

Prioritering, styring og likebehandling

Utfordringer i norsk helsetjeneste



Henriette Sinding Aasen, Berit Bringedal,
Kristine Bærøe og Anne-Mette Magnussen (red.)

KAPITTEL 4

Iverksettingen av EUs pasientrettighetsdirektiv i Norge

Mot en mer markedsorientert spesialisthelsetjeneste?

Even Nilssen, professor ved Institutt for velferd og deltaking, Fakultet for helse- og sosialvitenskap, Høgskulen på Vestlandet

Abstract

The paper elaborates on the implementation of the Directive on patients' rights in cross-border health care in Norway from two interrelated angles.

- 1) *The relationship between the over-national and national levels of policy-making.* The Directive may be seen as part of an over-national juridification process, where the EU system plays an important political role in the development of welfare services at the national level within the EU/EEA area. It is, for example, reasonable to interpret the Directive as part of an over-national strategy to create a common European health market. How has this affected Norwegian law in the field of special health care?
- 2) *Highlighting the relationship between consumer rights (the market) and social rights (the welfare state).* The paper focuses specifically on

how a trade-off between individual freedom and public needs and interests has been made in Norway. It examines if the Directive reinforces the importance of consumer rights at the expense of social rights. If so, what are the possible consequences for national priorities within the special health service?

It is, however, important to study the interrelation between the Directive and independent national political processes concerning distribution of health services. In Norway, the importance of patients' individual choice of hospitals and treatment (public and private) have been emphasised during the last years. Hence, the Directive may reinforce an ongoing national development towards a «marketization» of the Norwegian health sector.

Introduksjon

Rett til helsehjelp innenfor EU er regulert gjennom et komplisert nett av lover og reguleringer både på nasjonalt og overnasjonalt nivå. Disse tjener en rekke formål. Et viktig problemområde berører forholdet mellom individuell frihet og offentlige interesser og hensyn. Spørsmål om grenseoverskridende helsetjenester er et godt eksempel på de utfordringene som ligger i å finne et balansepunkt mellom pasienters individuelle valgfrihet og deres mer kollektivt funderte sosiale rettigheter (jf. Hermans, 1997, s. 11). På helseområdet finner vi også en underliggende spenning mellom subsidiaritetsprinsippet i EU som berører medlemsstatenes ansvarsområde, på den ene siden og overnasjonale prinsipper som angår hensynet til EUs interne marked og kravet om fri bevegelse av personer og tjenester mellom landegrensene, på den andre. Pasientrettighetsdirektivet (EU, 2011) påvirker i stor grad både forholdet mellom individet og offentlige myndigheter og mellom EUs og medlemsstatenes ansvarsområde.

Dette kapitlet retter søkelyset mot innholdet i pasientrettighetsdirektivet og hvordan det er implementert i Norge. Norge er ikke medlem av EU, men som en følge av EØS-avtalen gjelder pasientrettighetsdirektivet også for Norge. I henhold til EØS-loven § 2 skal «bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, (...) i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold»¹. EØS-komiteen vedtok å innlemme pasientrettighetsdirektivet i EØS avtalen (generelle tjenester) 9. juli 2014 (beslutning nr. 153/2014). På forhånd hadde Stortinget gjort nødvendige endringer i rett til helsehjelp fra tjenesteyter utenfor riket i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b «Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten» (iverksatt 1. november 2015).²

Jeg er særlig opptatt av direktivets eventuelle betydning for prioritering av helsetjenester.³ Da direktivet ble integrert i norsk lov så seint som i 2015, er det ikke mulig å si noe særlig om dets empiriske virkninger, for eksempel hvem som benytter seg av denne typen rettigheter. Spørsmål om prioritering blir først og fremst diskutert i lys av pasientrettighetsdirektivets institusjonelle (rettslige og organisatoriske) virkninger. Jeg vil også se nærmere på de politiske skillelinjene ved innføringen av direktivet og på forholdet mellom de overnasjonale rettighetene og norsk helsepolitikk.⁴

1 <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1992-11-27-109>

2 https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-63#KAPITTEL_2

3 Prioritering innebærer en forskjellsbehandling av ulike pasienter/pasientgrupper med utgangspunkt i bestemte kriterier. Noen pasienter får rett til helsehjelp, og andre får det ikke (inkludering/ekskludering), eller noen pasienter får helsehjelp før andre pasienter (rangering).

4 Rett til refusjon av helsetjenester utenfor spesialisthelsetjenesten (ikke-sykehus tjenester) har eksistert siden januar 2011 i Norge. Dette gjelder blant annet behandling og undersøkelse hos lege, psykolog, fysioterapeut, kiropraktor og tannlege (samt visse legemidler og medisinsk utstyr) i den grad slike tjenester tilbys og dekkes av det offentlige (i tilhørighetslandet).

Pasientrettighetsdirektivet

I juli 2008 presenterte EU-kommisjonen et direktivutkast om *Patient's rights in cross-border healthcare* i forbindelse med «den fornyede sosiale agenda» i unionen (jf. SEC 2008 2157).⁵ Medlemsstatene hadde tradisjonelt betraktet helsepolitiske reformer som noe som hadde vært, og fortsatt burde være, et nasjonalt anliggende (Hermans, 1997, s. 11). Et tidligere forsøk fra EU-kommisjonen på å kodifisere domstolsbeslutninger angående pasientmobilitet fra EU-domstolen i det såkalte tjenstedirektivet i 2004 hadde blitt avvist både av Rådet og EU-parlamentet. For å redde dette direktivet måtte slike forslag trekkes tilbake (Sauter, 2009, s. 109).

Etter mye debatt og en rekke tillegg (se Sauter, 2011, s. 4) ble «The directive on patients' rights in cross-border healthcare» (EU, 2011) vedtatt av EU-systemet (Rådet og Parlamentet) 9. mars 2011. Direktivet er i hovedsak en samling og systematisering av EU-domstolens beslutninger angående grenseoverskridende behandling i helsesektoren. I hovedsak har domstolens avgjørelser sitt fundament i TFEU artikkel 48 (free movement of persons), artikkel 56 (freedom to provide services) og artikkel 114 (on the establishment and the mode of operation in the internal market). I tillegg er retten til grenseoverskridende helsetjenester regulert i Regulation 1408/71 og Regulation 883/2004 (Sauter, 2011, s. 10–12). Pasientrettighetsdirektivet utvidet retten til grenseoverskridende helsetjenester til også å omfatte planlagt sykehusbehandling, forstått som behandling med minst én overnatting på behandlingsinstitusjon.

Pasienters rett til grenseoverskridende helsetjenester

Pasientrettighetsdirektivet (EU, 2011) er inndelt i fem kapitler:

5 <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/SEC20082157FIN.do>

- 1 General provisions (article 1–3)
- 2 Responsibilities of member states with regard to cross-border health care (article 4–6)
- 3 Reimbursement of cross-border health care (article 7–9)
- 4 Cooperation in health care (article 10–15)
- 5 Implementing and final provisions (article 16–21)

Kapittel 1 presenterer primært den rettslige konteksten for direktivet og en del definisjoner som blant annet «member state of affiliation» (landet pasienten har rett til refusjon fra: heretter tilhørighetsland) og «member state of treatment» (landet der helsetjenestene utføres: heretter behandlingsland). Her står det også at:

«This Directive provides rules for facilitating the access to safe and high-quality cross-border healthcare and promotes cooperation on healthcare between member states, in full respect of national competencies in organizing and delivering healthcare.»

Direktivet anerkjenner at medlemsstatene har rett til å organisere og produsere helsetjenester i henhold til egen nasjonale politikk. Samtidig er hensikten med direktivet å skape regler som begrenser medlemsstatenes handlingsfrihet gjennom harmonisering og etablering av et europeisk helsemarked (Eilertsen, 2012, s. 5).

I kapittel 2 slås det fast at medlemsstatene skal utpeke ett eller flere nasjonale kontaktpunkter for grenseoverskridende helsetjenester og formidle navn og kontaktdetaljer til Kommissjonen. Slik informasjon skal gjøres offentlig tilgjengelig på EU- og nasjonalt nivå. En viktig funksjon med de nasjonale kontaktpunktene er å skape informerte helsekonsumenter innenfor et europeisk helsemarked (Frich, 2001).

Tilhørighetslandet har en plikt til å sikre at kostnadene for grenseoverskridende helsetjenester er refundert i henhold til de relevante reglene i direktivet, og å sikre at det er etablert ordninger som, på forespørsel, gir pasienter tilstrekkelig informasjon om sine rettigheter til slike helsetjenester (herunder klageordninger).

Det er også klart at direktivet ikke gir grunnlag for å diskriminere mellom private og offentlige helsetjenestetilbydere.

Kapittel 3 omhandler en av de sentrale ideene ved direktivet – refusjonsordningen:

«Without prejudice to Regulation (EC) No 883/2004 and subject to the provisions of Articles 8 and 9, the Member State of affiliation shall ensure the costs incurred by an insured person who receives cross-border healthcare is reimbursed, if the healthcare in question is among the benefits to which the insured person is entitled in the Member State of affiliation» (artikkel 7, punkt 8 og 9).

Retten til refusjon avhenger av om personen har rett til tilsvarende helsetjenester i det landet som skal betale for slike tjenester, det vil si *at tjenestene også er tilgjengelige i tilhørighetslandet*. Han eller hun har altså ikke rett til refusjon av utgifter til behandling i utlandet som ikke tilbys i hjemlandet. Det er også viktig å merke seg at plikten til å refundere behandlingsutgifter er *begrenset til kostnadene ved tilsvarende behandling i tilhørighetslandet*. Dette betyr at dersom kostnadene ved en behandling er større i behandlingslandet enn de tilsvarende tjeneste i tilhørighetslandet, har pasienten ikke krav på full refusjon av behandling-utgiftene. Tilhørighetslandet har heller ingen plikt til å dekke andre utgifter enn det den aktuelle tjenesten koster, for eksempel reise- og boutgifter i forbindelse med behandlingen. Pasienter har også rett til refusjon hvis behandlingen i tilhørighetslandet ikke kan utføres innen en tidsperiode som kan anses som medisinsk forsvarlig.

Som vi seinere skal se, har et viktig punkt i den norske debatten vært knyttet til spørsmål om *forhåndsgodkjenning av refusjon* for grenseoverskridende helsetjenester. Dette vil si at myndighetene, ut fra nasjonale hensyn, kan stille krav om forhåndsgodkjenning til alle pasienter som en betingelse for at de kan få refusert

utgiftene etter behandling. Direktivet åpner helt klart opp for denne muligheten under gitte betingelser:

«The Member State of affiliation may limit the application of the rules on reimbursement for cross-border healthcare based on overriding reasons of general interest, such as planning requirements relating to the aim of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality treatment in the Member State concerned or to the wish to control costs and avoid, as far as possible, any waste of financial, technical and human resources» (kapittel 3, artikkel 7, punkt 8 og 9).

I kapittel 3 artikkel 8 heter det blant annet at forhåndsgodkjenning kan kreves hvis det dreier seg om «treatments presenting a particular risk for the patient or the population» (punkt 2b).

Forhåndsgodkjenning innebærer altså at nasjonale hensyn, i visse situasjoner, kan overtrumfe retten til grenseoverskridende helsetjenester. Reglene om forhåndsgodkjenning er å betrakte som unntaksbestemmelser, det vil si at medlemslandene ikke kan innføre et slikt krav som en generell regel. Dersom det oppstår uenigheter på dette området, er det til syvende og sist opp til EU-domstolen å bestemme lovligheten av et slikt krav.

Tidsfrist for medlemslandene til å iverksette direktivet ble opprinnelig satt til 25. oktober 2013, men for en del land har det tatt lengre tid.

Det norske helsevesenet

Helsesystemet i Norge er i hovedsak en del av den norske velferdsstaten; det vil si at det i liten grad bygger på et forsikringsprinsipp der den enkelte borgeren selv eller sammen med arbeidsgivere har hovedansvaret for sin egen og familiens tilgang på helsetjenester. Selv om det også finnes et privat helsemarked, har staten et stort ansvar for finansieringen og produksjonen av slike tjenester. Mer enn 95 prosent av de totale kostnadene til helsevesenet dekkes

av offentlige myndigheter (statlige, fylkeskommunale eller kommunale) eller av folketrygden, resten dekkes av pasientene direkte. Folketrygden omfatter alle gjennom obligatorisk medlemskap og er finansiert via en øremerket del av skatteinngangen (Sæter & Heimly, 1996, s. 7).

Organiseringen av det norske helsevesenet er bygd rundt prinsippet om at alle skal ha samme tilgang til helsetjenestene, uansett sosioøkonomisk posisjon og geografisk bosted. Det er en uttalt helsepolitisk målsetting at helse- og omsorgstjenestene skal være likeverdige med hensyn til tilgjengelighet, bruk og resultat.⁶

Statens rolle er å fastsette den nasjonale helsepolitikken, utforme og forvalte helselovgivningen og styre finansieringen. De fire regionale helseforetakene (RHF) og kommunene har ansvaret for selve tjenesteytingen: helseforetakene for *spesialisthelsetjenestene* og kommunene for *primærhelsetjenestene*. På nasjonalt nivå er Stortinget lovgiver og det overordnede politiske beslutningsorganet, mens det overordnede forvaltnings- og fagansvaret for helsesektoren ligger hos Helse- og omsorgsdepartementet.

Selv om helsesystemet primært er bygd opp ut fra ideen om kollektiv forpliktelse, det vil si statens plikt til å stille bestemte institusjonelle og personellmessige ressurser til rådighet overfor borgerne, har vi de siste 15–20 årene også fått et sterkere innslag av individuelle pasientrettigheter på dette feltet. Disse kommer særlig til uttrykk i lov om pasient- og brukerrettigheter fra 1999. Her spiller også spørsmål om tilgang til og prioritering av spesialisthelsetjenester en viktig rolle.

6 Spilker, R.S. (s.a.). *Introduksjon til det norske helsevesenet*. Nedlastet fra http://mighhealth.net/no/index.php/Introduksjon_til_det_norske_helsevesenet

Rett til nødvendig helsehjelp

*Pasient- og brukerrettighetsloven*⁷ og *prioriteringsforskriften*⁸ utgjør det rettslige grunnlaget for prioritering av pasienter i Norge. Lovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten (§ 1-1). Videre skal lov og forskrift bidra til at de pasientene som trenger det mest, raskest mulig skal få tilgang til helsehjelp.

Lovens bestemmelser skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helsetjeneste og ivareta respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd. Lovgivningen har som formål å styrke pasienters rettigheter i møte med spesialisthelsetjenesten. Prioriteringsforskriften ble først introdusert i år 2000 og har siden vært gjenstand for flere revideringer. Paragraf 2 omhandler «Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten» og innebærer at pasienten har rett til nødvendig helsehjelp dersom a) pasienten har forventet nytte av helsehjelpen og b) de forventede kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt. Vilåårene for rett til nødvendig helsehjelp bygger på sammenhengen mellom en medisinsk vurdering av behov, muligheten for å forbedre den ved helsehjelp og helsehjelpens kostnadseffektivitet (se Riska og Aasen, kapittel 3 i denne boken).

Det norske helsevesenet bygger altså på et likebehandlingsprinsipp der sosioøkonomiske eller geografiske faktorer ikke skal spille noen rolle ved fordelingen av helsetjenestene. I de siste årene har også rettigheter knyttet til individuell valgfrihet for pasienter fått en mer sentral stilling i lovgivningen.

7 Lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven). Nedlastet fra <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-63>

8 Forskrift av 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av spesialisthelsetjenester (prioriteringsforskriften). Nedlastet fra <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2000-12-01-1208>

Fritt sykehusvalg og fritt behandlingsvalg

Pasient- og brukerrettighetsloven etablerte i 2001 en rett til fritt sykehusvalg for den norske befolkningen (§2-4). Med dette fikk pasienter rett til å velge det sykehuset de selv måtte ønske å bli vurdert av, eller motta behandling fra, både innenfor somatikk og psykiatri. Ordningen gjaldt alle offentlige og private helseaktører i spesialisthelsetjenesten, men den forutsatte at det var inngått avtale mellom regionale helseforetak og de aktuelle private utøverne.

Den nye Høyre-Frp-regjeringen, som tiltrådte 16. oktober 2013, utvidet i 2015 denne ordningen med en rett til fritt behandlingsvalg. I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-4 andre ledd heter det nå:

«Pasient som har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, jf. § 2-1 b andre ledd, kan velge ved hvilken offentlig eller privat virksomhet helsehjelpen skal ytes. Pasienten kan bare velge privat virksomhet som enten har avtale med et regionalt helseforetak eller er godkjent etter forskrift med hjemmel i spesialisthelsetjenesteloven § 4-3.»⁹

Retten til fritt behandlingsvalg og fritt sykehusvalg ble slått sammen til en felles ordning (ny § 2-4). Regjeringen la vekt på at pasienter med rett til helsehjelp selv skal kunne velge hvor de vil behandles blant godkjente virksomheter – på det offentliges regning. Private som tilfredsstiller kravene, kan i definerte fagområder levere helsetjenester til en fastsatt pris (Prop. 56 L (2014–2015: 6)). Det stilles ikke lenger krav om at private tilbydere må ha en avtale med et regionalt helseforetak, slik det ble gjort ved fritt sykehusvalg, bare at de er godkjent av helsemyndighetene ut fra gjeldende forskrifter. Når private leverandører er godkjent, kan de levere tjenester som er omfattet av ordningen, til pasienter til

9 Pasient- og brukerrettighetsloven: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-63>

den prisen som er fastsatt av staten (Prop. 56 L (2014–2015)). Det betyr at de regionale helseforetakene kan kjøpe mer fra private gjennom anbud. Det ble argumentert for at reformen ville mobilisere ledig kapasitet, uansett om den var å finne i private eller offentlige sykehus, og dermed føre til økt konkurranse både mellom offentlige sykehus og spesielt mellom offentlige og private tjenesteleverandører. Økt valgfrihet for pasientene skulle også føre til en effektivisering innad i spesialisthelsetjenesten og følgelig til en redusering av helsekøen. Fritt behandlingsvalg tar i prinsippet sikte på å *utvide handlingsrommet for private markedsbaserte helseaktører* i konkurranse med den offentlige spesialisthelsetjenesten.

Stortingsbehandlingen viste at det hersket uenighet mellom partiene om denne reformen. Skillelinjene gikk i hovedsak mellom regjeringen (Høyre og Fremskrittspartiet samt deres støtteparti Venstre og Kristelig Folkeparti) og partiene fra den gamle rødgrønne regjeringen (Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti), men på enkeltområder gikk skillelinjen mellom ulike partikonstellasjoner (Innst. 224 L (2014–2015)). Sp og SV mente for eksempel at ordningen kunne føre til en sterk privatisering og en svekkelse av det offentlige helsevesenet (Innst. 224 L (2014–2015), s. 23). De rødgrønne partiene stilte seg tvilende til den angivelige dynamikken fritt behandlingsvalg skulle skape i form av økt behandlingsskapasitet i offentlig sektor (Innst. 224 L (2014–2015), s. 34). Helsepolitisk talsmann i Ap, Torgeir Micaelsen, uttalte til Dagsavisen (10. november 2016)¹⁰ i forbindelse med behandlingen av statsbudsjettet: «Vi går imot hele regjeringens forslag og bevilgning til fritt behandlingsvalg.» Partiet mener ifølge Micaelsen at ordningen er byråkratisk og har gitt «merverdi til svært få pasienter».

10 <http://www.dagsavisen.no/innenriks/skroter-fritt-behandlingsvalg-1.803175>

En annen rettslig endring som er verdt å merke seg, er opphevelsen av skillet mellom behovspasienter og rettighetspasienter i spesialisthelsetjenesten. For å ha rett til spesialisthelsetjenester kreves det at helsehjelpen er nødvendig og oppfyller kravene angitt i prioriteringsforskriften. *Nødvendig helsehjelp* etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b andre ledd er en rettslig standard som viser til en helsefaglig vurdering av om det er behov for den aktuelle helsetjenesten. I tillegg skal det foretas en vurdering etter prioriteringsforskriften § 2 av om pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og om de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt.

Den 10. november 2015 ble det foretatt en endring i prioriteringsforskriften (nr. 399) som presiserer at ved vurdert behov for spesialisthelsetjeneste har pasienten rett til nødvendig spesialisthelsetjeneste.¹¹ Den som blir henvist til spesialisthelsetjenesten, skal enten få rett til nødvendig spesialisthelsetjeneste eller ikke. Før endringen var det slik at det først ble foretatt en vurdering av om det forelå behov for helsehjelp, og deretter om behovet var av en slik grad og art at det oppfylte de juridiske vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven (§ 2-1b). I henhold til regelverket skilte man mellom rettighetspasienter og ikke-rettighetspasienter (behovspasienter), det vil si de som dekkes av eller ikke dekkes av retten til nødvendig helsehjelp. Endringen medførte at antallet rettighetspasienter økte, og utvidet dermed gruppen av pasienter som kan benytte seg av retten til fritt behandlingsvalg. Samtidig skal det også innen denne utvidede gruppen prioriteres i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b ut fra alvorlighets- og hastegrad.

11 <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2015-10-29-1229>

Pasientrettighetsdirektivets implementering

Som medlem av EØS var det klart at Norge måtte innføre direktivet på samme måte som andre EU-land. Jeg vil her rette oppmerksomheten mot implementeringen av direktivet i norsk lovgivning og den politiske diskusjonen rundt dette. Hvordan ble direktivet fulgt opp, hvilke politiske diskusjoner har vært viktige, og hvilke rettslige og institusjonelle endringer har implementeringen medført? Det er også viktig å se iverksettingen av direktivet i sammenheng med nasjonale endringsprosesser på helsefeltet, som innføringen av fritt behandlingsvalg.

Stoltenberg-regjeringen (Ap, SV, Sp) 2005–2009 og 2009–2013

Etter at EU-kommisjonen la frem et utkast til direktiv i juli 2008, sendte den norske regjeringen forslaget til høring til en rekke aktører i helsesektoren. Mange av disse var positive til en overnasjonal regulering av grenseoverskridende helsetjenester, men mange var også skeptiske til hvordan dette ville påvirke den nasjonale prioriteringen av helsetjenester og en mulig markedsbasert utvikling av det norske helsevesenet (Eilertsen, 2012, s. 7).

Direktivet var som vi har sett, basert på EU-domstolens rettspraksis angående grenseoverskridende helsetjenester, som også var nedfelt i EU-reguleringer (f.eks. regulering 883/2004). Slike reguleringer var allerede implementert i den norske lovgivningen. Det nye var en utvidelse av disse rettighetene til også å gjelde sykehusbehandling. I Prop. 118 L (2012–2013) foreslo regjeringen Stoltenberg å utvide refusjonsordningen i pasient- og brukerrettighetsloven til også å gjelde sykehusbehandling, noe Stortinget sluttet seg til. Det ble også bestemt at pasienter skulle motta spesifiserte regninger som skulle vise hvilke tjenester som var gitt til hvilken pris, både i henhold til spesialisthelsetjenesteloven (§ 5-3) og kommunehelsetjenesteloven (§ 11-2).

Samtidig ble en lovbestemmelse om forhåndsgodkjenning innlemmet i folketrygdloven § 5-24a.¹² Spørsmål om krav om forhåndsgodkjenning ble et sentralt punkt for regjeringen. Som vi har sett, åpnet direktivet opp for at medlemslandene, under gitte betingelser, kan kreve at pasientene må ha en forhåndsgodkjenning av myndighetene for å få refundert utgiftene til behandling i andre EU- og EØS-land. Etter EU-domstolens praksis hadde forhåndsgodkjenning vært godkjent som restriksjon i den frie flyten av tjenester under visse betingelser spesifisert i direktivets kapittel III. I tillegg til i bestemte økonomiske situasjoner kunne det også kreves forhåndsgodkjenning for helsehjelp som utgjør en særlig risiko for pasienter eller befolkning, eller der det er alvorlig og konkret bekymring knyttet til helsetjenestenes sikkerhet og kvalitet.

Regjeringen gikk også inn for at det bare var de pasientene som ikke hadde fått oppfylt sine rettigheter innen en bestemt (medisinsk forsvarlig) frist (fristbrudd), som kunne søke Helseøkonomiforvaltningen (Helfo) om forhåndsgodkjenning for behandling i utlandet (som altså skulle være en forutsetning for å få refundert utgiftene til behandling i ettertid). Helfo, som er en etat under Helsedirektoratet, var utpekt som nasjonalt kontaktpunkt for grenseoverskridende helsetjenester i Norge.

«Det følger av sistnevnte bestemmelse (§ 2-1b i pasient- og brukerrettighetsloven, *forfatters tilføyelse*) at dersom det regionale helseforetaket ikke har sørget for at en pasient som har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, får den nødvendige helsehjelpen innen det tidspunkt som er fastsatt, har pasienten rett til å motta nødvendig helsehjelp uten opphold, om nødvendig fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket» (Prop. 118 L (2012–2013), s. 41).

12 Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven). Nedlastet fra https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-02-28-19/KAPITTEL_5-1#§5-14

Etter høringsrunden i 2008 utarbeidet regjeringen et «posisjonsskriv» som ble overlevert til det svenske formannskapet i EU sommeren 2009 (Eilertsen, 2012). Man tok utgangspunkt i resultatet etter den første behandlingen i EU-parlamentet (april 2009) og fremhevet seks problemstillinger som blant annet omfattet spørsmålet om forhåndsgodkjenning og krav om å lage systemer for direkteoverføring av betaling fra trygden til helsetjenestetilbydere i andre land. Et sentralt punkt var at Norge mente at direktivet burde begrenses til helsetjenestetilbydere som har avtale med det offentlige, eller som har avtale med det offentlige trygdesystemet, så langt det er mulig innenfor regelverket om fri bevegelse av tjenester (Eilertsen, 2012, s. 22). Regjeringen argumenterte med at refusjoner for behandling hos private tilbydere ville gå på bekostning av mulighetene for nasjonale prioriteringer i helsevesenet. Private aktører kunne konsentrere seg om helsetjenester som er lavt prioritert i det offentlige helsevesenet. Slike argumenter ble avvist av EU, som gjorde det klart at det *ikke kan skilles mellom offentlige og private tilbydere*, men at de skal likebehandles med hensyn til finansiering fra offentlige budsjetter (Eilertsen, 2012, s. 23). Det betyr at så lenge helsetjenesten innfrir nødvendige krav til kvalitet og sikkerhet, må nasjonale myndigheter behandle alle tilbydere likt.

Regjeringen Solberg (H, Frp) 2013–2017 og 2017–d.d.

Den nye konservative regjeringen (oktober 2013) var langt mer positiv til pasientrettighetsdirektivet enn sin forgjenger. Stoltenberg-regjeringen forsøkte å bevare nasjonal kontroll med helsevesenet ved hjelp av den muligheten for krav om forhåndsgodkjenning som direktivet åpnet for. EFTA-landenes overvåkningsorgan ESA var imidlertid kritisk til å stille et generelt krav

om forhåndsgodkjenning i den norske lovgivningen.¹³ Krav om forhåndsgodkjenning kunne aksepteres under bestemte betingelser, men ikke som et generelt prinsipp. På denne bakgrunnen fjernet den nye regjeringen kravet om forhåndsgodkjenning. Et slikt krav ble betraktet som en innskrenkning av pasientenes valgfrihet og som ressurskrevende og vanskelig å håndheve (Prop. S (2013–2014), s. 5). Dessuten viste erfaringer fra Sverige at få vil benytte seg av retten til grenseoverskridende behandling. Regjeringen gikk også imot Stoltenberg-regjeringens forslag om å begrense retten til grenseoverskridende behandling til «fristbruddspasienter». Ordningen skulle gjelde alle pasienter som hadde fått innvilget rett til behandling i spesialisthelsetjenesten, uavhengig av gitte tidsfrister (Prop. S (2013–2014), s. 5).

I stedet for krav om forhåndsgodkjenning fikk borgerne rett til en forhåndsvurdering av muligheten for å få dekket konkrete helsetjenester i utlandet dersom man ønsket det. Et forhåndstilsagn gjør det mulig for pasienten å forutberegne hvilke utgifter han eller hun kan få dekket ut fra direktivet. Det er usikkerhet knyttet til hvorvidt Kommisjonen eller EU-domstolen kan prøve hvilke rettigheter og rettsvirkninger en slik frivillig ordning gir (Knudsrød, 2015, s. 85). Det var også knyttet en del usikkerhet til hvordan man skulle beregne utgiftene til helsetjenester i Norge, og dermed hva som skulle legges til grunn for refusjon av utgifter i andre land. Her valgte man å bygge på det eksisterende prisfastsettingssystemet for beregning av stønad – DRG (diagnoserelaterte grupper).¹⁴

Regjeringen fremmet den 12. september 2014 Prop. 135 S (2013–2014), *Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning om*

13 Brev fra ESA datert 14. mai 2014 til Helse- og omsorgsdepartementet angående «the criteria for access to in-patient treatment in other EEA States». Se: <http://www.eftasurv.int/media/public-documents/692126.pdf>

14 DRG gir både medisinsk og økonomisk informasjon. Pasienter plassert i samme gruppe skal ligne hverandre medisinsk og bruke tilnærmet like mye ressurser. DRG gir dermed et grunnlag for å beregne kostnader av ulike typer behandling.

innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2011/24/EU om anvendelse av pasientrettigheter ved helsetjenester over landegrensene, for Stortinget. På bakgrunn av denne proposisjonen har Stortinget samtykket til innlemmelse av pasientrettighetsdirektivet i EØS-avtalen. Den formelle lovreguleringen av refusjonsordningen er plassert i folketrygdloven kapittel 5 om Stønad ved helsetjenester, § 5-24 a¹⁵: «Det ytes stønad til dekning av utgifter til helsetjenester som medlemmet har hatt i et annet EØS-land etter regler fastsatt av departementet i forskrift.» Bestemmelsen gir ikke rett på stønad, men hjemmel for departementet til å gi regler om stønad (Knudsrød, 2015, s. 18).

Politiske skillelinjer

Inkluderingen av pasientrettighetsdirektivet i norsk lov har vært politisk kontroversielt. Selv om mange aktører har støttet hovedlinjene i direktivet, har en del instanser og organisasjoner også uttrykt bekymring for utviklingen av det norske helsevesenet i en markedsliberal retning og at man dermed ville miste politisk kontroll med helsetjenestene (jf. Prop 118 L (2012–2013); Prop. 56 L (2014–2015)). Landsorganisasjonen (LO) uttalte for eksempel i sitt høringsinnlegg 29. september 2014 at regjeringens forslag må ses som et videre steg i en markedsretting og privatisering av det norske helsesystemet. I det lange løp mente LO at dette vil føre til økte ulikheter i fordelingen av helsetjenester, der ressurssterke personer vil komme best ut.

På Stortinget finner vi de sterkeste motforestillingene i de EU-skeptiske partiene Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet. Et av stridsspørsmålene var kravet om forhåndsgodkjenning som regjeringen hadde fjernet. Kravet om forhåndsgodkjenning ble,

15 Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven). Nedlastet fra https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-02-28-19/KAPITTEL_5-1#§5-14

som vi har sett, først og fremst knyttet til behovet for kontroll over ressursene i helsesektoren på nasjonalt nivå. Dette var nok en viktig årsak til at Ap, KrF og V ba regjeringen om å komme tilbake til Stortinget med en plan for å implementere pasientrettighetsdirektivet, slik det ble beskrevet i Prop. 118 L (2012–2013), som den gang stilte krav om forhåndsgodkjenning (Innst. 99 S (2014–2015), s. 8). SV og Sp understreket også at en ordning med en statlig forhåndsgodkjenning ville vært avgjørende for å sikre at den pasienten som først trenger hjelp, får det mens det enda er tilgjengelige budsjetter (op.cit.:7). Disse partiene ba på sin side regjeringen om å komme tilbake til Stortinget med et forslag som innebar en avvisning av hele pasientrettighetsdirektivet (Innst. 99 S (2014–2015), s. 9).

Et av de sentrale spørsmålene i implementeringen av direktivet dreide seg om i hvilken grad direktivet impliserte en endring av den norske helsetjenesten i en mer markedsorientert retning. Komitemedlemmene fra Sp og SV mente at regjeringens forslag til metode for innarbeidelse av pasientrettighetsdirektivet ville innebære at helse i enda større grad skulle behandles som om det var en vanlig vare i et vanlig marked. De advarte mot en slik utvikling, fordi de mente dette bereder grunnen for å undergrave grunnleggende helserettferdighet.

Som vi har sett, opphevet regjeringen skillet mellom behovs- og rettighetspasienter i spesialisthelsetjenesten og innførte en rett til fritt behandlingsvalg for alle pasienter med rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Forholdet mellom fritt behandlingsvalg og pasientrettighetsdirektivet ble også tatt opp av opposisjonen i Stortinget. Medlemmene fra Ap, KrF, Sp og SV bemerket at:

«Måten regjeringen foreslår å implementere Pasientrettighetsdirektivet på, vil gi en åpning for finansiering av sykehus i EØS-området og dermed en innføring av reformen Fritt behandlingsvalg gjennom EØS-avtalen, uten tilstrekkelig høring og stortingsbehandling i forkant» (Innst. 99 S (2014–2015), s. 4).

Sps medlem fremhevet at mens det var stor debatt om innføring av fritt behandlingsvalg i Norge, var det taust om betydningen av pasientrettighetsdirektivet og fritt behandlingsvalg for EU- og EØS-borgere.

I mars 2017 behandlet Stortinget et representantforslag fra Kjersti Toppe og Per Olaf Lundteigen, begge Senterpartiet, om å styrke det internasjonale og nasjonale arbeidet mot antibiotikaresistens (Dokument 8:2 S (2016–2017)). Forslagsstillerne mente at det ikke bør gis refusjon for helsebehandling i utlandet, så lenge behandling kan tilbys i Norge innen fristen på forsvarlig vis (Dokument 8:2 S (2016–2017), s. 3). Man henviste blant annet til Folkehelseinstituttets høringsbrev i forbindelse med utarbeidelsen av Prop. 135 S (2013–2014):

«Hensynet til pasientsikkerhet ved medisinsk behandling ved sykehus i utlandet, og til befolkningens vern mot smittsomme sykdommer, er tungtveiende grunner til å ha krav om forhåndsgodkjenning av refusjon av utgifter til sykehusbehandling utenfor Norge» (Dokument 8:2 S (2016–2017), s. 3).

Det ble ikke gitt noen konkret henvisning til unntaksbestemmelsene om forhåndsgodkjenning i direktivet, men det er nærliggende å knytte dette kravet til spørsmål om særlig risiko for pasienter og befolkning ved grenseoverskridende behandling.

På denne bakgrunnen foreslo representantene blant annet:

«Stortinget ber regjeringen innen juni 2017 fremme forslag for Stortinget om å stille krav om forhåndsgodkjenning for refusjon av utgifter til sykehusbehandling i utlandet (jf. Pasientrettighetsdirektivt)» (Dokument 8:2 S (2016–2017), s. 4).

Stortingsflertallet ga sin tilslutning til dette forslaget 01. mars 2017.

Regjeringen har imidlertid per medio desember 2017 ikke fulgt opp dette stortingsvedtaket.

ESAs rolle i iverksettingen av direktivet

Den europeiske overvåkningsmyndigheten ESA har, som vi har sett, uttalt seg kritisk om et generelt krav om forhåndsgodkjenning i den norske lovgivningen. Kritikken av måten Norge har iverksatt pasientrettighetsdirektivet på, går imidlertid også på en rekke andre forhold, og ESA har truet med å bringe Norge inn for EFTA-domstolen for brudd på flere av EØS-rettinghetene dersom Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) ikke foretar endringer i regelverket.¹⁶ I flere brev til departementet har ESA lagt frem sin kritikk (mai 2014 og februar 2016 med tilsvaer fra HOD i august og oktober 2015 og mai 2016). Vi skal ikke gå nærmere inn i denne kommunikasjonen, men bare gjengi ESAs hovedinnvendinger mot iverksettingen av pasientrettighetsdirektivet.

- Vurderingen av medisinsk «nødvendighet» sikrer ikke i tilstrekkelig grad at det som er anerkjent i internasjonal medisin, tas hensyn til når effekten av en viss medisinsk behandling vurderes.
- Selv når fristen løper ut for hva som er en medisinsk forsvarlig ventetid på behandling, forbyr regler i prioriteringsforskriften norske pasienter å vende seg direkte til sykehus i et annet EØS-land.
- Det foretas ikke en tilstrekkelig individuell vurdering av spørsmålet om det finnes tilgjengelig behandling i Norge som er like effektiv som den pasienten kan få i utlandet innen en medisinsk forsvarlig frist, når det søkes om refusjon/forhåndstillatelse til sykehusbehandling i andre EØS-land. De norske reglene legger heller opp til en vurdering av hvorvidt det

¹⁶ Dagens Medisin (20. september 2017). ESA vurderer rettslige skritt mot Norge. Artikkel av journalist Lasse Moe: <https://www.dagensmedisin.no/artikler/2017/09/20/esa-vurderer-rettslige-skritt-mot-norge/>

er kompetansemangel i Norge, eller om det finnes et adekvat behandlingstilbud, i stedet for å vurdere om pasienten, i den enkelte saken, kan tilbys like effektiv behandling som i utlandet innen tidsfristen.

- De norske reglene er verken klare, presise eller tilgjengelige nok til å samsvare med kravene i gjeldende rettspraksis og i pasientrettighetsdirektivet i EØS.¹⁷

Samlet mener ESA at de norske rettsreglene ikke legger tilstrekkelig til rette for sykehusbehandling i andre EØS-land ut fra pasientrettighetsdirektivets krav. Gjennom den siste henvendelsen til HOD har ESA tatt det andre skrittet i en formell prosedyre om traktatbrudd mot Norge på dette området. I sitt svarbrev til ESA av mai 2016 konkluderer HOD på følgende måte:

«The Ministry is of the opinion that the presently applicable legislation is compatible with EEA law requirements under Article 36 EEA, the Patients' Rights Directive and Regulation No 883/2004.»¹⁸

I en kommentar til Dagens Medisin sier HOD likevel at de nå vil foreta en grundig gjennomgang av uttalelsen fra ESA før det tas stilling til hvordan saken skal håndteres videre.¹⁹ Slik foreligger saken per medio desember 2017.

17 Faktaark ESA om «Sykehusbehandling i andre EØS-land»: <http://www.eftasurv.int/media/press-releases/FACT-SHEET---NOR--Hospital-treatment-in-other-EEA-States.pdf>

18 Brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til ESA 03. mai 2016 angående «Observations to the supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States». <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/772442.pdf>

19 Dagens Medisin (20.september 2017). ESA vurderer rettslige skritt mot Norge. Artikkel av journalist Lasse Moe: <https://www.dagensmedisin.no/artikler/2017/09/20/esa-vurderer-rettslige-skritt-mot-norge/>

Diskusjon

Pasientrettighetsdirektivet som uttrykk for overnasjonal rettsliggjøring

Internasjonale organisasjoner, som EU, spiller en stadig større rolle som lovgivere med stor innflytelse på politikktutforming og innholdet i nasjonale reguleringer (Aasen, Gloppen, Magnussen & Nilssen, 2014). Denne formen for rettsliggjøring ble også fremhevet i makt- og demokratiutredningens sluttrapport (NOU 2003: 19), der overnasjonale reguleringer ble sett på som en fare for demokratiet på nasjonalt nivå. Det er også en generell enighet blant forskere som har studert europeisk politikk og lovgivning, at EU-domstolen har vært en innflytelsesrik aktør i utviklingen av den Europeiske Unionen på flere felt (Hatland & Nilssen, 2009, s. 94). På mange områder har domstolen skapt nye rettigheter og plikter både for individer og for politiske institusjoner gjennom sin rettspraksis. Dette gjelder i økende grad også på det velferds-politiske området. Gjennom EØS-medlemskapet påvirker en slik utvikling også Norge.

Som vi har sett, er pasientrettighetsdirektivet basert på en samling og systematisering av EU-domstolens rettspraksis. Direktivet berører i stor grad forholdet mellom overnasjonal regulering og nasjonal politikktutforming og kan dermed ses ut fra et slikt rettsliggjøringsperspektiv. Selv om EU fremhevet at utforming og organisering av helsetjenester primært er et nasjonalt anliggende, er det klart at pasientrettighetsdirektivet innebærer en overnasjonal regulering på helsetjenesteområdet. Spenningen mellom de to nivåene kom klart til uttrykk gjennom at Kommisjonen måtte trekke forslaget til slike reguleringer ut av det generelle tjenestedirektivet i 2004.

Det synes å være stor enighet om at pasientrettighetsdirektivet primært er forankret i EUs prinsipp om fri flyt av personer

og tjenester og hensynet til EUs indre marked. Direktivet kan derfor ses som et ledd i utformingen av et *felles europeisk helsemarked*. Uavhengig av politisk tilhørighet synes dette også å være oppfatningen i Norge. Mens noen støtter en slik utvikling, uttrykker andre skepsis eller direkte motstand. Motstanderne har i særlig grad fremhevet at direktivet svekker mulighetene for nasjonal politisk styring av helsevesenet, og dermed skaper mindre rom for offentlig prioritering av helsetjenester. Motstanderne fremhever at forbudet mot å skille mellom offentlige og private tilbydere vil føre i retning av en *privatisering* på dette området. For tilhengere av økt konkurranse mellom det offentlige og private oppfattes dette i større grad som en positiv utvikling. Solberg-regjeringen tok gjennom innføring av rett til fritt behandlingsvalg direkte til orde for at private aktører på sykehusområdet skulle få en større rolle i det norske helsevesenet. Pasientrettighetsdirektivet kan i så måte ses som en utvidelse av retten til fritt behandlingsvalg for personer som er vurdert til å ha rett til behandling, til også å inkludere helse-tjenester i utlandet.

Et stridspunkt som også omfatter forholdet mellom det nasjonale og overnasjonale, var spørsmålet om *forhåndsgodkjenning av grenseoverskridende helsetjenester*. Dette dreide seg om muligheten for at nasjonale hensyn, under visse betingelser, kunne veie tyngre enn den individuelle retten til behandling i utlandet, og hvorvidt et slikt krav kunne gjøres obligatorisk for alle rettighetspasienter. Stoltenberg-regjeringen gikk inn for forhåndsgodkjenning som et generelt krav, men dette forslaget ble fjernet av den etterfølgende konservative regjeringen. Solberg-regjeringen anså blant annet et slikt prinsipp som et hinder for fri flyt av tjenester mellom EU- og EØS-landene. Argumentene for forhåndsgodkjenning dreide seg i hovedsak om at dette ville styrke nasjonal kontroll over helsevesenet, og dermed også over prioritering av helsetjenester. I mars 2017 vedtok imidlertid Stortinget å be regjeringen komme med et

nytt forslag om å bringe et krav om forhåndsgodkjenning inn i lovgivningen. Dette ble nå primært tolket som et tiltak mot spredning av antibiotikaresistente bakterier fra utlandet til Norge, det vil si ut fra helsemessige risikovurderinger.

ESAs innvendinger mot flere sider av den rettslige iverksettingen av direktivet, og overvåkingsorganets trussel om å bringe Norge inn for EFTA-domstolen hvis det ikke foretas endringer, *tydeliggjør også den overnasjonale rettsliggjøringen på dette området*, selv om det foreløpig (desember 2017) ikke har medført konkrete endringer i det norske regelverket.

Velferdsstat versus marked

Helsesystemer i ulike land varierer mye når det gjelder hvilken rolle private og offentlige tilbydere er tildelt, noe som i stor grad også påvirker den enkelte borgers relasjon til helsetjenestene. For å belyse dette nærmere tar jeg utgangspunkt i to idealtypiske systemer for fordeling av ressurser i samfunnet: velferdsstat og marked.

Velferdsstatsmodellen fremhever vårt kollektive ansvar for de av våre medborgere som av ulike grunner ikke kan sørge for seg selv gjennom markedet. Velferdsstaten stiller ressurser til rådighet for å hjelpe bestemte grupper i ulike situasjoner. Det kan dreie seg om materielle ressurser eller ulike former for tjenester. Slike ressurser fordeles ikke som almisser eller veldedighet, men på grunnlag av den enkeltes status som medborger i et politisk fellesskap. Et universelt sosialt medborgerskap konstitueres gjennom et sett av sosiale rettigheter som innebærer en rettslig regulert tilgang på bestemte velferdsressurser som for eksempel helsetjenester (Magnussen & Nilssen, 2013; Aasen mfl., 2014; Magnussen & Nilssen, 2015). Sosiale rettigheter skal sikre alle borgere et nødvendig grunnlag til å kunne delta i samfunnet, individuelt og kollektivt, som medborgere heller enn forbrukere (Marshall, 1950).

Omfordeling av ressurser gjennom skattesystemet er ansett som et viktig middel for å sikre universell tilgang til grunnleggende materielle goder og tjenester. Sosiale rettigheter kan idealtypisk sies å være individuelle rettigheter med basis i et medborgerskap som er forankret på et kollektivt politisk nivå (Magnussen & Nilssen, 2013, s. 231). Prioritering av helsetjenester blir ut fra denne modellen et spørsmål om politiske valg.

Markedsmodellen er ikke direkte knyttet til et kollektivt politisk fellesskap, men til et bestemt økonomisk system (Nilssen, 1999). Ressurser fordeles ut fra en markedslogikk der penger utgjør det sentrale formidlingsmediet (Habermas, 1994), det vil si ut fra forholdet mellom tilbud og etterspørsel med prisme-kanismen som regulerende faktor. Idealtypisk rettes oppmerksomheten mot tjenesten som produkt (vare). Fordelingene er ikke primært knyttet til kollektive vurderinger av behov eller rett, men til den enkeltes preferanser, det vil si hans eller hennes muligheter til å velge tjenester ut fra vurderinger av egne interesser, ønsker eller behov (Nilssen, 1999, s. 29). Konkurransen mellom tilbydere og valgfrihet for konsumentene utgjør sentrale elementer i modellen. Rettigheter er i denne sammenheng innrettet mot å sikre individets muligheter til å operere som markedsaktør (f.eks. kontraktsrett og forbrukerlov-givning). I motsetning til sosiale rettigheter gir denne typen tiltak ingen materielle rettigheter, det vil si rett til konkrete ytelser som for eksempel nødvendig helsehjelp. Prioritering av helsetjenester blir ut fra denne modellen et spørsmål om individuelle valg mellom konkrete tjenestetilbydere (tilbud og etterspørsel).

Det norske helsevesenet er i stor grad bygd på en velferdsstatsmodell der finansiering og utforming først og fremst skjer gjennom kollektive politiske prosesser. Universalitet og likebehandling er sentrale verdier. Prioritering av helsetjenester styres blant annet gjennom rettslige reguleringer i lov og forskrift. På denne bakgrunn kan vi si at det offentlige har relativt stor kontroll på dette

feltet. Velferdsstatsmodellen innebærer at de rettighetene og legitime forventningene den enkelte har til helsetjenester, er forankret i et universelt sosialt medborgerskap.

Pasientrettighetsdirektivet står nødvendigvis ikke i motsetning til denne modellen. Men det bringer i større grad inn elementer fra markedsmodellen i spesialisthelsetjenesten. For det første bygger direktivet på ideen om et felles europeisk helsemarked forankret i prinsippene om *fri flyt av personer og tjenester* i EU. For det andre står hensynet til *individets valgfrihet* på tvers av nasjonsgrenser sentralt. For det tredje ønsker man gjennom de nasjonale kontaktpunktene å bidra til å skape *informerte markedsaktører*. Og for det fjerde kan det enkelte medlemsland *ikke diskriminere mellom offentlige og private tilbydere*. Dette innebærer likevel ikke en rein markedsmodell. Selve grunnfundamentet i direktivet ligger i retten til å få refundert kostnadene for helsetjenester mottatt i et annet land innenfor EU- og EØS-området. Det betyr at det er det offentlige som, under gitte betingelser, må betale for slike tjenester. Prismekanismen er dermed, iallfall delvis, satt ut av spill i den enkelte pasients valg av helsetjenester. Vi kan si at direktivet til en viss grad impliserer en kollektiv finansiering av individuelle valg. At den enkelte ikke får dekket mer enn tilsvarende tjeneste koster i eget land, og at man ikke kan velge andre tjenester enn dem som tilbys i eget land, begrenser også omfanget av markedsmodellen. At pasientene må dekke reise- og bokostnader selv, og at de må legge ut for tjenestenes kostnader, kan også påvirke den enkeltes valg. Det kan for eksempel bety at det er *de mest ressurssterke* som vil benytte seg av de rettighetene direktivet gir. Krav til initiativ, informasjon og kommunikasjon i forbindelse med valg av helsetjenester i andre land kan også føre i den retning (jf. Jacobsen, Jensen & Aarseth, 1982).

De faktiske fordelingene av spesialisthelsetjenester kan dermed komme i et motsetningsforhold til formelle nasjonale

prioriteringsregler og hensynet til lik tilgang på helsetjenester (jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1). De norske reglene om pasientskadeerstatning gjelder ikke for behandling i utlandet dersom det ikke er inngått en avtale mellom behandlingsstedet og norske myndigheter på forhånd.²⁰ Pasientskadeerstatning må søkes etter reglene i behandlingslandet. Pasienter med kjennskap til dette kan dermed i større grad enn andre vegre seg mot behandling i land med ordninger som anses som dårligere enn i Norge.

Vi har sett at det på nasjonalt nivå også har vært foretatt endringer i lovgivningen som i større grad åpner opp for en markedsmodell i det norske helsevesenet. Ved å oppheve skillet mellom behovs- og rettighetspasienter i spesialisthelsetjenesten har flere kommet inn under de rettighetene som er fastsatt i pasientrettighetsdirektivet, og innføringen av rett til fritt behandlingsvalg har åpnet for større individuell valgfrihet og en utvidet rolle for private aktører i Norge. Det er i denne forbindelse viktig å fremheve at pasientrettighetsdirektivet er begrenset til *behandling* i utlandet. Det omfatter ingen tilsvarende rett til valg av tjenesteyter for *utredning* som den nasjonale retten til fritt behandlingsvalg gjør (jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-4 første ledd).

Solberg-regjeringens argumentasjon for fritt behandlingsvalg er forankret i markedsmodellen: *En sterkere konkurranse* mellom ulike tilbydere skal føre til *økt valgfrihet* for pasientene og et *mer effektivt helsevesen* (reduerte helsekøer). I dette ligger det *et større rom for private tjenesteytere* til å konkurrere med den offentlige spesialisthelsetjenesten.

Samlet kan vi si at endringene i nasjonal og overnasjonal regulering av spesialisthelsetjenesten har brakt elementer fra markedsmodellen sterkere inn i det norske helsevesenet. En utvidelse av personkretsen med rett til fritt behandlingsvalg nasjonalt og i

20 <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2001-06-15-53>

utlandet kan gjøre det vanskeligere å prioritere mellom pasienter innenfor gruppen, slik man for eksempel forsøkte ved å skille mellom behovs- og rettighetspasienter. Men mens man ut fra pasient- og brukerrettighetsloven kan prioritere innenfor den utvidede rettighetsgruppen ut fra alvorlighets- og hastegrad, kan dette ikke gjøres ved behandling i utlandet. Pasientrettighetsdirektivet gir alle rettighetspasienter den samme muligheten til å søke behandling i andre EU- eller EØS-land. En mulig konsekvens kan bli at *private tjenestetilbydere i større grad satser på de rettighetspasientene som ikke har høyest prioritet nasjonalt* (har lengre ventetid for behandling), på det offentliges bekostning. En strategi kan for eksempel være å etablere seg i et EU-naboland for på den måten å fange opp de rettighetspasientene som prioriteres lavest ut fra det norske regelverket, men som likevel dekkes av pasientrettighetsdirektivets regler. En måte å unngå dette på kan være å ta inn alvorlighetskravet i pasient- og brukerrettighetsloven som en betingelse for å få rett til helsehjelp og på den måten fjerne de minst prioriterte pasientene fra rettighetsgruppen.

Avslutning

I dette kapitlet har vi sett på pasientrettighetsdirektivets regulering av rett til sykehustjenester innenfor EU- og EØS-området og dets gjennomføring i Norge. Direktivet innebærer en sterkere overnasjonal påvirkning av nasjonale helsesystemer med utgangspunkt i EU-domstolens rettspraksis og en sterkere rett for EU-borgere til å søke helsehjelp i andre EU-land, finansiert av det offentlige i hjemlandet. Til tross for noe nasjonal motstand for eksempel når det gjelder krav om forhåndsgodkjenning, er direktivet som helhet innlemmet i norsk lov. I en prioriteringskontekst er det særlig to utviklingstrekk som er viktige: 1) Direktivet kan ses som et forsøk på å *etablere et europeisk helsemarked* forankret i EUs prinsipper

om fri flyt av tjenester og personer, der offentlige og private tjenestetilbydere skal behandles likt, og 2) på nasjonalt nivå går dette sammen med etableringen av en rett til fritt behandlingsvalg og en oppheving av skillet mellom behovs- og rettighetspasienter i spesialisthelsetjenesten. Disse utviklingstrekkene har ført til at markedstenkningen har fått en styrket posisjon i det norske offentlige helsevesenet, og det har utvidet handlingsrommet for private helseaktører på sykehusområdet, selv om velferdsstatsmodellen fortsatt er grunnleggende.

I hvilken grad en slik utvikling påvirker mulighetene for offentlig prioritering i helsesektoren, gjenstår å se. Foreløpig er det få som benytter seg av fritt behandlingsvalg nasjonalt. Samtidig har pasientrettighetsdirektivet ikke vært i kraft så lenge at vi kan si noe om hvor mange eller hvem som vil benytte seg av det. Men hvis mange etter hvert anvender grenseoverskridende helsetjenester, kan det få konsekvenser for det offentliges muligheter til å prioritere mellom ulike helsetjenester og -former. Opphevingen av skillet mellom behovs- og rettighetspasienter kan for eksempel bety at pasienter innenfor rettighetspasientgruppen som ikke har høyest prioritet i Norge, kan få hurtigere behandling i utlandet på statens regning.

Innstramning eller utvidelse av kravene til å få status som rettighetspasient i Norge vil også få konsekvenser for størrelsen på personkretsen med rett til grenseoverskridende spesialisthelsetjenester. Tap av rettigheter til pasientskadeerstatning kan begrense attraktiviteten til slik behandling.

Referanser

- Aasen, H.S., Gloppen, S., Magnussen, A-M., & Nilssen, E. (2014). Introduction. I H.S. Aasen, S. Gloppen, A-M. Magnussen & E. Nilssen (red.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*. Cheltenham and Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing.

- Brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til ESA 03.05.2016 angående «Observations to the supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States». <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/772442.pdf>
- Brev fra ESA datert 14.5.2014 til Helse- og omsorgsdepartementet angående «the criteria for access to in-patient treatment in other EEA States». <http://www.eftasurv.int/media/public-documents/692126.pdf>
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Representantforslag/2016-2017/dok8-201617-002s/>
- Eilertsen R. (2012). *EUs pasientrettighetsdirektiv. Mot et europeisk helsemarked*. De Facto-rapport 9:2012. Nedlastet fra <file:///Users/rubenperu/Downloads/EUs%20Helsedirektiv.pdf>
- ESA (s.a.) *Faktaark. Sykehusbehandling i andre EØS-land*. Nedlastet fra <http://www.eftasurv.int/media/press-releases/FACT-SHEET---NOR---Hospital-treatment-in-other-EEA-States.pdf>
- EU (2011). *Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the council of 9 March 2011 on the application of patients's rights in cross-border healthcare*. Nedlastet fra <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:en:PDF>
- Frich, J.C. (2011). Mot et europeisk helsemarked? *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 131(23), 2366–2368. Nedlastet fra <http://tidsskriftet.no/2011/11/kronikk/mot-et-europeisk-helsemarked>
- Habermas, J. (1994). Om den interne forbindelsen mellom rettsstat og demokrati. I E.O. Eriksen (red.), *Den politiske orden*. Bergen: Tano.
- Hatland, A., & Nilssen, E. (2009). Policymaking and application of law. Free movement of persons and the European Court of Justice. I R. Ervik, N. Kildal & E. Nilssen (red.), *The role of international organizations in social policy. Ideas, actors and impact*. Cheltenham og Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing.
- Hermans, H. (1997). Patients' rights in the European Union. Cross-border care and the right to health care. *European Journal of Public Health*, 7(3 supplement), 11–17.
- Innst. 99 S (2014–2015). *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*. Nedlastet fra <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2014-2015/inns-201415-099/>

- Innst. 224 L (2014–2015). *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)*. Nedlastet fra <https://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/publikasjoner/Innstillingar/Stortinget/2014-2015/inns-201415-224/>
- Jacobsen, K.D., Jensen, T.Ø., & Aarseth, T. (1982). Fordelingspolitikkenes forvaltning. *Sosiologi i dag*, 12(1), 29–49.
- Knudsrød, A.L. (2015). *Folketrygdlovens § 5-24. Stønad til helsetjenester i et annet EØS-land*. Mastergradsoppgave. Oslo: Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet.
- Magnussen, A.-M., & Nilssen, E. (2015). Sosialt medborgerskap, autonomi og deltagelse. *Tidsskrift for velferdsforskning*, 18(1). DOI: 10.18261/issn.2464-3076
- Magnussen, A.-M., & Nilssen, E. (2013). Juridification and the construction of social citizenship. *Journal of Law and Society*, 40(2). DOI: 10.1111/j.1467-6478.2013.00621.x
- Marshall, T.H. (1950). Citizenship and social class. I C. Pierson & F. Castles (red.), *The welfare state reader*. Cambridge: Polity Press.
- Moe, L. (2017). *ESA vurderer rettslige skritt mot Norge*. Nedlastet fra <https://www.dagensmedisin.no/artikler/2017/09/20/esa-vurderer-rettslige-skritt-mot-norge/>
- Nilssen, E. (1999). *Penger, makt og velferd. En studie av trygd og forsikring*. Sefos-rapport 1/1999. Doktorgradsavhandling. Bergen: Universitetet i Bergen.
- NOU 2003: 19. *Makt og demokrati. Sluttrapport fra makt- og demokratiutredningen*. Oslo: Arbeids- og administrasjonsdepartementet.
- Prestegård, S. (2016). *Skroter fritt behandlingsvalg*. Nedlastet fra <http://www.dagsavisen.no/innenriks/skroter-fritt-behandlingsvalg-1.803175>
- Prop. 56 L (2014–2015). *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)*. Oslo: Helse- og omsorgsdepartementet.
- Prop. 118 L (2012–2013). *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)*. Oslo: Helse- og omsorgsdepartementet.
- Prop. 135 S (2013–2014). *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*. Oslo: Utenriksdepartementet.

- Sauter, W. (2009). The proposed patients' rights directive and the reform of (cross-border) healthcare in the European Union. *Legal Issues of Economic Integration*, 36(2).
- Sauter, W. (2011). *Harmonisation in healthcare. The EU patients' rights directive*. Nedlastet fra https://www.tilburguniversity.edu/upload/dc8c9d2f-552c-4a4f-9228-467afea53330_harmonisation-healthcare.pdf
- Spilker, R.S. (s.a.). *Introduksjon til det norske helsevesenet*. Nedlastet fra http://mighealth.net/no/index.php/Introduksjon_til_det_norske_helsevesenet
- Sæter, T., & Heimly, V. (1996). *En kort beskrivelse av helsevesenet i Norge*. KITH-rapport 13/96. Nedlastet fra <http://www.kith.no/upload/2154/R13-96HelsevesenetNorge.pdf>
- SEC 2008 2157. Renewed social agenda. Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe. Summary of the impact assessment. Brussel: Commission of the European Communities. <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/SEC20082157FIN.do>