig i riket.

For å avgjøre hvilke helsetjenester en konkret pasient til enhver tid har krav på etter norsk rett, må en altså ta i betraktning bestemmelser og uttalelser fra alle de overnevnte organer. Normalt vil den nærmere tolkning ikke by på særlige problemer, men det er verdt å merke seg at det avgjørende ikke er om behandlingen tilbys noen pasienter, men om den normalt tilbys pasienter med de samme, eller omtrent tilsvarende, indikasjoner som den aktuelle pasient.<sup>218</sup> Avgjørende i så henseende må være en konkret bevisføring, inneholdende uttalelser fra medisinsk sakkyndige.

Videre er det etter EFTA-domstolens uttalelser i Rindal- og Slinning-sakene klart at behandling som må regnes som eksperimentell, ikke omfattes av pasientrettighetsdirektivet art. 7 første ledd, såfremt slik behandling ikke dekkes av det norske helsevesen.<sup>219</sup> At spesialisthelsetjenesten i særlige tilfeller kan tilby utprøvende og eksperimentell behandling i forskningsøyemed, endrer ikke dette utgangspunkt.<sup>220</sup> En forutsetning i begge de foregående tilfeller er at beslutningen om å regne en behandling som utprøvende eller eksperimentell, eller beslutningen

---

<sup>216</sup> Jf. spesialisthelsetjenesteloven § 7-3, og helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5.

<sup>217</sup> Se rådets mandat på [regjeringen.no](http://regjeringen.no) (2009), særlig pkt. 2.

<sup>218</sup> Jf. motsetningsvis forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 53.

<sup>219</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 46.

<sup>220</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 47.

om å tilby en pasient deltakelse i et forskningsprosjekt som innebærer tilgang til slik behandling, ikke må innebære en forskjellsbehandling av uten- og innenlandske tjenestetilbydere.<sup>221</sup> Dette innebærer blant annet at avgjørelsen av om en behandling skal regnes som eksperimentell må bygge på objektive, kjente kriterier, som tar hensyn til internasjonalt anerkjent legevitenskap.<sup>222</sup>

Såfremt forskjellsbehandling ikke foreligger ved kategoriseringen av behandlingen, etablerer altså EUs pasientdirektiv ingen plikt for Norge til å refundere en pasients utgifter i forbindelse med behandling i en annen EØS-stat, så lenge behandlingen er å regne for utprøvende eller eksperimentell. Til slike behandlinger hører all form for alternativ medisin (som per definisjon ikke har støtte i internasjonal legevitenskap),<sup>223</sup> men også behandlinger som etter hvert kan tenkes anerkjent også i Norge. Blant mer kjente eksempler på sistnevnte kan nevnes stamcellebehandling for MS-pasienter, og immunterapi på enkelte kreftformer, som i dag er begynt å tilbys utvalgte pasientgrupper i Norge. Ved vurderingen av om en behandling er eksperimentell eller ikke, er det tidspunktet for den enkelte pasients behov som er avgjørende. At en behandling er vurdert anerkjent, eller sågar blir det i senere tid, er ikke avgjørende.<sup>224</sup>

I Rindal- og Slinning-sakene drøftet EFTA-domstolen også hvorvidt EØS-retten skal ha betydning i situasjoner hvor den behandling pasienten ønsker å motta i utlandet er mer avansert enn den som tilbys i Norge. Forutsetningen er her at den aktuelle behandling er anerkjent i internasjonal legevitenskap, men at den, normalt av økonomiske årsaker, ikke (ennå) anvendes i Norge. Behandlingen må være anerkjent for den konkrete pasients tilstand. I motsatt fall skal den bedømmes som en eksperimentell eller alternativ behandling.<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> Jf. EØS-avtalen art. 33, jf. art. 39, og sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 95.

<sup>222</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 48 til 50.

<sup>223</sup> Se definisjon i alternativ behandlingsloven § 2 tredje ledd.

<sup>224</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 59.

<sup>225</sup> Se om forutsetningene i forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 74.

Selv om EFTA-domstolen understreket at utgangspunktet fremdeles er at EØS-retten ikke begrenser medlemsstatenes rett til selvbestemmelse over egne helsesystemer,<sup>226</sup> indikerte den at dette i praksis kan være tilfellet hvor den nasjonale helselovgivning gir pasienten rett til nødvendig helsehjelp, men ikke spesifiserer hva slags hjelp som skal gis.<sup>227</sup> En tilsvarende oppfatning er lagt til grunn av EU-domstolen.<sup>228</sup> Løsningen følger av at staten i slike tilfeller på papiret har forpliktet seg til å tilby pasienten nødvendig helsehjelp, uavhengig av i hvilken form, eller på hvilken måte, denne gis. At andre forutsetninger legges til grunn gjennom budsjettvedtak og veiledende retningslinjer, synes i denne sammenheng ikke å ha betydning. Tilsvarende må trolig gjelde lovforarbeider, også hvor disse, som i de skandinaviske rettssystemer, tillegges stor vekt. Det er blitt pekt på at en slik løsning kan tvinge EØS-statene til å formalisere de retningslinjer som i dag måtte gjelde for hvilke behandlinger som kan tilbys hvilke pasientgrupper, og på hvilke vilkår, og gjøre disse til bindende regler.<sup>229</sup> Dette vil blant annet ha betydning for helsepersonells autonomi; det vil bli vanskeligere å tilby et «skreddersydd» behandlingsopplegg til den enkelte pasient, noe som kan true ønsket om å innføre «pasientens helsetjeneste». Det kan også hende at en stat ser seg nødsaget til å være svært konkret med hensyn til hvilke behandlingstyper som skal tilbys ved hvilke indikasjoner, da den ellers kan risikere at helsevesenets mandat tolkes utvidende grunnet mangel på presisjon. I begge disse tilfeller vil EØS-retten, paradoksalt nok, kunne føre til et dårligere nasjonalt helsetilbud til pasienten, noe som står i kontrast til pasientdirektivets forutsetning om at EØS-statene fremdeles skal «yte trygge og effektive helsetjenester av høy kvalitet».<sup>230</sup> Denne effekten vil nok til en viss grad avhjelpes gjennom muligheten for unntak fra tjenestefriheten, men som vi vil se, kan dagens rettstilstand i gitte tilfeller få alvorlige konsekvenser for hvordan en nasjonal helsetjenestes innhold skal avgrenses.

---

<sup>226</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 82.

<sup>227</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 82 og 83.

<sup>228</sup> Jf. sak C-173/09 Elchinov, avsnitt 61 og 62.

<sup>229</sup> Se Hervey og McHale (2015) s. 84 og 85.

<sup>230</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 4.

# Kapittel 11 Ordning med forhåndsgodkjennelse som vilkår for rett til refusjon

## 11.1 Om restriksjonstypen

Alt i Kohll- og Decker-sakene behandlet EU-domstolen som nevnt krav til forhåndsgodkjennelse for at kostnader i forbindelse med helsetjenester ytet i et annet EU-land skulle refunderes av hjemstatens trygdeordning.<sup>231</sup> Det har aldri vært tvil om at en slik ordning som utgangspunkt ikke er forenelig med tjenestefriheten. Vel forhindrer den ikke pasienter i å motta helsetjenester i andre EØS-stater, men såfremt mottakelsen av nasjonale helsetjenester ikke forutsetter en tilsvarende prosedyre, utgjør ordningen en ekstra byrde for mottakere av grensekryssende tjenester, og er således egnet til å gjøre utvekslinger av slike helsetjenester vanskeligere.<sup>232</sup> Hvorvidt et slikt krav kan tillates etter EØS-retten beror derfor på om reglene om unntak fra tjenestefriheten kan komme til anvendelse.

For forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon, gjelder ikke bare EØS-avtalens regler, men som vist også EUs pasientrettighetsdirektiv. Skjønt direktivet i utgangspunktet kun innebærer en minimumsharmonisering, omhandler det langt flere sider ved et eventuelt krav til forhåndsgodkjennelse enn hva som hittil er behandlet i rettspraksis. I det følgende behandles restriksjonstypen ut fra direktivets regler, med det forbehold at det kan være nødvendig også å se hen til de generelle regler i EØS-avtalens art. 36, jf. art. 33, jf. art. 39, slik disse er beskrevet i del II og kapittel 10.1.

Da pasientrettighetsdirektivet skulle inkorporeres i norsk rett, var det fra regjeringen Stoltenberg II som utgangspunkt meningen at det skulle stilles et krav til forhåndsgodkjennelse for at kostnader i forbindelse med

---

<sup>231</sup> Jf. sak C-120/95 Decker avsnitt 35 og 36, og sak C-158/96 Kohll, avsnitt 34 og 35.

<sup>232</sup> Jf. sak C-382/99 Müller-Fauré og van Riet, særlig avsnitt 44.

sykehusbehandling i andre EØS-stater skulle kunne kreves refundert.<sup>233</sup> Det ble sågar gjort endringer i folketrygdløven § 5-24 A for å gi departementet hjemmel til å stille krav om forhåndsgodkjenning.<sup>234</sup> Forslaget ble støttet av alle høringsinstanser.<sup>235</sup> Etter regjeringsskiftet i 2013, var det imidlertid et uttalt ønske fra den nye regjeringen at det skulle være enklest mulig for pasienten fritt å velge tjenesteyter.<sup>236</sup> Dette må antas å være årsaken til at et krav til forhåndsgodkjenning ikke lengre var påtenkt da pasientrettighetsdirektivet skulle innlemmes i norsk rett.<sup>237</sup> Avgjørelsen ble, ikke overraskende, kritisert av opposisjonspartiene i Stortinget.<sup>238</sup> Løsningen ble imidlertid akseptert av flertallet, etter at Venstres representanter stemte mot hva partiet hadde anført i komitébehandlingen.<sup>239</sup>

Prosesen illustrerer at det er klare uenigheter mellom de politiske partier om hvorvidt det bør stilles et krav til forhåndsgodkjenning for at refusjon skal kunne kreves for enkelte behandlingstyper i utlandet, og i så fall hvilke behandlinger dette skal gjelde, og hvilke vilkår som skal stilles for at forhåndsgodkjenning skal innvilges. Forslag om å endre dagens ordning er også fremmet i senere tid.<sup>240</sup>

På denne bakgrunn er det ikke bare teoretisk interessant å diskutere hvorvidt, og i så fall i hvilken grad, Norge kan stille krav til forhåndsgodkjenning som vilkår for stønad til helsetjenester mottatt i andre EØS-stater. Forutsatt at et slikt krav i fremtiden blir stilt i norsk rett i tråd med det som ble foreslått av regjeringen Stoltenberg II,<sup>241</sup> drøftes det i det følgende hvorvidt denne restriksjon allikevel kan rettfærdiggjøres gjennom de EØS-rettslige unntaksregler, representert ved EUs pasientrettighetsdirektiv. Direktivets unntaksregler følger ikke nøyaktig samme mal som en unntaksdrøftelse etter EØS-avtalens art. 33 slik den

---

<sup>233</sup> Jf. prop.118 L (2012–2013), s. 85.

<sup>234</sup> Jf. lov om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv.

<sup>235</sup> Jf. prop.118 L (2012–2013) s. 71.

<sup>236</sup> Jf. Regjeringen.no (2013), se særlig punkt 9 om helse- og omsorgstjenesten.

<sup>237</sup> Se omtale i prop.135 S (2014–2015), s. 6.

<sup>238</sup> Jf. Innst 99 S (2014–2015), s. 4

<sup>239</sup> Jf. lovvedtak nr. 362 (2014–2015), samt votteringsoversikten for vedtaket.

<sup>240</sup> Se dokument nr. 8:2 (2016–2017), samt behandlingen i Innst.170 S (2016–2017).

<sup>241</sup> Jf. Prop.118 L (2012–2013), s. 85.

er utviklet i rettspraksis og teori, men de relevante momenter med krav til at restriksjonen skal være begrunnet i å ivareta et akseptabelt beskyttelsesnivå for et legitimt hensyn, samt kravet til egnethet og nødvendighet, er de samme. For å demonstrere sammenhengen mellom regelsettene, følges EØS-avtalens systematikk i det følgende, uten at det har noe å si for de aktuelle reglers materielle innhold. Det drøftes først hvorvidt en ordning overhodet kan etableres, før de konkrete vedtak som eventuelt skal fattes under denne ordningen behandles i kapittel 12.

## **11.2 Begrunnelse i et legitimt hensyn**

### **11.2.1 Innledning**

Pasientrettighetsdirektivet åpner for at krav til forhåndsgodkjennelse for refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med behandling i en annen EØS-stat kan tillates hvor en slik ordning kan begrunnes i minst ett av tre ulike hensyn. Alle tre har en nær tilknytning til folkehelsehensynet i EØS-avtalens art. 33.

### **11.2.2 Hensynet til opprettholdelsen av en stabil lege- og sykehustjeneste**

#### **11.2.2.1 Grunnvilkåret om særlige situasjoner som forutsetter planlegging**

For det første kan pasientens hjemstat vise til at ordningen ivaretar hensynet til å opprettholde en stabil lege- og sykehustjeneste som gir befolkningen varig tilgang på et balansert tilbud av behandlinger av høy kvalitet, og som i størst mulig grad unngår sløsing med økonomiske eller menneskelige midler, jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a. Dette er strengt tatt en oppsummering av flere av de hensyn som alle ble trukket frem, og anerkjent, i rettspraksis fra før pasientrettighetsdirektivets tilblivelse, og som er omtalt i kapittel 7.2.2.<sup>242</sup> Fellesnevneren er at alle hensynene dreier seg om det nasjonale helsesystems evne til å

---

<sup>242</sup> Se sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 78 og 79.



fortsatt kunne tilby befolkningen adekvate tjenester. Dette henger nøye sammen med folkehelsehensynet i EØS-avtalens art. 33, og må således godtas til tross for at det også har nære bånd til økonomiske hensyn.<sup>243</sup>

I rettspraksis er også hensynet til å opprettholde medisinskfaglig kompetanse på statens område behandlet sammen med de overnevnte hensyn.<sup>244</sup> Dette er allikevel ikke direkte medtatt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a. Det er intet i direktivets forhistorie som tilsier at hensynet bevisst ble utelatt. Det kan imidlertid sies å bli ivaretatt gjennom henvisningen til helsetjenester av «høy kvalitet», noe som forutsetter kompetanse hos involvert helsepersonell. Slik kompetanse er også en forutsetning for at helsevesenet i det hele tatt skal fungere. Det er derfor ingen grunn til at dette hensynet ikke skal kunne vektlegges på lik linje med de andre, såfremt de øvrige vilkårene i direktivets art. 8 annet ledd litra a er oppfylt.

Årsaken til at alle de nevnte hensyn behandles som ett, er ikke bare at de lett glir over i hverandre, men også at de alle er avhengig av planleggingsmuligheter; for at helsetjenester skal kunne finansieres og fordeles slik at flest mulig pasienter får behandling raskest mulig, for at kostbart medisinsk utstyr skal kunne benyttes så hensiktsmessig som mulig, og for at helsepersonells hverdag skal legges opp slik at deres kompetanse utnyttes i størst mulig grad, er en avhengig av forutsigbarhet og planlegging. Det er derfor et grunnvilkår for at hensynene nevnt i art. 8 annet ledd litra a skal kunne påberopes at det, eller de, påberopte hensyn «krever planlegging» for at det skal være oppfylt.

Hva som nærmere ligger i selve planleggingsvilkåret, må løses ut fra den konkrete situasjon. Det må undersøkes om noen av aspektene nevnt i art. 8 annet ledd litra a ved den nasjonale helsetjenesten vil trues dersom pasientene overlates en større valgfrihet med hensyn til behandlingstilbyder, slik at planlegging av hvordan ressurser skal brukes vanskeligjøres. Denne vurderingen vil snarere være av medisinskfaglig og økonomisk enn juridisk art.

---

<sup>243</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 74.

<sup>244</sup> Se eksempelvis sak C-372/04 Watts, avsnitt 105, og sak C-173/09 Elchinov, avsnitt 42.

Planleggingsbehovet er normalt proporsjonalt med hvor avansert den aktuelle behandling er. Opprinnelig endte derfor EU-domstolen i praksis opp med å sondere mellom sykehusbehandling, og behandling utenfor sykehus. I sistnevnte tilfelle var planleggingshensynet normalt ikke tilstrekkelig tungtveiende,<sup>245</sup> men etter hvert ble det også godtatt at behandlinger som forutsatte bruk av avansert medisinskteknisk utstyr kunne utløse et tilstrekkelig stort behov for planlegging, selv om slik behandling skjedde utenfor sykehus.<sup>246</sup> Denne løsning er videreført i pasientrettighetsdirektivet slik at et hensyn først kan påberopes dersom også minst ett av tilleggsvilkårene om sykehusbehandling eller bruk av avansert medisinsk utstyr er oppfylt. Ved å oppstille disse grunn- og tilleggsvilkår har lovgiver foretatt en form for nødvendighetsvurdering alt i spørsmålet om hvilke hensyn som skal kunne påberopes som bakgrunn for en restriksjon.

Ettersom grunnvilkåret om planleggingsbehov er selvstendig, må det vurderes om det er oppfylt selv hvor behandlingen krever innleggelse i sykehus i minst én natt eller bruk av høyt spesialisert og kostnads-krevende medisinsk utstyr. For øvrige behandlinger gjelder det motsatte; om det skulle vise seg at hensynene nevnt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a er truet som følge av mangel på planleggingsmuligheter ved helsetjenester ytet uten bruk av avansert utstyr og utenfor sykehus, er dette ikke tilstrekkelig til at en restriksjon er begrunnet i et legitimt hensyn. Om en slik situasjon skulle oppstå, måtte eventuelle krav til forhåndsgodkjenning ha blitt rettfærdiggjort med henvisning til EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.<sup>247</sup>

### 11.2.2.2 Innleggelse i sykehus

Det er ikke foretatt noen nærmere presisering av hva som ligger i vilkårene i art. 8 annet ledd litra a romertall I og II, hverken i pasientrettighetsdirektivet eller i Kommisjonens forslag til dette. Heller ikke i rettspraksis er problemet behandlet direkte. Hva gjelder kravet til at

---

<sup>245</sup> Jf. sak C-372/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 95.

<sup>246</sup> Jf. sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike avsnitt 34.

<sup>247</sup> Jf. Hervey og McHale (2015) s. 91.

pasienten må innlegges i sykehus i minst én natt, kan dette enten forstås ut fra pasientens hjemstats regelverk og organisering av helsesektoren, ut fra behandlingsstatens regler, eller ut fra en egen EØS-rettslig tolkning av hva som innebærer innleggelse i sykehus.

Om sistnevnte skulle gjelde, ville det være naturlig å forvente at en slik definisjon fremgikk av pasientrettighetsdirektivet eller andre EØS-rettslige bestemmelser. Så er ikke tilfellet. Samtidig vil det å overlate all definisjonskompetanse til hjem- eller behandlingsstaten kunne føre til utilsiktede ulikheter i for hvilke helsetjenester de ulike EØS-land kunne kreve forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon. Det vil også åpne for misbruk, ved at en stat konsekvent definerte sykehusbehandling svært utvidende. For norsk retts del kunne dette blant annet bestå i at alle sykehjem ble definert som sykehus, all den tid beboerne normalt både mottar helse- og omsorgstjenester. Riktignok reduseres denne faren ved at det også stilles krav til overnattingsbehov, samt at pasientrettighetsdirektivet ikke får anvendelse på langvarige omsorgstjenester.<sup>248</sup> Ulempene er allikevel fremdeles til stede, noe det norske eksempel illustrerer.

Samtidig er formålet bak pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a nettopp å beskytte pasientens hjemstats helsevesen, ut fra at enkelte behandlinger krever planlegging for å opprettholde et balansert og tilgjengelig tilbud til befolkningen. Det vil derfor ikke være naturlig å se helt bort fra forholdene i hjemstaten, også fordi denne etter EØS-retten skal stå fritt til å bestemme hvordan helsevesenet skal organiseres.<sup>249</sup> Etter denne betraktningmåte er det også mindre grunn til å tillegge behandlingsstatens definisjon noen betydning.

Ut fra dette vil det kanskje være mest naturlig å anta at EU-domstolen vil ta utgangspunkt i hva pasientens hjemstat definerer som et sykehus, og eventuelt justere denne oppfatningen dersom den skulle stå i sterk kontrast til en mer alminnelig oppfatning. I alle tilfeller er det grunn til å tro at de fleste tilfeller av sykehusbehandling også vil omfattes av situasjonstypen nevnt i art. 8 annet ledd litra a romertall II.

---

<sup>248</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 1 tredje ledd litra a.

<sup>249</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 43.

Et særskilt spørsmål er hvordan praksisen med pasienthoteller skal regnes. Slike hoteller finnes hovedsakelig i Skandinavia,<sup>250</sup> men vurderes også utvidet i andre land, som Storbritannia.<sup>251</sup> Det finnes ingen legal-definisjon av begrepet, men det brukes normalt om overnattingstilbud som særlig tilbys pasienter, men også pårørende og andre interesserte, i forbindelse med sykehusbehandling, men hvor pasienten ikke behøver kontinuerlig medisinsk oppfølging eller tilsyn. I norsk rett antar Helse- og omsorgsdepartementet at slike hoteller må regnes som «sykehus» i den grad de «har tilbud til innlagte pasienter».<sup>252</sup> Hva som nærmere skal forstås med «tilbud», må imidlertid vurderes konkret. Slike hoteller har normalt minst ett helsepersonell tilgjengelig for gjestene ved behov, men om dette i seg selv utgjør et medisinsk tilbud til den enkelte pasient, kan diskuteres, og vil nok variere ut fra den konkrete kontekst.

### 11.2.2.3 Behandlinger som forutsetter bruk av avansert medisinsk utstyr

Hva gjelder denne behandlingsgruppen, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i at behovet for planlegging for slike tjenester først ble anerkjent i rettspraksis som et supplement til kravet om sykehusbehandling.<sup>253</sup> Dette fordi man ellers ville få en rettstilstand der spørsmålet om en stat kunne kreve forhåndsgodkjenning som et vilkår for refusjon av kostnader i forbindelse med utenlandsbehandling, ville avhenge av hvordan denne staten valgte å organisere sitt helsesystem, og altså hvorvidt den enkelte behandlingen ble tilbudt på sykehus eller i andre institusjoner. En slik rettstilstand ville ikke harmonere med forholdsmessighetsprinsippet, noe EU-domstolen også fant.<sup>254</sup>

Da spørsmålet ble behandlet, var det i relasjon til et fransk krav til forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon av kostnader i forbindelse med behandling i et annet EØS-land ved bruk av positronemisjonsstomografi

---

<sup>250</sup> Jf. Seddon (2013).

<sup>251</sup> Jf. BBC (2013).

<sup>252</sup> Jf. Prop.83 L (2017–2018), s. 15.

<sup>253</sup> Jf. sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike, avsnitt 36 og 37.

<sup>254</sup> Jf. sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike, avsnitt 42.

(PET), magnetisk resonans (MR), computer tomografi (CT), trykkammer og syklotron.<sup>255</sup> Alle disse må antas også å omfattes av situasjonen nevnt i art. 8 annet ledd litra a romertall II.

Hvilke andre behandlingsformer som omfattes, må bero på en vurdering av om behovet for planlegging er så vidt stort at det begrunner et inngrep i tjenestefriheten. I denne vurderingen har EU-domstolen lagt særlig vekt på kostnadene i forbindelse med anskaffelsen og driften av utstyret, og risikoen for at det blir stående uutnyttet.<sup>256</sup> Også her må det altså foretas en forholdsmessighetsvurdering for i det hele tatt å komme frem til hvilke tvingende hensyn som kan begrunne et krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon av kostnader i forbindelse med utenlandsbehandling. Behandlinger som etter en slik betraktning trolig faller inn under bestemmelsen i art. 8 annet ledd litra a romertall II, er behandlinger som forutsetter bruk av strålekniv (gammakniv), eller operasjonsroboter (såkalt «Da Vinci»). Ettersom bestemmelsen også viser til «medisinsk infrastruktur», er det sannsynlig at også datateknologi med særlig betydning for pasientbehandling kan begrunne et krav til forhåndsgodkjennelse. Det samme kan også gjelde behandlinger som må skje på særlig tilrettelagte steder, eksempelvis i operasjonsstuer som er spesielt utformet med tanke på behandling av den konkrete pasientgruppe, eller hvor det benyttes spesielle fasiliteter av hensyn til smittevern. Samtidig må det her trekkes en grense mot mer ordinær behandling som foretas i alminnelige lokaler. Grensen må trekkes konkret.

### **11.2.3 Hensynet til pasienten eller befolkningens sikkerhet**

For det annet tillater pasientrettighetsdirektivet krav til forhåndstilleggelse som vilkår for refusjon av kostnader pådratt i forbindelse med behandlinger i utlandet dersom dette er begrunnet i hensynet til den enkelte pasient eller befolkningens sikkerhet, jf. direktivet art. 8 annet ledd litra b. Forutsetningen er at behandlingen i seg selv utgjør en «særlig

---

<sup>255</sup> Sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike, avsnitt 9.

<sup>256</sup> Sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike, avsnitt 39.

risiko» for pasienten eller befolkningen i pasientens hjemstat. Hva som ligger i dette kravet, må avgjøres ut fra den konkrete kontekst.

Det må for det første tas hensyn til om den konkrete behandlingsform kan være farlig for pasienten, eksempelvis ved at den øker faren for komplikasjoner mer enn hva som er vanlig ved bruk av lignende behandlingsformer for samme lidelse. Utgangspunkt må tas i hva internasjonalt anerkjent legeviteenskap mener om forsvarligheten av å tilby den aktuelle behandling til pasienter med indikasjoner tilsvarende den konkrete pasients.

Ordlyden i seg selv tilsier at det kun skal legges vekt på forhold knyttet til selve behandlingen, men ettersom det faktisk også er vist til risiko for befolkningen for øvrig, er det naturlig å anta at også økt smitterisiko som følge av den konkrete behandling må kunne regnes som et legitimt hensyn. I denne sammenheng vil pasientens hjemstat eksempelvis kunne vise til at forekomsten av smittsomme sykdommer er langt høyere i (noen) andre EØS-land, og at faren for smitteoverføring øker betraktelig som følge av omstendigheter rundt den konkrete behandlingsform, eksempelvis ved at det anvendes medikamenter som svekker pasientens immunforsvar mer enn hva som er vanlig ved lignende behandlinger. For Norges del kan dette blant annet gjelde risikoen for smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier, dersom faren for dette øker betraktelig ved bruk av den aktuelle behandlingsform.

Som eksempel på tilfeller som kan være aktuelle trekker de norske forarbeidene til innlemmelsen av pasientrettighetsdirektivet i norsk rett også frem et tilfelle hvor pasienten er midt i et behandlingsforløp, og ønsker å gjennomføre kun en mindre del av behandlingen i et annet EØS-land.<sup>257</sup> Dette kan sette pasienten i fare, all den tid det kan oppstå utfordringer i koordineringen mellom de ulike behandlende institusjonene, noe som i verste fall kan gjøre at deler av behandlingen som gis blir kontraproduktiv, eller til og med farlig for pasienten. Tilsvarende kan det være tale om en pasient som ønske rå få utført en behandling som i og for seg vil ha god effekt på én lidelse, men hvor det hos pasienten finnes kontraindikasjoner som pasienten og behandlende helsepersonell i en

---

<sup>257</sup> Jf. Prop.118 L (2012–2013) s. 72.

annen EØS-stat ikke ihensyntar i tilstrekkelig grad. Det skal altså ikke bare vektlegges om selve behandlingen er trygg, men om den vil utgjøre en risiko for den konkrete pasient.

Krav til forhåndsgodkjennelse som begrunnes i hensyn som nevnt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra b vil innebære en paternalistisk avgjørelse som står i strid med det EØS-rettslige prinsipp om pasientens frie behandlingsvalg.<sup>258</sup> Dersom kravene til forholdsmessighet er oppfylt, vil det imidlertid være grunn til å overstyre den enkelte pasients subjektive ønske og oppfatning.

### 11.2.4 Hensynet til behandlingens kvalitet

Endelig kan en ordning med krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon av kostnader pådratt i forbindelse med behandling i et annet EØS-land tillates dersom det er begrunnet i at forhold ved den konkrete behandlingstilbyder gir grunn til «alvorlig og særlig bekymring når det gjelder behandlingens kvalitet eller sikkerhet», jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra c. Også her er det altså pasientsikkerheten som er avgjørende. Påberopelse av hensynet på dette grunnlag må imidlertid være begrunnet i bekymring for pasientens sikkerhet basert på hvem som yter behandlingen og hvor og hvordan dette skjer, i motsetning til risikoer forbundet med behandlingstypen som sådan. I denne sammenheng kan altså behandlingsformen i seg selv være både trygg og antatt effektiv for pasienten, forutsatt at den ytes under tilfredsstillende forhold – den kan sågar være blant dem pasienten tilbys i hjemstaten.

Hvilke forhold ved en behandlingstilbyder som kan legitimere et inngrep, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering, noe som også er poengtert i direktivteksten, og som i utgangspunktet hører til forholdsmessighetsvurderingen. Blant de mest nærliggende forhold kan nevnes mangel på basalt medisinsk utstyr og infrastruktur,<sup>259</sup> manglende medisinsk kompetanse hos behandlende helsepersonell, mangel på betryggende prosedyrer i forbindelse med inngrep, eller et mindre godt

---

<sup>258</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 1 første ledd.

<sup>259</sup> Jf. de faktiske omstendigheter i sak C-268/13 Petru, eksempelvis avsnitt 33.

fungerende smittevernsystem.<sup>260</sup> Hertil må bemerkes at skjønt pasientens hjemstat må overlates en viss skjønnsmargin hva gjelder pasientbeskyttelsen, må den forholde seg til de kvalitetsstandarder som finnes i EU, og som er bindende for staten<sup>261</sup>

En trussel som kan legitimere en restriksjon, er om forhold ved den enkelte behandlingstilbyder tilsier en økt risiko for at pasienten skal smittes med antibiotikaresistente bakterier. Som nærmere beskrevet i avhandlingens kapittel 13, utgjør slik smittefare en stor risiko. Smittefaren varierer gjerne etter i hvilket land behandlingen ytes,<sup>262</sup> men i henhold til direktivet kan smitterisikoen først påberopes dersom den er særlig høy som følge av forhold ved det konkrete behandlingssted. Om hvorvidt det faktum at et behandlingssted ligger i en stat hvor forekomsten av antibiotikaresistent er særlig høy kan betraktes som et relevant forhold, er ikke avklart.<sup>263</sup>

### 11.3 Beskyttelsesnivå

Som ellers på helseområdet er statene overlatt en viss skjønnsmargin hva gjelder beskyttelsesnivå for de overnevnte hensyn.<sup>264</sup> Dette følger ikke bare av at pasientens hjemstat skal stå fritt til å organisere sin egen helsetjeneste, og herunder avgjøre hvilke behandlinger som skal tilbys på hvilke vilkår,<sup>265</sup> men også den vitale betydningen befolkningens sunnhet og overlevelse har for nasjonalstaten. Innenfor de rammene som er trukket opp i direktivets art. 8 annet ledd, er det altså åpnet for at praksis og krav til kvalitet varierer mellom EØS-statene, slik at det faktum at én stat eksempelvis ikke anser en behandling for å utgjøre en «særlig risiko», ikke utelukker at en annen kan gjøre det.<sup>266</sup>

---

<sup>260</sup> Se også Hervey og McHale (2015) s. 90 og 91.

<sup>261</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 47, 48, og 49.

<sup>262</sup> Jf. European Centre for Disease Prevention and Control (2017).

<sup>263</sup> Se nærmere om dette i oppgavens kapittel 13.

<sup>264</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 42, jf. pkt. 5.

<sup>265</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets fortale pkt. 5, og eksempelvis sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 44 og 45.

<sup>266</sup> Se tilsvarende for legemidler i sak C-141/07 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 51.



Denne skjønnsadgang er imidlertid ikke absolutt; den må holde seg innenfor hva som er tillatt etter EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39. Videre er det i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra c presisert at en stat ikke kan kreve forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon for kostnader påløpt i forbindelse med utenlandsbehandling med henvisning til en alvorlig bekymring for pasientens sikkerhet dersom angjeldende behandling tilfredsstillende EØS-rettslige minstekrav til sikkerhet og kvalitet i EØS-området.<sup>267</sup> Dette gjelder blant annet EØS-reglene om bruk av blod og blodkomponenter,<sup>268</sup> og om behandling av vev og celler fra mennesker.<sup>269</sup> Også reglene om gjensidig anerkjennelse av yrkeskvalifikasjoner<sup>270</sup> forhindrer at et krav til forhåndsgodkjenning kan begrunnes i manglende kvalifikasjoner hos behandlende helsepersonell.<sup>271</sup>

Selv om det ikke nevnes i direktivet, må EØS-rettslige harmoniseringsregler tilsvarende konstituere en ramme for hvilket beskyttelsesnivå som kan anlegges etter direktivets art. 8 annet ledd litra a og b. Betydningen av såkalt soft law er nærmere behandlet i oppgavens kapittel 13.2.3.

## 11.4 Egnethet og nødvendighet

### 11.4.1 Generelt

For at en ordning med forhåndsgodkjenning som vilkår for rett til refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med mottakelsen av helsetjenester i en annen EØS-stat skal tillates etter pasientrettighetsdirektivet, må ordningen endelig være egnet og nødvendig til å oppfylle det angitte legitime hensynet, jf. direktivet art. 8 første ledd. Dette kravet er i praksis tilsvarende det alminnelige forholdsmessighetskrav som er utviklet i rettspraksis.<sup>272</sup> Det kan derfor for en stor del vises til behandlingen av

---

<sup>267</sup> Jf. prinsippene i sak C-444/05, Stamatelaki, avsnitt 37.

<sup>268</sup> Jf. EP/Rdir 2002/98/EF.

<sup>269</sup> Jf. EP/Rdir 2004/12/EF.

<sup>270</sup> Jf. EP/Rdir 2005/36/EF.

<sup>271</sup> Dette ble alt slått fast i sak C-158/96 Kohll, avsnitt 48. Se også sak C-444/05, Stamatelaki, avsnitt 37.

<sup>272</sup> Se eksempelvis sak C-157/99 Geraets-Smits og peerboms, avsnitt 75.

dette i kapittel 7.3. Det kan allikevel minnes om at det avgjørende er om en ordning med forhåndsgodkjennelse vil være egnet til å oppnå det akseptable beskyttelsesnivået som er begrunnet i ett eller flere av hensynene i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd. Videre må ordningen gjennomføres konsistent, og det angitte beskyttelsesnivå må ikke kunne oppnås gjennom mindre inngripende midler. Dessuten angir pasientrettighetsdirektivet art. 8 første ledd at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand, hvor viktigheten av det aktuelle hensyn veies opp mot utgangspunktet om pasientenes rett til fritt å motta behandlinger i andre EØS-stater. I denne sammenheng bør det legges særlig vekt på helsevesenets livsviktige funksjon i EØS-statene, og den skjønnsmarginen de derfor er overlatt.<sup>273</sup>

Når dette er sagt, er det allerede poengtert at en del av nødvendighetsvurderingen alt er innbakt i vilkårene for hvilke hensyn som kan påberopes som begrunnelse for en ordning med forhåndsgodkjennelse.<sup>274</sup> Dette innebærer at det kun er tungtveiende hensyn som overhodet kan begrunne en slik ordning, noe som igjen tilsier at det har formodningen mot seg at ordningen skulle være uforholdsmessig inngripende. Egnets- og nødvendighetsvurderingen vil i denne sammenheng trolig stort sett fungere som en sikkerhetsventil, som fanger opp utilsiktede utslag av den etablerte ordningen i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd.

#### **11.4.2 Særlige krav til saksbehandlingen**

Et annet aspekt ved nødvendighetsvurderingen er også medtatt i pasientrettighetsdirektivet. Dette omhandler den mer konkrete utformingen av ordningen med forhåndsgodkjennelse, snarere enn selve etableringen av en slik ordning. For at denne skal kunne godtas, må ordningen organiseres slik at den er lett tilgjengelig, og slik at søknader om forhåndstillatelse behandles på en objektiv og upartisk måte.<sup>275</sup> Søknader om forhåndsgodkjennelse som vilkår for rett til refusjon for kostnader påløpt

---

<sup>273</sup> Jf. eksempelvis sak C-322/01 Deutsche Apothekerverband, avsnitt 103.

<sup>274</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd.

<sup>275</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 9 annet ledd.

i forbindelse men behandling ytet i et annet EØS-land skal behandles innen rimelige frister,<sup>276</sup> og avgjørelsen skal være individuelt begrunnet og den skal være påklagbar.<sup>277</sup> Dette er i praksis de samme vilkårene som gjelder for restriksjoner med som tillates etter den generelle unntaksadgangen i EØS-avtalens art. 33.<sup>278</sup> Vilkårenes primære funksjon er å sikre at pasienter ikke overlates til sine respektive hjemstaters frie skjønn, men at disses eventuelle ordning om forhåndsgodkjennelse bygger på objektive kriterier som hverken direkte eller indirekte innebærer forskjellsbehandling hverken av pasienter eller ønsket behandlingssted.<sup>279</sup>

Dersom en ordning med forhåndsgodkjennelse som vilkår for refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med behandling mottatt i et annet EØS-land skulle innføres i Norge, ville det naturlige være å underlegge den forvaltningslovens regler om saksbehandling og klagesaker som gjelder enkeltvedtak.<sup>280</sup> Denne inneholder regler som skal sikre nettopp de hensyn som er anført i pasientrettighetsdirektivet. Herunder gis den saken gjelder (i dette tilfellet pasienten) rett til veiledning og informasjon,<sup>281</sup> partsinnsyn,<sup>282</sup> forhåndsvarsel og mulighet til å uttale seg,<sup>283</sup> samt klage.<sup>284</sup> Loven angir ingen fristregler for behandling av saker, men Kongen er gitt kompetanse til å fastsette dette ved forskrift.<sup>285</sup> For saker som gjelder stønad i forbindelse med helsetjenester mottatt i andre EØS-stater, må det innføres klare tidsfrister, som ikke innebærer noen restriksjon på pasientens mulighet til å motta slike helsetjenester. Det kan tenkes at fristreglene må vise til de konkrete forhold i saken, og graden av hastverk, og således at de må være fleksible.

---

<sup>276</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 9 tredje ledd.

<sup>277</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 9 fjerde ledd.

<sup>278</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 116 og 117.

<sup>279</sup> Jf. prinsippet i sak C-372/04 Watts, avsnitt 115.

<sup>280</sup> Jf. forvaltningsloven kapittel IV til VI.

<sup>281</sup> Jf. forvaltningsloven § 11.

<sup>282</sup> Jf. forvaltningsloven § 18.

<sup>283</sup> Jf. forvaltningsloven § 16.

<sup>284</sup> Jf. forvaltningsloven §§ 28 flg.

<sup>285</sup> Jf. forvaltningsloven § 11 B.

For saker som gjelder rett til nødvendige helsetjenester, og oppfyllelse av øvrige pasient- og brukerrettigheter, gjelder det på enkelte områder også enda strengere regler enn etter den alminnelige forvaltningsloven, særlig hva gjelder klage.<sup>286</sup> Det er ingen åpenbar grunn til at pasienter som søker behandling i andre EØS-stater skal være underlagt andre saksbehandlingsregler enn øvrige pasienter. Tvert imot vil en slik rettstilstand innebære en restriksjon etter EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39; en restriksjon som hverken synes godt begrunnet, egnet, eller nødvendig. Om en ordning med forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med behandling mottatt i en annen EØS-stat skal innføres i Norge, må den derfor følge de samme saksbehandlingsreglene som øvrige helsetjenester, i den grad disse fraviker fra de alminnelige reglene i forvaltningsloven.

Hva gjelder kravene til objektivitet og upartiskhet, er disse dels sikret gjennom forvaltningslovens regler,<sup>287</sup> men det vil være nødvendig å utforme klare regler for når forhåndstillatelse kan nektes, hvor forvaltningen ikke overlates en stor, om noen, grad av fritt skjønn. De norske ulovfestede prinsipper ugyldighet som følge av mangler ved skjønnet,<sup>288</sup> kan i denne sammenheng ikke anses tilstrekkelige, da de ikke er spesielt tilgjengelige for den gjengse pasient.

## Kapittel 12 Enkeltvedtak om nektelse av forhåndsgodkjenning

### 12.1 Innledning

At pasientens hjemstat i gitte situasjoner kan ha en ordning med forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon av kostnader i forbindelse med

---

<sup>286</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 7-2 flg.

<sup>287</sup> Se særlig forvaltningsloven § 6.

<sup>288</sup> Jf. Eckhoff og Smith (2014), s. 469 flg.

behandling som er mottatt i et annet EØS-land, innebærer ikke at staten står fritt til å regulere på hvilke vilkår en søknad om slik forhåndstillatelse kan avslås, selv ikke hvor disse reglene er utformet i tråd med kravene til objektivitet og upartiskhet. Pasientrettighetsdirektivet er også i denne sammenheng den primære rettskilden, men suppleres med momenter fra EØS-avtalens tjenesteregler. Det klare utgangspunkt er fremdeles at pasienten har krav på forhåndsgodkjennelse, slik at det er unntakene som må begrunnes.<sup>289</sup>

## 12.2 Begrunnelse i legitime hensyn

### 12.2.1 Tilsvarende behandling kan ytes i hjemstaten

For det første angir pasientrettighetsdirektivet art. 8 sjettede ledd hvilke hensyn som kan begrunne et avslag på søknad om forhåndstillatelse. Først og fremst åpner bestemmelsens litra d for at forhåndstillatelse kan nektes dersom pasienten kan tilbys den aktuelle helsetjenesten i sin hjemstat innen en medisinsk forsvarlig tidsfrist. Motsatt kan forhåndstillatelse ikke nektes dersom pasienten ikke kan tilbys slik behandling på hjemstatens territorium innen en medisinsk angitt tidsfrist, jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 femte ledd. Ordningen har særlig sammenheng med hensynet til å sikre mulighet for planlegging, slik at hjemstaten skal kunne opprettholde en stabil lege- og sykehustjeneste. Så lenge pasienten i tide kan gis adekvat helsehjelp, er derfor hjemstaten berettiget til å prioritere sitt eget helsetilbud, nettopp for å sikre hensynene nevnt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a.

Hva som nærmere ligger i kravet til at hjemstaten kan tilby pasienten «behandling», fremgår ikke av direktivet. Det må her tas utgangspunkt i at pasienten skal tilbys adekvat behandling som er et reelt alternativ til den utenlandsbehandlingen vedkommende ønsker. I denne sammenheng må det sees hen til redegjørelsen i avhandlingens kapittel 10.3.3 om hva som skal forstås med «tilsvarende behandling». Av dette følger at pasienten ikke kan kreve refusjon av behandling i utlandet dersom denne kun er

---

<sup>289</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 første ledd.

like virkningsfull som behandlingen pasienten ble tilbudt i hjemstaten innenfor en medisinsk forsvarlig tidsfrist.<sup>290</sup> Motsatt kan hjemstaten ikke avslå en søknad om forhåndstillatelse med henvisning til at pasienten innen en medisinsk forsvarlig tidsfrist vil bli tilbudt adekvat behandling i hjemstaten, hvor behandlingen pasienten ønske rå motta i et annet land er mer avansert enn hjemstatens tilbud, og blant de tjenester pasienten etter hjemstatens lovgivning har rett på.<sup>291</sup>

Hva gjelder den medisinsk forsvarlige tidsfrist hjemstatens behandling må kunne ytes innen, må denne fastsettes etter en konkret vurdering av den enkelte pasient, med særlig vekt på momentene som er nevnt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 femte ledd.<sup>292</sup> Det er uansett helt klart at en pasient ikke kan nektes forhåndstillatelse med henvisning til at det i hjemstaten finnes et system med ventelister for den aktuelle behandling, så lenge hjemstatens overholdelse av disse listene vil innebære at den konkrete pasient ikke får adekvat helsehjelp i hjemstaten innen en individuelt forsvarlig tidsfrist.<sup>293</sup>

## 12.2.2 Pasienten eller befolkningens sikkerhet

Når det gjelder de øvrige hensyn i pasientrettighetsdirektivet art. 8 sjette ledd, harmonerer bokstavene a til c i stor grad med de hensyn som etter art. 8 annet ledd kan legitimere en ordning med krav til forhåndsgodkjennelse. Hensynet til å beskytte pasienten mot å motta helsetjenester av en tjenesteyter som gir grunn til bekymring for om krav til kvalitet og sikkerhet overholdes, er for det første et aktuelt avslagsgrunnlag etter art. 8 sjette ledd litra c. Dette må tolkes på samme måte som art. 8 annet ledd litra c, og det henvises derfor til behandlingen av dette.

For det annet er hensynet til henholdsvis pasienten og befolkningens sikkerhet angitt som legitime avslagsgrunner i art. 8 sjette ledd litra a og

---

<sup>290</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 78 til 80.

<sup>291</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 83.

<sup>292</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 104, og sak C-372/04 Watts, avsnitt 62.

<sup>293</sup> Jf. sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 92.

b. Dette henger for det første sammen med hensynet i art. 8 annet ledd litra b. Også disse må tolkes på samme måte. Samtidig henger beskyttelsen av befolkningens sikkerhet nøye sammen med opprettholdelsen av en stabil lege- og sykehustjeneste som kan gi et balansert tilbud av gode helsetjenester, og som i minst mulig grad innebærer sløsing med menneskelige, materielle og økonomiske ressurser. I mangel av en slik tjeneste vil befolkningens overlevelse i verste fall stå på spill. Det er derfor naturlig at forhåndstillatelse kan nektes hvor befolkningen vil bli utsatt for en betydelig sikkerhetsrisiko som følge av manglende planleggingsmuligheter, som igjen truer hensynene nevnt i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra a.

I henhold til rettspraksis skal risikovurderingen ikke bare ta utgangspunkt i den konkrete sak, men snarere vektlegge den generelle betydning av å åpne for refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med den aktuelle behandling i andre EØS-stater.<sup>294</sup> Selv om det ikke direkte er vist til i pasientrettighetsdirektivet art. 8 sjettededd, vil det også her være naturlig å trekke inn de vurderinger som er gjort i sammenheng med direktivet art. 8 annet ledd litra a. Som utgangspunkt kan forhåndstillatelse derfor nektes også med henvisning til behovet for planlegging for å kunne opprettholde en stabil lege- og sykehustjeneste, forutsatt at den konkrete nektelse oppfyller de øvrige kravene til egnet- og nødvendighet. Det skal særlig mye til for at befolkningens sikkerhet skal være truet, og dette alternativet vil i praksis kun ha betydning hvor pasienten etter art. 8 femte ledd gis krav på forhåndstillatelse til å motta mer avansert behandling i et annet EØS-land enn hva han eller hun tilbys i Norge, slik at det er fare for at det norske helsetilbud gradvis utvannes.

### 12.3 Beskyttelsesnivå

Heller ikke i denne sammenheng inneholder pasientrettighetsdirektivet relevante bestemmelser om hvilket beskyttelsesnivå den enkelte EØS-stat kan legge seg på for å ivareta hensynene nevnt i art. 8 sjettededd.

---

<sup>294</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 56.

Spørsmålet må derfor behandles på samme måte som for spørsmålet om en ordning med forhåndstillatelse overhodet kan tillates. Utgangspunktet vil altså være EØS-statenes relativt vide handlingsrom på helseområdet,<sup>295</sup> som allikevel må respektere EØS-rettslige minsteharmonisering, samt internasjonal medisinsk vitenskap.<sup>296</sup>

## 12.4 Egnethet og nødvendighet

Også for egnethets- og nødvendighetsvurderingen kan det i stor grad vises til behandlingen av det tilsvarende vilkår for spørsmålet om en ordning med forhåndstillatelse overhodet kan etableres. Dette særlig fordi pasientrettighetsdirektivet art. 8 første ledd, som i praksis viser til EU-domstolens nødvendighetsvurdering, gjelder på samme måte for ordningen generelt og enkeltvedtak som fattes under den spesielt. Det samme gjelder kravene til objektivitet og upartiskhet etter pasientrettighetsdirektivet art. 9, jf. bestemmelsens første ledd. Mer spesielt for enkeltvedtak som vedrører innvilgelse av, eller avslag på, forhåndstillatelse, er det for sikkerhets skyld presisert at slike avgjørelser alltid må ta hensyn til pasientens helsetilstand og hvor mye den konkrete behandlingen haster, i tillegg til øvrige relevante omstendigheter.<sup>297</sup>

Under disse forutsetninger vil det avgjørende altså igjen være hvorvidt den konkrete nektelse av forhåndsgodkjenning er egnet til å oppnå den akseptable beskyttelsesgraden for det påberopte hensyn, herunder om den er ledd i en konsistent praksis, og om formålet kan oppnås gjennom mindre inngripende tiltak, og ellers står i forhold til det inngrepet nektelsen gjør i pasientens rett til fritt å motta helsetjenester over landegrensene. Denne vurderingen må foretas konkret, men samtidig etter objektive kriterier som er fastsatt og offentliggjort på forhånd,<sup>298</sup> og forskjellsbehandling må ikke forekomme. I og med at denne prosessen stiller flere krav til nøyaktighetsgrad og informasjonsinnhenting ved

---

<sup>295</sup> Jf. sak C-141/07 Kommissjonen mot Tyskland, avsnitt 46.

<sup>296</sup> Se prinsippet i sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 37.

<sup>297</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 9 tredje ledd litra a og b.

<sup>298</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 9 annet ledd.



behandlingen av konkrete saker, vil innføringen av et krav til forhåndsgodkjennelse som vilkår for rett til refusjon av kostnader påløpt i et annet EØS-land unektelig medføre noe økt byråkrati. Dette ble også angitt å være hovedårsaken til at et slikt krav hittil ikke er blitt stilt i norsk rett.

## **Kapittel 13 Om krav til forhåndsgodkjennelse begrunnet i frykt for spredning av antibiotikaresistente bakterier**

### **13.1 Innledning**

#### **13.1.1 Bakgrunn**

Antibiotikaresistens forekommer hvor en mikroorganisme er blitt motstandsdyktig mot én eller flere former for antibiotika.<sup>299</sup> Slik motstandsdyktighet innebærer at infeksjoner, også de som i dag betraktes som ufarlige, for fremtiden kan bli vanskeligere eller umulig å behandle, og at faren for komplikasjoner vil redusere antallet mindre inngrep som foretas.<sup>300</sup>

Den mest utbredte formen for antibiotikaresistente mikroorganismer, er antibiotikaresistente bakterier. Forekomsten av slike bakterier er et økende problem i store deler av verden, inkludert i EU, hvor slike mikrober anses å være årsak til omtrent 25 000 dødsfall årlig.<sup>301</sup> Også i Norge anses den globale utvikling som en betydelig utfordring, og det er derfor blitt vedtatt en egen handlingsplan mot antibiotikaresistens i helsetjenesten.<sup>302</sup> Planen skal bidra til å redusere norsk bruk av antibiotika

---

<sup>299</sup> For en utfyllende medisinsk redegjørelse, se Tønjum (2017).

<sup>300</sup> Se NRK (2018).

<sup>301</sup> Se EU-kommisjonen (2017).

<sup>302</sup> Se Helse- og omsorgsdepartementet (2016). Se planens innledning for en innføring i problemets betydning i Norge.

med 30 % innen 2020, noe som er satt som det første av i alt fem mål i Norges nasjonale strategi mot antibiotikaresistens for perioden 2015 til 2020 som skal bidra til oppfyllelse av handlingsplanen.<sup>303</sup>

Redusert bruk av antibiotika er imidlertid bare ett av to tiltak som er nødvendig for å hindre spredning av antibiotikaresistente bakterier. Det andre handler om å hindre spredning av de resistente mikroorganismer som allerede eksisterer. Selv om bruken av antibiotika i Norge er gått noe tilbake de siste årene,<sup>304</sup> er det fortsatt en utfordring at resistente bakterier spres i riket. Utenlandsreiser er en betydelig årsak til at nye antibiotikaresistente bakterier kommer til Norge. Dette gjelder også alminnelige feriereiser,<sup>305</sup> men spesielt reiser med det formål å motta helsehjelp anses som en utfordring.<sup>306</sup>

På denne bakgrunn ble det i oktober 2016 fremmet et forslag i Stortinget som blant annet omhandlet tiltak for å redusere pasientflyten ut av Norge, med henvisning til faren for å medbringe antibiotikaresistente bakterier tilbake.<sup>307</sup> Forslagsstillerne ønsket dels å oppstille et krav til forhåndsgodkjennelse for refusjon av utgifter i forbindelse med utenlandsbehandling i tråd med pasientrettighetsdirektivet art. 7, og dels å hindre en økning i antallet pasienter som mottar helsehjelp, og da særlig tannbehandling i andre land, uten hensyn til hvordan behandlingene finansieres. Disse forslagene ble først vedtatt, men vedtakene ble siden opphevet, da flere stortingsrepresentanter hadde stemt feil.<sup>308</sup> Én av årsakene til at forslagene ble forkastet, var en uttalelse som ble gitt av helse- og omsorgsministeren i forbindelse med komitébehandlingen. Det ble hevdet at «Norge kan ikke hindre eller begrense innbyggernes rettigheter til å velge tannbehandling i annet EØS-land».<sup>309</sup>

---

<sup>303</sup> Jf. Helse- og omsorgsdepartementet m.fl. (2015).

<sup>304</sup> Se senest tall for 2017, omtalt av Forskning.no (2018).

<sup>305</sup> Jf. Rise m.fl. (2017).

<sup>306</sup> Jf. Wernersen og Gjellan (2017).

<sup>307</sup> Se dokument nr. 8:2 (2016–2017).

<sup>308</sup> For en oppsummering, se Innst. nr. 245 S (2016–2017), samt Stortingets vedtak nr. 571 og 572 (2016–2017).

<sup>309</sup> Jf. Innst. nr. 170 S (2016–2017) s. 16.

Uttalelsen er ikke videre begrunnet, og i det følgende vil det bli vurdert hvorvidt den medfører riktighet, eller om unntak fra EØS-rettens tjenesteregler også kan tenkes her. Det er pasientens rett til å motta naturalytelsen for egen regning som behandles. Spørsmålet om begrensninger av utenlandsbehandling for helsehjelp som dekkes av det offentlige, det seg være gjennom direkteoppgjør eller refusjon, må vurderes på bakgrunn av reglene i pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra b.<sup>310</sup> Selve retten til å motta tjenesten, må imidlertid behandles etter de alminnelige tjenesteregler i EØS-avtalen, slik de er beskrevet i avhandlingens del II.

### 13.1.2 Om den tenkte norske restriksjonen

Det er ikke helt klart hvilke type restriksjoner de politiske partier som ønsker en begrensning i pasientmobiliteten for å hindre økt spredning av antibiotikaresistente bakterier har sett for seg. I det følgende forutsettes det at det er tale om en godkjenningsordning for alle reiser til andre EØS-stater for planlagt behandling hvor behandlingen skal dekkes av pasienten selv. I praksis er dette gjerne tannbehandlinger, men også plastisk kirurgi, såkalte fedmeoperasjoner, og behandlinger som i Norge anses som alternative eller eksperimentelle foretas stadig av norske pasienter i andre EØS-stater.<sup>311</sup> En eventuell godkjenningsordning kan eksempelvis innlemmes i en ny bestemmelse i smittevernloven, og den kan kun omhandle hva de norske pasienter foretar seg i utlandet, ikke deres faktiske rett til utreise.<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> Se særlig direktivets artikkel 8 annet ledd litra b, jf. nr. 6 litra b.

<sup>311</sup> Det finnes ingen offisielle oversikt over slike inngrep, men for en grundig fremstilling, se Pedersen og Bergseng (2017).

<sup>312</sup> Bestemmelsen kan ellers stride mot Grunnloven § 106 annet ledd.

## 13.2 Ordningen med krav til forhåndsgodkjenning

### 13.2.1 Hindring av utøvelse av tjenestefriheten

Som redegjort for i avhandlingens kapittel 9, vil en ordning med krav til forhåndstillatelse som vilkår for å kunne motta helsetjenester i en annen EØS-stat utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalens art. 36.<sup>313</sup> Det er imidlertid ikke bare etableringen av selve ordningen som utgjør en restriksjon; det samme gjelder hvert enkeltvedtak som innebærer et avslag på en søknad om forhåndsgodkjenning. Vurderingen for disse to restriksjoner vil for det meste være liklydende, men noen skiller må imidlertid gjøres. Behandlingen av enkeltvedtak som fattes under en ordning med krav til forhåndsgodkjenning utskyttes derfor til kapittel 13.3.

### 13.2.2 Begrunnelse i legitime hensyn

En ordning med krav til forhåndsgodkjenning som kun berører adgangen til helsetilbud i andre EØS-land enn Norge, de seg være offentlig eller privat finansiert, er utvilsomt et eksempel på slik særbehandling som er forbudt i EØS-avtalens art. 33. I denne sammenheng må «fremmed statsborger» fortolkes utvidende til også å ramme utenlandske (fremmede) tjenesteytere. Når slik forskjellsbehandling foreligger, kan restriksjonen kun lovlig begrunnes i de legitime hensyn som er angitt i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.<sup>314</sup> Som nevnt skal disse tolkes snevert.<sup>315</sup>

I denne sammenheng er det hensynet til folkehelsen som veier tyngst ved et eventuelt krav til forhåndsgodkjenning. EU-domstolen har ikke behandlet saker om restriksjoner på tjenestefriheten med direkte betydning for spredningen av antibiotikaresistente bakterier, ei heller andre konkrete smittefarer. Den har mer generelt uttalt at «menneskers liv og sundhet står øverst blandt de goder og interesser, som er beskyttet ved

---

<sup>313</sup> Jf. sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 69, og sak C-372/04 Watts, avsnitt 98.

<sup>314</sup> Jf. sak C-153/08 Kommisjonen mot Spania, avsnitt 36.

<sup>315</sup> Jf. blant annet sak C-546/07 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 48.

traktaten». <sup>316</sup> Beskyttelsen av den norske befolkning mot antibiotikaresistente bakterier er begrunnet i nettopp hensynet til befolkningens helse og overlevelse. Da vilkåret i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39 med dette er oppfylt, er det ingen grunn til å gå inn på om også hensynet til den offentlige orden og sikkerhet kan begrunne restriksjoner på norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater med henvisning til risikoen for økt forekomst av antibiotikaresistente bakterier. Hvorvidt trusselen er så vidt overhengende at et krav til forhåndsgodkjenning er berettiget, beror på om det anses forholdsmessig. Dette beror som ellers dels på om det beskyttelsesnivå den norske staten legger seg på er tillatt etter EØS-retten, og dels på om restriksjonen er egnet og nødvendig til å sikre dette beskyttelsesnivået.

### 13.2.3 Beskyttelsesnivå

Som utgangspunkt er statene overlatt en skjønnsmargin hva gjelder hvilket beskyttelsesnivå som kan innføres for å beskytte befolkningen mot ulike trusler mot folkehelsen. <sup>317</sup> Antibiotikaresistens er en trussel mot folkehelsen, hvis betydning i høy grad også er anerkjent av EU. <sup>318</sup> Samtidig er det ikke slik at en henvisning til folkehelsen gir en EØS-stat carte blanche til å fastsette sitt eget beskyttelsesnivå, og således unndra helsesektoren som sådan fra reglene om fri tjenesteutøvelse. <sup>319</sup>

Dette gjelder særlig på områder hvor det er gitt fellesskapsrettslige bestemmelser. Dette er typisk tilfellet hvor det foreligger harmoniseringsbestemmelser med betydning for helsetjenesters kvalitet, så som ordninger for gjensidig godkjenning av helsepersonell. <sup>320</sup>

Per dags dato foreligger det ingen bestemmelser i EØS-retten som direkte berører overføring av antibiotikaresistente mikroorga-

---

<sup>316</sup> Jf. forente saker C-171/07 og C-172/07 Deutscher Apothekerverband, avsnitt 19.

<sup>317</sup> Jf. sak C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft, avsnitt 30 med videre henvisninger, og sak E-3/00 Kellogg, avsnitt 27.

<sup>318</sup> Slik anerkjennelse finnes blant annet i EUs handlingsplan mot antibiotikaresistens, se EU-kommisjonen (2017).

<sup>319</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 46.

<sup>320</sup> Jf. sak C-158/96 Kohll, avsnitt 47.

nismer mellom mennesker. Egne krav gjelder på matsikkerhets- og veterinærområdet,<sup>321</sup> og i EUs handlingsplan fra 2017 er det å koordinere, og sikre implementering av, regelverk om beskyttelse mot slik overføring, angitt som ett av flere mål. Planen bygger også på en såkalt «one health»-tilnærming, hvor det anerkjennes at antibiotikaresistente bakterier er et globalt problem som må bekjempes over landegrensene.<sup>322</sup>

EUs handlingsplan er såkalt *soft law*, som vil si at den i seg selv ikke er rettslig bindende for EUs medlemsstater.<sup>323</sup> Handlingsplanens rettskildemessige vekt utover dette er ikke direkte behandlet i rettspraksis. Det er alminnelig antatt at andre former for «*soft law*», herunder anbefalinger fra EU-kommisjonen, i praksis vil bli fulgt med mindre sterke argumenter taler for en annen løsning.<sup>324</sup> Det er ikke urimelig å anta at det samme vil gjelde for handlingsplaner generelt og handlingsplanen mot antibiotikaresistens spesielt.

Samtidig adresserer handlingsplanen mot antibiotikaresistens EUs medlemsland i enda mindre grad enn andre former for «*soft law*»; den er snarere et grunnlagsdokument som Kommisjonen vil arbeide etter ved utformingen av regler som berører smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier. Planen kan derfor neppe sies å ha særlig stor rettskildemessig verdi, samtidig som den klart indikerer at reduksjon av forekomsten av antibiotikaresistens er et tungtveiende legitimt hensyn anerkjent i EU.

Hva gjelder den EØS-rettslige rettskildemessige verdien av planen, er denne ikke inntatt som en del av EØS-avtalen.<sup>325</sup> Norge har heller ikke sluttet seg til planen gjennom andre kanaler for samarbeid. Planens uttalelser om beskyttelsesnivå for antibiotikaresistente bakterier er derfor ikke juridisk bindende for Norge. At EU så til Norge ved utviklingen av sin plan, og at Norge bisto kommisjonen i dette arbeidet, kan ikke tas til inntekt for noen juridisk forpliktelse. Motsatt vil selvsagt gjelde dersom EUs handlingsplan følges opp gjennom vedtak av nye rettsakter som blant

---

<sup>321</sup> Se særlig EP/Rdir 2001/18/EF.

<sup>322</sup> Jf. Regjeringen.no (2017).

<sup>323</sup> Om begrepet, se Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018), 194.

<sup>324</sup> Jf. Craig og de Búrca (2015), s. 109 og 110.

<sup>325</sup> Det naturlige ville i så fall være å inkludere den som del av protokoll 31 til EØS-avtalen.

annet angir et felles europeisk beskyttelsesnivå, og disse rettsaktene er EØS-relevante.

Så lenge dette ikke har skjedd, må det foreløpig legges til grunn at Norge står fritt til å fastsette hvilket nasjonalt beskyttelsesnivå som skal gjelde for antibiotikaresistente bakterier i relasjon til folkehelsen, såfremt de restriksjoner som innføres oppfyller kravet til forholdsmessighet. At det politisk kan være uheldig å fastsette et langt strengere beskyttelsesnivå enn EU kort tid etter at et samarbeid om koordinering er avsluttet, er en annen sak.

### 13.2.4 Egnethet

Om et krav til at nordmenn skal måtte ha forhåndsgodkjenning for lovlig å motta helsehjelp i andre EØS-stater for å forhindre smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier er egnet til å oppfylle de norske krav med henvisning til folkehelsen, beror på en konkret vurdering av tiltakets betydning for smittefaren. Det påhviler norske myndigheter å bevise at det er rimelig grunn til å anta at egnethetskravet er oppfylt.<sup>326</sup>

Umiddelbart kan det synes klart at tiltaket vil ha den ønskede virkning, da norske myndigheter gjennom godkjenningsordningen vil ha anledning til å sikre at norske pasienter kun mottar helsehjelp i institusjoner hvor faregraden for smitteoverføring er lav. Videre er det grunn til å minne om at EØS-statene også er overlatt et visst handlingsrom med henvisning til føre-var-prinsippet.<sup>327</sup>

De saker hvor EU-domstolen har behandlet prinsippet i relasjon til smitteoverføring, har dreid seg om eksportforbud av husdyr og kjøtt fra disse rettet mot Storbritannia for å hindre smitteoverføring av bovin spongiform encefalopati («kugalskap»). I sakene var det reell tvil knyttet til smitterisikoen,<sup>328</sup> noe som ikke i samme grad gjør seg gjeldende for antibiotikaresistente bakterier.

---

<sup>326</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 36.

<sup>327</sup> Jf. de såkalte BSE-sakene, sak C-157/96 National Farmers' Union, avsnitt 63, og sak C-180/96 Storbritannia mot Kommisjonen, avsnitt 62.

<sup>328</sup> Jf. sak C-157/96 National Farmers' Union, avsnitt 9.

Hvor slik tvil ikke foreligger, må de alminnelige elementer i egnethetsvurderingen trekkes inn. Hertil kommer særlig vilkåret om at kravet til forhåndsgodkjenning må være ledd i en konsistent og sammenhengende praksis,<sup>329</sup> og det følger av egnethetsbegrepet at det også må være faktisk gjennomførbart. I motsatt fall vil restriksjonen ikke være egnet.

Hva gjelder ordningen med forhåndsgodkjenning som sådan, vil denne være ledd i en større tiltakspakke mot antibiotikaresistens, slik den er skissert i den norske handlingsplanen for 2015 til 2020.<sup>330</sup> Samtidig gjelder det konkrete kravet til forhåndsgodkjenninger kun behandlingen pasienten selv finansierer, eventuelt gjennom private sykeforsikringsordninger. Selv om EØS-retten åpner for at forhåndsgodkjenning kan stilles som krav for rett til refusjon for kostnader i forbindelse med utenlandsbehandling pasienten ellers ville ha rett til å få dekket i Norge,<sup>331</sup> er slikt krav ikke stilt i norsk rett per i dag.<sup>332</sup> Med mindre denne rettsstillingen endres, ville det gå et skille mellom pasienter som har rett til refusjon ved mottakelse av behandling i andre EØS-stater etter pasientrettighetsdirektivet, eller som får slik behandling dekket som naturalytelse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b fjerde og femte ledd på den ene side, og pasienter som ikke har krav på økonomisk eller øvrig bistand i forbindelse med mottakelsen av helsetjenester i andre EØS-stater på den annen. For den siste gruppen vil det i praksis gjelde et strengere beskyttelsesnivå enn for øvrige pasienter.

Et slikt skille er ikke objektivt begrunnet; smittefaren er den samme uavhengig av hvilken pasient som blir bærer av en antibiotikaresistent bakterie. Det kan tenkes at smittegraden generelt er høyere på institusjoner som typisk behandler selvbetalende pasienter (eksempelvis tannklinikker), men dette må i så fall dokumenteres grundigere.<sup>333</sup> En forutsetning for at et krav til forhåndsgodkjenning som vilkår for å ha rett til å motta egenfinansierte helsetjenester i en annen EØS-stat, må

---

<sup>329</sup> Jf. sak E-3/00 Kellogg avsnitt 26, jf. avsnitt 41.

<sup>330</sup> Jf. Helse- og omsorgsdepartementet (2016).

<sup>331</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8, samt EUs trygdeforordning artikkel 19 nr. 2.

<sup>332</sup> Jf. forskrift om stønad til helsetjenester i EØS §§ 2 og 3.

<sup>333</sup> Jf. sak E-3/00 Kellogg, avsnitt 29.



altså være at en tilsvarende ordning innføres for pasienter som har krav på refusjon av kostnader påløpt i forbindelse med slike behandlinger. Som nevnt kan dette gjøres i medhold av pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra c, forutsatt at direktivets øvrige krav til nødvendighet er oppfylt. Hensynet til konsistens i regelverket taler for at direktivets vilkår vil være oppfylt, såfremt en tilsvarende ordning for pasienter som selv finansierer helsetjenesten må regnes som forholdsmessig.

### 13.2.5 Nødvendighet

Forutsatt at kravet til forhåndsgodkjenning er egnet til å ivareta det tillatte norske beskyttelsesnivå, må det endelig avgjøres om ordningen er objektivt nødvendig, slik at det angitte beskyttelsesnivå ikke kan oppnås ved mindre inngripende tiltak, og at formålet kravet til forhåndsgodkjenning skal ivareta står i forholdsmessighet til det inngrepet det gjør i tjenestefriheten.<sup>334</sup> Videre må det norske beskyttelsesnivå ikke alt være oppfylt gjennom de krav som stilles til den enkelte behandling i behandlingsstaten.<sup>335</sup>

Hva gjelder den objektive nødvendighet, er det avgjørende om den norske stat kan presentere objektiv dokumentasjon på at det er nødvendig for å sikre folkehelsen at norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater underlegges en så vidt streng kontroll i hjemstaten for å hindre smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier.<sup>336</sup> Herunder må det bevises at tiltaket er oppstilt for å bekjempe en «reel fare for den menneskelige sundhed».<sup>337</sup> I denne sammenheng er det ikke tilstrekkelig å vise til at spredning av antibiotikaresistente bakterier kan være en trussel mot folkehelsen; det må demonstreres at trusselen er så vidt påtagelig at den begrunner et så inngripende tiltak

---

<sup>334</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 106 og sak C-385/99 Müller Fauré og van Riet, avsnitt 68.

<sup>335</sup> Jf. sak C-390/99 Canal Satélite Digital SL, avsnitt 36.

<sup>336</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 35 og 36.

<sup>337</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, Avsnitt 42.

som et allment krav til forhåndsgodkjennelse vil være. I motsatt fall vil inngrepet i tjenestefriheten ikke være forholdsmessig.

Som utgangspunkt er staten ved nødvendighetsvurderingen av tiltak som berører hensynet til folkehelsen overlatt en vid skjønnsmargin,<sup>338</sup> hvor EU- og EFTA-domstolen vil vise særlig tilbakeholdenhet ved overprøvelse av restriksjoner. Det at en annen stat har innført mindre inngripende tiltak skal ikke automatisk medføre at strengere tiltak ikke er nødvendige.<sup>339</sup>

Samtidig kreves det altså allikevel en viss forankring i et virkelig behov. Eller, sagt på en annen måte: hindringen av spredning av antibiotikaresistente bakterier må ha en tilstrekkelig nær sammenheng med behovet for å beskytte folkehelsen.<sup>340</sup> Behovet må være vitenskapelig og konkret begrunnet.<sup>341</sup>

I denne sammenheng er det grunn til å vise til at ingen andre EØS-stater har innført restriksjoner av samme kaliber for å hindre trusselen om økt antibiotikaresistens. Hverken EU eller WHO's handlingsplaner mot antibiotikaresistente mikroorganismer omtaler begrensning av pasientmobiliteten over landegrensene som et ønskelig virkemiddel.<sup>342</sup> Skjønt dette ikke er juridisk bindende elementer for Norge, er det naturlig å vektlegge dem ved nødvendighetsvurderingen som indikasjoner på den faktiske smittefare. EU har på dette området tatt et felles standpunkt til hvor konkret trusselen om overføring av antibiotikaresistente bakterier som følge av pasientmobilitet er, og har på bakgrunn av det konkludert med at det foreløpig ikke begrunner så vidt betydningsfulle inngrep som det norske forslaget om krav til forhåndsgodkjennelse vil være.

Da det i 2011 brøt ut munn- og klovsyke i bulgarske husdyrbesetninger, ble det derimot konkludert med at smittefaren var så nærliggende at det begrunnet begrensninger på vare- og tjenestefriheten.<sup>343</sup> Det samme gjaldt

---

<sup>338</sup> Jf. sak C-125/16 Malta Dental Technologists Association, avsnitt 60.

<sup>339</sup> Jf. sak C-575/11 Nasiopoulos, avsnitt 27.

<sup>340</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 31.

<sup>341</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Verveinigung, avsnitt 37, og sak C-17/93, van der Veldt, avsnitt 17.

<sup>342</sup> Jf. EU-kommisjonen (2017), og WHO (2015).

<sup>343</sup> Se Kommisjonsbeslutning 2011/8/EU.

ved det tidligere omtalte BSE-utbruddet i Storbritannia.<sup>344</sup> Dette illustrerer at det ikke er utelukket at smitterisikoer kan begrunne vidtrekkende unntak fra tjenestefriheten, men at terskelen er høyere enn det som er tilfellet for faren ved smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier per nå.

Samtidig kan det ikke sees bort fra EU-domstolens gjentatte understrekning av statenes autonomi på områder som berører befolkningens liv og helse. Offisielt er Norge ikke en del av EUs felles helsepolitikk, og selv for de landene som er det, gjelder utgangspunktet om statens skjønnsmargin. Antibiotikaresistente bakterier er, som demonstrert, en potensielt stor trussel for befolkningens helse og sågar overlevelse, og forekomsten av slike bakterier er fortsatt stadig i vekst.<sup>345</sup> Norge er ett av EØS-landene med lav forekomst av antibiotikaresistente bakterier,<sup>346</sup> og har som uttalt mål at dette skal fortsette. Et slikt mål henger klart sammen med betydningen for det norske folkets helse, og det faktum at andre stater og organisasjoner bedømmer smitterisikoen på en annen måte, kan ikke forhindre den norske stat i å trekke sine egne konklusjoner, såfremt disse er bygget på etterprøvbart dokumentasjon.<sup>347</sup>

Endelig inngår det i nødvendighetsvurderingen å drøfte om den samme grad av beskyttelse mot smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier kan oppnås ved mindre inngripende tiltak. Det legges til grunn at Norge selv avgjør det akseptable beskyttelsesnivå. Helsemyndighetene informerer alt om farene ved smitteoverføring av antibiotikaresistente bakterier,<sup>348</sup> og helsepersonell som har arbeidet, eller vært innlagt på sykehus, i utlandet må gjennomgå undersøkelser for antibiotikaresistente bakterier før de kan gjeninntre i en stilling i norsk sykehus.<sup>349</sup> Tilsvarende undersøkelser foretas rutinemessig for pasienter som har vært innlagt på

---

<sup>344</sup> Jf. Kommisjonsbeslutning 1996/239/EF.

<sup>345</sup> Om utviklingen fra 2013 til 2016, se European Centre for Disease Prevention and Control (2017).

<sup>346</sup> Jf. European Centre for Disease Prevention and Control (2017).

<sup>347</sup> Jf. igjen sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 30.

<sup>348</sup> Se eksempelvis Helsenorge.no (2016).

<sup>349</sup> Jf. forskrift om antibiotikaresistente bakterier § 4. Nærmere omtalt i Helsedirektoratet (2009).

utenlandsk sykehus før eventuell innleggelse og behandling i Norge.<sup>350</sup> I tillegg kommer det pågående arbeidet for å redusere bruken av antibiotika hvor dette ikke er strengt nødvendig.<sup>351</sup>

Alle disse tiltak har en innvirkning på forekomsten av antibiotikaresistente bakterier som man i dag finner tilfredsstillende. Skulle imidlertid et krav til forhåndsgodkjennelse for behandling i andre EØS-stater bli innført, ville dette være som ledd i en økning av det norske beskyttelsesnivå. En slik økning forutsetter strengere regulering med pasientflyten ut av landet, da smitte over landegrensene er en viktig årsak til økt antibiotikaresistens. En så streng beskyttelse som det legges opp til i dette tilfellet, kan ikke ivaretas ved mindre inngripende tiltak, så som obligatorisk kontroll av personer som vender tilbake til Norge fra land med økt forekomst av antibiotikaresistente bakterier. At dette ville kreve store økonomiske og menneskelige ressurser, er i denne sammenhengen ikke av betydning.<sup>352</sup> Derimot ville en slik ordning ikke forhindre en potensielt smittet person i å komme i kontakt med andre personer før kontroll og eventuelle smitteverntiltak ble iverksatt.

Hertil kommer at et krav til forhåndsgodkjennelse, i motsetning til de tiltak som i dag er gjennomført, vil medføre en faktisk kontroll med hvilke pasienter som til enhver tid mottar hvilken type helsehjelp og på hvilke steder. Dette vil ikke bare gjøre det mulig å hindre pasienter i å utsette seg selv og andre for særlig risikofylte behandlinger, men kan også være et ledd i planleggingen av tiltak som kan settes inn dersom den enkelte pasienten medbringer antibiotikaresistente bakterier tilbake til Norge etter gjennomført behandling. Videre vil en ordning med forhåndsgodkjennelse muliggjøre differensiering etter hvor påtagelig smitterisikoen vil være i det enkelte tilfellet. På den måten vil norske myndigheter ha valgt den minst inngripende løsning som samtidig ivaretar det aktuelle beskyttelsesnivået.

Endelig kan det påpekes at samme grad av beskyttelse ikke alt er sikret i det enkelte behandlingsland, med mindre noen av de andre

---

<sup>350</sup> Jf. Helsenorge.no (2016).

<sup>351</sup> Som beskrevet i Helse- og omsorgsdepartementet m.fl. (2015).

<sup>352</sup> Jf. Haukeland Fredriksen og Mathisen (2018) s. 122.

medlemsstatene innfører de samme strenge krav som i Norge. At kravene til kvalifikasjoner for helsepersonell er harmonisert i EØS-området, kan i denne sammenheng ikke ha betydning.<sup>353</sup> Selv om en fornuftig bruk av antibiotika vil redusere forekomsten av antibiotikaresistente bakterier, er dette vel så mye et spørsmål om smitteoverføring av bakterier som alt finnes. Faren for slik smitte avhenger ikke bare av helsepersonells kvalifikasjoner og dyktighet.

På denne bakgrunn må det antas at et krav til forhåndsgodkjennelse for pasienter som ønsker å motta helsehjelp i et annet EØS-land ville være lovlig etter EØS-rettens tjenesteregler, dersom tiltaket var ledd i en konsistent og gjennomført praksis. Det ville formodentlig være tilstrekkelig om kravet ble innført parallelt med en ordning med forhåndsgodkjennelse for pasienter som skulle motta helsetjenester i en annen EØS-stat i tråd med reglene i EUs trygdeforordning,<sup>354</sup> eller pasientrettighetsdirektivet. For førstnevnte ville det være tilstrekkelig å vise til unntaksreglene i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39. I pasientrettighetsdirektivet er det i art. 8 åpnet for å stille krav til forhåndsgodkjennelse, blant annet med henvisning til beskyttelse av folkehelsen, og dette kan også begrunne avslag på søknad om tillatelse.<sup>355</sup> Såfremt kravene innføres samtidig, må de etter dette antas å være i overensstemmelse med EØS-rettslig tjenesteregler.

## 13.3 Enkeltvedtak om nektelse av forhåndsgodkjennelse

### 13.3.1 Innledning

Som nevnt i avhandlingens kapittel 13.2.1, er vurderingen av om et vedtak som avslår en konkret pasients søknad om forhåndsgodkjennelse om å få rett til å motta en helsetjeneste i en annen EØS-stat på flere punkter sammenhengende med den vurdering som gjøres av ordningen som sådan. Det kan derfor til en viss grad vises til behandlingen i kapittel

---

<sup>353</sup> Se motsatt sak C-444/05 Stamatelaki, avsnitt 37.

<sup>354</sup> Jf. trygdeforordningens art. 19 annet ledd.

<sup>355</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 første ledd, jf. annet ledd litra b og sjette ledd litra b.

13.2, og i det følgende pekes det kun på momenter som spesifikt gjelder restriksjoner i form av enkeltvedtak som nekter en pasient å motta en helsetjeneste i en annen EØS-stat.

Det er for det første ingen tvil om at et slikt avslag på en søknad om forhåndsgodkjenning utgjør en restriksjon i EØS-rettslig forstand. Selv om pasienten ikke fysisk hindres i å motta helsetjenesten det søkes om forhåndsgodkjenning for, vil pasienten begå et lovbrudd om han eller hun til tross for avslaget gjennomfører behandlingen, slik at avslaget i praksis innebærer et forbud. Avgjørende for om avslaget allikevel er i tråd med EØS-retten, er altså om det er begrunnet i et legitimt allment hensyn, ivaretar et akseptabelt beskyttelsesnivå, og om det er egnet og nødvendig for dette formål.<sup>356</sup>

### 13.3.2 Begrunnelse i legitime hensyn

Et avslag på en søknad om forhåndsgodkjenning vil, i likhet med den generelle ordning, utgjøre en forskjellsbehandling mellom norske og utenlandske tjenestetilbydere. Avslaget kan derfor kun begrunnes i hensynene nevnt i EØS-avtalens art. 33.<sup>357</sup> Blant disse er hensynet til folkehelsen det mest nærliggende, da økt forekomst av antibiotikaresistente bakterier i verste fall kan innebære en reduksjon i befolkningens helsetilstand eller levedyktighet ved at det ikke kan tilbys like virkningsfull behandling som i dag.<sup>358</sup> Ivaretagelsen av den norske befolknings liv og helse er, som beskrevet i kapittel 13.2.2 utvilsomt blant de hensyn som må tillates etter EØS-avtalen. I tillegg kan den offentlige orden og sikkerhet også tenkes berørt av faren for spredning av antibiotikaresistente bakterier.

### 13.3.3 Beskyttelsesnivå

Som påpekt i avhandlingen kapittel 13.2.3, er det som utgangspunkt opp til hver enkelt EØS-stat å avgjøre hvilket beskyttelsesnivå som skal etable-

---

<sup>356</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 106.

<sup>357</sup> Jf. forente saker C-369/96 og C-376/96 Arblade, avsnitt 56 flg.

<sup>358</sup> Jf. Helse- og omsorgsdepartementet (2016).

res når det dreier seg om å beskytte befolkningens liv og helse.<sup>359</sup> Statenes handlingsrom er i denne sammenheng ikke begrenset av felleseuropeiske minimumsregler om hvilken grad av beskyttelse mot antibiotikaresistente bakterier som kan innføres. Såfremt norske myndigheter angir et beskyttelsesnivå, eksempelvis ved å oppstille et «tak» for hvor stor forekomst av antibiotikaresistente bakterier som kan forekomme på behandlingsstedet for at en søknad om forhåndsgodkjennelse kan innvilges, og det konkrete avslag er både egnet og nødvendig for å ivareta dette nivå, vil det være i overensstemmelse med EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.

### 13.3.4 Egnethet

Hvorvidt et avslag på en søknad om forhåndsgodkjennelse er egnet til å oppfylle det konkrete beskyttelsesnivå mot antibiotikaresistente bakterier, må avgjøres i den enkelte sak. Det vil normalt være tilstrekkelig å vise til at forekomsten av antibiotikaresistente bakterier er høyere på behandlingsstedet enn i Norge, ettersom selve smitterisikoen ikke er omstridt.<sup>360</sup>

Hvor det knytte seg reell tvil til om en konkret helsetjeneste ytet av en bestemt tjenesteyter vil føre til økt fare for smitteoverføring, vil slik tvil kun gi grunnlag for en utvidet skjønnsmargin dersom den er reell og bygget på medisinskfaglige argumenter, men ikke dersom den blant annet bygger på vanskeligheter med å innhente tilstrekkelig informasjon. Hvor en reell tvil foreligger, vil føre-var-prinsippet innebære at kravene til dokumentasjon reduseres.<sup>361</sup>

Hva gjelder den delen av egnethetsvurderingen som gjelder konsistens, beror dets oppfyllelse også på den konkrete praksis. Avgjørende er at det etableres objektive og upartiske retningslinjer for hvilken grad av antibiotikaresistens som skal og ikke skal tolereres, og at disse faktisk følges.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Jf. sak E-3/00 Kellog, avsnitt 27.

<sup>360</sup> Se Wernersen og Gjellan (2017).

<sup>361</sup> Jf. sak E-3/00 Kellog, avsnitt 31.

<sup>362</sup> Jf. sak E-3/00 Kellog, avsnitt 32.

### 13.3.5 Nødvendighet

I likhet med ordningen som sådan, må enkeltvedtak som innebærer et avslag på søknad om forhåndsgodkjenning for helsetjenester som skal mottas i en annen EØS-stat være objektivt nødvendig for å ivareta den angitte beskyttelse av folkehelsen, og beskyttelsen må ikke kunne ivaretas av et tiltak som utgjør et mindre inngrep i tjenestefriheten. På samme måte som for den generelle ordning, kan det konkrete avslag ikke tillates dersom målsetningen om å hindre økt forekomst av antibiotikaresistente bakterier ikke står i forholdsmessighet til det inngrep som gjøres i tjenestefriheten.<sup>363</sup> Beskyttelsen av befolkningens liv og helse er imidlertid et så vitalt hensyn at det vanskelig kan tenkes en situasjon hvor inngrepet i tjenestefriheten ikke er forholdsmessig.

Når det kommer til den objektive nødvendighet, må det bevises at den konkrete nektelse vil ha en direkte innvirkning på om graden av antibiotikaresistens i Norge ikke øker ytterligere. I denne sammenheng må det imidlertid påpekes at det ved avgjørelsen i den konkrete saken er anledning til å se hen til de mer generelle virkninger av å tillate norske pasienter å motta helsetjenester hvor faren for at pasienten medbringer antibiotikaresistente bakterier hjem er tilsvarende som i den enkelte saken. En kan altså se hen til den virkningen en avgjørelse vil ha dersom den danner presedens for tilsvarende saker.<sup>364</sup>

Det avgjørende for om det er nødvendig å nekte en pasient å motta helsetjenester i en annen EØS-stat for å beskytte folkehelsen, vil være smitterisikoen forbundet med det konkrete inngrep. Ettersom det er kjent at forekomsten av antibiotikaresistens varierer mellom EØS-statene,<sup>365</sup> vil det ved nødvendighetsvurderingen ofte være tilstrekkelig å vise til at forekomsten av antibiotikaresistente bakterier i behandlingsstaten er høyere enn i Norge. Samtidig må det tas hensyn til forholdene ved det enkelte behandlingssted, og smitterisikoen forbundet med det konkrete

---

<sup>363</sup> Jf. sak C-126/15 Kommissjonen mot Portugal, avsnitt 64.

<sup>364</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 56 og sak C-385/99 Müller-Fauré og van Riet, avsnitt 74.

<sup>365</sup> Jf. European Centre for Disease Prevention and Control (2017).



inngrep. Pasientens allmenntilstand, sykehistorie og antatte motstandsdyktighet, kan også være relevante faktorer.

Som omtalt i avhandlingens kapittel 7.3.4.2 og 11.4.2, har EU-domstolen oppstilt diverse grunnleggende saksbehandlingskrav i forbindelse med krav til forhåndsgodkjennelse.<sup>366</sup> Selv om disse er gitt med henvisning til godkjenningsordninger i forbindelse med økonomisk dekning av utenlandsbehandlinger, må kravene antas også å gjelde i vår sammenheng. Redegjørelsen i kapittel 11.4.2 vil i også i denne sammenheng gi et dekkende bilde. Som utgangspunkt bør det altså være tilstrekkelig å underlegge godkjennesordningen reglene i forvaltningsloven supplert med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7, eller regler med tilsvarende innhold som disse, i tillegg til at det bør angis rimelige frister for saksbehandlingen som ivaretar den enkelte pasients behov for rask avklaring. Forutsetningen er uansett at det må foretas en konkret vurdering av om faren for smitterisiko er så vidt høy at pasienten ikke kan tillates å motta den aktuelle helsetjenesten på det ønskede stedet og av den angitte tjenesteyteren. Avgjørelsen må være fattet på et objektivt og upartisk grunnlag, som samtidig tar hensyn til de konkrete forhold i den enkelte sak.<sup>367</sup>

Hva gjelder kravet til at mindre inngripende tiltak ikke kan ivareta hensynet til folkehelsen i samme grad som det konkrete avslag, vises det til momentene som er trukket frem i kapittel 13.2.5.

Forutsatt at en ordning med forhåndsgodkjennelse tilfredsstiller vilkårene for at en restriksjon kan godtas etter EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, må vedtak fattet under denne ordningen også antas å være i tråd med de EØS-rettslige krav såfremt vedtaket er objektivt begrunnet i hensynet til å hindre økt spredning av antibiotikaresistente bakterier. Det må dog understrekes at den alminnelige hovedregel ut fra dagens situasjon nok måtte være at samtykke skulle gis, med mindre det forelå særlige omstendigheter. Dette følger av at det å nekte en norsk pasient å motta en helsetjeneste hvor han eller hun selv ønsker, er et relativt stort inngrep i tjenestefriheten, noe som etter det snevre proporsjonalitetsprinsipp forutsetter en tilsvarende sterk begrunnelse.

---

<sup>366</sup> Sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 90.

<sup>367</sup> Jf. sak E-3/00 Kellog, avsnitt 32.

## Kapittel 14 Sammenfatning, samtykkeordninger og tjenestefrihet

I de foregående kapitlene har vi sett at de EØS-rettslige tjenesteregler slett ikke utelukker at det kan innføres ordninger med krav til forhåndsgodkjenning i forbindelse med helsehjelp som skal mottas i andre EØS-stater. Samtidig må både ordningene og de enkeltvedtak som fattes som del av disse respektere de EØS-rettslige kravene til begrunnelse i legitime formål og forholdsmessighet.

Selv om ordningene som er drøftet er nokså ulike, både i begrunnelse og virkning, har de også flere fellestrekk. Ett er selvsagt at ordningens rettmessighet etter EØS-reglene må bedømmes ut fra de samme kriterier, samtidig som drøftelsene illustrerer hvordan reglens betydning og gjenslag i stor grad beror på faktum. Særlig gir dette seg utslag i forholdsmessighetsvurderingene, hvor det er tydelig at statenes skjønnsmargin varierer med den objektive nødvendighet av å innføre en restriksjon. Drøftelsene illustrerer også hvordan EØS-reglene kan slå ulikt ut for spørsmålet om hvorvidt en ordning med krav til forhåndsgodkjenning i seg selv kan tillates, og hva som skal til for at et faktisk vedtak om avslag på en søknad om slik forhåndsgodkjenning skal være rettmessig. Normalt vil terskelen være høyere i sistnevnte tilfelle.

Skjønt det bare er to former for samtykkeordninger som er behandlet i denne oppgaven, er det klart at redegjørelsene vil ha betydning for lignende ordninger. I kapittel 9 er det vist til flere former for økonomiske restriksjoner som kan tenkes relevante i forbindelse med grensekryssende helsetjenester, og flere av disse kan gjennomføres nettopp ved en samtykkeordning. Eksempelvis kan det innføres krav til forhåndsgodkjenning for at reisekostnader i forbindelse med helsetjenester mottatt i en annen EØS-stat skal dekkes, mens et slikt vilkår ikke gjelder for behandlingsreiser foretatt i Norge. Selv om en slik restriksjon ikke er direkte regulert ved pasientrettighetsdirektivet, springer direktivets regler som kjent ut fra rettspraksis etter EØS-avtalens art. 36, jf. art. 33, jf. art. 39. Det er derfor all grunn til å hevde at prinsippene og momentene omtalt i kapittel 11 og

12, supplert med kapittel 7, vil være av relevans også ved bedømmelsen av andre økonomiske restriksjoner for pasienter som ønsker å motta helsetjenester i en annen EØS-stat.

På samme måte gjelder redegjørelsen i kapittel 13.2 og 13.3 langt flere årsaker til krav til forhåndsgodkjennelse enn frykten for antibiotikaresistens. Særlig stor betydning vil den ha for øvrige former for smittefare; argumentasjonen vil være tilnærmet den samme også hvor det er snakk om å begrense norske pasienters adgang til å motta helsetjenester i andre EØS-stater som følge av en reell frykt for økt forekomst av tilstander som ebola og svineinfluensa. Avgjørende vil i alle tilfeller være om trusselen er tilstrekkelig påtakelig, og om ordningen med forhåndsgodkjennelse vil ha den ønskede virkning. Her er det grunn til å nevne at kravet til forholdsmessighet i vid forstand vil variere proporsjonalt med trusselens alvorlighet; ved et utbrudd av en pandemi, skal det nok svært lite til for å anse en samtykkeordning for både begrunnet i et legitimt hensyn og forholdsmessig.

# Del IV Kriminalisering av mottakelse av enkelte helsetjenester

## Kapittel 15 Innledning

I forrige del så vi hvordan de EØS-rettslige tjenesteregler slår ut overfor ulike ordninger med krav til forhåndsgodkjennelse i forbindelse med mottakelsen av helsetjenester i andre EØS-stater enn Norge. I denne delen behandles restriksjoner som har en enda mer inngripende effekt, nemlig kriminalisering av mottakelse av bestemte helsetjenester i andre EØS-stater, eller medvirkning til dette.

Straffesanksjonering er blant de mest inngripende tiltak som kan tenkes, også i forbindelse med de EØS-rettslige tjenesteregler, ettersom det ikke bare hindrer en person i å motta de tjenestene vedkommende ønsker, men også medfører den merbelastningen et straffansvar i seg selv utgjør. Dette tilsier en skjerpelse av de krav som må være oppfylt for at en restriksjon kan tillates, nemlig at restriksjonen må være begrunnet i et legitimt hensyn, og egnet og nødvendig for å opprettholde et akseptabelt beskyttelsesnivå for hensynet. Denne skjerpelsen følger av proporsjonalitetsprinsippet i snever forstand; kravene til en restriksjons forholdsmessighet varierer proporsjonalt med restriksjonens inngrep i tjenestefriheten. Et så vidt inngripende tiltak som kriminalisering stiller følgelig strenge krav til begrunnelsen for restriksjonen.

Straffebudene som trekkes frem i denne delen av avhandlingen, dreier seg om henholdsvis eutanasi og kjøp av seksuelle tjenester for personer som selv ikke er i stand til å tilfredsstille egne seksuelle behov – to temaer som begge reiser flere moralske og etiske spørsmål. Avgjørelsen av hvordan slike spørsmål skal håndteres, er som utgangspunkt overlatt til den enkelte EØS-stats egen vurdering, slik at denne, om den finner det riktig, både kan forby og straffesanksjonere utøvelsen av en tjeneste

med moralsk omstridt innhold.<sup>368</sup> Statenes handlingsrom er allikevel ikke absolutt; restriksjoner på utøvelsen av moralsk omstridte tjenester kan, som ellers, ikke gå utover EØS-avtalens krav til en restriksjonsbegrunnelse i et legitimt hensyn, samt dens forholdsmessighet.<sup>369</sup>

Drøftelsene i det følgende vil altså være preget av to ulike faktorer. Som utgangspunkt er den norske stat overlatt en større skjønnsmargin enn hva ellers gjelder for spørsmålet om hvilke tjenester norske pasienter skal tillates å motta. Samtidig er kriminalisering et så vidt inngripende middel at dette i seg selv tilsier et skjerpet krav til tiltakets forholdsmessighet. Disse faktorer må balanseres mot hverandre, og vil trolig måtte tillegges ulik vekt alt etter hvilket spørsmål som behandles.

Ettersom spørsmålene som behandles i det følgende er av en særlig sensitiv karakter, er det viktig å presisere at drøftelsene kun er juridisk, og ikke moralsk funderte. Oppgaven tar dermed ikke sikte på å gi en fullstendig redegjørelse for alle sidene ved problemstillingene, men kun bedømme hvorvidt de norske straffebudene strider mot tjenestefriheten i EØS-avtalen.

## **Kapittel 16 Kriminalisering av medvirkning til eutanasi**

### **16.1 Innledning**

#### **16.1.1 Begrepsavklaring**

«Helsehjelp» brukes vanligvis om behandling eller pleie som er ment å forlenge og/eller forbedre en pasients liv. I noen tilfeller er pasientens tilstand imidlertid uhelbredelig og/eller av en slik art at pasientens livskvalitet blir vesentlig forringet, og slik at noen lindrende behandling ikke

---

<sup>368</sup> Jf. sak C-268/99 Jany, avsnitt 56.

<sup>369</sup> Jf. sak E-1/06 ESA mot Norge (spilleautomatmonopolsaken), avsnitt 29.

er mulig eller tilstrekkelig. Slike tilfeller reiser spørsmål om pasienten skal ha mulighet til å velge å avslutte sitt eget liv, ved egen eller andres hjelp. Spørsmålet berører svært sensitive områder, da selve livet innen de fleste livssyn er ukrenkelig. Dette har også gitt seg utslag rettslig, typisk i nasjonale forbud mot drap,<sup>370</sup> men også i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 2.<sup>371</sup>

Hjelp til å avslutte eget liv omtales gjerne under samlebetegnelsen «dødshjelp». Denne kan enten være aktiv eller passiv.<sup>372</sup> Passiv dødshjelp innebærer at behandling som kunne ha forlenget pasientens liv, ikke igangsettes; døden inntreer naturlig, men raskere enn hva den ellers ville gjort som følge av helsepersonell og øvrige personers passivitet. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 annet ledd, har en døende<sup>373</sup> pasient i Norge rett til å motsette seg livsforlengende behandling, forutsatt at vedkommende er myndig og samtykkekompetent. Passiv dødshjelp kan kun skje hvor pasienten er uhelbredelig syk, og det ikke finnes et adekvat behandlingstilbud.<sup>374</sup> Dersom pasienten ikke er i stand til å ytre noe ønske, ligger avgjørelsen til vedkommendes nærmeste pårørende,<sup>375</sup> forutsatt at behandlende helsepersonell finner at de pårørendes syn også gir uttrykk for pasientens ønske, og at dette «åpenbart bør respekteres». Regelen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 annet ledd innebærer at ingen kan straffes for å ha ytet passiv dødshjelp i Norge, og ekskluderer således regelen i helsepersonelloven § 7, samt strafferettslige bestemmelser.<sup>376</sup>

I motsetning til passiv, innebærer aktiv dødshjelp at pasientens død fremprovoseres, typisk ved bruk av legemidler. Innenfor helsehjelps-begrepet, kan passiv dødshjelp forekomme i form av assistert selvmord, eller ved eutanasi, gjerne omtalt ved samlebegrepet «assistert død».<sup>377</sup> Til

---

<sup>370</sup> I Norge straffbart i henhold til straffeloven av 2005 § 275

<sup>371</sup> Se også FN's Verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 3.

<sup>372</sup> Se nærmere om distinksjonen i Dworkin m.fl. (1998) s. 108.

<sup>373</sup> Jf. Syse (2015) s. 446 og 447.

<sup>374</sup> Jf. Ot.prp. nr. 12 (1998–1999), s. 135 og 136.

<sup>375</sup> Slik disse er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 første ledd litra b.

<sup>376</sup> Særlig straffeloven av 2005 § 275.

<sup>377</sup> Syse i Befring m.fl. (2016) s. 261.

den aktive dødshjelp kan også medlidenhetsdrap, hvor en pasient, som normalt er døende og/eller opplever utholdelige smerter, blir drept av medlidenhet, men uten samtykke,<sup>378</sup> medregnes. Det er dog lite naturlig å kategorisere dette som helsehjelp.

Alle former for aktiv dødshjelp er forbudt ved norsk lov.<sup>379</sup> Allikevel er det grunn til å formode at slik hjelp med jevne mellomrom ytes, men at ingen av de involverte ser grunn til å varsle om forholdet.<sup>380</sup> Tilsvarende forbud gjelder i de fleste andre stater, foruten Belgia, Luxembourg, Nederland, Sveits, Canada, og enkelte delstater i USA.<sup>381</sup> Hvorvidt disse tillater både (lege)assistert selvmord og eutanasi, eller bare en av disse, varierer.

Denne variasjonen i rettstilstand har ført til at borgere fra andre stater som ønsker aktiv dødshjelp, har oppsøkt tilbud i land hvor dette er mulig, såkalt «dødsturisme».<sup>382</sup> I europeisk sammenheng er det kun sveitsisk og belgisk lovgivning som ikke stiller krav til statsborgerskap eller botid for at en pasient skal få utført assistert død. Ettersom Sveits ikke er medlem av Den europeiske union, slik at de EØS-rettslige tjenesteregler ikke kommer til anvendelse der, vil redegjørelsen i det følgende kun dreie seg om norske pasienters adgang til å motta aktiv dødshjelp i Belgia.

### 16.1.2 Den belgiske regulering

I Belgia ble eutanasi tillatt ved lov av 28. mai 2002, som trådte i kraft 23. september samme år. Autentiske versjoner av loven finnes kun på fransk, slik at den følgende redegjørelse bygger på en uoffisiell oversettelse.<sup>383</sup> Eutanasi er i lovens § 2 definert som en handling som er ment å ende en persons liv etter hans eller hennes uttrykkelige ønske, og utført av en annen person en pasienten selv. I praksis åpner loven kun for at eutanasi

---

<sup>378</sup> Jf. straffeloven av 2005 § 278.

<sup>379</sup> Jf. henholdsvis straffeloven av 2005 § 275, jf. § 276 (drap etter samtykke) § 277 (assistert selvmord), og § 278 (medlidenhetsdrap).

<sup>380</sup> Syse i Befring m.fl. (2016) s. 274 til 275 med videre henvisninger.

<sup>381</sup> Jf. Dignitas (2018).

<sup>382</sup> Jf. Venosa (2016).

<sup>383</sup> Oversettelsen finnes i Jones m.fl. (2017), vedlegg III.

ordineres av pasientens behandlende lege. En slik handling er ikke forbudt dersom den utføres i tråd med lovens øvrige vilkår, jf. § 3 første ledd. Assistert selvmord er ikke omhandlet, og er derfor fremdeles forbudt i Belgia.

Grunnvilkårene for at eutanasi skal være lovlig, er gitt i lovens § 3 første ledd. Eutanasi kan kun utføres hvor pasienten opplever en medisinsk håpløs tilstand som medfører vedvarende og uutholdelig fysisk eller mental smerte, dersom denne tilstanden er et resultat av en alvorlig og uhelbredelig lidelse som skyldes sykdom eller skade. Behandlende lege skal observere pasientens tilstand over en periode, både gjennom samtaler og undersøkelser, jf. § 3 annet ledd nr. 2. At vilkårene for tilstanden er oppfylt, skal bekreftes av en uavhengig lege som den behandlende lege konsulterer i henhold til lovens § 3 annet ledd nr. 3. Dersom pasienten klart ikke kan ventes å dø i den nærmeste fremtid, må behandlende lege i tillegg konsultere en tredje lege, som skal være psykiater eller spesialist innen pasientens lidelser, og som må bekrefte pasientens tilstand gjennom egne undersøkelser, jf. § 3 tredje ledd nr. 1.

Hvor de undersøkende leger kan bekrefte at en slik tilstand som nevnt i § 3 første ledd foreligger, kan en pasient lovlig be om, og samtykke til, eutanasi. Pasienten må være samtykkekompetent, men også barn kan i særlige tilfeller oppfylle vilkårene.<sup>384</sup> I det følgende behandles kun eutanasi utført på voksne pasienter.

Pasientens samtykke må gis skriftlig,<sup>385</sup> og behandlende lege må forsikre seg om at det er uttrykk for pasientens frivillige og veloverveide ønske. Ønsket må være uttrykt konsistent, og over et visst tidsrom. Dersom pasienten ikke anses som døende, kan eutanasi ikke skje før tidligst én måned etter at det skriftlige samtykket er avgitt.<sup>386</sup> Behandlende lege må ha hatt grundige samtaler med pasienten om hans eller hennes tilstand, livsutsikter, behandlingsalternativer (herunder muligheten for palliativ pleie), og betydningen av et samtykke til eutanasi.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> Jf. lovens § 3 første ledd.

<sup>385</sup> Jf. lovens § 3 fjerde ledd.

<sup>386</sup> Jf. lovens § 3 tredje ledd nr. 2.

<sup>387</sup> Jf. lovens § 3 annet ledd n r. 1.



Flere av lovens vilkår forutsetter stabil og langvarig kontakt mellom behandlende lege og pasient, eksempelvis ved at det kreves gjentatte undersøkelser og samtaler. Videre er det ofte nødvendig at legen, til en hvis grad, kjenner sin pasient for at han eller hun kan være overbevist om at pasientens ønske er genuint, frivillig og veloverveid. Det belgiske system åpner med andre ord ikke for en utstrakt «dødsturisme», slik enkelte medier har fremstilt det.<sup>388</sup> Samtidig er det klart at borgere fra andre land, herunder Norge, kan motta eutanasi i Belgia, dersom de oppfyller de skisserte krav. Dette gjelder selvsagt en norsk pasient som er bosatt i Belgia, men pasienter bosatt i Norge kan også flytte til Belgia for noen måneder, eller kanskje bare foreta turer dit i forbindelse med nødvendige undersøkelser og møter.

I det følgende vil det først vurderes hvordan en situasjon der en norsk pasient mottar eutanasi i Belgia er regulert i norsk rett. Videre behandles det hvorvidt den norske rettstilstanden kan tenkes å rammes av tjenestereglene i EØS-avtalens art. 36, jf. art. 33, jf. art. 39.

## 16.2 Det norske strafferettslige ansvar

### 16.2.1 Straffebudene

I den norske straffeloven av 2005 er drap forbudt etter § 275. Ved samtykke til drap kan straffen settes under minstestrafen, eller til en mildere straffart, enn for øvrige drap, jf. strl. § 276, men handlingen kan ikke regnes som straffri. Det gjelder altså et absolutt eutanasisforbud, noe som også innebærer at nødrettsbetraktninger ikke kan medføre et annet resultat.<sup>389</sup> Forbudet gjelder den som «dreper» en annen med hans eller hennes samtykke. Det å legge til rette for eutanasi rettet mot seg selv, er ikke straffbart. Dagens straffebud er en videreføring av det tidligere forbudet i straffeloven av 1902 § 233 jf. § 235 annet ledd. Med mindre annet presiseres, er henvisningene i det følgende til straffeloven av 2005.

---

<sup>388</sup> Se Jones m.fl. (2017) s. 15.

<sup>389</sup> Se Høyesteretts dom i den såkalte Sandsdalen-saken, Rt. 2000 s. 646

### 16.2.2 Eutanasibehandlingen

Den norske straffelov gjelder som utgangspunkt for handlinger foretatt i Norge, jf. lovens § 4. Etter straffeloven § 5 kan en person som hverken er norsk statsborger eller bosatt i Norge allikevel straffefølges for en handling begått mot en norsk person i et annet land dersom straffesammenheng for handlingen er fengsel i seks år eller mer.<sup>390</sup> Drap kan som utgangspunkt straffes med fengsel fra 8 til 21 år.<sup>391</sup>

Dersom fornærmede har samtykket, som vil være tilfellet ved eutanasi, kan straffen, som nevnt, imidlertid settes under minstestrafen, eller til en mildere straffart.<sup>392</sup> Hvorvidt dette skal ha betydning for hvordan minstestrafen beregnes i straffeloven § 5 femte ledd, er ikke omtalt i lovforarbeidene, ei heller i juridisk teori.<sup>393</sup> Dette er i denne sammenheng uansett ikke avgjørende, ettersom straffen for en handling som pådømmes i medhold av jurisdiksjon i straffeloven § 5 ikke kan overstige den høyeste lovbestemte straff i det landet hvor handlingen er begått, jf. straffeloven § 5 sjette ledd. Dette innebærer i praksis at handlinger som er tillatt der den finner sted, ikke kan straffefølges etter norsk rett.<sup>394</sup> En person som utfører eutanasi mot en norsk pasient i Belgia kan med dette ikke straffefølges etter norsk rett.

### 16.2.3 Medvirkning til eutanasihandlingen

For at en person skal kunne dømmes for medvirkning til eutanasi etter den norske straffeloven, forutsettes det at han eller hun oppfyller kravene til medvirkning i lovens § 15, gjerningsbeskrivelsen i § 275, og skyldkravet

---

<sup>390</sup> Jf. straffeloven § 5 femte ledd.

<sup>391</sup> Jf. straffeloven § 275.

<sup>392</sup> Jf. straffeloven § 276 annet ledd.

<sup>393</sup> Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), s. 480.

<sup>394</sup> Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 404.

i § 21, jf. § 22, at ingen straffrihetsgrunn gjør seg gjeldende,<sup>395</sup> og at lovbrysteren er tilregnelig<sup>396, 397</sup>.

Etter straffeloven § 15 rammer et straffebud også den som «medvirker til overtredelsen», så også drap etter offerets samtykke. Medvirkningsansvaret er selvstendig og ikke avhengig av hovedmannens.<sup>398</sup> Dette innebærer at en person kan straffeforfølges dersom han eller hun har medvirket til eutanasi, selv om den som utfører selve drapshandlingen ikke kan straffeforfølges.

Dette gjelder også hvor hovedgjerningsmannen ikke kan straffeforfølges fordi hans handling ikke rammes av den norske straffelovens stedlige virkeområdet, som vil være tilfellet ved

eutanasi foretatt i Belgia.<sup>399</sup> Hvorvidt handlinger foretatt i forbindelse med en eutanasi i Norge kan straffes, beror derfor på om straffbarhetsvilkårene er oppfylt i det enkelte tilfelle.

Selve medvirkningsbegrepet i straffeloven § 15, må tolkes i henhold til det konkrete straffebud. Som medvirkning til drap må i det minste regnes en handling som aktivt bidrar til at drapet gjennomføres.<sup>400</sup> Skjønt den konkrete situasjon hverken er behandlet i straffelovens forarbeider, rettspraksis, eller strafferettslig litteratur, kan det tenkes at handlinger foretatt i Norge for å hjelpe til med organiseringen av mottakelse av eutanasi i Belgia er tilstrekkelig kvalifiserte til å rammes av medvirkningsansvaret. Dette vil særlig gjelde dersom medvirkerens bistand er avgjørende for at hovedmannen og pasienten overhodet skal kunne gjennomføre sitt forsett. Så vil eksempelvis være tilfelle hvor pasienten er sterkt hjelpetrengende, og har behov for bistand til informasjonsinnhenting, utfylling av nødvendige papirer, kommunikasjon med relevante instanser, assistanse i forbindelse med reisen, og øvrig fasilittering.

---

<sup>395</sup> Jf. straffeloven §§ 17, 18, og 19.

<sup>396</sup> Jf. straffeloven § 20.

<sup>397</sup> For en mer generell fremstilling av straffbarhetsvilkårene, se Eskeland (2015) s. 70 flg.

<sup>398</sup> Jf. Eskeland (2015) s. 205 og 206, samt i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 95.

<sup>399</sup> Jf. Rt. 1908 s. 790, omtalt i Andenæs (2004) s. 441. Se også Stigen (2011), s. 165 flg.

<sup>400</sup> Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 96.

I slike situasjoner vil medvirkningen ikke bestå i bistand til hovedmannen, som er det vanlige, men derimot er det offeret som bistås. Det er ikke direkte presisert hverken i straffeloven eller dens forarbeider at slike handlinger skal regnes som medvirkning, men det motsatte er heller ikke sagt. Derimot brukes kun uttrykket «delaktig i utføringen av den straffbare handlingen [...]»,<sup>401</sup> noe som i denne sammenheng må anses oppfylt. Bistand som nevnt kan altså bli å regne som en medvirkningshandling etter straffeloven § 15. Slik bistand kan vanskelig tenkes ytet uten at kravet til forsett i straffeloven § 22 er oppfylt, normalt første ledd litra a.

Videre ble det i Høyesteretts dom i den såkalte Sandsdalen-saken fastslått at straffrihetsgrunner ikke kom til anvendelse på bestemmelsene om drap etter samtykke i straffeloven av 1902. I det vesentlige tilsvarte datidens bestemmelser dagens regler. Høyesterett presiserte at den alminnelige ulovfestede rettstridsreservasjon ikke var anvendelig, da lovgiver måtte anses å ha tatt et aktivt standpunkt til slike tilfeller, med det «bevisste valg» at de ikke kunne være straffrie, men derimot at straffen kunne nedsettes også utover minstestrafen og til en mildere straffart.<sup>402</sup> Dommens resultat må anses som uttrykk også for dagens rettstilstand.<sup>403</sup> Dommen gjaldt riktignok hovedmannens straffansvar, men resonnetet har samme gjennomslagskraft også for en medvirkende. Det kan hevdes at medvirkerens handlinger er mindre straffverdige enn hovedmannens, men dette er en vurdering som eventuelt bør foretas av lovgiver. Når tilfellet ikke er nevnt direkte i lovens forarbeider, må det formodes at bedømmelsen må falle likt ut.

Det siste straffbarhetsvilkåret om tilregnelighet, må avgjøres konkret i overensstemmelse med straffeloven § 20. Dersom medvirkeren regnes som strafferettslig tilregnelig, er det altså tenkelig at en person kan straffefølges for medvirkning til eutanasi, også hvor eutanasi skjer i et annet land (Belgia).

I det følgende behandles situasjonen hvor en norsk statsborger, eller en person bosatt i Norge, medvirker til eutanasi som skal utføres i Belgia,

---

<sup>401</sup> Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 96.

<sup>402</sup> Se Rt. 2000 s. 646 på side 653.

<sup>403</sup> Jf. Ot. Prp. Nr. 22 (2008–2009) s. 188 og 189.

og hvor medvirkningshandlingen skjer i Norge. Medvirkningshandlinger som foretas i Belgia kan ikke straffes, da de er foretatt utenfor den norske straffelovens stedlig virkeområde.

#### 16.2.4 Straffebudenes betydning

Det har hittil ikke vært reist noen tiltaler for medvirkning til eutanasi, eller for den saks skyld for medvirkning til assistert selvmord (som på sett og vis ville utgjøre medvirkning til medvirkning). Årsakene til dette er ikke klarlagt, men som allerede påpekt antas det at eutanasi med jevne mellomrom gjennomføres også i Norge.<sup>404</sup> Syse antar at fraværet av straffefølgning først og fremst skyldes at handlingen er utført etter enighet mellom både pasienten, eventuelle pårørende, og implisert helsepersonell, slik at ingen av partene har sett noen grunn til å varsle påtalemyndigheten. Det samme kan tenkes hvor selve eutanasihandlingen foregår i utlandet.

Samtidig er det flere eksempler på at norske medier har fulgt pasienters «siste reise», også på forberedelsesstadiet.<sup>405</sup> At straffefølgelse da ikke skjer, kan ikke følge av manglende kunnskap om forholdet, men henger antakelig snarere sammen med temaets følsomhet og påtalemyndighetens skjønnsmessige vurderinger av hvilke forhold som skal tiltales. Skjønt det er bred politisk konsensus rundt eutanasiforbudet,<sup>406</sup> er folkeopinionen ikke like klar.<sup>407</sup> Det å skulle straffefølge medvirkning, kan i enda større grad fortone seg som lite fruktbart, all den tid den allmenne rettsbevissthet nok ønsker større innsats på en rekke andre felter innen politiets ansvarsområde. Like fullt er slik medvirkning, som vist ovenfor, i teorien en straffbar handling. Et naturlig spørsmål i denne avhandlingen

---

<sup>404</sup> Se Syse i Befring m.fl. (2016) s. 274 og 275.

<sup>405</sup> Se eksempelvis NRK Brennpunkt (2015), og Svarstad (2014).

<sup>406</sup> Blant de politiske partiene, er det kun Fremskrittspartiet som ønsker en hvis oppmykning, jf. Fremskrittspartiet (2017), under overskriften «Personlig frihet og personvern». Sist spørsmålet ble debattert i Stortinget, ble partienes syn bekrefet, jf. Innst.O. nr. 72 (2004–2005) s. 46.

<sup>407</sup> Se Syse i Befring m.fl. (2016) s. 274.

er derfor hvordan dette straffebudet står seg i relasjon til EØS-avtalens tjenesteregler.

## **16.3 Forbudet mot medvirkning til eutanasihandlingen og EØS-retten**

### **16.3.1 Innledning**

Som vist i avhandlingens kapittel 6, er det avgjørende for om tjenestereglerne kommer til anvendelse, om det foreligger en tjeneste i EØS-rettslig forstand. I denne sammenheng er det eutanasihandlingen, ikke medvirkningen til denne, som skal vurderes. Dersom handlingen skal regnes som en tjeneste, må det vurderes om medvirkningsforbudet i straffeloven § 275, jf. § 276 annet ledd utgjør en restriksjon på friheten til å utøve tjenesten (eutanasi). En slik restriksjon vil som utgangspunkt være forbudt etter EØS-avtalens art. 36 første ledd. Til sist må det derfor drøftes om den eventuelle restriksjonen allikevel kan tillates etter regelen i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, eller i medhold av de domstolsskapte unntaksregler.

### **16.3.2 Eutanasihandlingen som tjeneste**

Hvorvidt eutanasi skal regnes som en tjeneste i EØS-rettslig forstand, beror på om vilkårene i EØS-avtalens artikkel 37 er oppfylt. I eksempelet skissert ovenfor er det klart at det utøves en aktivitet som utgjør en tjeneste i vid forstand; den belgiske legen behandler pasienten. I praksis vil behandlingen skje mot betaling, da situasjonen ikke dekkes av noen norske refusjonsordninger eller gjennom det europeiske helsetrygd-kortet.<sup>408</sup> Om betalingen ytes av pasienten, dennes pårørende, en stiftelse eller andre, er i denne sammenheng uten betydning.<sup>409</sup> Videre inneholder tjenesten et grensekryssende element, da pasienten reiser fra sin hjemstat (Norge) til behandlingsstaten (Belgia) i den hensikt å motta behandlingen.

---

<sup>408</sup> Jf. forskrift om stønad til helsetjenester i EØS § 2, utdypet i § 3.

<sup>409</sup> Jf. sak 352/85 Bond van Adverteeders, avsnitt 16.

Endelig hører eutanasi ikke naturlig inn under en av de andre friheter etter EØS-avtalen.

Eutanasi skal derfor regnes som en tjeneste i EØS-rettslig forstand, jf. avtalens art. 37. Det er i denne sammenhengen grunn til å bemerke at skjønt EU-domstolen aldri har behandlet eutanasi spesielt, har den i andre tilfeller anerkjent at reglene om de ulike friheter også kommer til anvendelse på moralsk omstridte varer eller aktiviteter. For helsetjenestenes del gjelder dette selvbestemt abort,<sup>410</sup> mens prostitusjon er blitt funnet omfattet av etableringsbegrepet i EØS-avtalens art. 31.<sup>411</sup> For begge disse tilfellene understreket EU-domstolen at det ikke er opp til den å vurdere hvordan statene skal regulere «påstået umoralsk virksomhet [som i enkelte stater kan] udøves lovligt».<sup>412</sup> Denne betraktningmåten må gjelde også for eutanasi. Såfremt slik behandling tilbys i enkelte stater, hører den inn under EØS-avtalens tjenesteregulering i art. 36. Restriksjoner er derfor som utgangspunkt forbudt.

### 16.3.3 Hvorvidt det foreligger en restriksjon

En restriksjon foreligger dersom den frie utøvelsen av helsetjenester over landegrensene, direkte eller indirekte, potensielt eller aktuelt, vanskeliggjøres.<sup>413</sup> Hvorvidt restriksjonen er diskriminerende, er ikke av betydning.<sup>414</sup> Dette gjelder også for eutanasi. Skjønt EU-retten som utgangspunkt ikke skal styre medlemsstatenes strafferettslige regulering, utelukker det ikke at et straffebud kan stå i strid med EØS-avtalens tjenesteregler, og således ikke være tillatt.<sup>415</sup> Følgelig er det anledning til å regne straffebudet for medvirkning til eutanasi som en restriksjon etter EØS-avtalens art. 36. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å vise til at

---

<sup>410</sup> Jf. sak C-159/90 *The Society for the Protection of the Unborn Children*, avsnitt 21.

<sup>411</sup> Jf. sak C-268/99 *Jany*, avsnitt 50.

<sup>412</sup> Jf. sak C-268/99 *Jany* avsnitt 56. Se også sak C-159/90, *The Society for the Protection of the Unborn Children*, avsnitt 20.

<sup>413</sup> Jf. sak C-120/95 *Decker*, avsnitt 31 og sak C-157/99 *Geraes-Smits og Peerboms*, avsnitt 61.

<sup>414</sup> Jf. forente saker C-369 og 376/96 *Arblade*, avsnitt 74.

<sup>415</sup> Se som eksempler sak 155/73 *Sacchi*, og fra EFTA-domstolens sak E-1/07 straffesak mot A.

medvirkningsforbudet kan utgjøre et press for medvirkere til å avstå fra å gi bistand av frykt for strafferettslige sanksjoner. At forbudet i praksis ikke håndheves, kan i denne sammenheng ikke tillegges avgjørende vekt, da dette kun beror på et påtaleskjønn. Uansett er det tilstrekkelig at medvirkningsforbudet kan virke avskrekkende – ikke at så faktisk er tilfellet.

Det kan også hevdes at medvirkningsforbudets eventuelle innvirkning på tjenestefriheten er så vidt fjerntliggende at det ikke kan regnes som en adekvat restriksjon. En slik adekvansbegrensning er blitt anvendt av EU-domstolen i saker som gjelder den frie flyt av både varer og arbeidstakere.<sup>416</sup> Således har domstolen sett bort fra begrensninger hvis betydning for samhandelen har vært «for usikker og indirekte».<sup>417</sup> Tilsvarende er det for helsetjenester vist til at en påstått begrensning av tjenestefriheten var for «tilfældig og indirekte».<sup>418</sup> Alle disse utslag av en adekvanslære er imidlertid foranlediget av begrensninger hvis betydning beror på for mange tilfældigheter og usikre momenter. Slike betraktninger passer ikke like godt i eutanasieksempelet, hvor det er medvirkningsforbudets betydning for gjennomføringen av behandlingen som er problematisert. Det må kunne antas at om et tilfelle rammes av norsk straffelovgivnings krav til sammenheng mellom hovedmannen og medvirkerens handlinger, bør dette også være tilstrekkelig for en EØS-rettslig adekvansbetraktning. Problemstillingen er ikke direkte berørt i hverken rettspraksis eller juridisk litteratur, men da EU-domstolens adekvanslære er gitt et snevert nedslagsfelt,<sup>419</sup> og således kun vist til i en håndfull saker, er det ikke grunnlag for å gi den anvendelse i vår sak.

Det må derfor legges til grunn at medvirkningsforbudet til eutanasi er en restriksjon på den EØS-rettslige tjenestefriheten. Avgjørende for om den allikevel kan gjøres gjeldende, er om den kan tillates etter den tjenesterettslige unntaksadgang.

---

<sup>416</sup> Se henholdsvis sak C-93/92 *Motorraddcenter*, avsnitt 12 om varefriheten, og sak C-190/98 *Graf*, avsnitt 25 om fri flyt av arbeidstakere.

<sup>417</sup> Jf. sak C-190/98 *Graf*, avsnitt 25.

<sup>418</sup> Jf. sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 72.

<sup>419</sup> Se senest på norsk Haukeland *Fredriksen og Mathisen* (2018), s. 111.



## 16.4 Unntaksadgangen

### 16.4.1 Innledning

For at forbudet mot medvirkning til eutanasi skal være lovlig etter EØS-avtalens tjenesteregler, må det være begrunnet i et lovlig hensyn, og være egnet og nødvendig til å oppfylle den grad av beskyttelse den norske stat kan oppstille for å ivareta det eller de angitte hensyn. Hvorvidt så er tilfellet, vil i stor grad bero på de generelle betraktninger det ble redegjort for i avhandlingens kapittel 7.

Eutanasi som sådant har aldri vært behandlet i hverken EU- eller EFTA-domstolen,<sup>420</sup> og det vil derfor være nødvendig å se hen til øvrig relevant praksis, særlig knyttet til andre restriksjoner som omhandler tjenester hvis moralske status er diskutabel og varierende mellom EØS-statene.

### 16.4.2 Begrunnelse i legitime hensyn

Det strafferettslige eutanasisforbudet i straffeloven § 275, jf. § 276 annet ledd, er begrunnet i flere ulike hensyn. Hvorvidt disse er legitime etter EØS-retten, må avgjøres konkret for hvert enkelt av dem. Det er grunn til å bemerke at forbudet mot medvirkning til eutanasi gjelder absolutt, og uten hensyn til hvor tjenesten utføres, eller hvilken nasjonalitet eller bo- eller etableringssted tjenesteyteren har. Det er derfor anledning til ikke bare å vektlegge de traktatfestede hensyn nevnt i EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39, men også de domstolsskapte hensyn.

Skjønt det ikke er direkte sagt i straffelovens forarbeider, er det klart at forbudet mot drap etter samtykke og medvirkning til dette er begrunnet i grunnleggende betraktninger om menneskelivets ukrenkelighet, og

---

<sup>420</sup> Temaet er så vidt berørt i generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-289/15, Grundza, note 20, og generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-254/11 Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Rendőrkapitányság Záhony Határrendészeti Kirendeltsége, note 64, men i helt andre sammenhenger enn denne.

således beskyttelsen av denne.<sup>421</sup> I EØS-rettslig forstand kategoriseres dette blant de underhensyn som kan begrunne en restriksjon i hensynet til den offentlige orden. Sammenhengen følger for det første av at EU-domstolen har uttalt at EU-retten, og EU-domstolen i sin anvendelse av denne, skal beskytte de «grundlæggende rettigheder».<sup>422</sup> Ved avgjørelsen av hvilke rettigheter dette gjelder, vil EU-domstolen særlig se hen til medlemsstatenes forfatninger og øvrig lovgivning, og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.<sup>423</sup>

EU-domstolen har anerkjent «den menneskelige værdighed» som et hensyn som kan begrunne restriksjoner på den frie tjenesteutøvelse.<sup>424</sup> Dette skjedde i en sak som handlet om simulering av drapshandlinger som foregikk i en spillehall. Eutanasi handler om reelle drapshandlinger på konkrete pasienter. Alt etter en «fra en mer til det mindre»-betraktningensmåte, må det være klart at et forbud mot eutanasi er begrunnet i hensynet til den menneskelige verdighet. Dette synet styrkes ytterligere av at de fleste EØS-stater anser eutanasi som en forbrytelse, og dette gjøres nettopp for å beskytte menneskelivets ukrenkelighet. Tilsvarende er utgangspunktet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), som EU er tilsluttet,<sup>425</sup> at drap kun kan tillates om det skjer ved dom eller i en ekstrem situasjon for å beskytte andres rett til liv og frihet.<sup>426</sup> Konvensjonen gir ingen rett for et menneske til å gjennomføre eutanasi.<sup>427</sup> På denne bakgrunn er det utvilsomt at Norge kan oppstille et forbud mot drap, også hvor dette skjer med pasientens samtykke, med henvisning til hensynet til å beskytte den offentlige orden, representert ved respekten for menneskelivets ukrenkelighet. Dette må gjelde uavhengig av om forbudet retter seg mot hovedmannen eller en medvirker (men dette kan komme inn ved forholdsmessighetsvurderingen).

---

<sup>421</sup> Hensynet ble blant annet trukket frem i en uttalelse fra Riksadvokaten, sitert i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) på s. 187.

<sup>422</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 32.

<sup>423</sup> Jf. TEU art. 6 tredje ledd.

<sup>424</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 34.

<sup>425</sup> Jf. TEU union art. 6 annet ledd.

<sup>426</sup> Jf. EMK art. 2 første og annet ledd.

<sup>427</sup> Jf. saken *Pretty v. United Kingdom*.

Hensynet til folkehelsen i vid forstand kan imidlertid også begrunne et forbud mot (medvirkning til) eutanasi. Dette henger sammen med den såkalte «skråplaneffekten» mange frykter ved en eventuell oppmykning av regelverket rundt aktiv dødshjelp. Dette elementet gjør seg også gjeldende i den etterfølgende nødvendighetsvurdering. Som anført i straffelovens forarbeider,<sup>428</sup> vil et totalforbud hindre et scenario hvor flere og flere pasientgrupper innvilges eutanasi, noe som i sin tur kan føre til et, reelt eller innbilt, press for en pasient til å samtykke til sin egen assisterte død.<sup>429</sup>

Folkehelsen kan også begrunne et eutanasisforbud i den forstand at det motsatte kan innebære en nedbygging av det palliative pleietilbudet i helsevesenet, da behovet for et slikt vil være mindre ettersom flere og flere pasienter velger å avslutte livet før lindrende behandling er nødvendig.<sup>430</sup> Også dette hensyn må kunne antas å regnes som legitimt etter EØS-retten, da det er en variant av hensynet til å opprettholde den «lægelige kompetence» i Norge.<sup>431</sup>

Omtalen av alle de nevnte hensyn bygger på betraktninger rundt det generelle eutanasisforbudet. Det mer snevre medvirkningsforbudet, er som alt sagt ikke særlig behandlet hverken i straffelovens forarbeider eller øvrige rettskilder om spørsmålet. Så også begrunnelsene for et slikt forbud. Det må allikevel kunne antas at forbudet følger av de samme hensyn som det generelle eutanasisforbudet, under den betraktningensformen at et medvirkningsforbud ivaretar de samme hensyn som hovedstraffebudet.

Endelig skal det bemerkes at det avgjørende i denne sammenheng er hvorvidt forbudet er begrunnet i legitime hensyn – ikke om andre legitime hensyn kan tenkes å tale for en annen løsning. Om så er, vil dette ivaretas gjennom forholdsmessighetsvurderingen.

---

<sup>428</sup> Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 188.

<sup>429</sup> Problemstillingen er også kjent i land hvor eutanasi tillates, se Lerner og Caplan (2015).

<sup>430</sup> Se Jones m.fl. (2017) s. 38 for en nærmere redegjørelse om teorier bak dette hensynet.

<sup>431</sup> Jf. sak C-372/04 Watts, avsnitt 105 med videre henvisninger.

### 16.4.3 Beskyttelsesnivå

Hvilket beskyttelsesnivå den norske stat ønsker å legge seg på i saker som berører befolkningens adgang til å medvirke ved eutanasi, er ikke direkte berørt i rettspraksis eller øvrige juridiske kilder. Utgangspunktet er imidlertid at medlemsstatene overlates en nokså vid skjønnsmargin ved avgjørelsen, særlig hva gjelder følsomme områder.<sup>432</sup>

I relasjon til den frie utveksling av legemidler (varer) har EU-domstolen særlig anerkjent statenes frie valg ved spørsmål om beskyttelsesnivå av hensyn til befolkningens liv og helse.<sup>433</sup> Likeledes påpeker Sejersted m.fl. at EU- og EFTA-domstolen vil være særlig tilbakeholdende ved overprøvelsen av det statlige skjønnet for restriksjoner som er begrunnet i «sensitive» hensyn.<sup>434</sup> At det å hindre at egne borgere velger å avslutte sitt eget liv ved andres hjelp, med de implikasjoner som er skissert ovenfor, er et slikt sensitivt hensyn, må være utvilsomt.<sup>435</sup> Det er ikke grunn til å anta at hensynet til å hindre egne borgere i å medvirke ved slike behandlinger må betraktes på annen måte. Restriksjonen er derfor begrunnet i legitime hensyn, og beskyttelsesnivået som er valgt er innenfor hva den norske stat har kompetanse til. Avgjørende for forbudets lovlighet er følgelig hvorvidt det hører til de restriksjoner staten lovlig kan innføre for å ivareta det aksepterte beskyttelsesnivået.

### 16.4.4 Egnethet

Hvorvidt et forbud mot medvirkning til eutanasi er egnet til å ivareta det angitte beskyttelsesnivå, beror på en konkret og objektiv vurdering. Hva gjelder å hindre at norske borgere hjelper andre med å utføre eutanasi ved hjelp av straffebud, er det tilstrekkelig å vise til alminnelige betraktninger om straffetrusselens allmen- og individualpreventive begrunnelser.<sup>436</sup>

---

<sup>432</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 339.

<sup>433</sup> Jf. sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband, avsnitt 103, samt sak C-141/07 Kommissjonen mot Tyskland, avsnitt 51.

<sup>434</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 339, jf. også s. 455.

<sup>435</sup> Jf. også Hervey og McHale (2015) s. 92 flg., særlig på s. 94.

<sup>436</sup> Jf. Andenæs (2004) s. 81 flg.

Den konkrete virkning av forbudet er vanskelig å måle, ettersom der hverken finnes statistikk rundt hvor mange nordmenn som vært år utfører eutanasi, og hvor mange som medvirket dertil. Samtidig kan det faktum at tiltale aldri har vært reist for slik medvirkning illustrere at forbudet virker som det skal. Dog kan det hevdes at dette kun viser at norsk påtalemyndighet ikke forfølger slike saker, selv om de beviselig skjer, og det med full åpenhet rundt medvirkernes rolle og identitet.<sup>437</sup> I forlengelsen av dette kan det pekes på at spørsmålet overhodet ikke har vært problematisert i oppslagene rundt temaet, slik at forbudet kan fremstå som uten reell betydning.

Det er på denne bakgrunn vanskelig å trekke noen sikker konklusjon uten at ytterligere informasjon skaffes til veie. Så måtte også ha skjedd ved et eventuelt traktatbruddssøksmål etter ODA-avtalens art. 31. Det skal dog pekes på at skjønt medvirkningsansvaret på ett vis kan sies å være uten reell betydning, og således hverken konsistent eller egnet til å ivareta det konkrete formål, må dette straffeansvaret sees som et ledd i et større arbeid for å motvirke eutanasi blant norske borgere. Det vises i denne forbindelse ikke bare til det mer generelle eutanasilforbudet medvirkningsansvaret er en del av, men også til norske myndigheters økte bevissthet om, og ønsket om satsing innen, palliasjon.<sup>438</sup> På denne bakgrunn legges det i det følgende til grunn at medvirkningsforbudet er egnet til å ivareta beskyttelsen mot at norske borgere motta eutanasi, med forbehold om at det for en fyllestgjørende vurdering forutsetter ytterligere informasjonsinnhenting som ligger utenfor avhandlingens format.

### 16.4.5 Nødvendighet

Om medvirkningsforbudet er nødvendig for å sikre hensynene til menneskelivets ukrenkelighet og de ulike aspekter ved folkehelsen, må også vurderes konkret. Som poengtert i avhandlingens kapittel 7.3.4, vil det være av særlig betydning om hensynene kan sikres tilsvarende av en annen restriksjon som er reelt gjennomførbar, og som i mindre grad

---

<sup>437</sup> Jf. igjen medieoppslag som NRK Brennpunkt (2015), og Svarstad (2014).

<sup>438</sup> Se senest NOU 2017: 16.

vil gripe inn i tjenestefriheten.<sup>439</sup> Også i denne sammenhengen skal det bemerkes at statene normalt tillegges en hvis skjønnsmyndighet, særlig hva gjelder sensitive temaer.<sup>440</sup> Også ved nødvendighetsvurderingen er befolkningens overlevelse og helse klart blant de områder hvor statene bør tillates et visst slingringsmonn.

Hva gjelder den objektive nødvendighet mer generelt, er det tilstrekkelig å vise til at et straffebud normalt vil ha en penal effekt øvrige tiltak ikke vil ha, slik at beskyttelsesnivået vil være lavere dersom man kun innfører generelle forbud uten sanksjonering, eller med andre sanksjoner enn straff. Det kan i denne sammenheng argumenteres med at denne distinksjonen ikke har betydning i vårt tilfelle, ettersom medvirkningsforbudet i praksis ikke blir håndhevet. Igjen vil ytterligere informasjon være nødvendig for å uttale noe sikkert, men det er grunn til å anta at også et «sovende» straffebud har en forsterket effekt, hvilket mindre inngripende tiltak ikke vil ha. At overtredelse av et bestemt straffebud hittil ikke er påtalt, betyr ikke at så ikke kan skje, og bevisstheten om dette må antas å ha en skjerpene effekt øvrige restriksjonsformer ikke kan skape.<sup>441</sup>

Det kan også hevdes at hensynene bak forbudet mot (medvirkning til) eutanasi er ivaretatt gjennom den belgiske lovgivnings strenge krav til pasientens håpløse tilstand, hans eller hennes samtykke, og statlig kontroll.<sup>442</sup> Disse skal nemlig sikre at kun terminalt syke, eller uutholdelig lidende personer uten utsikt til bedring, skal få innvilget eutanasi, og på denne måten kan det sies at folkehelsen ikke utvannes. Hvorvidt dette overhodet holder vann, er diskutabelt, og under enhver omstendighet ivaretas ikke formålet om å respektere hvert enkelt livs ukrenkelighet. Argumentet kunne ha vært holdbart dersom norsk lov tillot eutanasi, og/eller medvirkning til dette, eksempelvis ved å åpne for anvendelsen

---

<sup>439</sup> Jf. Baudenbacher (red.) (2016), s. 366 flg., samt sak C-157/99 Geraets-Smits og Peerboms, avsnitt 75.

<sup>440</sup> Jf. Barnard (2016) s. 310.

<sup>441</sup> Se i samme retning sak C-137/09, Josemans, avsnitt 43.

<sup>442</sup> Jf. argumentasjonen i sak C-176/11 HIT, avsnitt 31.

av rettstridsreservasjoner eller nødrettsbetraktninger.<sup>443</sup> Så er imidlertid ikke tilfellet. Det norske eutanasiforbudet er absolutt, en effekt som ikke kan gjennomføres ved mindre inngripende midler.

Avslutningsvis kan det nevnes at det såkalte snevre proporsjonalitetsprinsipp ikke tilsier en annen løsning. Skjønt eutanasi skal betraktes som en tjeneste i EØS-rettslig sammenheng etter avtalens art. 36 og 37, er de motstående hensyn til folkehelsen og livets verdighet så vidt tungtveiende at også et totalforbud mot en form for tjeneste må tillates.<sup>444</sup>

På denne bakgrunn kan forbudet mot medvirkning til eutanasi i straffelovens § 275 jf. § 276 annet ledd, opprettholdes med medhold i den EØS-rettslige unntakslæren, såfremt tiltakets egnethet kan dokumenteres.

## **Kapittel 17 Kriminalisering av pasienters kjøp av seksuelle tjenester og medvirkning til dette**

### **17.1 Innledning**

#### **17.1.1 Om problemstillingen og dens betydning**

Seksualitet er et grunnleggende menneskelig trekk, hvis ivaretagelse har direkte innvirkning på helsen for øvrig.<sup>445</sup> Særlig kan den mentale helsen påvirkes negativt ved mangel på seksuell tilfredsstillelse, samtidig som jevnlig tilfredsstillelse også har flere positive somatiske virkninger.<sup>446</sup> De seksuelle behov er grunnleggende sett de samme for alle mennesker, uavhengig av funksjonsevne.<sup>447</sup> Noen former for funksjonsnedsettelse

---

<sup>443</sup> Som foreslått av straffelovkomisjonens mindretall, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 188, jf. også argumentasjonen i Rt. 2000 s. 646 (Sandsdalen).

<sup>444</sup> Jf. igjen sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 30.

<sup>445</sup> Jf. Helsedirektoratet (2018).

<sup>446</sup> For en utfyllende redegjørelse, se Pedersen (2009).

<sup>447</sup> Jf. Frambu kompetansesenter for sjeldne diagnoser (2014).

kan imidlertid ha innvirkning på muligheten til selv å tilfredsstille egne seksuelle behov. Dette gjelder særlig for personer med en utviklingshemning, som kan ha vansker med å i det hele tatt forstå sin egen seksualitet, og da også å vite hvordan den skal tilfredsstilles. Dette kan ikke bare gi seg utslag i frustrasjon, utagering, eller uro, men også direkte fysisk skade, blant annet ved at personen kan «rive eller slite» i egne kjønnsorganer.<sup>448</sup> Videre kan personer med særlig nedsatt bevegelighet og/eller koordinasjon, typisk grunnet lammelse eller manglende kontroll over bevegelser, ha store utfordringer med å tilfredsstille seg selv fysisk. For begge disse gruppene av personer med nedsatt funksjonsevne, er det i tillegg vanligvis vanskeligere å etablere sosial kontakt enn for andre,<sup>449</sup> noe som igjen kan gjøre det vanskeligere enn for andre å finne seg en seksualpartner.

På denne bakgrunn er det for enkelte grupper av personer med nedsatt funksjonsevne av betydning for egen helse å få støtte til å utvikle et fruktbart forhold til egen seksualitet. Slik bistand kan bestå i tilpasset opplæring i kroppens anatomi og demonstrasjon av hvordan den kan bli tilfredsstilt, eller i hjelp til å produsere spesialtilpassede seksualtekniske hjelpemidler som personen selv kan håndtere.<sup>450</sup> Bistand kan også innebære å hjelpe pasienten med å legge til rette for at vedkommende kan tilfredsstille seg selv, eksempelvis ved at pasienten blir lagt i en hensiktsmessig stilling. Tilsvarende hjelp kan gis i forbindelse med at en pasient ønsker å ha samleie med en annen person.

I det følgende vil personer som har behov for bistand i forbindelse med tilfredsstillelse av egne seksuelle behov omtales som «pasienter», uten at det med det tas stilling til om det som mottas til enhver tid skal regnes som helse- eller omsorgstjenester.<sup>451</sup>

I Norge vil den aktuelle pasientgruppen normalt være i nær kontakt med helse- og omsorgstjenesten i kommunen, enten grunnet behov for tett medisinsk oppfølging, eller ved at vedkommende bor i tilrettelagt

---

<sup>448</sup> Jf. Helsekompetanse.no, «Seksualitet og utviklingshemning» (ingen angitt dato).

<sup>449</sup> Jf. Grue (2001).

<sup>450</sup> Om denne ordningen i Norge, se NAV (2015).

<sup>451</sup> Begrepene viser til de tilbud som ytes av helse- og omsorgstjenesten, slik denne er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 første ledd litra d.



bolig eller på et omsorgssenter, eller gjennom hjemmehjelpsordning, dagsenter mv. Helsepersonell som kommer i kontakt med en pasient i denne sammenheng, plikter å tilrettelegge for at pasienten skal ha mulighet til å ivareta egen seksualitet, herunder gjennom samtale eller fysisk tilrettelegging.<sup>452</sup> Dersom pasienten har behov for ytterligere oppfølging, skal han eller hun henvises til en av spesialisthelsetjenestens avdelinger for voksenhabilitering.<sup>453</sup> Her vil pasienten motta individuell veiledning og bistand.<sup>454</sup> Tilbudet gis i samarbeid med andre som har med pasienten å gjøre, herunder helsepersonell i kommunehelsetjenesten. Det er viktig å bemerke at helsepersonellet ikke kan pålegges å utføre seksuelle handlinger med pasienten, herunder å fysisk bistå ved onani,<sup>455</sup> selv om dette i andre europeiske land regnes som en del av helsetjenestens oppgaver.<sup>456</sup> Videre kan pasienten ikke gis bistand til å skaffe seg en seksualpartner, utover generell bistand til å ha et tilfredsstillende sosialt liv.

### 17.1.2 Norsk kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester

Den hjelpen pasienten gis kan heller ikke komme i konflikt med øvrig norsk regelverk. I henhold til straffeloven av 2005, gjelder det blant annet et forbud mot å kjøpe seksuelle tjenester, eller medvirke til dette, jf. straffeloven § 316. Tilsvarende er det straffbart å fremme slik virksomhet (hallikvirksomhet), jf. straffeloven § 315 første ledd. Salg av seksuelle tjenester (prostitusjon) er imidlertid i seg selv ikke forbudt.

Forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, ble innført i 2009. Det gjelder generelt, og gjør ikke unntak for spesielle grupper av kjøpere, eller kjøpere med en spesiell motivasjon for handlingen.<sup>457</sup> En person med nedsatt funksjonsevne kan altså dømmes for kjøp av seksuelle tjenester, selv om handlingen er en konsekvens av

---

<sup>452</sup> Jf. Helsedirektoratet (2015) s. 35.

<sup>453</sup> Generelt om tilbudet, se [habilitering.no](http://habilitering.no) om voksenhabilitering.

<sup>454</sup> Om tilbudet slik det var i 2008, se Storvik (2008).

<sup>455</sup> Slike tilfeller vil kunne rammes av reglene i straffeloven §§ 297 og 298.

<sup>456</sup> Jf. Kvalvik (2015), s. 99.

<sup>457</sup> Differensiering etter tjenesteyterens stilling ble diskutert i Ot.prp. nr. 48 (2007–2008), s. 11. Differensiering mellom ulike kjøpere ble ikke problematisert.

vedkommendes særlige behov for tilrettelegging for tilfredsstillelse av seksuelle behov som følge av funksjonsnedsettelse. Det samme gjelder den som medvirker til at handelen kommer i stand, helsepersonell innbefattet.

I motsetning til hva som er tilfellet ved drap med samtykke, får straffeloven §§ 315 og 316 også anvendelse på handlinger begått i utlandet, såfremt gjerningspersonen er norsk statsborger eller bosatt i Norge.<sup>458</sup> Det er altså forbudt for en norsk pasient å motta seksuelle tjenester mot vederlag i andre EØS-stater, selv om handlingen er tillatt i staten hvor tjenesten leveres. Tilsvarende er det for norsk helsepersonell, og enhver annen norsk statsborger eller person som bor i Norge, forbudt å medvirke til at en pasient mottar seksuelle tjenester mot vederlag i andre EØS-stater, uavhengig av pasientens nasjonalitet eller bosted. Dette innebærer at pasienter som ikke finner det norske tilbud adekvat, eksempelvis fordi de er ute av stand til å benytte de hjelpemidler som tilbys,<sup>459</sup> og som derfor velger å motta seksuelle tjenester i en annen EØS-stat, begår en straffbar handling. Det samme gjelder medvirkeren.

## **17.2 Pasienters adgang til å kjøpe seksuelle tjenester etter dansk rett**

### **17.2.1 Den danske ordning**

I enkelte andre EØS-stater er imidlertid både prostitusjon og kjøp av seksuelle tjenester tillatt. Dette gjelder blant annet i Danmark, hvor det kun er straffbart å kjøpe seksuelle tjenester av personer under 18 år,<sup>460</sup> samt å tilrettelegge for, eller fremme, prostitusjon (hallikvirksomhet).<sup>461</sup> Med andre ord kan danske pasienter kjøpe seksuelle tjenester for å tilfredsstille sine behov på en måte de selv finner at ellers ikke ville være mulig. Det finnes ikke konkrete tall på hvor mange pasienter dette gjelder, men det

---

<sup>458</sup> Jf. straffeloven § 5 første ledd litra a til c, samt første ledd nr. 9.

<sup>459</sup> For ytterligere konkretisering av en slik situasjon, se NRK (2015).

<sup>460</sup> Jf. dansk straffelov § 224.

<sup>461</sup> Jf. dansk straffelov §§ 233 og 233A.

er ikke tvilsomt at det forekommer i en viss utstrekning.<sup>462</sup> Som nevnt vil personer som tilhører den aktuelle pasientgruppen normalt være i nær kontakt med helse- og omsorgsmyndighetene, stort sett gjennom ulike botilbud. Det er en pasientgruppe som kan trenge hjelp til å ta kontakt med andre mennesker, herunder de som selger seksuelle tjenester. Medvirkning til kjøp av seksuelle tjenester er heller ikke forbudt i Danmark, og det er ikke ukjente at ansatte i ulike kommunale botilbud hjelp er pasienter med å kontakte prostituerte.<sup>463</sup> De kan også bistå med den praktiske gjennomføring av kjøpet, blant annet ved å utføre betalingen på pasientens vegne, hjelpe pasienten med å komme seg til avtalt sted, eller bistå med å formidle pasientens ønske til den prostituerte når pasienten selv har vanskelig for å gjøre seg forstått.

Alle de beskrevne handlinger er tillatt etter dansk rett. Det har i lengre tid foreligget håndbøker og veiledninger om hvordan pasienter med sterkt nedsatt funksjonsevne kan hjelpes i forbindelse med sin seksualitet, hvor det også har vært presisert at bistand til å kontakte prostituerte inngår.<sup>464</sup> Fra 2012 har det vært presisert at helsepersonellet ikke plikter å yte slik bistand.<sup>465</sup> Enkelte kommuner, heriblant København, har valgt å forby helsepersonell å bistå i forbindelse med kjøp av seksuelle tjenester,<sup>466</sup> men stort sett er det ikke grunn til å anta at praksisen er særlig redusert som følge av presiseringen i veiledningen.<sup>467</sup>

## 17.2.2 Ordningens betydning for norske personer

Norske statsborgere eller personer bosatt i Norge kan bli berørt av de danske reglene i forbindelse med kjøp av seksuelle tjenester for pasienter med sterkt nedsatt funksjonsevne på flere vis. I det følgende konsentreres drøftelsen om to situasjoner. Enten kan pasienten selv være norsk statsborger eller bosatt i Norge, og enten motta tjenestene i forbindelse med

---

<sup>462</sup> Se eksempelvis Nielsen (2012).

<sup>463</sup> Jf. Phillipsen og Kristiansen (2016).

<sup>464</sup> Jf. Syse (1995), s. 559.

<sup>465</sup> Jf. Holmskov og Skov (2012), s. 36.

<sup>466</sup> Jf. Socialpædagogen (2007).

<sup>467</sup> Se Phillipsen og Kristiansen (2016).

reise til Danmark, eller fordi vedkommende er bosatt i landet.<sup>468</sup> Det kan også tenkes at pasienten (kjøperen) er dansk, men at det er en norsk statsborger som i egenskap av helsepersonell som arbeider i Danmark medvirker til at handelen kommer i stand.

Begge de beskrevne situasjoner rammes av det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester i straffeloven § 316, jf. § 5 første ledd litra a og b, og første ledd nr. 9. I det videre vil det bli vurdert om dette forbudet utgjør en restriksjon etter EØS-avtalens tjenesteregler, og i så fall om den allikevel kan tillates.

## **17.3 Forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester og EØS-retten**

### **17.3.1 Innledning**

Som for øvrige restriksjoner, må lovligheten av de norske forbud mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, bedømmes etter EØS-avtalens art. 36 og art. 33, jf. art. 39. Avgjørende er om forbudet utgjør en uforholdsmessig restriksjon på utøvelsen av en grensekryssende tjeneste som er beskyttet av EØS-avtalen. Hverken EU- eller EFTA-domstolen har behandlet forbud av akkurat denne karakter, men det foreligger en del rettspraksis som kan ha relevans ved bedømmelsen.

### **17.3.2 Hvorvidt det foreligger en tjeneste og en restriksjon**

Det må for det første avgjøres om seksuelle tjenester er en tjeneste i EØS-rettslig forstand, jf. EØS-avtalens artikkel 37. Det er tilstrekkelig å vise til at det her er snakk om en aktivitet som av natur ytes mot betaling (seksuelle tjenester som ytes frivillig og ikke mot vederlag er ikke omfattet av straffebudet). Det er samtidig klart at det kun er tilfeller hvor tjenestemottaker eller -yter krysser en grense innen EØS-området som rammes. Så vil være tilfelle hvor en norsk pasient mottar seksuelle tjenester mens vedkommende er på reise i Danmark. For en norsk pasient

---

<sup>468</sup> Førstnevnte tilfelle ble særlig belyst i Kvalvik (2015), s. 167 flg., se særlig s. 175.

bosatt i Danmark, eller et norsk helsepersonell som arbeider i Danmark, vil tjenestereglene kun ha betydning hvor heller ikke tjenestetilbyderen selv er dansk, slik dette defineres etter EØS-retten. Dette er anslått til å gjelde en større del av det danske prostitusjonsmiljø,<sup>469</sup> og forutsetningen er derfor ikke upraktisk.

I likhet med eutanasi, reiser spørsmålet om kjøp av seksuelle tjenester politiske og moralske spørsmål, hvor praksis varierer svært innenfor EØS-området.<sup>470</sup> Dette i seg selv unntar imidlertid ikke aktiviteten fra EØS-avtalens virkeområde, idet EU-domstolen ikke ser det som sin oppgave å «sætte sin vurdering i stedet for lovgivers».<sup>471</sup>

Norske bestemmelser som, direkte eller indirekte, potensielt eller aktuelt, kan påvirke kjøp av seksuelle tjenester som innebærer en grensekryssing, er derfor som utgangspunkt forbudt.<sup>472</sup> I denne sammenheng er det ubestridt at en kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester har direkte betydning for muligheten til å yte slike tjenester til norske statsborgere eller til personer bosatt i Norge. Tilsvarende kan forbudet innebære at ytelse av tjenesten til danske pasienter vanskeliggjøres ettersom det norske helsepersonell ikke lovlig kan formidle kontakt mellom pasienten og tjenesteyteren. Avgjørende for forbudets lovlighet er altså om det er begrunnet i ett eller flere legitime hensyn, om det angitte beskyttelsesnivået kan tillates, og om restriksjonen i så fall er egnet og nødvendig til å oppnå denne målsetningen. Hvorvidt vilkårene er oppfylt, vurderes i det følgende.

## 17.4 Unntaksadgangen

### 17.4.1 Begrunnelse i legitime hensyn

Forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til slikt kjøp, gjelder allment. Det skiller ikke mellom kjøper eller selgers nasjonalitet,

---

<sup>469</sup> Se sammendrag til Kofod m.fl. (2011).

<sup>470</sup> Se Porter (2016).

<sup>471</sup> Se sak C-268/99 Jany, avsnitt 56. Se også sak C-159/90, The Society for the Protection of The Unborn Children, avsnitt 20.

<sup>472</sup> Jf. EØS-avtalens art. 36, jf. sak C-120/95 Decker, avsnitt 31.

deres beveggrunner for å yte eller motta tjenesten, eller hvor lovbruddet foregår. Heller ikke innebærer det noen indirekte forskjellsbehandling. Følgelig kan forbudet tillates såfremt det er begrunnet i ett eller flere tvingende hensyn anerkjent av EU-domstolen, i tillegg til de som følger av EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.<sup>473</sup> Nok en gang er det ikke bare hvilke hensyn lovgiver har angitt som gjeldende som skal bedømmes, men hvilke hensyn forbudet etter en objektiv vurdering faktisk antas å beskytte.<sup>474</sup>

EØS-avtalen åpner for at restriksjoner på tjenestefriheten kan begrunnes i hensynet til den offentlige orden, jf. avtalens art. 33, jf. art. 39. Begrepet «den offentlige orden» skal fortolkes strengt, selv hvor den aktuelle restriksjonen ikke innebærer noen forskjellsbehandling.<sup>475</sup> Det må foreligge en «virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn».<sup>476</sup> Innenfor denne rammen er medlemsstatene overlatt et visst skjønn med hensyn til hvilke særlige samfunnshensyn som kan begrunne restriksjoner.<sup>477</sup> Domstolen har ikke uttrykkelig uttalt seg om hvorvidt kravet for at den offentlige orden må være truet skal regnes som et vilkår for overhodet å påberope hensynet som begrunnelse for et unntak, eller om det skal forstås som et ledd i proporsjonalitetsvurderingen ved spørsmål om hvilket beskyttelsesnivå staten kan ivareta.<sup>478</sup> Jeg leser rettspraksis dit hen at sistnevnte er tilfellet, da åpningen for at det gjelder en statlig skjønnsmargin såfremt de krav som stilles i EØS-avtalen er oppfylt, er nokså likelydende de som gjelder proporsjonalitetsvurderingen etter andre hensyn.<sup>479</sup> Det tas derfor i denne omgang kun stilling til om de ulike hensyn overhodet kan være relevante.

Et kompliserende element i vår sak er at den delen av forbudet som behandles, dreier seg om tjenester som leveres utenfor Norge. Avgjørende er altså hvorvidt norske borgeres kjøp av seksuelle tjenester i et annet EØS-land (i dette tilfellet Danmark), eller medvirkning til dette, oppfyller

---

<sup>473</sup> Se motsetningsvis sak C-153/08 Kommissjonen mot Spania, avsnitt 36.

<sup>474</sup> Jf. sak E-2/06 ESA mot Norge (hjemfallssaken), avsnitt 77.

<sup>475</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 30.

<sup>476</sup> Jf. forente saker 115/81 og 116/81 Adiou og Cornuaille, avsnitt 8.

<sup>477</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 31.

<sup>478</sup> Spørsmål har uansett kun strukturell, og ikke praktisk, betydning.

<sup>479</sup> Se eksempelvis sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 30.

kravet til en virkelig og tilstrekkelig trussel mot den norske offentlige orden. Selv om det ikke er blitt uttrykkelig presisert av EU-domstolen, er det nærliggende å forstå rettspraksis dit hen at forhold som vedrører den felleseuropiske, eller mer spesielt den danske, offentlig orden ikke kan påberopes i forbindelse med norsk regulering. Motsatt ville det ikke være nødvendig å overlate hver enkelt stat en viss skjønnsmargin,<sup>480</sup> i tillegg til at lovgiver for øvrige hensyn kun kan legge vekt på hensyn i sin egen stat.<sup>481</sup> Det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester kan altså kun begrunnes i hensyn til den norske offentlige orden.

For det første er det lite tvilsomt at et forbud mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, er et utslag av en grunnleggende moralsk betraktning om menneskets iboende verdighet, herunder at den enkeltes kropp og intimitet ikke skal være en salgsvare.<sup>482</sup> Forbudet er altså gitt med det formål å hindre at en person skal selge seg selv, enten det skjer frivillig eller under tvang. EU-domstolen har uttalt at det å beskytte den menneskelige verdighet «utvilsomt [er] foreneligt» med EØS-retten, med henvisning til at det er domstolens oppgave å beskytte visse alminnelige rettsgrunnsetninger.<sup>483</sup> Ved besvarelse av spørsmålet om hvilke rettsgrunnsetninger det nærmere er snakk om, vil domstolen som beskrevet i kapittel 16.4.2 la seg inspirere av medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner, men også øvrige internasjonale konvensjoner.<sup>484</sup> Til sistnevnte er det naturlig å anta at også FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK) hører. Konvensjonen gjelder som norsk lov,<sup>485</sup> og pålegger konvensjonspartene å iverksette alle mulige tiltak for å bekjempe handel med kvinner, herunder i prostitusjon.<sup>486</sup> Selv om konvensjonen ikke behandler frivillig prostitusjon, er det grunn til å tillegge dens grunnleggende syn på kvinners frihet, også over egen kropp, vekt som

---

<sup>480</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 31.

<sup>481</sup> Jf. om forbrukervern i andre stater, sak C-384/93 Alpine Investments, avsnitt 43.

<sup>482</sup> Jf. Ot.prp. nr. 48 (2007–2008), s. 12.

<sup>483</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 33 og 34.

<sup>484</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 33.

<sup>485</sup> Jf. menneskerettighetsloven § 2, jf. § 3.

<sup>486</sup> Jf. Kvinnekonvensjonens art. 6.

et så vidt betydningsfullt samfunnsmessig hensyn hvis beskyttelse har betydning for den offentlige orden.

Samtidig kan en norsk restriksjon ikke begrunnes i hensynet til å forhindre at den menneskelige verdighet krenkes i Danmark. I den grad den norske offentlige orden krenkes av at norske statsborgere eller personer bosatt i Norge kjøper, eller medvirker til kjøp av, seksuelle tjenester i Danmark, kan hensynet imidlertid trekkes inn. Det kan eksempelvis være tilfellet dersom det norske prostitusjonsmarkedet styrkes som følge av at kjøp av seksuelle tjenester normaliseres gjennom at pasienter lovlig mottar slike tjenester i andre land, slik at det skaper en normalisert holdning om at kjøp av seksuelle tjenester ikke er problematisk.<sup>487</sup>

Samtidig som forbudet er ment å ivareta enhver persons integritet, er det av lovgiver understreket at hovedmålsettingen er å komme den organiserte prostitusjon til livs.<sup>488</sup> Med dette menes virksomhet som innbefatter en eller annen form for tvang, direkte eller indirekte. Det typiske eksempel er hvor personen som selges seksuelle tjenester er kommet inn i beskjeftigelsen som følge av menneskehandel, eller hvor vedkommende styres av bakmenn (halliker). Slik virksomhet er i seg selv forbudt etter straffeloven §§ 257 og 315, men forbudet i § 316 er gitt for å hindre at det overhodet skal eksistere et prostitusjonsmarked. Dersom et lovlig prostitusjonsmarked ikke finnes, vil dette redusere muligheten for at dette infiltreres av organisert prostitusjonsvirksomhet. Å hindre menneskehandel og annen organisert kriminalitet, er et hensyn som må aksepteres som et ledd i beskyttelsen av den offentlige orden. Dette følger allerede av bestemmelsen i FN's kvinnekonvensjon,<sup>489</sup> og også av frihetsgrunnsetningen FN's verdenserklæring art. 1.<sup>490</sup> Også i denne sammenheng kan hensynet til å bekjempe kriminalitet og utnyttelse kun legitimere et forbud mot kjøp av seksuelle tjenester i utlandet i den grad det knytter seg til norske forhold. Beskyttelsen av den danske

---

<sup>487</sup> Jf. Ot.prp. nr. 48 (2007–2008), s. 14.

<sup>488</sup> Jf. Stortingskomiteens uttalelser i Innst.O.nr.3 (2008–2009), s. 8.

<sup>489</sup> Jf. Kvinnekonvensjonens art. 6.

<sup>490</sup> Se også FN's konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet, supplert ved protokoll for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn art. 5.



offentlige orden, er en sak for den danske stat. For hensynets betydning i en norsk kontekst kan det igjen vise til frykten for holdningsendringer og en økning i markedet i Norge.

Endelig er det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, begrunnet i at det også vil redusere øvrig kriminalitet som gjerne opptrer ved siden av, men ikke i direkte sammenheng med, prostitusjon. Prostitusjon, og da særlig den organiserte, forbindes gjerne også med handlinger som narkotikaforbrytelser, voldslovbrudd, og øvrig vinningskriminalitet.<sup>491</sup> På tross av at bekjempelsen av slik kriminalitet i seg selv er et legitimt formål, har EU-domstolen ved flere anledninger understreket at det ikke på generelt grunnlag kan gås ut fra at det å hindre etablering for selskaper eller personer fra andre stater vil være av betydning for å bekjempe kriminalitet, selv om slik etablering av erfaring kan øke forekomsten av straffbare handlinger.<sup>492</sup> Det kan være grunn til å anta at det samme utgangspunkt må gjelde for tjenestefriheten. Selv om det ikke på samme måte som for etableringsfriheten er grunn til å kreve at den enkelte tjenesteyters personlige forhold tas i betraktning, vil anerkjennelsen av kriminalitetsforebygging som et relevant hensyn implisitt legge til grunn at enhver prostitusjonsvirksomhet henger sammen med øvrig kriminell aktivitet. Dette hensynet kan derfor i seg selv ikke begrunne det norske forbudet. Dette gjelder også hvor frykten for økt bikriminalitet henger sammen med frykten for et økt prostitusjonsmarked som følge av at norske statsborgere og personer bosatt i Norge kjøper seksuelle tjenester i en annen EØS-stat, eller medvirker til dette.

### 17.4.2 Beskyttelsesnivå

Ved avgjørelsen av hvilket beskyttelsesnivå som kan etableres for å beskytte den offentlige orden, representert ved hensynet til den grunnleggende moralske betraktningen om enkeltmenneskets frihet over egen kropp, og ønsket om å hindre organisert prostitusjonsvirksomhet,

---

<sup>491</sup> Se Prop.68 L (2015–2016), s. 32.

<sup>492</sup> Jf. forente saker 115/81 og 116/81 Adiou og Cornuaille, avsnitt 10, og sak C-153/08 Kommisjonen mot Spania, avsnitt 39.

er Norge overlatt et visst skjønn. Dette følger av at kjøp av seksuelle tjenester er et moralsk omstridt spørsmål i EØS-området; et spørsmål EU-domstolen overlater det til hver enkelt stat å regulere.<sup>493</sup> Samtidig er statens skjønnsutøvelse begrenset av EØS-avtalens rammer for restriksjoner på den frie tjenesteutøvelse. I denne sammenheng innebærer det at Norge kun kan fastsette et beskyttelsesnivå som rammer virkelige og tilstrekkelige trusler mot den offentlige orden.<sup>494</sup> Det minnes om at det kun er tale om å beskytte den norske, i motsetning til andre lands, offentlige orden.

Spørsmålet er altså om kjøp av seksuelle tjenester, eller medvirkning til dette, oppfyller kravet til en «virkelig og tilstrekkelig» trussel mot den offentlige orden, forutsatt at handlingen foretas i Danmark. Et tilsvarende spørsmål er ikke blitt behandlet i EU- eller EFTA-domstolen. Det er lite tvilsomt at kravet er oppfylt for den delen av forbudet i straffeloven § 316 som gjelder handlinger utført i Norge. Handlinger utført i Danmark, kan derimot som utgangspunkt kun tenkes å få reell betydning for den danske offentlige orden, og ettersom kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, ikke er forbudt såfremt begge parter er voksne og villige, har ikke den norske stat noen grunn til å oppstille et strengere beskyttelsesnivå i Danmark enn den danske stat selv gjør. Noe annet ville rokke ved det folkerettslige prinsipp om statenes suverenitet,<sup>495</sup> og er vel neppe heller del av intensjonen bak den norske lovgivningen.

På den annen side ble det under forberedelsen av det norske forbudet understreket at organisert prostitusjonsvirksomhet og menneskehandel er et internasjonalt problem, som må bekjempes deretter.<sup>496</sup> Slik virksomhet er da også forbudt i Danmark,<sup>497</sup> og behandlingen her gjelder kun om det kan etableres et så vidt høyt beskyttelsesnivå at kjøp av seksuelle tjenester, eller medvirkning til dette, som sådanne rammes. Her må det vektlegges at Danmark ikke anser slike handlinger som en tilstrekkelig trussel mot

---

<sup>493</sup> Jf. motsetningsvis sak C-268/99 Jany, avsnitt 56.

<sup>494</sup> Jf. forente saker 115/81 og 116/81 Adiou og Cornuaille, avsnitt 8.

<sup>495</sup> Jf. Ruud og Ulfstein (2011) s. 21.

<sup>496</sup> Jf. Innst.O.nr.3. (2008–2009) s. 13.

<sup>497</sup> Jf. dansk straffelov §§ 233 og 233A.

den offentlige orden. Det kan da vanskelig konkluderes med at norsk lovgiver bør kunne overprøve dette, selv om det økte beskyttelsesnivå kun gjelder norske borgere.

Endelig ble det ved innføringen av det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester i utlandet for begge de nevnte hensyn også trukket frem at forbudet skulle hindre en oppblomstring av det norske prostitusjonsmarkedet, noe som helt klart vil høre under den norske offentlige orden. Dette gjaldt særlig å hindre rekruttering av nye kunder til det norske markedet. Dette fordi det ble antatt at norske kjøpere av seksuelle tjenester gjerne debuterer i andre land, for så å medbringe sine holdninger og (ny)etablerte vaner tilbake til Norge.<sup>498</sup> Dette kan igjen medføre en lavere terskel for å begå handlinger som rammes av straffeloven § 316, noe som igjen vil krenke den enkeltes menneskeverd, og som på sikt kan øke etterspørselen etter prostituerte i Norge, noe som igjen kan innebære økt menneskehandel til landet. Årsakskjeden er her intrikat, og ikke aldeles etterprøvbart. Det kan i alle fall vanskelig sies at denne muligheten for påvirkning av det illegale norske prostitusjonsmarkedet er en såpass «virkelig og tilstrækkelig trussel» mot den norske ro og orden at det begrunner et økt beskyttelsesnivå. Dette særlig ettersom spørsmålet i denne sammenheng dreier seg om å hindre personer i å motta seksuelle tjenester begrunnet i deres helsetilstand. Dette gjelder en liten gruppe kjøpere, noe som igjen reduserer muligheten for negative ringvirkninger.

Det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning til dette, i utlandet, kan altså ikke sies å ivareta den norske offentlige orden i en slik grad at det kan tillates etter EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.

### 17.4.3 Egnethet

Forutsatt at forbudet var gitt for å ivareta et tillatt nivå for beskyttelsen av den offentlige orden, måtte det ha blitt drøftet om forbudet er egnet og nødvendig til å sikre den nevnte grad av beskyttelse. I egnethetsvurderingen er det, her som ellers, avgjørende om forbudet objektivt sett er egnet til å ivareta det angitte beskyttelsesnivå på en sammenhengende

---

<sup>498</sup> Jf. Ot.prp. nr. 48 (2007–2008), s. 14.

og konsistent måte.<sup>499</sup> Vurderingen må blant annet legge vekt på konkret dokumentasjon på at forbudet vil ha den ønskede effekt på prostitusjonsmarkedet.<sup>500</sup> I denne sammenheng er evalueringer av forbudet av særlig interesse.

I 2014 ble det i en analyse anslått at det norske prostitusjonsmarkedet var redusert med mellom 20 og 25 % etter innføringen av forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, og medvirkning hertil.<sup>501</sup> Det er videre lenge varslet at regjeringen vil fremme en stortingsmelding som redegjør for effekten på en bredere basis, men det er foreløpig uklart når dette vil skje.<sup>502</sup> Hittil er det ikke blitt presentert tall som sier noe konkret om forbudets anvendelse i utlandet, og betydningen dette har for det norske markedet. Det må allikevel antas at forbudet har en viss virkning, i alle fall i den forstand at det er skjedd en holdningsendring, som i seg selv kan føre til redusert kjøp av seksuelle tjenester av norske borgere. At forbudet også gjelder handlinger begått i utlandet, illustrerer i alle fall at restriksjonen på tjenestefriheten gjennomføres konsistent og systematisk; forbudet er absolutt, både i den forstand at det gjelder alle norske borgere, men også at det gjelder uavhengig av hvor de oppholder seg.

At ingen foreløpig er dømt for kjøp av seksuelle tjenester i utlandet, eller medvirkning til dette, kan ikke i denne sammenheng tillegges betydning. Forbudets faktiske eksistens, og den signaleffekt dette i seg selv innebærer, må her være avgjørende.<sup>503</sup>

Hva gjelder situasjonen for en norsk borger som arbeider i den danske helse- og omsorgstjenesten, og i denne forbindelse medvirker til kjøp av seksuelle tjenester, finnes det ingen indikasjoner på at forbudet ville ha noen direkte betydning for det norske prostitusjonsmarkedet. Situasjonen er overhodet ikke behandlet i noen norske lovforarbeider, ei heller i evalueringer av forbudet i straffeloven § 316, noe som tyder på at den overhodet ikke har vært påtenkt. Den eventuelle effekt av det

---

<sup>499</sup> Fra den nyere rettspraksis, se eksempelvis sak C-3/17 Sporting Odds, avsnitt 24.

<sup>500</sup> Jf. sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung, avsnitt 36.

<sup>501</sup> Se Regjeringen.no (2014).

<sup>502</sup> Se skriftlig spørsmål ii Stortinget om melding i dok nr. 15:282 (2016–2017).

<sup>503</sup> Jf. sak C-137/09 Josemans, avsnitt 43.

norske forbudet ville i denne sammenheng være så vidt fjerntliggende og usikker, at den uansett ikke kunne tas i betraktning.

#### 17.4.4 Nødvendighet

Til sist må det vurderes om det norske forbudet er nødvendig for å ivareta den norske offentlige orden, forutsatt at det angitte beskyttelsesnivå i seg selv var forholdsmessig og tiltaket i alle sammenhenger var egnet. Nødvendighetsvurderingen beror særlig på om forbudet kan sies å være objektivt nødvendig for å ivareta det presumptivt lovlige beskyttelsesnivå, tatt i betraktning at forbudet medfører et inngrep i den EØS-rettslige tjenestefrihet, samt om samme effekt kan oppnås gjennom mindre inngripende tiltak.

Det må for det første bemerkes at det er tale om en nokså inngripende restriksjon på tjenestefriheten. For pasientgruppen beskrevet i kapittel 17.1, er det å kunne motta hjelp og støtte til å utvikle et fruktbart seksualliv av særlig viktighet.<sup>504</sup> Selv om dette etter norsk rett ikke omfatter rett til å kjøpe seksuelle tjenester, er dette annerledes i dansk rett, hvor et slikt behov sågar er anerkjent innen helse- og omsorgstjenesten.<sup>505</sup> At en ansatt ikke er pliktig til å bistå med gjennomføringen av et slikt kjøp, kan i denne sammenheng ikke tillegges betydning; avgjørende er at dansk rett aksepterer at enhver, herunder personer med nedsatt funksjonsevne hvis hovedmotivasjon for kjøpet er en forbedret helsetilstand, har rett til å kjøpe seksuelle tjenester. Selv om norsk personalhøyhet tilsier at norske lover kan gis anvendelse også hvor borgerne oppholder seg i utlandet, må denne kompetansen ikke brukes til å gi forbud som ikke står i forholdsmessighet til den restriksjon som gjøres på tjenestefriheten. Som nevnt kan det norske forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester i utlandet, presumeres å ha en så vidt marginal betydning for ivaretakelsen av det angitte beskyttelsesnivået, at det ikke rettferdiggjør at forbudet kan opprettholdes i medhold av EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39.

---

<sup>504</sup> Dette er blant annet fastslått i FN-konvensjonen om personer med nedsatt funksjonsevne art. 25 første ledd litra a.

<sup>505</sup> Se Holmskov og Skov (2012), s. 36.

Dette gjelder i enda større grad for den delen av forbudet som knytter seg til norske borgere som arbeider i dansk helse- og omsorgstjeneste, og som i egenskap av dette kan velge å medvirke til at kjøp av seksuelle tjenester kommer i stand. I denne situasjonen vil det norske forbudet også måtte prøves mot reglene for fri flyt av arbeidstakere,<sup>506</sup> men alt etter tjenestereglerne er det klart at det ikke er forholdsmessig. I den grad forbudet kunne ha blitt godtatt som å ivareta et lovlig beskyttelsesnivå, og var egnet til å oppnå dette, ville inngrepet i en persons rett til å yte helsetjenester i et annet EØS-land, på tjenestelandets vilkår, være langt mer tungtveiende enn hensynet til den tvilsomme, og i beste lite betydningsfulle, påvirkning tjenesteutøvelsen ville ha for det norske prostitusjonsmarked.

Hvorvidt den ønskede effekten av forbudet kunne ha blitt oppnådd gjennom mindre inngripende tiltak, vil bero på om kjøp av seksuelle tjenester i utlandet overhodet har innvirkning på det norske prostitusjonsmarkedet. I mangel av andre holdepunkter, kan det legges til grunn at en liten innvirkning nok foreligger.<sup>507</sup> Hvorvidt en tilsvarende virkning kunne oppnås gjennom mindre inngripende tiltak ble, om enn ikke i en EØS-rettslig kontekst, diskutert da forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester ble innført. Man kom imidlertid til at så ikke var tilfellet, nettopp fordi et totalforbud kommuniserer sterkere enn et delvis forbud, hvor det må skilles mellom ulike kjøpere og selgere, og hvor tjenesten leveres.<sup>508</sup> Forutsatt at dette er riktig, vil det altså ikke kunne tenkes mindre inngripende tiltak som har den samme virkningen for de tvingende allmenne hensyn forbudet skal ivareta.

Endelig skal det påpekes at forbudets nødvendighet, i alle fall delvis, kan trekkes i tvil, all den tid formålet ivaretas gjennom dansk rett. Både Danmark og Norge har som uttalt målsetning at menneskehandel og organisert prostitusjon skal reduseres,<sup>509</sup> men har kun ulik oppfatning av om det er nødvendig for å oppnå dette mål også å forby kjøp av seksuelle

---

<sup>506</sup> Jf. EØS-avtalens art. 28, jf. art. 33.

<sup>507</sup> Jf. Ot.prp. nr. 48 (2007–2008), s. 14.

<sup>508</sup> Jf. Innst.O.nr. 3 (2008–2009), s. 3.

<sup>509</sup> Jf. den norske straffeloven §§ 257 og 316, og dansk straffelov §§ 233 og 233A.

tjenester hvor begge parter er villige og har nådd myndighetsalder. Også i denne sammenheng vises det til at det gjelder en skjønnsmargin for statene til å etablere de tiltak de finner nødvendige, all den tid EØS-avtalens rammer respekteres.<sup>510</sup> I denne sammenheng bør Danmarks valg av hvilke tiltak som er nødvendige, i alle fall til en viss grad, regnes som tilstrekkelige for å ivareta beskyttelsen av den menneskelige verdighet og hensynet til å bekjempe menneskehandel og organisert prostitusjon.

Forbudet i straffeloven § 316 strider etter dette mot tjenestefriheten i EØS-avtalen i den grad norske pasienter hindres i å motta seksuelle tjenester begrunnet i deres helsetilstand i Danmark. Tilsvarende gjelder for norske statsborgere som er bosatt i Danmark, og som ledd i sitt arbeid medvirker til kjøp av seksuelle tjenester på vegne av en pasient eller bruker. Det er ingen grunn til at dette ikke også skal gjelde for de andre EØS-stater hvor kjøp av seksuelle tjenester er tillatt.

## Kapittel 18 Sammenfatning, kriminalisering

Som alt antydnet i kapittel 15, har denne delen av avhandlingen demonstrert hvordan proporsjonalitetsprinsippet kan slå ulikt ut etter omstendighetene. I spørsmål som dreier seg om kriminalisering av mottakelsen av moralsk omstridte tjenester, skal EØS-reglene både ivareta hensynet til den norske stats skjønnsmargin ved reguleringen av slike spørsmål, samtidig som det skal tas hensyn til de aktuelle pasienters særlige sårbarhet, og ikke minst at et straffebud er en inngripende restriksjonsform.<sup>511</sup> At disse hensyns vekt må variere ut fra den konkrete situasjon, er illustrert ved ulikhetene i vurderingene som foretas i kapittel 16 og 17, og ikke minst gjennom at forbudet mot medvirkning til eutanasi er funnet rettmessig i henhold til EØS-avtalens tjenesteregler, samtidig som det norske forbudet

---

<sup>510</sup> Jf. sak C-36/02 Omega Spielhallen, avsnitt 31.

<sup>511</sup> Jf. sak C-243/01 Piergiorgio Gambelli m.fl., avsnittene 72 og 73.

mot kjøp av seksuelle tjenester for pasienter og medvirkning til dette trolig ikke kan opprettholdes i lys av EØS-retten.

At konklusjonene i kapittel 16 og 17 er ulike, skyldes hovedsakelig to forhold. For det første er forbudet mot medvirkning til eutanasi begrunnet i hensynet til hvert individs menneskeverd. Forbudet er altså gitt for å beskytte pasienten, også hvor denne ikke ønsker noen slik beskyttelse. Ved forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester, eller medvirkning til dette, hvor tjenesten ytes til en person som selv ikke er i stand til å tilfredsstille sine egne seksuelle behov, er den viktigste årsaken imidlertid hensynet til tjenesteyteren. Det kan argumenteres for at en person som selger seksuelle tjenester, i likhet med en pasient som ønsker eutanasi, er den svake part i tjenesteforholdet. Dette er allikevel ikke alltid tilfellet, noe et generelt forbud ikke vil ta tilstrekkelig hensyn til. Det avgjørende er imidlertid at forbudets begrunnelse viser til forhold i en annen stat enn den norske. I kapittel 17 er Danmark brukt som eksempel, men det samme vil gjelde for andre EØS-land hvor kjøp av seksuelle tjenester til en viss grad er lovlig. I denne sammenheng kan det ikke være opp til den norske lovgiveren å avgjøre hvilke tiltak som skal settes inn for å bekjempe prostitusjonen i den staten hvor tjenesten ytes, og om dette i det hele tatt er ønskelig. En slik avgjørelse hører inn under statenes suverenitet, og tilligger således tjenestestaten.

Den andre hovedårsaken til at det norske forbudet mot medvirkning til eutanasi kan opprettholdes, mens forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester og medvirkning til dette for pasienter som ellers ikke vil få tilfredsstilt sine seksuelle behov ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalens krav til restriksjon, er at det faktisk dreier seg om to ulike situasjoner. Selv om det i begge tilfeller dreier seg om moralsk omstridt virksomhet, er det en vesensforskjell mellom det å avslutte et menneskeliv og det å kjøpe seksuelle tjenester av en person som må formodes å tilby slike tjenester frivillig.<sup>512</sup> EU-domstolen har riktignok hittil ikke uttalt at den skjønnsmarginen som overlates EØS-statene ved spørsmålet om reguleringen av moralsk omstridte tjenester også variere ut fra hvilken

---

<sup>512</sup> Om tjenestetilbyderen opptrådte under tvang ville forholdet nemlig også være forbudt etter dansk straffelov § 260.



moralsk omstridt tjeneste det er snakk om. Ut fra reelle hensyn vil det dog ikke være unaturlig å anta at en slik variasjon kan forekomme.

Dette vil i så fall også ha betydning ved vurderingen av andre former for omstridte tjenester. Innenfor helsefeltet kan behandlinger som innebærer bruk av substanser som etter norsk rett regnes som narkotika (typisk hasj),<sup>513</sup> fertilitetsbehandlinger ved bruk av celler fra en person uten vedkommendes samtykke,<sup>514</sup> og kosmetiske behandlinger til en person som etter norsk rett ikke er samtykkekompetent, typisk grunnet lav alder, være relevante eksempler.<sup>515</sup> Selv om det i slike tilfeller naturligvis må gjøres selvstendige vurderinger av en eventuell norsk restriksjons lovlighet, er de generelle trekkene ved redegjørelsene i kapittel 16 og 17 nok også dekkende for rettstilstanden på dette feltet mer generelt. Flere av momentene som er trukket frem ved de konkrete bedømmelsene, og vektingen av disse, vil også ha overføringsverdi i lignende saker.

---

<sup>513</sup> Jf. legemiddeloven § 22 med tilhørende forskrifter.

<sup>514</sup> Se som eksempel Blood-saken, 2 All ER. 687 (1997).

<sup>515</sup> Se Hervey og McHale (2015), s. 92 flg. for ytterligere eksemplifisering.

# Del V Avslutning

## Kapittel 19 Avslutning

### 19.1 Innledning

Selv om kompetansen til å avgjøre hvordan helsevesenet skal finansieres og organiseres, og hvilke tjenester som nærmere skal tilbys ligger til den norske stat,<sup>516</sup> Må de bestemmelsene som blir gitt allikevel være innenfor EØS-rettens rammer. Den viktigste blant disse er at norske regler ikke skal forskjellsbehandle innen- og utenlandske tjenestetilbydere, og heller ikke skille mellom hvilken tilbyder en pasient velger å motta helsetjenester fra. Problemstillingen for denne avhandlingen har vært i hvilken grad det kan gjøres unntak fra dette utgangspunkt, slik at norske myndigheter kan begrense pasienters adgang til å motta helsetjenester i en annen EØS-stat.

Enkelt sagt kan pasientenes rettigheter begrenses dersom dette er egnet og nødvendig for å ivareta et akseptabelt beskyttelsesnivå for et eller flere allmenne hensyn, typisk hensynet til folkehelsen. I avhandlingen er dette utgangspunktet blitt drøftet inngående, i tillegg til at det er blitt anvendt i fire ulike, men alle praktiske, situasjoner. Dette har ikke bare illustrert hvordan de EØS-rettslige reglene skal forstås, men også vist at den norske lovgiverkompetansen kanskje begrenses av EØS-retten i større grad, eller på andre måter, enn hva som er antatt.

### 19.2 Krav til forhåndsgodkjennelse

I del III så vi at norske myndigheter i gitte situasjoner kan oppstille et krav til forhåndsgodkjennelse, enten som et vilkår for å få refundert kostnader i forbindelse med behandling i andre EØS-stater, eller som

---

<sup>516</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 43.

et ledd i bekjempelsen av antibiotikaresistente bakterier. Adgangen til å stille krav til forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon, er avhengig av at behovet for en slik ordning har en reell forankring i et behov for å beskytte det norske helsevesenets stabilitet, eller for å sikre den enkelte pasient eller befolkningens sikkerhet.

Adgangen til å stille et krav om forhåndsgodkjenning som vilkår for refusjon, og de enkeltvedtak som fattes under en slik ordning, er nærmere regulert i EUs pasientrettighetsdirektiv. Direktivet var ment å være en sammenfatning av EU-domstolens rettspraksis på området,<sup>517</sup> samtidig som det også behandler spørsmål som ikke er blitt behandlet av EU-domstolen. Domstolens tidligere praksis er en viktig tolkningsfaktor ved forståelsen av direktivets bestemmelser, samtidig som direktivet utvider unntaksadgangen som ble etablert i rettspraksis. Det skjer derfor en vekselvirkning mellom direktivet og domstolen.

Når det kommer til ordning med forhåndsgodkjenning som kan innføres for å beskytte befolkningen mot antibiotikaresistente bakterier, og enkeltvedtakene som treffes under denne ordningen, er disse tillatte unntak fra den EØS-rettslige tjenestefriheten dersom de er begrunnet i hensynet til å beskytte en enkelt pasient eller befolkningens sikkerhet. Dette hensynet er også trukket frem i pasientrettighetsdirektivet.<sup>518</sup> Ordningen kan imidlertid kun godtas dersom tiltaket gjennomføres med virkning for alle type behandlinger, enten de er privat eller offentlig finansiert, er en konsekvens av pasientens egne ønske, eller initiert av norsk helsepersonell. Innføringen av en slik ordning vil også forutsette at Norge hever sitt beskyttelsesnivå for antibiotikaresistente bakterier, noe som kan være politisk vanskelig all den tid Norge har samarbeidet med EU om de minstestandardene som i dag gjelder for unionen.

Et annet viktig poeng som fremkom i del III, var at EØS-retten i praksis kan gi norske pasienter adgang til å motta mer avansert behandling i andre EØS-stater enn hva som tilbys i Norge, og samtidig ha krav på refusjon av kostnadene i forbindelse med en slik behandling. Ved første øyekast strider dette mot det EØS-rettslige prinsipp om statenes

---

<sup>517</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivets forale pkt. 8.

<sup>518</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 8 annet ledd litra b.

enekompetanse til å avgjøre hvilke helsetjenester som skal tilbys befolkningen. Faktum er allikevel at løsningen følger av at de fleste stater, i en eller annen grad, har valgt å benytte sin kompetanse til å angi nærmere kategorier av behandlinger pasienten har krav på. Eksempelvis gir den norske pasient- og brukerrettighetsloven rett til nødvendig helsehjelp, uten at det nærmere spesifiseres hva dette innebærer.<sup>519</sup> At det finnes egne retningslinjer for hvilken behandling som kan eller bør tilbys i hvilke sammenhenger, spiller i denne sammenheng ingen rolle; dersom det finnes en medisinskfaglig anerkjent, mer avansert behandling i en annen EØS-stat, og denne kan sies å være «nødvendig» for pasienten, vil han eller hun i teorien kunne kreve refusjon av den norske folketrygden.<sup>520</sup>

Selv om den norske statens utgifter i slike tilfelle vil være begrenset oppad til behandlingens faktiske kostnader, vil den måtte dekke et beløp tilsvarende hva som ville vært tilfellet dersom den aktuelle behandlingen ble ytet i Norge.<sup>521</sup> Ettersom hvor avansert en behandling er normalt må formodes å være proporsjonalt med kostnadene forbundet med den, er det rimelig å anta at dette på sikt kan innebære relativt store utgifter, som igjen kan bidra til en utvanning av det norske helsetilbudet. Det kan også føre til et press mot norsk helsevesen til å investere i behandlinger som ellers ikke ville ha blitt prioritert.<sup>522</sup>

Hittil har problemstillingen så vidt vites ikke kommet opp i en norsk sak, men det må antas at dette bare er et spørsmål om tid. Så lenge den norske helselovgivning ikke inneholder noen uttømmende og spesifisert angivelse av hvilke behandlinger norske pasienter til enhver tid skal ha krav på, må den eksisterende lovgivning tolkes i overensstemmelse med EØS-rettens ikke-diskrimineringsregler. Dersom en ønsker å unngå at deler av det norske helsebudsjettet medgår til å finansiere mer avansert behandling i andre EØS-stater, er det derfor nødvendig å formalisere dagens system med faglige retningslinjer fra Helsedirektoratet, slik at det konkret opplistes hvilke behandlinger ulike pasientgrupper har krav på.

---

<sup>519</sup> Jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 a, begge annet ledd.

<sup>520</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning, avsnitt 83.

<sup>521</sup> Jf. pasientrettighetsdirektivet art. 7 fjerde ledd.

<sup>522</sup> Se Hervey og McHale (2015), s. 84 og 85.

Hvilke behandlinger dette er, må avgjøres etter en objektiv vurdering, og utvelgelsen av behandlingene skal ikke stride mot EØS-rettens ikke-diskrimineringsprinsipp.

Ulempen ved et slikt system vil være at norske pasienters helsetilbud trolig vil bli snevret inn, og helsetjenesten vil bli langt mer preget av en systembasert, snarere enn en pasientrettet tilnærming. Hvilken behandling en pasient tilbys vil i mindre grad enn i dag avhenge av vedkommendes individuelle forhold, og det kan bli vanskeligere å tilby «skreddersydde» behandlingsløp, fordi helsepersonellet er nødt til å følge de generelle føringer som er lagt. Dette kan selvsagt avbøtes med at de faglige retningslinjene åpner for skjønn, men det er da fare for at formuleringen bli såpass vid at pasienten allikevel gis krav på mer avansert behandling om den eksisterer i en annen EØS-stat, og ikke kan regnes som eksperimentell.

### 19.3 Kriminaliseringer

I del IV så vi på statens begrensingsmulighet for behandlinger som ikke bare ikke tilbys i Norge, men som det er forbudt for norske pasienter å motta også i andre EØS-stater. Disse ble representert ved medvirkning til eutanasi og kjøp av seksuelle tjenester begrunnet i pasientens manglende evne til på egenhånd å tilfredsstille egne seksuelle behov. Vi så at det for slike moralsk omstridte tema gjelder et visst handlingsrom for nasjonalstaten til å avgjøre hva egne borgere skal bedrive, også i andre stater.<sup>523</sup>

Dette handlingsrom kan samtidig ikke gjelde uinnskrenket; også her må statene vise til et faktisk behov for beskyttelse av et angitt legitimt hensyn. I denne sammenheng er det ikke anledning til å påberope seg hensyn som det ligger innenfor behandlingsstatens suverenitet å ivareta.<sup>524</sup> Selv om den konkrete analysen dreier seg om to spesifikke former for helsetjenester, vil en tilsvarende vurdering måtte gjøres for andre type helsetjenester som er tillatt i noen europeiske stater og forbudt i andre. Dette gjelder blant annet rituell omskjæring av guttebarn, surrogati,

---

<sup>523</sup> Jf. senest sak C-322/16, Global Starnet Ltd, avsnitt 39.

<sup>524</sup> Jf. sak C-384/93 Alpine Investments, avsnitt 43.

eggdonasjon, enkelte former for prenatal diagnostikk, og selvbestemt abort. Selv om flere av disse både er tillatt og tilgjengelige for norske pasienter i dag, illustrerer dette at Norge ikke står aldeles fritt til å innføre eventuelle fremtidige forbud. Lovgivers handlingsrom er med andre ord innskrenket.

## 19.4 Avhandlingens betydning for løsningen av lignende problemstillinger

Som allerede antydnet vil de vurderingene som er beskrevet, og foretatt, i oppgaven også kunne ha betydning for vurderingen av statenes handlingsrom på andre deler av helsefeltet enn de som konkret er blitt behandlet. Dette er blant annet tilfellet for det norske forbudet mot surogati,<sup>525</sup> og den manglende godkjennelsen av psykologisk foreldreskap,<sup>526</sup> som potensielt, og trolig også faktisk, begrenser norske pasienters adgang til å inngå avtaler om surrogati i andre EØS-stater.

Et annet spørsmål som må løses på bakgrunn av reglene og prinsippene som er beskrevet i avhandlingen, er hvorvidt det er i overensstemmelse med EØS-retten å nekte norske pasienter å motta norsk helsehjelp i andre EØS-stater. Dette er særlig praktisk for personer med brukerstyrt personlig assistanse (BPA),<sup>527</sup> hvor tjenestemottakeren ønsker å bruke sin assistent på ferie eller i forbindelse med et lengre utenlandsopphold. I dag finnes det ingen norske regler som regulerer situasjonen, og det er derfor i praksis opp til hver enkelt kommune å avgjøre hvordan slike situasjoner behandles. Hvor en pasient som ville hatt krav på tjenesten i Norge ikke får benytte den i andre EØS-stater, må det vurderes om dette er begrunnet i et legitimt hensyn, og er egnet og nødvendig til å ivareta et akseptabelt beskyttelsesnivå for dette hensynet.

De helsetjenester som er behandlet i denne avhandlingen er av somatisk art. Det er allikevel all grunn til å anta at de samme vurderinger vil

---

<sup>525</sup> Jf. bioteknologiloven § 2-15.

<sup>526</sup> Jf. senest LB-2017-11322.

<sup>527</sup> Se pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d, samt helse- og omsorgsdepartementet (2015).

gjøre seg gjeldende i spørsmål som gjelder psykisk helsevern.<sup>528</sup> For norske pasienter innebærer dette som utgangspunkt at enhver som har krav på nødvendig psykisk helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b annet ledd, selv skal kunne avgjøre om behandlingen skal foretas i Norge eller i en annen EØS-stat. Videre må egenandelstaket som gjelder for kostnader i forbindelse med psykologhjelp gjelde uavhengig av om hjelpen ytes i Norge eller i utlandet.<sup>529</sup> Unntak fra dette kan bare tillates etter EØS-retten dersom kravene beskrevet i avhandlingens kapittel 7, eller reglene i pasientrettighetsdirektivet art. 8 tillater det. Ved denne vurderingen er det grunn til å skille mellom frivillig og tvungent psykisk helsevern, ettersom beskyttelsen av pasienten må veie langt tyngre i sistnevnte tilfelle.

Alle disse eksemplene illustrerer hvordan de EØS-rettslige tjenestereguleringene griper inn på flere områder som tradisjonelt er ansett som å høre under de nasjonale lovgivernes kompetanse. Som på andre områder griper EØS-retten inn i den norske helsesektoren, og til tross for utgangspunktet om at det tilkommer den norske staten å avgjøre hvordan helsevesenet skal organiseres og finansieres, og ikke minst hvilke tjenester som skal tilbys pasientene, innebærer EØS-reguleringene at lovgiverkompetansen i realiteten er innskrenket. Norske pasienter later ennå ikke til å ha utfordret det norske regelverkets rettmessighet etter EØS-reguleringene i særlig stor grad, men jo vanligere det blir å motta helsetjenester i andre EØS-stater, jo større må sannsynligheten for at den norske statens handlingsrom etter EØS-reguleringene prøves være.

---

<sup>528</sup> Eksempelvis omfatter pasientrettighetsdirektivets regler alle former for helsehjelp, jf. direktivets art. 3 første ledd litra a.

<sup>529</sup> Jf. folketrygdloven § 5-3 første ledd litra b.

## Del VI Kilder

### Kapittel 20 Kilder

#### 20.1 Lovgivning

##### 20.1.1 Norsk lovgivning

1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

1902 Lov 10. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov  
(straffeloven)

1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker  
(forvaltningsloven)

1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av  
hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeids-  
område (EØS) m.v. (EØS-loven)

1994 Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer  
(smittevernloven).

1997 Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes  
stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

1999 Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.  
(spesialisthelsetjenesteloven)

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

1999 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.  
(helsepersonelloven)



- 2003 Lov 12. mai 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)
- 2003 Lov 26. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. (alternativ behandlingsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2011 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 79 om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)

### **20.1.2 Norske forskrifter**

- 1996 Forskrift 5. juli 1996 nr. 700 om forhåndsundersøkelse av arbeidstakere innen helsevesenet – antibiotikaresistente bakterier (forskrift om antibiotikaresistente bakterier)
- 2000 Forskrift av 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet, og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).
- 2010 Forskrift 22. november 2010 nr. 1466 om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land (forskrift om stønad til helsetjenester i EØS)
- 2011 Forskrift 16. desember 2011 nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket (forskrift om tjenester til personer uten fast opphold).
- 2012 Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene)

### 20.1.3 EØS-lovgivning

EØS-avtalen Avtale om det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1993.

ODA-avtalen Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, 1992.

TEU Traktaten om Den Europæiske Union, Konsolidert versjon 2016 (EUT 2016/C 202/01).

TEUF Traktaten om Den Europæiske Unions funksjonsmåde. Konsolidert versjon 2016 (EUT 2016/C 202/01).

Rfo 1408/1971/EØF Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet. [Trygdeforordningen frem til 01.05.2010]

EP/Rfo 2004/883/EF Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger. [Trygdeforordningen]

EP/Rdir 2001/18/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/18/EF av 12. mars 2001 om utsetting av genmodifiserte organismer i miljøet og oppheving av rådsdirektiv 90/220/EØF. [Utsettingsdirektivet, GMO]

EP/Rdir 2002/98/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/98/EF av 27. januar

2003 om fastsettelse av standarder for kvaliteten og sikkerheten ved tapping, kontroll, behandling, oppbevaring og distribusjon av blod og blodkomponenter fra mennesker, og om endring av direktiv 2001/83/EF [Bruk av blod og blodkomponenter]

EP/Rdir 2004/12/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/23/EF av 31. mars 2004 om fastsettelse av standarder for kvalitet og sikkerhet ved donasjon, innhenting, kontroll, behandling, konservering, oppbevaring og distribusjon av vev og celler fra mennesker [Bruk av humane vev og celler i humanmedisin]

EP/Rdir 2005/36/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om godkjenning av yrkeskvalifikasjoner. [Yrkeskvalifikasjonsdirektivet]

EP/Rdir 2011/24/EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/24/EU av 9. mars 2011 om pasientrettigheter i forbindelse med grensekryssende helsetjenester. [Pasientrettighetsdirektivet].

EP/Rdir 2011/83/EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter som endrer rådsdirektiv 93/13/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og som opphever rådsdirektiv 85/577/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 2011. [Forbrukerdirektivet]

Kommisjonsbeslutning 1996/239/EF av 27. mars 1996 om nødtiltak til vern mot bovin spongiform encefalpati.

Kommisjonsbeslutning 2011/8/EU av 6. januar 2011 om visse midlertidig beskyttelsestiltak mot munn- og klovsyke i Bulgaria.

Delegert kommisjonsbeslutning 2014/286/EU av 10. mars 2014 om fastsettelse av kriterier og vilkår som europeiske referansenettverk og helsetjeneste leverandører som ønsker å være med i et europeisk referansenettverk må oppfylle. [Europeiske nettverk av referansesentre knyttet til pasientrettighetsdirektivet: utfyllende bestemmelser]

Kommisjonens gjennomføringsbeslutning 2014/287/EU av 10. mars 2014 om fastsettelse av kriterier for etablering og evaluering av europeiske referansenettverk og deres medlemmer, samt tilrettelegging for utveksling av informasjon og ekspertise ved etablering og evaluering av silke nettverk. [Gjennomføringsbestemmelser om European Reference Networks]

Kommisjonens gjennomføringsdirektiv 2012/52/EU av 20. desember 2012 om tiltak som skal fremme anerkjennelse av resepter utstedt i en annen medlemsstat.

EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011

EØS-komiteens beslutning nr. 153/2014

### **20.1.4 Nasjonal utenlandsk lovgivning**

Straffeloven lovbekendtgørelse nr. 977 av 9. august 2017 (Straffeloven)  
[Danmark]

The Belgian Act on Euthanasia av 28. mai 2002 (som gjengitt i Jones  
m.fl. (2016)) (Belgia)

### **20.1.5 Øvrige internasjonale instrumenter**

1948 FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember  
1948.

1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. november  
1950

1979 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering  
av kvinner av 18. desember 1979

2000 FNs konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet

2000 Protokoll til FNs konvensjon mot grenseoverskridende  
kriminalitet for å forebygge, bekjempe og straffe handel med  
mennesker, særlig kvinner og barn av 15. november 2000.

2006 FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt  
funksjonsevne av 13. desember 2006

## **20.2 Rettspraksis**

### **20.2.1 Praksis fra norske domstoler**

Rt. 1908 s. 790

Rt. 2000 s. 646 (Sandsdalen)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).

Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim)

LB-2017-11322

## 20.2.2 Praksis fra EU-domstolen

- Sak 11/70 Internationale handelsgesellschaft MBH mot EINFURR.  
ECLI:EU:C:1970:114
- Sak 155/73 Sacchi. ECLI:EU:C:1974:40
- Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van  
de bedrijfsvereniging voor de metaalnijverheid.  
ECLI:EU:C:1974:131
- Forente saker 115/81 og 116/81 Rezguia Adoui mot Belgia og byen  
Liege, og Dominique Cornuaille mot Belgia. ECLI:EU:C:1982:183
- Forente saker 286/82 og 26/83 Graziana Luisi mot Ministero del  
Tesoro, og Guiseppe Carbone mot Ministero del Tesoro.  
ECLI:EU:C:1984:35
- Sak 72/83 Campus Oil Limited, Estuary Fuel Limited, McMullan Bros  
Limited, Ola Teoranta, PMPA Oil Company Limited, Tedcastle  
McCormick & Company Limited mot The Minister for industry  
and energy, Irland, The Attorney General og Irish National  
Petroleum Corporation Limited. ECLI:EU:C:1984:256
- Sak 352/85 Bond van Averteerders m.fl. mot Nederland.  
ECLI:EU:C:1988:196
- Sak 263/86 Belgia mot René Humbel og Marie-Thérèse Humbel, née  
Edel, på vegne av sin sønn Frédéric Humbel. ECLI:EU:C:1988:451
- Sak 331/88 The Queen og The Minister for Agriculture, Fisheries and  
Food and The Secretary of State for Health. Ex parte: Fédération  
européenne de la santé animale (Fedesa), Pitman-Moore, Inc.,  
Distrivet SA, Hoechst (UK) Ltd, National Office of Animal Health  
Ltd, Donald Leslie Haxby CBE and, Robert Sleightholme.  
ECLI:EU:C:1990:391
- Sak 154/89 Kommissjonen mot Frankrike. ECLI:EU:C:1991:76
- Sak C-159/90 The Society for the Protection of Unborn Children  
Ireland ltd. ECLI:EU:C:1991:378

- Forente saker C-267/91 og C-268/91 Bernard Keck og Daniel Mithouard. ECLI:EU:C:1993:905
- Sak C-93/92 CMC Motorradcenter GmbH og Pelin Baskiciogullari. ECLI:EU:C:1993:838
- Sak C-17/93 J.J.J. Van der Veldt. ECLI:EU:C:1994:299
- Sak C-293/93 Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper. ECLI:EU:C:1994:330
- Sak C-381/93 Kommissjonen mot Frankrike. ECLI:EU:C:1994:370
- Sak C-384/93 Alpine Investments. ECLI:EU:C:1995:126
- Sak C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés. ECLI:EU:C:1998:167
- Sak C-157/96 The Queen og Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise. Ex parte: National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R.S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd, Vian Exports Ltd. ECLI:EU:C:1998:191
- Sak C-158/96. Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie. ECLI:EU:C:1998:171
- Sak C-180/96 Kommissjonen mot Storbritannia. ECLI:EU:C:1998:192
- Forente saker C-369/96 og C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL. ECLI:EU:C:1999:575
- Sak C-190/98 Volker Graf mot Filzmoser Maschinenbau GmbH. ECLI:EU:C:2000:49
- Sak C-368/98 Abdon Vanbraekel m.fl mot Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC). ECLI:EU:C:2001:400
- Sak C-157/99 B.S.M. Smits, gift Geraets mot Stichting Ziekenfonds VGZ, og H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen. ECLI:EU:C:2001:404

- Sak C-164/99 straffesak mot Portugaia Construções Lda.  
ECLI:EU:C:2002:40
- Sak C-268/99 Aldona Malgorzata Jany m.fl. mot Staatssecretaris van  
Justitie. ECLI:EU:C:2001:616
- Sak C-298/99 Kommisjonen mot Italia. ECLI:EU:C:2002:194
- Sak C-385/99 V.G. Müller-Fauré mot Onderlinge  
Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, og E.E.M. van  
Riet mot Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO  
Zorgverzekeringen. ECLI:EU:C:2003:270
- Sak C-390/99 Canal Satélite Digital SL mot Administración General  
del Estado. ECLI:EU:C:2002:34
- Sak C-243/01 Piergiorgio Gambelli m.fl. ECLI:EU:C:2003:597
- Sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV mot 0800 DocMorris  
NV, Jacques Waterval. ECLI:EU:C:2003:664
- Sak C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH  
mog Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.  
ECLI:EU:C:2004:614
- Sak C-150/04 Kommisjonen mot Danmark. ECLI:EU:C:2007:69
- Sak C-372/04 Yvonne Watts mot Bedford Primary Care Trust.  
ECLI:EU:C:2006:325
- Sak C-470/04 N mot Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor  
Almelo. ECLI:EU:C:2006:525
- Sak C-76/05 Herbert Schwarz og Marga Gootjes-Schwarz mot  
Finanzamt Bergisch Gladbach. ECLI:EU:C:2007:492
- Sak C-444/05 Ekaterini Stamatelaki mot NPDD Organismos  
Asfaliseos Eleftheron Epangelmation (OAEE). ECLI:EU:C:2007:231
- Sak C-281/06 Hans-Dieter Jundt og Hedwig Jundt mot Finanzamt  
Offenburg. ECLI:EU:C:2007:816
- Sak C-518/06 Kommisjonen mot Italia. ECLI:EU:C:2009:270
- Sak C-531/06 Kommisjonen mot Italia. ECLI:EU:C:2009:315

- Sak C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional og in  
International Ltd, tidligere Baw International Ltd mot  
Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.  
ECLI:EU:C:2009:519
- Forente saker C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer des  
Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz  
Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV, Helga Neumann-  
Seiwert mot Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und  
Soziales og DocMorris NV (prosessdeltaker). ECLI:EU:C:2009:316
- Forente saker C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07  
Markus Stoß, Avalon Service-Online-Dienste GmbH, Olaf  
Amadeus Wilhelm Happel mot Wetteraukreis og Kulpa  
Automatenservice Asperg GmbH, og SOBO Sport & Entertainment  
GmbH, Andreas Kunert mot Land Baden-Württemberg.  
ECLI:EU:C:2010:504
- Sak C-141/07 Kommisjonen mot Tyskland. ECLI:EU:C:2008:492
- Sak C-169/07 Hartlauer handelsgesellschaft mot Wiener  
Landesregierung. ECLI:EU:C:2009:141
- Sak C-531/07 Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft mot  
LIBRO Handelgesellschaft mbH. ECLI:EU:C:2009:276
- Sak C-546/07 Kommisjonen mot Tyskland. ECLI:EU:C:2010:25
- Sak C-153/08 Kommisjonen mot Spania. ECLI:EU:C:2009:618
- Sak C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri mot Regione  
Sardegna. ECLI:EU:C:2009:709
- Sak C-211/08 Kommisjonen mot Spania. ECLI:EU:C:2010:340



Forente saker C-379/08 og C-380/08 I sak C-379/08: Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA, Syndial SpA mot Ministero dello Sviluppo economico, Ministero della Salute, Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Infrastrutture, Ministero dei Trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Regione siciliana, Assessorato regionale Territorio ed Ambiente (Sicilia), Assessorato regionale Industria (Sicilia), Prefettura di Siracusa, Istituto superiore di Sanità, Commissario Delegato per Emergenza Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Vice Commissario Delegato per Emergenza Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Agenzia Protezione Ambiente e Servizi tecnici (APAT), Agenzia regionale Protezione Ambiente (ARPA Sicilia), Istituto centrale Ricerca scientifica e tecnologica applicata al Mare, Subcommissario per la Bonifica dei Siti contaminati, Provincia regionale di Siracusa, Consorzio ASI Sicilia orientale Zona Sud, Comune di Siracusa, Comune di Augusta, Comune di Melilli, Comune di Priolo Gargallo, Azienda Unità sanitaria locale N. 8, Sviluppo Italia Aree Produttive SpA, Invitalia (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa) SpA, tidligere Sviluppo Italia SpA. Prosessdeltakere: ENI Divisione, Exploration and Production SpA, ENI SpA, Edison SPA. I sak C-380/08: ENI SpA mot Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare, Ministero dello Sviluppo economico, Ministero della Salute Regione siciliana, Istituto superiore di Sanità, Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i Servizi tecnici, Commissario delegato per l'Emergenza rifiuti e la Tutela delle Acque. Prosessdeltaker: Invitalia (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa) SpA, tidligere Sviluppo Italia SpA. ECLI:EU:C:2010:127

Sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike. ECLI:EU:C:2010:579

Sak C-565/08 Kommisjonen mot Italia. ECLI:EU:C:2011:188

Sak C-137/09 Marc Michel Josemans mot Burgemeester van Maastricht. ECLI:EU:C:2010:774

Sak C-173/09 Georgi Ivanov Elchinov mot Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa. ECLI:EU:C:2010:581

- Forente saker C-372/09 og C-373/09 Josep Peñarroja Fa.  
ECLI:EU:C:2011:156
- Sak C-176/11 HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica, HIT  
LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd mot  
Bundesminister für Finanzen. ECLI:EU:C:2012:454
- Sak C-379/11 Caves Krier Frères Sàrl mot Directeur de  
l'Administration de l'emploi. ECLI:EU:C:2012:798
- Sak C-575/11 Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos mot Ypourgos  
Ygeias kai Pronoias. ECLI:EU:C:2013:430
- Sak C-220/12 Andreas Ingemar Thiele Meneses mot Region Hannover.  
ECLI:EU:C:2013:683
- Sak C-268/13 Elena Petru mot Casa Județeană de Asigurări de  
Sănătate Sibiu og Casa Națională de Asigurări de Sănătate.  
ECLI:EU:C:2014:2271
- Sak C-126/15 Kommissjonen mot Portugal. ECLI:EU:C:2017:504
- Sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung mot Zentrale zur  
Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV. ECLI:EU:C:2016:776
- Sak C-125/16 Malta Dental Technologists Association og John  
Salomone Reynaud mot Superintendent tas-Saħħa Pubblika og  
Kunsill tal-Professjonijiet Kumplimentari għall-Medicina.  
ECLI:EU:C:2017:707
- Sak C-322/16 Global Starnet Ltd mot Ministero dell'Economia e delle  
Finanze og Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato.  
ECLI:EU:C:2017:985
- Sak C-651/16 DW mot Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra.  
ECLI:EU:C:2018:162
- Sak C-3/17 Sporting Odds Ltd mot Nemzeti Adó- és Vámhivatal  
Központi Irányítása. ECLI:EU:C:2018:130

### **20.2.3 Generaladvokatens forslag til avgjørelser**

- Sak C-136/0 Rolf Dieter Danner. ECLI:EU:C:2002:198

Sak C-254/11 Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Rendőrkapitányság  
Záhony Határrendészeti Kirendeltsége mot Oskar Shomodi.  
ECLI:EU:C:2013:182

Sak C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung eV mot Zentrale zur  
Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV. ECLI:EU:C:2016:394

Sak C-289/15 Jozef Grundza og prosessdeltaker Krajská prokurátúra  
Prešov. ECLI:EU:C:2016:622

#### **20.2.4 Praksis fra EFTA-domstolen**

Sak E-3/00 ESA mot Norge (Kellog's)

Sak E-6/01 CIBA mot Den norske regjeringen v/ Arbeids- og  
administrasjonsdepartementet

Sak E-4/04 Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet

Sak E-1/06 ESA mot Norge (spilleautomatmonopolet)

Sak E-2/06 ESA mot Norge (hjemfallsaken)

Sak E-1/07 Straffesak mot A

Forente saker E-11/07 og E-1/08 Rindal og Slinning

Sak E-5/10 Dr Joachim Kottke mot Präsidial og Sweetyle Stiftung

Sak E-16/10 Phillip Morris AS mot Staten v/ Helse- og  
omsorgsdepartementet

#### **20.2.5 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol**

Pretty v United Kingdom, The European Court of Human Rights,  
Strasbourg, 29.04.2002

## 20.2.6 Praksis fra engelske domstoler

R, v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood  
[1997] 2 All ER. 687

## 20.3 Norske lovforarbeider

### 20.3.1 Ordinære forarbeider

Dokument nr. 15:282 (2016–2017) Skriftlig spørsmål fra Tone Merete Sønsterud (A) til justis- og beredskapsministeren.

Dokument nr. 8:2 S (2016–2017). Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjersti Toppe og Per Olaf Lundteigen om å styrke det internasjonale og nasjonale arbeidet mot antibiotikaresistens.

Innst. O nr. 72 (2004–2005). Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff

Innst. O nr. 3 (2008–2009). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuelle omgang eller handling mv.).

Innst. 99 S (2014–2015). Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 153/2014 av 9. juli 2014 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2011/24/EU om anvendelse av pasientrettigheter ved helsetjenester over landegrensene.

Innst. nr. 170 S (2016–2017). Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjersti Toppe og Per Olaf Lundteigen om å styrke det internasjonale og nasjonale arbeidet mot antibiotikaresistens.

Innst. nr. 245 S (2016–2017). Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om representantforslag fra stortingsrepresentantene Tone Wilhelmsen Trøen, Kari Kjønås Kjos og Ketil Kjenseth om å styrke det internasjonale og nasjonale vernet mot antibiotikaresistens.

NOU 2017: 16. På liv og død – palliasjon til syke og døende.

Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) Lov om pasientrettigheter  
(pasientrettighetsloven)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp. nr. 48 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Prop.68 L (2015–2016) Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)

Prop.83 L (2017–2018) Endringer i spesialisthelsetjenesteloven (godkjennelse av virksomheter og helsetjenester).

Prop.118 L (2012–2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)

Prop.135 S (2014–2015) Samtykke til godkjennelse av EØS-komiteens beslutning nr. 153/2014 av 9. juli 2014 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2011/24/EU om anvendelse av pasientrettigheter ved helsetjenester over landegrensene

St.prp. nr. 100 (1991–1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992

### **20.3.2 Stortingsvedtak**

Lovvedtak nr. 362 (2014–2015)

Vedtak nr. 571 (2016–2017) om Representantforslag om å styrke det internasjonale og nasjonale arbeidet mot antibiotikaresistens.

Vedtak nr. 572 (2016–2017) om Representantforslag om å styrke det internasjonale og nasjonale arbeidet mot antibiotikaresistens.

## 20.4 Øvrige offentlige dokumenter

### 20.4.1 Norske dokumenter

Helfo. Årsrapport 2017. (2018) [sitert fra 19.05.2018]

Helse- og omsorgsdepartementet (2018). Svar til ESAs grunngitte uttalelse av 20. september 2017. (Brev datert 19. januar 2018).

Helse- og omsorgsdepartementet (2016). Handlingsplan mot antibiotikaresistens i helsetjenesten. 07.01.2016. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/handlingsplan-mot-antibiotikaresistens-i-helsetjenesten/id2469646/> [sitert fra 13.04.2018]

Helse- og omsorgsdepartementet. (2015). Rundskriv I-2015-9. Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA), 18.12.2015.

Helse- og omsorgsdepartementet, Landbruk- og matdepartementet, Klima- og miljødepartementet, og Nærings- og fiskeridepartementet (2015). Nasjonal strategi mot antibiotikaresistens. 23.06.2015. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nasjonal-strategi-mot-antibiotikaresistens-2015-2020/id2424598/> [sitert fra 14. april 2018).

Helsedirektoratet. (2009). Rundskrid IS-2009-11, 1. juni 2009.

Helsedirektoratet. (2015). Rundskriv IS-2015-10. Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester, 01.07.2015 [sitert fra 19.04.2018]

### 20.4.2 EU-rettslige dokumenter

ESA. Grunngett uttalelse mot Norge, avgitt 20.09.2017

EU-kommisjonen. EU One Health Action Plan Against AMR. (2017), [https://ec.europa.eu/health/amr/antimicrobial-resistance\\_en](https://ec.europa.eu/health/amr/antimicrobial-resistance_en) [sitert fra 13.04.2018]

EU-kommisjonen. European Pillar of Social Rights. (Ingen dato angitt), [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en) [sitert fra 24.05.2018]

EU-kommisjonen. Member State Data on cross-border healthcare following directive 2011/24/EU Year 2015. (2016) [sitert fra 20.05.2018]

EU-kommisjonen. (2015). Rapport fra Kommissionen til Europa-parlamentet og Rådet. Kommissionens rapport om gjennomførelsen af direktiv 2011/24/EU om patientrettigheter i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser, 04.09.2015. [sitert fra 19.05.2018]

European Centre for Disease Prevention and Control. «Antimicrobial resistance Surveillance in Europe 2016» (2017), <https://ecdc.europa.eu/en/publications-data/antimicrobial-resistance-surveillance-europe-2016> [sitert fra 17.04.2018].

### 20.4.3 Danske dokumenter

Holmskov, Henriette og Anne Skov: Seksualitet på dagsordenen – en håndbog om professionel støtte til voksne med funktionsnedsettelse. Socialstyrelsen, 2012.

## 20.5 Øvrig litteratur

### 20.5.1 Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelige strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad m.fl. (red.). *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

- Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Baudenbacher, Carl (red.): *The Handbook of EEA Law*. Springer International Publishing Switzerland 2016
- Befring, Anne Kjersti, Morten Kjelland, Aslak Syse (red.): *Sentrale helserettslige emner*. Gyldendal, Oslo: Gyldendal, 2016.
- Craig, Paul og Gráinne de Búrca. *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 6. utgave. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Dworkin, Gerald, R.G. Frey og Sissela Bok. *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 10 utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*, 4. utgave. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2015.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Hervey, Tamara K. og Jean V. McHale. *European Union Health Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Jones, David Albert, Chris Gastmans, Calum Mackellar. *Cambridge Bioethics and Law: Euthanasia and Assisted Suicide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Kvalvik, Arne Schrøder, (2015). *Min fetter Ola og meg : livet og døden og alt det i mellom*. Oslo: Kagge, 2015.
- Levaggi, Rosella og Marcello Montefiori (red.). *Health care provision and patient mobility: Health Integration in the European Union*. Springer-Verlag Italia, 2014.
- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen. *EU-ret. Fri bevægelighet*, 2. utgave. København: Karnov Group Denmark A/S, 2016.



- Rosenmöller, Magdalene, Martin McKee, Rita Baeten (red.). *Patient Mobility in the European Union: Learning from Experience*. World Health Organization, 2006.
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad m.fl. *EØS-rett*, 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Syse, Aslak. *Pasient- og brukerrettighetsloven*, 4. reviderte utgave. Oslo: Gyldendal, 2015.
- Syse, Aslak. *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete*. Oslo: Notam Gyldendal, 1995.

## 20.5.2 Artikler

- Christiansen, Hanne. (2017). «Tolv ganger flere private helseforsikringer på ti år», Aftenposten, 20.07.2017.
- Lerner, Barron H. og Caplan, Arthur L.: Euthanasia in Belgium and The Netherland: On a Slippery Slope? *JAMA Intern Med*. 2015;175(10):1640–1641.  
(<https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2426425>)
- Pedersen, Aslaug Tangvalg og Anne Bergseng. (2017) «Grenseløs helse», VG, 25.02.2017.
- Stigen, Jo. «Lokalisering av straffbare handlinger», *Tidskrift for strafferett* nr. 2 2011 s. 141–190.

## 20.5.3 Nettsider

- BBC. *NHS bosses ponder hospital hotels to ease the ward pressure*. (2013), <http://www.bbc.com/news/health-22262357> [sitert fra 13.05.2018].

- Det norske akademis ordbok, *Helseturisme*. (ingen angitt dato), <https://www.naob.no/ordbok/helseturisme> [sitert fra 19.05.2018]
- Dignitas. *Countries with End-of-life help*. (2018), [http://www.dignitas.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=54&lang=en](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=54&lang=en) [sitert fra. 06.04.2018]
- Forskning.no. *Kraftig nedgang i bruken av antibiotika i Norge*. (2018), <https://forskning.no/medisiner/2018/03/kraftig-nedgang-i-antibiotikabruken-i-norge> [sitert 13.04.2018].
- Frambu kompetansesenter for sjeldne diagnoser. *Hva er seksualitet?* (2014), <http://www.frambu.no/WebFolder5.aspx?NodeId=94F56EF6-0186-41A8-8DF7-A17832A33DD7> [sitert fra 19.04.2018]
- Fremskrittspartiet. *Prinsipp- og handlingsprogram for perioden 2017–2021*. (2017), <http://flippage.impleoweb.no/frp/b8188708c47948288727ef8f91683698/FRP-Program-2017-2021.pdf> [sitert fra 29.05.2018]
- Grue, Lars Petter. *Motstand og mestring. Om funksjonshemmede og livsvilkår*. Novarapport 1/01, (2001), <http://www.hioa.no/Om-HiOA/Senter-for-velferds-og-arbeidslivsforskning/NOVA/Publikasjoner/Rapporter/2001/Motstand-og-mestring.-Om-funksjonshemning-og-livsvilkaar> [sitert fra 20.04.2018]
- Habilitering.no. *Voksenhabilitering*. [http://www.habilitering.no/?page\\_id=78](http://www.habilitering.no/?page_id=78) [sitert fra 20.04.2018]
- Helsedirektoratet. «*Seksuell helse*». (2018), <https://helsedirektoratet.no/folkehelse/folkehelsearbeid-i-kommunen/veivisere-i-lokale-folkehelseiltak/seksuell-helse-lokalt-folkehelsearbeid#kunnskapsgrunnlag> [sitert fra 19.04.2018]
- Helsedirektoratet. *Statistikk behandling utland*. (2017), <https://helsedirektoratet.no/statistikk-og-analyse/statistikk-behandling-utland> [sitert fra 19.05.2018]
- Helsekompetanse.no *Seksualitet og utviklingshemning*. (Ingen angitt dato), <http://kurs.helsekompetanse.no/fritidkultur/16899> [sitert fra 20.04.2018]

- Helsenorge.no, «*Antibiotikaresistens*», (2016), <https://helsenorge.no/legemidler/om-antibiotikaresistens> [sitert fra 17.04.2018]
- Kofod, Jens Erik, Theresa Dyrvig, Kristoffer Markwardt m.fl. *Prostitution i Danmark*. SFI – Det Nationale Forskningcenter for Velfærd. (2011), <https://www.sfi.dk/publikationer/prostitution-i-danmark-4354/> [sitert fra 20.04.2018]
- Mæland, Kjetil. *Han sender 2000 nordmenn til tannbehandling i utlandet hvert år*. (2015), <https://www.nettavisen.no/nyheter/han-sender-2000-nordmenn-til-tannbehandling-i-utlandet-hver-ar/8556659.html> [sitert fra 20.05.2018]
- NAV. *Seksualtekniske hjelpemidler*. (2015), <https://www.nav.no/no/Person/Hjelpemidler/Hvor+trenger+du+hjelp/Dagligliv+og+fritid/seksualtekniske-hjelpemidler> [sitert fra 19.04.2018].
- Nielsen, Thomas. *Københavnsk forbud har ikke betydnet mindre købesex til handicappede*. Information.dk (2012), <https://www.information.dk/indland/2012/01/koebenhavnsk-forbud-betydet-mindre-koebesex-handicappede> [sitert fra 20.04.2018]
- NRK. *Natta, Norge*. [Videoklipp] (2015, først sendt 14.12.2015), <https://tv.nrk.no/serie/natta-norge/MUHH44000615/sesong-1/episode-6#t=10m17s>
- NRK. «Når antibiotika ikke virker». [Videoklipp] (2018, først sendt 14.05.2018), <https://tv.nrk.no/program/DMTV23010118/naar-antibiotika-ikke-virker>
- NRK Brennpunkt. «Den siste reisen». [Videoklipp] (2015, først sendt 03.03.2015), <https://tv.nrk.no/serie/brennpunkt/MDDP11000315/03-03-2015>
- Pedersen, Tone. *Sex for helsa*. (2009), <https://www.helsenett.no/194-sykdommer/seksualitet/seksualitet/7038-sex-for-helsa.html> [sitert fra 18.05.2018]

- Phillipsen, Anne og Stine Mie Kristiansen. *Personale på bosteder hjælper handicappede med købesex*. Danmark Radio (DR) (2016), <https://www.dr.dk/nyheder/regionale/syd/personale-paa-bosteder-hjaelper-handicappede-med-koebesex> [sitert fra 20.04.2018]
- Porter, Lizzie. *Where is it legal to buy sex in Europe?* The Telegraph, (2016), <https://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/12/where-is-it-legal-to-buy-sex/> [sitert fra 20.04.2018]
- Regjeringen.no. *EU ser til Norge for å bekjempe antibiotikaresistens*. (2017), <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/eu-ser-til-norge-for-a-bekjempe-antibiotikaresistens/id2536936/> [Sitert fra 14.04.2018].
- Regjeringen.no. *Mandat til Nasjonalt råd for kvalitet og prioritering i helsetjenesten*. (2009), <https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/pasientens-helsetjeneste/pasientinformasjon/mandat-til-nasjonalt-rad-for-kvalitet-og/id462279/> [sitert fra 29.05.2018]
- Regjeringen.no *Politisk plattform*. (2013), <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/politisk-plattform/id743014/> [sitert fra 29.05.2018]
- Regjeringen.no. *Sexkjøpsloven virker*. (2014), <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Sexkjopsloven-er-evaluert/id765653/> [sitert ra 21.04.2018]
- Rise, Hans-Olav, Marit Gjellan og Pedja Kalajdzic. *Stadig flere tar med seg resistente bakterier hjem fra utenlandsferien*. (2017), <https://www.nrk.no/norge/stadig-flere-tar-med-seg-resistente-bakterier-hjem-fra-utenlandsferien-1.13646143> [sitert 13.04.2018]
- Seddon, Nick: *Could state funded patient hotels be the future?* (26.03.2013), <https://www.theguardian.com/healthcare-network/2013/mar/26/state-funded-patient-hotels-future> [sitert fra 13.05.2018].
- Socialpædagogen. *Prostitution – hjælper ikke handicappede til prostituerede*. Socialpædagogen nr. 3 (2007), <https://socialpaedagogen.sl.dk/arkiv/2007/prostitution-hjaelper-ikke-handicappede-til-prostituerede/> [sitert fra 20.04.2018]
- Statistisk sentralbyrå. *Allmennlegetjenesten*. (2017) <https://www.ssb.no/helse/statistikker/fastlegetj/aar> [sitert fra 26.05.2018]

- Statistisk sentralbyrå. *Spesialisthelsetjenesten*. (2018), <https://www.ssb.no/helse/statistikker/speshelse> [sitert fra 26.05.2018]
- Storvik, Anne Grete. *Behov for sexhjelp for funksjonshemmede*. VG, (2008), <https://www.vg.no/forbruker/helse/i/j6nve/behov-for-sex-hjelp-for-funksjonshemmede> [sitert fra 20.04.2018]
- Svarstad, Jørgen. *Ola (46) fikk hjelp til å dø 17. mai på en klinikk i Sveits*. (2014), <https://www.aftenposten.no/norge/i/yvoOe/Ola-46-fikk-hjelp-til-a-do-17-mai-pa-en-klinikk-i-Sveits> [sitert fra 7. april 2018].
- Tønjum, Tone. *Antibiotikaresistens* (2017), <https://sml.snl.no/antibiotikaresistens> [sitert dato 14.04.2018]
- Venosa, Ali: *Suicide Tourism: Traveling For The Right To Die, And The Ethical And Legal Dilemmas That Come With It*. (2016), <https://www.medicaldaily.com/assisted-suicide-tourism-right-die-387577> [sitert fra 16.05.2018]
- Wernersen, Camilla og Marit Gjellan. *Nordmenn drar med seg resistente bakterier fra utlandet*. (2017), <https://www.nrk.no/norge/nordmenn-drar-med-seg-resistente-bakterier-fra-utlandet-1.13339027> [sitert 13.04.2018].
- WHO. *Global Action Plan on AMR*. (2015), <http://www.who.int/anti-microbial-resistance/global-action-plan/en/> [sitert fra 29.05.2018]

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

