



Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Vår ref.: CG

Deres ref.: 200704383-/LF

Oslo, 29. september 2008

Høringsuttalelse og innsynsbegjæring – forslag til forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helsetjenesten

Vi viser til Deres høringsbrev av 1. juli 2008 med svarfrist 1. oktober d.å.

Privatsykehusenes fellesorganisasjon (PRISY) er spesielt opptatt av departementets forslag om ikke å gi forskrifter til gjennomføring av den nye § 8 litra a i pasientskadeloven. Det følger av denne bestemmelsen at:

”Kongen kan i forskrift fastsette at tjenesteytere eller nærmere angitte grupper av tjenesteytere kan eller skal tegne forsikring til dekning av ansvaret etter loven her i stedet for at Norsk Pasientskadeerstatning er ansvarlig.”

I høringsnotatet uttaler departementet på side 10 at:

”I ny § 8 a er det gitt en bestemmelse om at Kongen kan bestemme i forskrift at tjenesteytere eller nærmere angitte grupper av tjenesteytere kan eller skal tegne forsikring til dekning av ansvaret etter loven i stedet for at NPE er ansvarlig. Bestemmelsen gjelder både offentlige og private tjenesteytere. Bestemmelsen åpner for en ordning som gir tjenesteyterne valget mellom å betale tilskudd til NPE eller tegne forsikring på lovens vilkår. Etter annet ledd kan det gis nærmere bestemmelser om slik forsikring. Det følger av Ot.prp. nr. 103 (2005-2006) at departementet mener at det i utgangspunktet ikke bør åpnes for privat forsikring som alternativ til å betale tilskudd til NPE, men dersom det viser seg å oppstå udekkede behov i markedet, kan det bli aktuelt å vurdere om det bør innføres valgfrihet mellom å tegne forsikring på lovens vilkår og betale tilskudd til NPE etter at ordningen har fungert over noe tid. Det foreslås ikke forskriftsbestemmelser som åpner for forsikringsalternativet nå.”

Konsekvensen av at departementet ikke vil gi forskrifter til gjennomføringen av den nye § 8 litra a i pasientskadeloven er at Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) vil få monopol på å yte skade-forsikring for all helsehjelp utenfor den offentlige helsetjenesten, jf nye § 8 annet ledd i pasientskadeloven:

”Den som utenfor den offentlige helsetjenesten yter helsehjelp som nevnt i § 1, skal melde fra og yte tilskudd til Norsk Pasientskadeerstatning for å dekke erstatning for pasientskader voldt utenfor den offentlige helsetjenesten samt bidrag til driften.”

PRISY er prinsipielt opptatt av at private og offentlige tilbydere av helsetjenester skal likebehandles. Da departementet sendte Ot prp nr 103 (2005-2006) på høring støttet PRISY derfor forslaget om å gi pasientene likeverdig erstatningsrettslig beskyttelse innenfor og utenfor den offentlige helsetjenesten. PRISY fremhevet imidlertid viktigheten av at det ble gitt valgfrihet mellom å benytte NPE eller private forsikringsselskaper, så lenge pasientene ville få den samme beskyttelsen, se side 15 i Ot prp nr 103:

”En utvidelse av pasientskadeloven vil også være til fordel for private tjenesteytere, som ikke har tilstrekkelig individuell forhandlingsstyrke til å oppnå tilsvarende forsikringsordninger som pasientskadeloven legger opp til. Lovendringen etablerer på denne måten ordninger som de tidligere ikke har vært i stand til å oppnå, og gir forutsigbarhet med hensyn til innholdet og eksistensen av en ansvarsforsikring.

PRISY reiser imidlertid spørsmål om ikke hensynet til pasienter og private tjenesteytere, er tilstrekkelig ivarettatt ved at privat helsepersonell gis rett til å velge (i) om de vil være underlagt NPE eller (ii) om de ønsker å tegne privat forsikring til sikkerhet for det økonomiske ansvaret som kan oppstå i forbindelse med yrkesutøvelsen. Forsikringsordningen forutsettes å gi samme erstatningsrettslige vern som pasienter i offentlig sektor.”

Selv om departementet konkluderte med at det ”som utgangspunkt ikke bør åpnes for privat forsikring som alternativ til å betale tilskudd til NPE” i loven, mente departementet at det ville være naturlig å gi en unntaksbestemmelse i pasientskadeloven § 8 litra a, som kunne gjennomføres i forskrift:

”Departementet foreslår at det gis en hjemmel for å fastsette i forskrift at det kan tegnes privat forsikring i stedet å delta i NPE ordningen, jf. lovforslaget § 8 a. Det vil da være enklere å innføre slik valgfrihet dersom man ser at det blir nødvendig eller ønskelig ut fra konkurransesituasjonen og konkurranserettslige forhold. Selv om forsikringsbransjen på det nåværende tidspunkt ikke er villig til å tilby denne type forsikring, kan det ikke utelukkes at det kan bli interessant senere. Dersom tjenesteyterne gis valgfrihet, vil de ha mulighet til å forhandle om pris dersom det viser seg at forsikringsselskap i Norge eller utlandet fatter interesse for å gi forsikring på pasientskadelovens vilkår.”

PRISY mener det vil innebære et klart brudd på EØS-avtalen om departementet nå ikke gir forskrift som gjennomfører valgfriheten mellom tilskudd til NPE og likeverdig privat forsikringsdekning, fra samme tidspunkt som den nye ordningen i pasientskadeloven trår i kraft.

Det fremheves i den forbindelse at departementets vurdering av forholdet mellom den nye § 8 annet ledd i pasientskadeloven og EØS-avtalen fremstår som gjennomgående mangelfull og i strid med de vurderinger som departementet gjorde da pasientskadeloven i sin tid ble innført. Da pasientskadeloven ble foreslått i Ot prp nr 31 (1998-1999) uttalte departementet på side 74 at:

”Som en følge av EØS-avtalen gjelder regler om at forsikring i EØS-forsikringsselskap må likestilles med forsikring i norsk forsikringsselskap når det gjelder oppfyllelse av denne plikten (EØS-avtalen vedlegg IX avsnitt I og rådsdirektivene 88/357/EØF artikkel 8 og 92/49/EØF artikkel 29 og 30). Forsikringsselskapet kan likevel saksøkes i Norge blant annet etter reglene i Luganokonvensjonen artikkel 10, jfr Luganologen 8 januar 1993 nr 21. Rettsspråket vil i tilfelle være norsk. Forsikringskravet vil deretter eventuelt kunne inndrives mot forsikringsselskapet i henhold til Luganokonvensjonens regler. Etter departementets oppfatning er dette en betryggende ordning, særlig tatt i betraktning at videre konkurranse kan bidra til å holde forsikringspremiene nede.”

I Ot prp nr 103 (2005-2006) uttaler departementet på side 18 at:

”Departementet legger til grunn at obligatorisk deltagelse i NPE-ordningen ikke vil være i strid med EØS avtalen eller intern rett. Forsikringsbransjen har ikke vist vilje til å påta seg oppgaven de var tiltenkt etter pasientskadeloven, og departementet finner derfor å måtte foreslå at oppgaven overføres til NPE.”

I Ot prp nr 103 (2005-2006) gjør departementet likevel et unntak for obligatorisk deltagelse i NPE for utenlandsk helsepersonell som yter helsetjenester i Norge midlertidig, av hensyn til EØS-avtalen. Departementet uttaler i den forbindelse på side 29 at:

”Kravet til forsikring etter helsepersonelloven § 20 vil eventuelt kunne oppfylles ved en utvidelse av forsikring tjenesteyteren har i hjemlandet.”

Konsekvensen av departementets vurderinger av forholdet til EØS-avtalen blir da at:

- Departementet er enig i at norske forsikringsselskaper må likebehandles med forsikringsselskaper fra EØS-området under EØS-avtalen.
- Forsikringsselskaper fra EØS-området kan fortsette å tilby utenlandsk helsepersonell som tilbyr helsetjenester midlertidig i Norge forsikringsdekning for virksomheten de utøver her i landet.
- Departementet vil imidlertid nekte forsikringsselskaper fra EØS-området adgang til å tilby likeverdig dekning som NPE til de allerede etablerte private helseforetakene i Norge fordi departementet er av den oppfatning at den norske ”forsikringsbransjen [ikke har] vist vilje til å påta seg oppgaven de var tiltenkt etter pasientskadeloven.”

Det er vanskelig å følge departementets vurdering av hvordan dette resultatet lar seg forene med forbudet mot forskjellsbehandling av norske og utenlandske forsikringsselskaper i EØS-avtalen og forbudet mot å legge restriksjoner på den frie bevegelsen av tjenester på tvers av landegrensene. EU domstolen har som kjent fastslått at private helsetjenester i den forbindelse er beskyttet på lik linje med andre tjenester, se nå sist dom i sak C-444/05, spesielt i domspremissene 19, 23 og 25:

“According to settled case-law, medical services supplied for consideration fall within the scope of the provisions on the freedom to provide services, there being no need to distinguish between care provided in a hospital environment and care provided outside such an environment (Case C-372/04 *Watts* [2006] ECR I-4325, paragraph 86 and the case-law cited).

Whilst it is settled case-law that Community law does not detract from the power of the Member States to organise their social security systems and that, in the absence of harmonisation at Community level, it is for the legislation of each Member State to determine the conditions in which social security benefits are granted, when exercising that power Member States must comply with Community law, in particular the provisions on the freedom to provide services. Those provisions prohibit the Member States from introducing or maintaining unjustified restrictions on the exercise of that freedom in the healthcare sector (see, in particular, Case C-157/99 *Smits and Peerbooms* [2001] ECR I-5473, paragraphs 44 to 46, and *Watts*, paragraph 92).

The Court has repeatedly held that Article 49 EC precludes the application of any national rules which have the effect of making the provision of services between Member States more difficult than the provision of services purely within a Member State (Case C-381/93 *Commission v France* [1994] ECR I-5145, paragraph 17, and *Smits and Peerbooms*, paragraph 61).”

Departementet kan ikke påberope seg en eventuell manglende interesse blant forsikringsselskapene som er etablert i Norge som grunnlag for å nekte forsikringsselskaper i EØS-området adgang til dette markedet. Et slikt resultat kommer klart i strid med forbudet mot forskjellsbehandling i Artikkel 4 EØS og forbudet mot restriksjoner på den frie bevegelse av tjenester i EØS, jf Artikkel 36(1) EØS:

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

Retten til å tilby skadeforsikring på tvers av grensene i EØS-området er for øvrig utdypet i direktiv 92/49. Formålet med direktivet, som er fastsatt i fortalens punkt 1, er nettopp å gjøre det lettere for:

“[I]nsurance undertakings with head offices in the Community to cover risks situated within the Community.”

Departementets løsning vil forhindre at forsikringsselskaper i EØS-området fortsatt får adgang til denne delen av skadeforsikringsmarkedet i Norge i strid med direktivet.

Direktiv 92/49 har også som formål å gi kundene størst mulig valgfrihet:

”[I]t is in the policyholder's interest that he should have access to the widest possible range of insurance products available in the Community so that he can choose that which is best suited to his needs.”

Departementet har i Ot prp nr 103 (2005-2006) derimot lagt til grunn at pasientskadeloven bør stenge ute forsikringsselskaper i EØS-området fordi valgfriheten risikerer å gjøre det dyrere for enkelte selskaper å delta i NPE:

”Selv om det i prinsippet ville være mulig å innføre en løsning der tjenesteyterne gis valget mellom å delta i NPE-ordningen eller å tegne privat forsikring, finner departementet ikke å burde foreslå en slik ordning. NPE vil være underlagt andre rammevilkår enn private forsikringsselskap og bør derfor ikke konkurrere med disse. NPE vil ikke ha anledning til å nekte å «forsikre» noen tjenesteytere. Private forsikringsselskaper vil derimot kunne velge å tilby forsikring bare til de tjenesteytere eller grupper av tjenesteytere der de venter profit. Slik vil det kunne oppstå et «skjevt utvalg» i forsikringskollektivet slik at de «dyreste kundene» dekkes av NPE, mens de som volder få og/eller lite kostbare skader, velger privat forsikring.”

Det forhold at forsikringspremiene for private tilbydere av helsetjenester i Norge kan variere dersom aktørene får velge om de vil delta i NPE eller ikke, er ikke et relevant argument under EØS-avtalen for å avstenge en del av skadeforsikringsmarkedet. Forsikringspremiene er ordinære driftskostnader som naturligvis varierer fra forsikringsholder til forsikringsholder. Felles for alle er imidlertid to forhold: forsikringspremiene vil bli redusert desto færre tilfeller av pasientskader som inntreffer og desto mer konkurranse det legges til rette for mellom forsikringsselskapene i EØS-området.

Det er derfor vanskelig å følge departementets tanke om at denne delen av skadeforsikringsmarkedet i EØS bør stenges på grunn av prisforskjellene som ellers kan oppstå. Departementet ga uttrykk for den motsatte holdning da pasientskadeloven i sin tid ble innført og påpekte i Ot prp nr 31 (1998-1999) at den frie adgangen til å tilby skadeforsikring i EØS var ”en betryggende ordning, særlig tatt i betraktning at videre konkurranse kan bidra til å holde forsikringspremiene nede.”

PRISY vil også påpeke at departementets løsning hvorved det ikke foreslås forskrifter for å gjennomføre adgangen til å søke likeverdig og privat forsikring under nye § 8 litra a i pasientskadeloven, kan føre til at private helsetilbydere som er eller blir overtatt av andre eiere i EØS-området risikerer å måtte betale dobbelt for forsikringsdekningen i Norge. For privateide og grenseoverskridende helseforetak kan det være billigere å sikre seg en felles forsikringsavtale for hele eller deler av det virksomhetsområdet de har i EU/EØS, fremfor å inngå separate forsikringsavtaler i hvert enkelt land. Ved å kreve obligatorisk deltakelse i NPE kan departementet i realiteten pålegge slike foretak doble forsikringskostnader i Norge.

Dette vil utgjøre brudd på så vel Artikkel 36 EØS (forbudet mot restriksjoner på den frie bevegelsen av tjenester) som Artikkel 31(1) EØS (forbudet mot restriksjoner på den frie etableringsretten) hvor det fastslås at:

”I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium.”

EU domstolen har i lignende saker tidligere fastslått at slike tiltak vil være ulovlige. I sak C-514/03 som er en parallell sak som angikk adgangen til å kreve lokal forsikring av vekterselskaper i vertsstaten der selskapet allerede var forsikret i hjemstaten, uttalte EU domstolen i domspremissenes punkt 41-43 at:

“It should be noted that the requirement to lodge security with the Caja General de Depósitos, as laid down in Spanish law, is likely to hinder or make less attractive the exercise of freedom of establishment and freedom to provide services within the meaning of Articles 43 EC and 49 EC. It makes the provision of services or the formation of a subsidiary or secondary establishment in Spain more onerous for private security undertakings established in other Member States than for those established in Spain. It must be determined whether this requirement is justified.

The Court has already expressly held that providing security is less of a restriction on the freedom of establishment and freedom to provide services than is the setting of a minimum share capital to ensure the protection of creditors (*Commission v Portugal*, paragraph 55).

However, it is established case-law that such an obstacle may be justified only in so far as the public interest relied on is not safeguarded by the rules to which the provider of the service is subject in the Member State in which he is established (see *Corsten*, paragraph 35). The Spanish legislation at issue requires the security to be lodged with a Spanish body, the Caja General de Depósitos, without taking into account any security lodged in the Member State of origin. Furthermore, in the current state of development of the systems for cross-border debt recovery and execution of foreign judgments within the Union, such strictness appears disproportionate. The requirement to lodge security goes beyond what is necessary to ensure adequate protection of creditors.”

I praksis kan utgiftene til NPE bli så høye både i absolutt og relativ sammenheng (i forhold til privat forsikringsdekning) at krav om dobbeltbetaling også vil utgjøre en ulovlig restriksjon under Artikkel 40 EØS (forbudet mot restriksjoner på den frie kapitalbevegelse) i forhold til salg av eierandeler i norskeide private helseforetak til eiere i EØS-området. Kravet om obligatorisk deltakelse i NPE (uavhengig av hvilken privat forsikringsdekning selskapet har eller kan skaffe seg i EØS-området) kan i praksis bli et vern mot at mindre norskeide private helseforetak går over på utenlandske hender i EØS-området.

Departementet vil ikke ha anledning under EØS-avtalen til å pålegge obligatorisk deltakelse i NPE. PRISY mener derfor departementet er forpliktet under EØS-avtalen til også å gi forskrifter til gjennomføring av nye § 8 litra a i pasientskadeloven, fra den tid departementet vil åpne for privat deltakelse i NPE.

Denne saken er av så sentral interesse for PRISY at vi vil be om et møte med politisk ledelse i departementet, for å forsikre oss om at EØS-avtalen vil bli overholdt.

Vi ber i den forbindelse om å få oversendt kopi av all korrespondanse/saksdokumenter som har ledet departementet til å konkludere med at obligatorisk deltakelse i NPE ikke vil være i strid med EØS-avtalen, i tillegg til kopi av selve saksjournalen, jf offentlighetsloven § 2.

Vi imøteser Deres snarlige svar i saken.

Med vennlig hilsen
For Prisy



Cecilie Gundersen
Sekretariatsleder