

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
GEORGES COSMAS

fremsat den 21. september 1999 \*

Indhold

I — Indledning .....	I-8085
II — Retsforskrifter .....	I-8086
A — Fællesskabsbestemmelser .....	I-8086
a) Bestemmelser i traktaten og de relevante forordninger .....	I-8086
b) Bestemmelser i vedtægten for tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber (herefter »vedtægten«) og i den fælles ordning under den fælles sygeforsikringsordning .....	I-8087
B — Nationale retsforskrifter .....	I-8088
a) Syge- og moderskabsforsikring for personer tilsluttet den nationale ordning .....	I-8088
b) Syge- og moderskabsforsikring for personer uden for den nationale ordning .....	I-8090
III — Faktiske omstændigheder .....	I-8091
IV — Det præjudicielle spørgsmål .....	I-8092
V — Besvarelse af det præjudicielle spørgsmål .....	I-8094
A — Formuleringen af det præjudicielle spørgsmål .....	I-8094
B — Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet .....	I-8095
a) Hjemmelen for forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet .....	I-8096
aa) Anvendelse af forordning nr. 1408/71 .....	I-8096
ab) Anvendelse af traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68 .....	I-8098
ac) Anvendelse af traktatens artikel 7 .....	I-8102
ad) Konklusion vedrørende valg af hjemmel .....	I-8108
b) Forskellig behandling af sammenlignelige sager .....	I-8108
ba) Genstand for forskelsbehandlingen .....	I-8109
bb) Lighedspunkter mellem de tilfælde, der behandles forskelligt .....	I-8110
c) Den objektive begrundelse for forskelsbehandlingen .....	I-8113
d) Konklusion om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet .....	I-8114

\* — Originalsprog: græsk.

C — Beskyttelse af konkurrencen .....	I-8115
a) Er der tale om en virksomhed og en sammenslutning af virksomheder? ..	I-8116
b) Er der tale om en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet praksis? ..	I-8118
c) Er konkurrencen hindret, begrænset eller fordrejet? .....	I-8119
d) Påvirkning af handelen mellem medlemsstater .....	I-8120
e) Mærkbar begrænsning af konkurrencen og påvirkning af handelen mellem medlemsstater .....	I-8122
f) Konklusion vedrørende konkurrencebeskyttelsen .....	I-8124
VI — Forslag til afgørelse .....	I-8125

## I — Indledning

1. Ved denne anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Ottende Afdeling) forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen dels af EØF-traktatens artikel 7 og 48<sup>1</sup>, Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet<sup>2</sup>, som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 312/76 af 9. februar 1976<sup>3</sup>, og Rådets

forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som kodificeret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983<sup>4</sup>, dels af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Domstolen er nærmere bestemt blevet anmodet om at tage stilling til, om forbuddet mod forskelsbehandling mellem statsborgere i Fællesskabets medlemsstater og beskyttelsen af konkurrencen er til hinder for dels en national luxembourgsk bestemmelse, dels et cirkulære fra Union des caisses de maladie (herefter »UCM«) og en afgørelse truffet af Entente des hôpitaux luxembourgeois (herefter »EHL«), hvorefter der gælder forskellige tariffer for udgifter til læge og hospitalsophold afhængig af, om der er tale om personer, der er tilsluttet den nationale luxembourgiske sygesikringsordning, eller personer, der ikke er tilsluttet denne ordning, som f.eks. i den foreliggende sag tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber, der er omfattet af den fælles sygeforsikringsordning for De Europæiske Fællesskaber (herefter »den fælles sygeforsikringsordning«).

1 — Den forelæggende ret har henvist til de tilsvarende artikler i EF-traktaten. Men i betragtning af tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen finder jeg, at besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål skal tage sigte på fortolkningen af EØF-traktaten.

2 — EFT 1968 II, s. 467.

3 — EFT L 39, s. 2.

4 — EFT L 230, s. 6.

## II — Retsforskrifter

teten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.«

### A — Fællesskabsbestemmelser

a) Bestemmelser i traktaten og de relevante forordninger

4. Endvidere er det i artikel 7 i forordning nr. 1612/68 bestemt:

2. I EØF-traktatens artikel 7, stk. 1 (senere EF-traktatens artikel 6, stk. 1, og efter ændring nu artikel 12, stk. 1, EF) bestemmes:

»Inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.«

»1. En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, må ikke på grund af sin nationalitet behandles anderledes på de øvrige medlemsstaters område end indenlandske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelses- og arbejdsvilkår, navnlig for så vidt angår aflønning, afskedigelse og, i tilfælde af arbejdsløshed, genoptagelse af beskæftigelse i faget eller genansættelse.

3. I EØF-traktatens artikel 48, stk. 2 (senere EF-traktatens artikel 48, stk. 2, og efter ændring nu artikel 39, stk. 2, EF) hedder det:

2. Arbejdstageren nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.

»[Arbejdskraftens frie bevægelighed] forudsætter afskaffelse af enhver i nationali-

...«

5. Artikel 2 i forordning nr. 1408/71, som kodificeret og ajourført ved forordning nr. 2001/83, indeholder følgende bestemmelse:

»Denne forordning finder anvendelse på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, som er eller har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater, og som er statsborgere i en af disse stater eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område, samt på deres familiemedlemmer og efterladte.

...«

6. Endvidere bestemmer samme forordnings artikel 3, stk. 1:

»Personer, der er bosat på en medlemsstats område, og som er omfattet af denne forordning, har de samme pligter og rettigheder i henhold til en medlemsstats lovgivning som denne medlemsstats egne statsborgere, medmindre andet følger af særlige bestemmelser i denne forordning.«

7. Endelig hedder det i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (senere EF-traktatens arti-

kel 85, stk. 1, og nu artikel 81, stk. 1, EF):

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser,

...«

b) Bestemmelser i vedtægten for tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber (herefter »vedtægten«) og i den fælles ordning under den fælles sygeforsikringsordning

8. Ifølge vedtægtens artikel 64 og 72 skal tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber indbetale bidrag til den fælles sygeforsikringsordning, som godtgør lægeudgifter. Ifølge vedtægtens artikel 72, stk. 1, er tjenestemænds ægtefæller forsikret mod de

sygdomsrisici, der er omhandlet i denne artikel.

9. Bl.a. med henblik på gennemførelse af ovennævnte bestemmelser er der vedtaget en fælles ordning vedrørende sygesikring for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber. I henhold til artikel 2 i denne fælles ordning er tjenestemænd tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, mens det i artikel 3 hedder, at tjenestemændenes ægtefæller også er tilsluttet, dog på visse betingelser, der i den foreliggende sag uden tvivl må være opfyldt hvad angår Ferlini's hustru.

10. Ifølge vedtægtens artikel 72 samt artikel 1, 2 og 3 i den fælles ordning og afsnit VIII i ordningens bilag I blev lægehonorarer i forbindelse med fødsel og narkose samt udgifter til fødestue og fysioterapeutbistand samt alle andre udgifter, som opstår i direkte forbindelse med fødslen, på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen godtgjort af den fælles sygeforsikringsordning. Disse udgifter blev godtgjort med 100%, dog kun op til et vist maksimumsbeløb. Udgifter til ophold på sygehus blev godtgjort med 85%, dog ligeledes kun op til et vist maksimumsbeløb.

I - 8088

11. Artikel 9, stk. 2, i den fælles ordning bestemmer: »Institutionerne bestræber sig så vidt muligt på med repræsentanter for lægestanden og/eller de kompetente myndigheder, foreninger og institutioner at forhandle aftaler om de satser, der skal gælde for de berettigede under hensyn til lokale vilkår og i givet fald til de allerede gældende tabeller, såvel ud fra et læge- som et hospitalssynspunkt.«

12. Af oplysningerne i sagen fremgår det, at der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke var indgået nogen aftale mellem den fælles sygeforsikringsordning og EHL trods fællesskabernes initiativer med henblik herpå<sup>5</sup>.

## B — Nationale retsfor skrifter

a) Syge- og moderskabsforsikring for personer tilsluttet den nationale ordning

13. Ifølge forelæggelseskendelsen var den nationale lovgivning, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder

5 — Ifølge Ferlini krævede De Europæiske Fællesskaber samme sygesikringstarif, samme bidragssatser og samme takster som dem, der blev anvendt over for personer tilsluttet den luxembourgiske sygesikringsordning. De luxembourgiske læge- og hospitalskredse modsatte sig dog disse krav og ønskede at fastsætte tariffærerne for lægeydelserne ud fra EF-tjenestemændenes indtægter, der formodedes at være høje, samt ud fra ydelsernes art.

i hovedsagen for personer tilsluttet de luxembourgske sygekasser, primært indeholdt i artikel 308a, 308b og 308c i code des assurances sociales (socialloven) <sup>6</sup>.

14. Den af den luxembourgske lovgiver ønskede sygesikringsordning indebærer, at de tariffer, som anvendes for lægehjælp, er fuldstændig ensartede. Tarifferne fastsættes

6 — Ifølge den nationale ret forholdt det sig nærmere bestemt således, at lovgivningen om socialsikring inden 1925 ikke indeholdt mulighed for frit valg af læge. Lovgivningen anbefalede, men forpligtede ikke til, at der skulle indgås aftaler mellem sygekasserne og lægestanden. Såfremt sådanne aftaler eksisterede, var de altså fuldstændig frivillige.

Loven af 17.12.1925 indeholdt også almindelige bestemmelser om lægehonorarer, men med meget store udsving (over 300%’s forskel). Eftersom ordningen fastsatte de maksimumsbidrag, som sygekasserne kunne opkræve af medlemmerne, som herefter rådede over et frit valg af læge, var det nødvendigt at indgå aftaler, selv om disse endnu ikke var obligatoriske. Endvidere indebar selve karakteren af den sociale sikring, at der gjaldt ens tariffer for alle tilknyttede i samme erhvervsgruppe.

Ved lov af 6.9.1933 blev der i socialloven indføjet en artikel 308a, hvori det bestemtes, at såfremt der ikke forelå en aftale, skulle et paritetisk udvalg træffe afgørelse, som senere ville blive gjort bindende af regeringen. De kollektive aftaler og udvalgets afgørelser blev bindende efter regeringens godkendelse.

Siden 1951 har hele Luxembourg’s befolkning været omfattet af sygesikringen. Lægeforeningen har krævet en vis frihed med hensyn til fastsættelsen af lægehonorarer ud fra patientens indkomst. Dette krav blev til en vis grad opfyldt ved lovændringen af 24.4.1954.

Ved lovreformen af 2.5.1974 indførte regeringen en fortegnelse og fælles tariffer for lægebehandling, uanset den forsikredes indkomst og lægens kvalifikationer.

Herefter eksisterer der fire aftaleformer: Kollektive aftaler, som bliver bindende ved ministerielle bekendtgørelser, afgørelserne fra samarbejds- og voldgiftsudvalget i tilfælde af manglende kollektive aftaler, der også bliver bindende ved ministerielle bekendtgørelser, rene aftalebemmelser og endelig administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser.

De lægeydelser, som kan være omfattet af tariffer, der forhandles kollektivt eller fastsættes ved en afgørelse fra det pariteriske udvalg, er principielt kun dem, som indeholdes i den fortegnelse, der er indført ved ministeriel bekendtgørelse, som udgør en del af de luxembourgske sygekassers vedtægter.

Siden budgetlov af 20.12.1982 har lovgiver direkte fastsat tarifferne for visse ydelser. Denne praksis er blevet fulgt i de senere budgetlove.

udelukkende ud fra ydelsens art og afhænger hverken af patientens indkomst eller tjenesteyderens kvalifikationer.

15. Hvad angår syge- og moderskabsforsikringen skal de omfattede personer være tilsluttet sygekasser, der er selvstændige offentligretlige institutioner med status som juridiske personer og undergivet tilsyn fra regeringen. Sygekasserne finansieres først og fremmest ved direkte eller indirekte bidrag.

16. Som påpeget af såvel Ferlini som Kommissionen afveg det system, der gjaldt for moderskabsydelser, fra det, der gjaldt for ydelser ved sygdom. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen indebar det system, der gjaldt for ydelser i tilfælde af sygdom, at der skulle indgås kollektive aftaler mellem sygekasserne og de forskellige grupper, som yder lægehjælp, uden hensyn til, om ydelserne præsteres på sygehus. Ved ministerielle bekendtgørelser fik disse aftaler bindende virkning for alle, selv for tjenesteydere uden for den forening, der havde forhandlet aftalen <sup>7</sup>. Systemet for moderskabsforsikring byggede derimod på udbetaling af et fast beløb fra staten. Ifølge Ferlini syntes systemet i virkeligheden at

7 — Kommissionen har anført, at systemet i dag er nogenlunde det samme, bortset fra at der i dag indgås særskilte aftaler for hospitalssektoren og de øvrige sektorer.

have mere til fælles med en børnetilskudsordning end med en sygesikringsordning.

17. Som anført i forelæggelseskendelsen var de forsikrede i henhold til den lovgivning, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen (lov af 27.6.1983 og af 3.7.1975), ved fødsel berettiget til jordemoderbistand, lægebistand, ophold på sygehus eller fødeklinik, lægemidler og spædbørnsmad. Disse ydelser blev dækket af et fast beløb, der ved storhertugelig bekendtgørelse blev fastsat for hver enkelt ydelse for sig.

18. Den storhertugelige bekendtgørelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, var den storhertugelige bekendtgørelse af 31. december 1974<sup>8</sup> med ændringer, som havde til formål i medfør af sociallovens artikel 6 og 13 at fastlægge naturalydelse i anledning af sygdom og fødsel. Bekendtgørelsens artikel 12 fastlagde niveauet for ovennævnte faste beløb og udspecificerede beløbet med angivelse af prisen for de enkelte elementer.

19. I overensstemmelse med cirkulære af 1. december 1988 fra UCM om fordeling af elementerne i de faste beløb til dækning af

moderskabsudgifter fra den 1. januar 1989, som er nævnt i forelæggelseskendelsen<sup>9</sup>, var den ordning, som blev indført ved den på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen gældende lov og den pågældende storhertugelige bekendtgørelse af 31. december 1974, i praksis baseret på en beregning bestående af tre elementer, nemlig lægebistand, moderskabsudgifter og spædbørnsmad<sup>10</sup>.

b) Syge- og moderskabsforsikring for personer uden for den nationale ordning

20. Som anført af den luxembourgske regering og Kommissionen er de i Luxembourg fastsatte tariffer for sundhedsydelser til personer omfattet af forordning nr. 1408/71 de samme som tariffene for personer, der er tilsluttet den nationale ordning. Disse personer er endvidere udtrykkeligt omfattet af de kollektive aftaler om sygdom. Det må således antages, at det faste beløb, der var fastsat ved storhertugelig bekendtgørelse af 31. december 1974, også gjaldt for disse personer i forbindelse med moderskabsforsikringen.

9 — Teksten til dette cirkulære er vedhæftet Ferlini's skriftlige indlæg.

10 — Ferlini har under henvisning til UCM's cirkulære hævdet, at det første af disse tre elementer var prissat efter aftalen mellem UCM og Association des médecins et médecins-dentistes (herefter »AMMD«), og det andet og tredje element efter aftalen mellem UCM og EHL. Ferlini har endvidere fremhævet, at den nye retlige ordning var tilpasset denne praksis, som bestod i at henvise til de ved aftale fastsatte tariffer for hvert element i det fastsatte faste beløb.

8 — *Mémorial A*, nr. 95, af 31.12.1974, s. 2398.

21. Det fremgår derimod, at andre personer, som ikke var tilsluttet den nationale sygesikringsordning, ikke var omfattet af ovennævnte bestemmelser og kollektive aftaler, og at tjenesteyderne, medmindre andet var fastsat i love eller forskrifter eller ifølge internationale forpligtelser indgået af Storhertugdømmet Luxembourg, helt frit kunne fastsætte tarifferne.

22. Da der ikke var indgået nogen aftale mellem den fælles sygeforsikringsordning og EHL, fastsatte EHL ensidigt de hospitalstariffer, der fra den 1. januar 1989 gjaldt for personer uden for den nationale sygesikringsordning, herunder EF-tjenestemændene, som var tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning.

### III — Faktiske omstændigheder

23. Ferlini er tjenestemand ved Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og arbejder i Luxembourg. Af forelæggelseskendelsen fremgår det imidlertid ikke, om

Ferlini og hans hustru er statsborgere i en EF-medlemsstat <sup>11</sup>.

24. Da Ferlini er tjenestemand ved De Europæiske Fællesskaber, er han selv og hans hustru tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning.

25. Mellem den 17. og den 24. januar 1989 var Ferlini's hustru indlagt på Centre hospitalier de Luxembourg (herefter »CHL«) for at føde. Ifølge forelæggelseskendelsen er CHL et offentligt hospital.

26. Den 24. februar 1989 tilsendte CHL Ferlini en regning på 73 460 LUF for hospitalsomkostninger.

27. Ferlini rejste indsigelse mod et betalingskrav, udfærdiget den 22. april 1993, hvorved han blev pålagt at betale CHL ovennævnte beløb.

<sup>11</sup> — Af Ferlini's skriftlige indlæg fremgår det, at han er italiensk statsborger.



28. Ved dom af 24. juni 1994 forkastede Tribunal de paix de Luxembourg, Afdelingen for Borgerlige Sager og Indsigelser, indsigelsen og tilpligtede Ferlini at betale CHL det nævnte beløb med tillæg af renter efter loven.

29. Den 5. oktober 1994 ankede Ferlini denne dom.

30. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, er CHL's regning ifølge Ferlini baseret på dels de af EHL fastsatte hospitalstariffer, der gjaldt fra den 1. januar 1989 for personer og organer uden for den nationale sygesikringsordning, dels de tariffer, der gjaldt for personer tilsluttet sygekasserne, og som fremgik af cirkulæret fra UCM af 1. december 1988. Men disse tariffer oversteg langt de tariffer, der gjaldt for personer tilsluttet den nationale sygesikringsordning og var diskriminerende.

31. Til støtte for anken har Ferlini for det første gjort gældende, at CHL's fastsættelse af hospitalsudgifterne strider mod ligebehandlingsprincippet, og for det andet at den luxembourgske ordning for tarifiering af hospitalshjælp, som anvendes på EF-tjenestemænd, og som er fastlagt i en aftale

mellem de luxembourgske hospitaler, der er tilsluttet EHL, strider mod traktatens artikel 85, stk. 1.

32. Subsidiært har Ferlini gjort gældende, at det krævede beløb er for stort og står i misforhold til de præsterede ydelser.

33. Indstævnte, CHL, har nedlagt påstand om frifindelse og stadfæstelse af den påankede dom samt om tilkendelse af sagsomkostninger. I det væsentlige anfører CHL, at situationen for EF-tjenestemænd ikke kan sammenlignes med situationen for de personer, som er tilsluttet den nationale sygesikringsordning. De førstnævnte betaler hverken skat eller bidrag til den nationale sygesikringsordning, og deres indkomst er højere. I øvrigt havde den fælles sygeforsikringsordning ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen indgået nogen aftale med EHL. Endelig har CHL gjort gældende, at betingelserne i traktatens artikel 85 ikke er opfyldt i den foreliggende sag.

#### IV — Det præjudicielle spørgsmål

34. Ifølge den forelæggende ret vedrører traktatens artikel 48 samt forordningerne

nr. 1408/71 og nr. 1612/68 kun EF-borgere, som tager beskæftigelse i en anden medlemsstat eller opnår en social sikring, som reguleres af denne medlemsstats lovgivning. Men når EF-tjenestemænd er bosat i en anden medlemsstat netop på grund af deres beskæftigelse, er det uacceptabelt, at de stilles ringere end andre arbejdstagere, der er statsborgere i en medlemsstat. De bør faktisk kunne oppebære de samme fordele efter fællesskabsretten som medlemsstaternes øvrige statsborgere med hensyn til personers frie bevægelighed, etablering og social sikring.

35. Endvidere finder den forelæggende ret ikke at kunne tage stilling til de af Ferlini rejste spørgsmål og de af CHL rejste indsigelser uden en fortolkning af konkurrencerettens principper, bl.a. med hensyn til spørgsmålet om medlemsstaternes kompetence til at udforme deres sociale sikringsordninger, den særlige stilling, virksomhederne og de pågældende ydelser indtager, samt påvirkningen af fællesmarkedet.

36. Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Ottende Afdeling) har derfor beslut-

tet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Når henses til forbuddet mod forskelsbehandling af statsborgere i de stater, som er medlemmer af Den Europæiske Union, hvilket forbud er indeholdt i EF-traktatens artikel 6 og 48, og — hvad angår arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet — i Rådets forordning nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, som ændret ved Rådets forordning nr. 312/76 af 9. februar 1976, og — hvad angår social sikring — i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning nr. 2001/83 af 2. juni 1983, og

når henses til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, som forbyder alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet,

er nedennævnte bestemmelser og praksis da forenelige med fællesskabsretten:

Den storhertugelige bekendtgørelse af 31. december 1974 (*Mémorial A*, nr. 95 af 31.12.1974, s. 2398), med senere ændringer, om fastsættelse af naturalydelse i anledning af sygdom og fødsel i henhold til artikel 6 og 13 i lov om social sikring og af hospitalstarifferne fra den 1. januar 1989 for personer og organer, som ikke er tilsluttet den nationale socialsikringsordning, UCM's cirkulære af 1. december 1988 om fordeling af elementerne i de faste beløb til dækning af moderskabsudgifter fra den 1. januar 1989 og EHL's praksis, hvorefter der anvendes ens tariffer for læge- og hospitalsudgifter på personer og organer uden for den nationale socialsikringsordning og over for tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber, der er tilsluttet Fællesskabernes sygeforsikringsordning, hvilke tariffer er højere end dem, der anvendes på bosatte personer tilsluttet den nationale socialsikringsordning? «

#### V — Besvarelse af det præjudicielle spørgsmål

37. Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Ottende Afdeling) har ved sit præjudicielle spørgsmål opfordret Domstolen til at tage stilling til forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (B) og beskyttelsen af konkurrencen (C), to spørgsmål, der er opstået, fordi der i en medlemsstat anvendes særlige tariffer for udgifter til læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler for personer uden

for den nationale sygesikringsordning, herunder EF-tjenestemænd, som på grund af deres beskæftigelse arbejder og bor i denne medlemsstat, men er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning. Jeg vil se nærmere på disse to spørgsmål, efter at jeg kort har kommenteret formuleringen af det præjudicielle spørgsmål (A).

#### A — Formuleringen af det præjudicielle spørgsmål

38. På grund af formuleringen af det præjudicielle spørgsmål vil jeg erindre om, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 177 ikke skal tage stilling til fortolkningen eller gyldigheden af nationale retsfor skrifter eller disses forenelighed med fællesskabsretten; derimod kan Domstolen forsyne den nationale retsinstans med ethvert bidrag til fortolkning af fællesskabsretten, således at den kan tage stilling til spørgsmålet om disse forskrifters forenelighed med fællesskabsbestemmelserne<sup>12</sup>.

39. Det af den nationale ret forelagte præjudicielle spørgsmål må herefter forstås således, at det nærmere bestemte ønskes oplyst, om EØF-traktatens artikel 7 og 48 samt bestemmelserne i forordning nr. 1612/68 og nr. 1408/71 skal fortolkes således, at de er til hinder for dels en

12 — Jf. f.eks. dom af 22.10.1974, sag 27/74, Demag, Sml. s. 1037, præmis 8, af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 6, af 29.10.1980, sag 22/80, Bousac, Sml. s. 3427, præmis 5, og af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 7.

national bestemmelse, dels en praksis, der følges af foreninger af tjenesteydere, som yder læge- eller hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, som indebærer, at personer og organer uden for den nationale sygesikringsordning, herunder EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, skal betale højere tariffer end dem, som anvendes på bosatte personer tilsluttet den nationale sygesikringsordning.

*B — Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet*

40. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er det negative udtryk for princippet om ligebehandling af statsborgerne i EF-medlemsstaterne — nu unionsborgerne — og et udtryk for det generelle ligebehandlingsprincip, der er et grundlæggende begreb i fællesskabsretten.

41. Dette forbud, som er nærmere præciseret i mange fællesskabsretlige bestemmelser, er generelt ikke til hinder for sondringer, f.eks. når der anvendes forskellige

regler på sammenlignelige situationer eller samme regler på forskellige situationer<sup>13</sup>. Forbuddet er derimod til hinder for vilkårlige sondringer, som er kendetegnet ved ikke at være objektivt begrundede<sup>14</sup>.

42. Ifølge Domstolens faste praksis tager forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet ikke alene sigte på direkte forskelsbehandling, men også indirekte eller skjult forskelsbehandling, som, selv om den ikke er direkte begrundet i nationalitet, hvilket ville være ulovligt, er baseret på andre kriterier, som fører til samme resultat eller i det mindste et resultat, der er meget lig det resultat, der opnås ved anvendelse af nationalitetskriteriet<sup>15</sup>. Hvad dette angår skal jeg anføre, at den anfægtede forskelsbehandling i den foreliggende sag er et typisk eksempel på indirekte forskelsbehandling begrundet i nationalitet. Når tarifferne for læge- og hospitalsbehandling er forskellige, afhængig af om den pågældende er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, indebærer dette en skjult anvendelse af nationalitetskriteriet, idet størstedelen af de personer, der er tilsluttet den nationale ordning, som fremhævet af

13 — Angående forskellen mellem formel og materiel forskelsbehandling, jf. f.eks. dom af 17.7.1963, sag 13/63, Italien mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 433, org. ref.: Rec. s. 337, særlig præmis 42.

14 — Med hensyn til traktatens artikel 7, jf. f.eks. dom af 10.2.1994, sag C-398/92, Mund & Fester, Sml. I, s. 467, præmis 17. Hvad angår traktatens artikel 48 og artikel 7 i forordning nr. 1612/68, jf. f.eks. dom af 27.11.1997, sag C-57/96, Meints, Sml. I, s. 6689, præmis 45.

15 — Jf. f.eks. dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. I, s. 505, præmis 7, og af 24.9.1998, sag C-35/97, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5325, præmis 37.

Kommissionen er luxembourgske statsborgere, mens langt den overvejende del af de ikke-tilsluttede, især blandt EF-tjenestemændene, er statsborgere fra andre medlemsstater<sup>16</sup>.

a) Hjemmelen for forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet

43. Efter disse indledende bemærkninger finder jeg det i betragtning af de forskellige fællesskabsretlige bestemmelser, Domstolen skal fortolke, nødvendigt at gennemgå følgende spørgsmål: For at kunne vurdere, om der i den foreliggende sag er tale om en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i strid med fællesskabsretten (d), er det for det første nødvendigt på baggrund af de faktiske omstændigheder i hovedsagen at påvise hjemmelen for forbuddet mod denne forskelsbehandling og gennemgå de særlige betingelser for anvendelsen af forbuddet (a). Herefter skal det overvejes, om disse betingelser er opfyldt i den foreliggende sag, nærmere bestemt om der er tale om en forskellig behandling af sammenlignelige situationer, når man ser på de faktiske omstændigheder i hovedsagen og de luxembourgske retsfor skrifter, der er anvendt (b). Endelig skal det undersøges, om denne forskelsbehandling er objektivt begrundet (c).

aa) Anvendelse af forordning nr. 1408/71

44. Ifølge Domstolens praksis »[har] en person [...] status som arbejdstager efter forordning nr. 1408/71, såfremt den pågældende er forsikret, eventuelt blot mod en enkelt risiko, i henhold til en tvungen eller frivillig forsikring som led i en almindelig eller særlig social sikringsordning som omhandlet i forordningens artikel 1, litra a), uanset om der består et arbejdsforhold«<sup>17</sup>.

45. Selv om EF-tjenestemænd, her Ferlini, er tilsluttet en særlig ordning som f.eks. den fælles sygeforsikringsordning, synes de ikke at kunne anses for arbejdstagere efter ovenstående definition.

46. Som generaladvokat Lenz meget karakteristisk har anført i sit forslag til afgørelse i Schmid-sagen<sup>18</sup> »[afhænger] definitionen

16 — Jf. f.eks. Meints-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 45 og 46. Som Kommissionen i øvrigt har udtalt, er den omstændighed, at statsborgere fra de øvrige medlemsstater kan være blandt de begunstigede, eller at luxembourgske statsborgere kan være blandt de ikke-begunstigede, ikke til hinder for, at der er tale om indirekte forskelsbehandling. Jf. f.eks. dom af 7.6.1988, sag 20/85, Roviello, Sml. s. 2805, præmis 16.

17 — Jf. dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml. I, s. 2691, præmis 36.

18 — Dom af 27.5.1993, sag C-310/91, Sml. I, s. 3011.

af arbejdstagerbegrebet [...] af formålene og af forordningens saglige genstand»<sup>19</sup>. Med andre ord er kriteriet for, om en person er arbejdstager, først og fremmest om der generelt er mulighed for at anvende forordningen.

47. I denne forbindelse skal bemærkes, at selv om forordning nr. 1408/71, som har hjemmel i EØF-traktatens artikel 51 (senere EF-traktatens artikel 51 og efter ændring nu artikel 42 EF), har forbindelse med indførelsen af arbejdskraftens frie bevægelighed, er hovedformålet med forordningen at samordne de forskellige nationale lovgivninger om sociale ydelser, således at arbejdskraftens frie bevægelighed ikke bevirker, at arbejdstagere, som udnytter denne frihed, placeres i en mindre gunstig situation end arbejdstagere, der kun arbejder i én medlemsstat.

48. I den foreliggende sag er de almindelige betingelser for at anvende forordning nr. 1408/71 som nævnt af Kommissionen i sit indlæg ikke opfyldt, idet der ikke er tale om samordning af nationale socialsikringsordninger, men om plejeydelser i én medlemsstat og om anvendelse af forskellige tariffer for disse ydelser over for en kategori af personer, der primært omfatter arbejdstagere, som er statsborgere i andre

medlemsstater. Ferlini kan derfor ikke anses for arbejdstager i forordning nr. 1408/71's forstand.

49. Begrundelsen for, at Ferlini ikke kan anses for »arbejdstager« i forordning nr. 1408/71's forstand, har sammenhæng med begrundelsen for, at denne forordning ikke kan anvendes i den foreliggende sag, en begrundelse, der direkte kan udledes af forordningens artikel 2, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse finder forordning nr. 1408/71 »anvendelse på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, som er eller har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater, og som er statsborgere i en af disse stater eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område, samt på deres familiemedlemmer og efterladte«. I den foreliggende sag er Ferlini i sin egenskab af tjenestemand ved Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning. Som det fremgår af oplysningerne i sagen, er hverken han eller hans hustru derfor omfattet af nogen national lovgivning om social sikring som krævet af artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71.

50. I betragtning af det ovenfor anførte er hverken Ferlini eller hans hustru omfattet af det personelle anvendelsesområde for

forordning nr. 1408/71<sup>20</sup>. Da indholdet af begrebet arbejdstager i henhold til fællesskabsretten imidlertid ikke er entydigt, men afhænger af det retsområde, der er tale om<sup>21</sup>, er det ikke udelukket, at Ferlini og hans hustru er omfattet af det personelle anvendelsesområde for andre fællesskabsretlige bestemmelser, som f.eks. traktatens artikel 48 eller forordning nr. 1612/68.

ab) Anvendelse af traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68

51. Går man ud fra Domstolens praksis vedrørende statsborgere i Fællesskabets medlemsstater, der er tjenestemænd i internationale organisationer i almindelighed<sup>22</sup>, er der så meget desto større grund til at anse EF-tjenestemænd som Ferlini for at bevare deres status som arbejdstagere,

således at de og medlemmerne af deres familie er omfattet af det personelle anvendelsesområde for traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68.

52. Det er dog et spørgsmål, om den behandling, der er givet Ferlini og hans hustru, er omfattet af det saglige anvendelsesområde for de pågældende fællesskabsbestemmelser<sup>23</sup>. Det skal nærmere bestemt undersøges, om anvendelsen af tariffer for udgifter til læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, som er højere end dem, der anvendes over for personer tilsluttet den nationale sygesikringsordning, har nogen forbindelse med et »arbejdsvilkår« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i traktatens artikel 48, stk. 2, og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1612/68, eller med begrebet »social fordel« i samme forordnings artikel 7, stk. 2.

20 — I denne forbindelse skal der henvises til artikel 16, stk. 3, i forordning nr. 1408/71, som særlig for De Europæiske Fællesskabers hjælpepersonale giver mulighed for at vælge mellem visse nationale socialsikringsordninger. Af den begrænsning i valgmuligheden, der er fastlagt i ovennævnte bestemmelse, fremgår det indirekte, at de fastansatte EF-tjenestemænd ifølge forordningen ikke er underkastet de nationale ordninger og følgelig heller ikke er omfattet af disses anvendelsesområde. Ifølge den luxembourgske regering er den fælles sygeforsikringsordning, som bygger på EF-tjenestemændenes vedtægtsmæssige rettigheder, ikke omfattet af forordning nr. 1408/71, idet ordningen indebærer et beskyttelsesniveau, der mindst svarer til de samordningsforanstaltninger, der er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 51.

21 — Jf. Martínez Sala-dommen (nævnt i fodnote 17, præmis 31).

22 — Jf. typisk dom af 15.3.1989, sag 389/87 og 390/87, Echternach og Moritz, Sml. s. 723, hvor Domstolen har fastslået, at »en statsborger i én medlemsstat, som i en anden medlemsstat er beskæftiget i et ansættelsesforhold under en særlig folkeretlig statut, f.eks. en stilling i European Space Agency, skal anses for arbejdstager fra en medlemsstat i den i traktatens artikel 48, stk. 1 og 2, forudsatte betydning, og har følgelig, ligesom sine familiemedlemmer, de rettigheder og privilegier, der er fastsat i disse bestemmelser og i Rådets forordning nr. 1612/68« (præmis 15). Jf. også Schmid-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 20.

53. Begrebet »arbejdsvilkår«, som er anvendt i ovennævnte bestemmelser, synes at omfatte forhold, der har direkte tilknytning til arbejdskontrakten, som f.eks. aflønning, afskedigelse, anciennitetsberegning, genoptagelse af beskæftigelse i faget eller genansættelse. I denne forbindelse er det betegnende, at Domstolen for at afgøre, om et system med indbetaling af bidrag til

23 — Med hensyn til spørgsmålet om artikel 48's direkte horizontale virkning, som er et helt andet spørgsmål, jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse.

en alders- og efterladtepensionsordning, når arbejdstageren er indkaldt til militærtjeneste, kan anses for et »arbejdsvilkår«, har undersøgt, om denne indbetaling finder sted i henhold til *en lov- eller aftalebestemt forpligtelse for arbejdsgiveren*<sup>24</sup>.

54. I den foreliggende sag er jeg af den opfattelse, at anvendelsen af tariffer for udgifter til læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler rent betydningsmæssigt ikke har nogen forbindelse med begrebet »arbejdsvilkår«. Som Kommissionen har bemærket, må det, selv om anvendelsen af disse tariffer kan belaste nettoindkomsten hos personer, der ikke er tilsluttet den nationale luxembourgske sygesikringsordning, idet disse personer sandsynligvis skal betale større beløb, fordi deres forsikringsorganisationer ikke er i stand til at godtgøre hele tarifbeløbet, antages, at denne belastning indirekte og hypotetisk har forbindelse med disse arbejdstageres »arbejdsvilkår« og især aflønning. Den modsatte holdning ville i det væsentlige føre til det overforenklede synspunkt, at enhver form for tarifiering af varer eller tjenester, som medfører en stigning i de ekstraordinære udgifter som f.eks. udgifter til læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, skal anses for at påvirke den ved aftale eller lov fastsatte aflønning af arbejdstagerne.

55. Da det synes uantageligt, at niveauet for tarifferne for læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler er at betragte

som »arbejdsvilkår«, må det undersøges, om fastsættelsen af disse tariffer har de samme kendetegn som en »social fordel« efter artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Det antages i fast retspraksis, at sociale fordele omfatter »de rettigheder, det være sig med eller uden tilknytning til en arbejdskontrakt, som tilkommer enhver indenlandsk arbejdstager, i det væsentlige på grund af hans objektive status som arbejdstager, eller allerede fordi han har bopæl på det nationale område, og hvis udstrækning til også at gælde arbejdstagere med statsborgerskab i andre medlemsstater må antages at kunne fremme disses mobilitet inden for Fællesskabet«<sup>25</sup>.

56. Ifølge Kommissionen er det ud fra ovennævnte definition ikke udelukket, at den garanti, der i forbindelse med lægeydelser gives for et rimeligt prisniveau, som i overensstemmelse med principperne i det luxembourgske system er baseret på de reelle omkostninger ved de pågældende ydelser, kan anses for en social fordel, som skal ydes alle, der arbejder i Luxembourg.

57. Ifølge Ferlini er det faste beløb, den luxembourgske stat udbetaler ved fødsler, ubestrideligt en »social fordel«, som ikke

24 — Jf. dom af 14.3.1996, sag C-315/94, De Vos, Sml. I, s. 1417, præmis 18.

25 — Jf. f.eks. dom af 14.1.1982, sag 65/81, Reina, Sml. s. 33, præmis 12, af 27.3.1985, sag 249/83, Hoeckx, Sml. s. 973, præmis 20, af 6.6.1985, sag 157/84, Frascogna, Sml. s. 1739, præmis 30, samt Schmid-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 18, og Meints-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 39.



afviger grundlæggende fra den moderskabsydelse, som Domstolen har anset for at være en sådan social fordel<sup>26</sup>. Tarifieringen af de ydelser, der er dækket af det faste beløb, udgør et væsentligt element i dette faste beløb, som burde blive udbetalt til alle, der udøver deres ret til fri bevægelighed for personer i Luxembourg. I praksis har EF-tjenestemænd ikke fordel af dette faste beløb, men dette spørgsmål er ikke blevet rejst i forbindelse med hovedsagen. Ferlini har dog gjort gældende, at man under påberåbelse af det faste beløbs karakter af social fordel i det mindste kan kræve en ensartet fakturering af læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler.

58. Såvel Kommissionen, der har påberåbt sig ret til rimelige tariffer i overensstemmelse med de faktiske omkostninger, som Ferlini, der har påberåbt sig det faste beløb, som ydes ved barsel, søger at give retten til ligebehandling et positivt indhold hvad angår tarifferne for de pågældende ydelser, således at definitionen af denne ret som »social fordel« kommer i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter bl.a. ydelser med et positivt indhold anses for

»sociale fordele«<sup>27</sup>. Det fremgår imidlertid ikke helt klart af forelæggelseskendelsen, om de tariffer, der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen blev anvendt over for personer tilsluttet den nationale sygesikringsordning, svarede til omkostningerne ved ydelserne, mens tarifferne for ikke-tilsluttede, især EF-tjenestemænd, ikke svarede til disse omkostninger, eller om det faste beløb til dækning af udgifter til behandling i forbindelse med fødsler eller tarifieringen af disse behandlinger kan sammenlignes med moderskabsydelsen. Det tilkommer således den nationale retsinstans, som har et indgående kendskab til national ret og de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at undersøge, om ovennævnte argumenter kan tiltrædes.

59. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at den anfægtede tarifiering af læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler kan anses for at være omfattet af det saglige anvendelsesområde for det ligebehandlingsprincip, der er knæsat i artikel 7 i forordning nr. 1612/68, og finder ikke, at det er nødvendigt at undersøge, om der er tale om en ydelse eller en fordel med positivt indhold, idet man kan nøjes med en vurdering »a majori ad minus«. Da ligebehandlingsprincippet også gælder for »sociale for-

27 — Jf. f.eks. dom af 15.10.1969, sag 15/69, Ugliola, Sml. 1969, s. 93, org. ref.: Rec. s. 363, om beskyttelse mod de ulemper, der følger af aftjeningen af værnepligt, af 13.12.1972, sag 44/72, Marsman, Sml. 1972, s. 313, org. ref.: Rec. s. 1243, om beskyttelse mod afskedigelse, af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, om den »adskillelsesgodtgørelse«, der tildeles arbejdstagere, som er ansat et andet sted end deres bopæl, af 30.9.1975, sag 32/75, Cristini, Sml. s. 1085, om de rabatkort til transport, som udstedes af en national jernbaneinstitution, af 12.7.1984, sag 237/83, Prodest, Sml. s. 3153, om retten til fortsat at være omfattet af den sociale sikringsordning, der gælder i den medlemsstat, hvor virksomheden er etableret, og af 11.7.1985, sag 137/84, Mutsch, Sml. s. 2681, om arbejdstageres mulighed for at anvende sit modersmål i retssager i den medlemsstat, hvor de har bopæl.

26 — Jf. dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817.

dele«, må det antages, at princippet finder anvendelse på enhver bestemmelse, som dels, selv om den ikke skaber en fordel med et positivt indhold i snæver forstand, dog vedrører arbejdstagernes sociale situation — uafhængigt af, om der er nogen forbindelse med en bestemt arbejdskontrakt — dels generelt omfatter nationale arbejdstagere, primært som følge af disses objektive status som arbejdstagere eller simpelthen som følge af deres ophold på nationalt område, og hvis udvidelse til at omfatte arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater, derfor synes at være egnet til at lette disses frie bevægelighed inden for Fællesskabet. Det er klart, at tarifieringen af læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler i alle enkeltheder er dækket af ovennævnte definition.

60. Antages det, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen er omfattet af det saglige anvendelsesområde for artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, skal der peges på et sidste problem. Domstolen har for nylig fastslået, at en national lovgivning, som er omfattet af traktatens artikel 48 og artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, og som afholder en statsborger i en medlemsstat fra at forlade sit land for at udøve sin ret til fri bevægelighed, anses for at stride imod traktatens artikel 48, uden at det er nødvendigt at undersøge, om der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet<sup>28</sup>. Det synes at fremgå af denne dom, at det tilfælde, hvor en national lovgivning afholder arbejdstagere fra at udøve deres

ret til fri bevægelighed, afviger fra det tilfælde, hvor der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i forbindelse med udøvelsen af samme ret. Det synes nærmere bestemt, at anvendelsesområdet i det første tilfælde er større end i det andet tilfælde, og at der alene bygges på en formodning<sup>29</sup>.

61. I den foreliggende sag kan det dog vanskeligt hævdes, at anvendelsen i en medlemsstat af tariffer for behandlinger i forbindelse med fødsler, der er højere end tarifferne for personer tilsluttet denne medlemsstats sygesikringsordning, ud over at indebære en indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet generelt vil kunne afholde en statsborger i en anden medlemsstat fra at arbejde i den første medlemsstat, og da slet ikke når der er tale om en EF-tjenestemand. Jeg når frem til denne konklusion, fordi jeg tager hensyn til, at der ved behandlinger i forbindelse med fødsler er tale om ekstraordinære, forholdsvis forudsigelige og begrænsede udgifter, også i betragtning af de store muligheder for forsikring og udgiftsdækning i forskellige medlemsstater, som den fælles sygeforsikringsordning tilbyder. Kan det derimod påvises, at der i en medlemsstat, som i den foreliggende sag Storher-tugdømmet Luxembourg, fastsættes tariffer, der indebærer en tilsvarende forskelsbehandling hvad angår samtlige — eller en væsentlig del af — læge- og hospitalsbe-

28 — Jf. dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 41.

29 — Jf. Terhoeve-dommen, nævnt i fodnote 28, præmis 40.

handlingerne i almindelighed, vil man kunne hævde, at dette eventuelt vil afholde statsborgere i en medlemsstat fra at forlade bopælsmedlemsstaten for at arbejde som EF-tjenestemænd i det pågældende land.

hvis Domstolen fastslår, enten at Ferlini ikke er arbejdstager i den betydning, hvori udtrykket anvendes i artikel 48 og i forordning nr. 1612/68, eller at den anfægtede forskelsbehandling ikke er omfattet af det saglige anvendelsesområde for disse bestemmelser, dvs. at forskelsbehandlingen hverken vedrører »arbejdsvilkår« eller »sociale fordele«.

ac) Anvendelse af traktatens artikel 7

62. Traktatens artikel 7, som bestemmer: »Inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt«, kan kun anvendes selvstændigt på forhold omfattet af fællesskabsretten, for hvilke traktaten ikke indeholder særlige bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling<sup>30</sup>.

63. Da forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet udtrykkeligt er bekræftet i traktatens artikel 48, må det således antages, at traktatens artikel 7 i den foreliggende sag kun kan anvendes, såfremt artikel 48 og forordning nr. 1612/68 ikke finder anvendelse. Følgelig kan spørgsmålet om anvendelsen af artikel 7 således opstå,

64. I et sådant tilfælde må det undersøges, om de faktiske omstændigheder i hovedsagen er omfattet af traktaten, hvilket er en betingelse for at anvende forbuddet mod forskelsbehandling som omhandlet i traktatens artikel 7.

65. Desangående skal fremhæves, at Domstolen synes at acceptere en bred fortolkning af denne betingelse og anerkende, at situationer, som, selv om de ikke har nogen direkte sammenhæng med de grundlæggende frihedsrettigheder, der er knæsat i fællesskabsretten, indirekte påvirker udøvelsen af disse frihedsrettigheder, er underlagt traktaten<sup>31</sup>. Med andre ord er traktatens anvendelsesområde som omhandlet i artikel 7 ikke en statisk størrelse, idet anvendelsesområdet gradvis kan udvides til at omfatte en række områder, som ikke er fremmede for fællesskabsret-

30 — Jf. f.eks. dom af 30.5.1989, sag 305/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1461, præmis 13, og af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 19. Hvad angår den såkaldte »subsidiære« karakter af EF-traktatens artikel 6, jf. også generaladvokat La Pergola's forslag til afgørelse (punkt 10 ff.) i sagen Data Delecta og Forsberg (dom af 26.9.1996, sag C-43/95, Sml. I, s. 4661).

31 — Jf. typisk Data Delecta og Forsberg-dommen, nævnt i fodnote 30, præmis 14 og 15, vedrørende nationale retsforskrifter, der falder inden for traktatens anvendelsesområde, fordi de, eventuelt blot indirekte, påvirker udvekslingen af varer og tjenesteydelser inden for Fællesskabet.

ten, eller som er undergivet denne, måske blot delvis<sup>32</sup>.

har taget ophold i førstnævnte medlemsstat, for denne undervisning opkræver en studieafgift, som ikke opkræves af statens egne borgere«<sup>35</sup>.

66. Hvad især angår EF-tjenestemænd har Domstolen i Forcheri-sagen, som i lighed med den foreliggende sag vedrørte situationen for en EF-tjenestemand's hustru<sup>33</sup>, først og fremmest fastslået, at »EF-tjenestemænds retsstilling i den medlemsstat, hvor de gør tjeneste, følger af traktaten på grund af to forhold, nemlig for det første, fordi de er ansatte ved Fællesskaberne, for det andet, fordi de skal have adgang til alle de fordele, der består for medlemsstaternes borgere som følge af fællesskabsrettens regler om fri bevægelighed for personer, etablering og social sikring«<sup>34</sup>. I samme dom fastslog Domstolen — i sit svar på det særlige spørgsmål om, hvorvidt et krav om, at en EF-tjenestemand's ægtefælle, der ikke er statsborger i den medlemsstat, hvor ægtefællen er etableret med tjenestemanden, betaler en studieafgift, er omfattet af traktaten og er forenelig med fællesskabsretten — at »når en medlemsstat gennemfører undervisningsvirksomhed bl.a. med henblik på faglig uddannelse, er det i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, jf. traktatens artikel 7, hvis medlemsstaten af en anden medlemsstats borgere, der lovligt

67. I ovennævnte dom, der blev afsagt før Echtenach og Moritz-dommen (nævnt i fodnote 22) og Schmid-dommen (nævnt i fodnote 18), lod Domstolen underforstå, at en EF-tjenestemand, der er statsborger i en EF-medlemsstat, ikke er arbejdstager efter traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68, men erkendte samtidig, at man ikke kan nægte den pågældende de rettigheder, der er fastlagt i disse EF-bestemmelser, og besluttede derfor at basere sin dom på traktatens artikel 7. Det rejste så spørgsmålet om, hvilke personer der uden at være arbejdstagere i ovennævnte forstand kunne være omfattet af traktaten. For at besvare dette spørgsmål anvendte Domstolen kriteriet »en anden medlemsstats borgere, der lovligt har taget ophold i førstnævnte medlemsstat«. Endvidere synes det af dommens præmisser at fremgå, at Forcheri's hustru var berettiget til ligebehandling, fordi hun var ægtefælle til en EF-tjenestemand, hvilket bevirkede, at hun lovligt havde taget ophold i den pågældende medlemsstat. Men i domskonklusionen synes Domstolen helt generelt at gå ud fra kriteriet om lovligt ophold uden at komme nærmere ind på den særlige situation for EF-tjenestemænds ægtefæller. Dette har fået dommens kommentatorer til at tale om et nyt fællesskabsretligt perspektiv, der er åbnet af Domstolen. Det vil med

32 — Hvad angår faglig uddannelse jf. f.eks. dom af 13.2.1985, sag 293/83, Gravier, Sml. s. 593, og af 2.2.1988, sag 24/86, Blaizot m.fl., Sml. s. 379.

33 — Forcheri's hustru var ubestrideligt italiensk statsborger.

34 — Dom af 13.7.1983, sag 152/82, Sml. s. 2323, præmis 9.

35 — Præmis 18.

andre ord sige, at når blot en EF-statsborger har taget lovligt ophold på en medlemsstats område, har han, selv om han ikke er arbejdstager efter artikel 48 og forordning nr. 1612/68, ret til ligebehandling på alle de af traktaten omfattede områder<sup>36</sup>.

68. I denne forbindelse skal bemærkes, at dette nye perspektiv, der blev åbnet ved Domstolens dom i 1983, er blevet bekræftet ved EF-traktatens artikel 8 (efter ændring nu artikel 17 EF) og 8 A (efter ændring nu artikel 18 EF)<sup>37</sup>. Domstolen har i en af sine senere domme fastslået: »I henhold til traktatens artikel 8, stk. 2, har unionsborgerne de rettigheder og pligter, der er indeholdt i traktaten, herunder den i traktatens artikel 6 knæsatte ret til ikke inden for traktatens materielle anvendelsesområde at blive udsat for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Det følger

36 — Jf. G. Starkle: »Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un État membre licitement installé dans un autre État membre« [kommentarer til ovennævnte Forcheri-dom], i *Cahiers de droit européen*, 1984, s. 672 ff. Ifølge generaladvokat Darmon har Domstolen også i Forcheri-dommen klart fastslået, »at enhver EF-borger, uafhængigt af et ansættelsesforhold ved EF-institutionerne, har adgang til alle de fordele, der består som følge af fællesskabets regler«, bl.a. om arbejdskraftens frie bevægelighed« (forslag til afgørelse vedrørende Echernach og Moritz-dommen, der er nævnt i fodnote 22, punkt 24 (o.a.: skal være punkt 37)).

37 — Artikel 8 er affattet således:  
 »1. Der indføres et unionsborgerskab.  
 Unionsborgerskab har enhver, der er statsborger i en medlemsstat.  
 2. Unionsborgerne har de rettigheder og er underkaster de pligter, der er indeholdt i denne traktat.«  
 Endvidere hedder det i artikel 8 A, stk. 1: »Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat og i gennemførelsesbestemmelserne hertil.«

heraf, at en borger i Den Europæiske Union som appellanten i hovedsagen, der lovligt har bopæl i den pågældende værtsmedlemsstat, kan støtte ret på traktatens artikel 6 i alle de tilfælde, der er omfattet af fællesskabsrettens materielle anvendelsesområde...«<sup>38</sup>. Ligheden mellem denne fortolkning af traktatens artikel 8 og 8 A og Forcheri-dommen er slående. Selv om ovennævnte artikler ikke fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, kan nævnte fortolkning, som Domstolen har givet af de pågældende artikler, derfor belyse Forcheri-dommens betydning.

69. Hvis denne retspraksis anvendes i den foreliggende sag, må det anerkendes, at Ferlini's hustru, fordi hun var statsborger i en EF-medlemsstat — et forhold, der skal kontrolleres af den nationale ret — og havde lovligt ophold i Luxembourg som ægtefælle til en EF-tjenestemand, der arbejdede i Luxembourg, ikke måtte udsættes for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der er forbudt ved traktatens artikel 7, i nogen af de tilfælde, som er omfattet af traktaten. Det er åbenbart, at tarifterne for læge- og hospitalsbehandling vedrører ydelser, der, som Kommissionen har anført i sit indlæg, var og uden tvivl fortsat er omfattet af dette anvendelsesområde<sup>39</sup>, uden at det er nødvendigt at

38 — Jf. Martínez Sala-dommen, der er nævnt i fodnote 17, præmis 62 og 63.

39 — Med hensyn til lægebehandling har Kommissionen henvist til dom af 31.1.1984 i sag 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, hvori Domstolen har fastslået, at »turister, kurrejsende... må anses for modtagere af tjenesteydelser« (præmis 16).

undersøge, om ydelserne vedrører »arbejds-vilkår« eller »sociale fordele«, således som det er nødvendigt, når der er tale om anvendelse af traktatens artikel 48 og for-ordning nr. 1612/68<sup>40</sup>.

70. Ferlini's hustru har en selvstændig ret til ikke at blive forskelsbehandlet. Denne ret tilkommer hende under alle omstændigheder i hendes egenskab af ægtefælle til en EF-tjenestemand, der er statsborger i en EF-medlemsstat — hvilket den nationale ret også skal kontrollere — hvis retsstilling i overensstemmelse med ovenstående er omfattet af traktaten, og som sammen med sin familie har krav på samtlige de fordele, fællesskabsretten giver statsborgerne i medlemsstaterne med hensyn til fri bevægelighed for personer, etableringsfrihed og social beskyttelse.

71. Det sidste — men dog ikke det mindst væsentlige — spørgsmål, der skal tages stilling til i forbindelse med fortolkningen af traktatens artikel 7, vedrører muligheden for at anvende denne artikel ikke alene på forskelsbehandling, der er et resultat af EF-institutionernes eller medlemsstaternes handlinger, men også på den forskelsbehandling, der kan opstå i relationerne mellem private. I henseende til de faktiske omstændigheder i hovedsagen rejser dette spørgsmål sig, hvis man finder, at en forskelsbehandling kan tilskrives privatretlige juridiske personers aktiviteter, eller

med andre ord, hvis man finder, at en forskelsbehandling kan tilskrives CHL, EHL eller UCM, og hvis de pågældende juridiske personer er privatretlige juridiske personer. Det skal i denne forbindelse påpeges, at forelæggelseskendelsen ud over en oplysning om, at CHL er en offentlig institution, ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger til, at det kan afgøres, om disse juridiske personer er offentlig- eller privatretlige. Det tilkommer derfor den nationale retsinstans, som kender den nationale ret, at belyse dette punkt.

72. Jeg er af den opfattelse, at udviklingen i Domstolens praksis trods de retslærdes ofte tøvende tilgang til dette spørgsmål<sup>41</sup> berettiger mig til i den foreliggende sag at svare bekræftende på spørgsmålet, om artikel 7 kan have det, der sædvanligvis kaldes en »direkte horisontal virkning«.

73. Begrundelsen for dette svar kan være, at den adfærd, der er udvist af privatretlige

41 — Denne tøvende holdning bygger især på følgende argumenter: a) Traktatens generelle opbygning er baseret på forpligtelser, der pålægges medlemsstaterne, undtagen i få tilfælde, hvor traktaten udtrykkeligt pålægger private, især virksomheder, forpligtelser for at beskytte konkurrencen. b) Andre vagt formulerede traktatbestemmelser som f.eks. traktatens artikel 48, stk. 2, har ikke nogen direkte horisontal virkning. c) Det er først og fremmest Kommissionen, der skal kontrollere overholdelsen af traktatforpligtelserne, og det er alene den, der kan indbringe en retsakt udstedt af en medlemsstat for Domstolen. Jf. herom C.-F. Durand: »Les principes«, i *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, bind 1, *Préambule, Principes. Libre circulation des marchandises*, Editions de l'Université de Bruxelles, Études européennes, 2. udg. 1992, s. 60.

40 — Jf. punkt 52 ff. i dette forslag til afgørelse.

juridiske personer, og som er uforenelig med fællesskabsretten, fordi den indebærer en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, tilskrives medlemsstaten selv.

74. I forbindelse med reguleringen af forholdet mellem arbejdsmarkedets parter har Domstolen anerkendt, at regler udstedt af privatretlige juridiske personer kan tilskrives medlemsstaten selv, når der har været tale om »kvasiretsakter«, der kan sammenlignes med retsakter udstedt af medlemsstaten selv. Domstolen har således med hensyn til traktatens artikel 7 og 48 fastslået, at »artikel 7, 48 og 59... for deres respektive anvendelsesområde (indeholder) et fælles forbud mod al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet; ... forbuddet mod denne form for forskelsbehandling gælder ikke alene for offentlige myndigheders retsakter, men tillige for andre former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser«<sup>42</sup>. Hvad særlig angår traktatens artikel 48 udtalte Domstolen ligeledes, at »afskaffelsen mellem medlemsstaterne af hindringerne for den frie bevægelighed for personer og tjenesteydelser, som er et grundlæggende mål for Fællesskabet, nævnt i traktatens artikel 3, litra c), ville blive truet, hvis afskaffelsen af nationale skranker blev modvirket af hindringer, som skyldtes, at sammenslutninger eller organer, der ikke henhører under den offentlige ret, udøver deres retlige autonomi... (o.a.: Dette citat er fra Walrave-dommen og ikke fra Bosman-dommen). Domstolen fastslog desuden, at arbejdsvilkårene i de forskellige medlemsstater snart reguleres ved bestemmelser af lovgivnings-

eller anordningsmæssig karakter, snart ved aftaler og andre retsakter, der er indgået eller vedtaget af borgerne. Hvis derfor traktatens artikel 48 alene fandt anvendelse på offentlige myndigheders retsakter, ville der opstå fare for uligheder ved anvendelsen heraf«<sup>43</sup>.

75. Antages det imidlertid i den foreliggende sag, at forskelsbehandlingen skyldes UCM's eller EHL's afgørelser og praksis, kan det ikke under henvisning til ovennævnte retspraksis bestemmes, at traktatens artikel 7 finder anvendelse i den foreliggende sag med den begrundelse, at disse juridiske personer, uanset om de er offentlig- eller privatretlige, generelt tilstræber en kollektiv regulering af den sociale sikring i Luxembourg. Ganske vist deltager disse juridiske personer, som det fremgår af forelæggelseskendelsen og parternes indlæg, aktivt i de kollektive forhandlinger i forbindelse med fastsættelsen af tarifferne for læge- og hospitalsbehandling og spiller således i socialsikringsammenhæng en rolle, der kan sammenlignes med arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationernes rolle, når disse regulerer forholdet mellem arbejdsmarkedets parter gennem kollektive overenskomster, og med hensyn til generelle beføjelser er disse juridiske personer således organer, der har til formål at bidrage til reguleringen af den sociale sikring, hvilket bevirker, at de regler, de udsteder, generelt får karakter af »kvasiretsakter«; men i hovedsagen er EHL's fastsættelse af tarifferne for læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler for personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, ikke omfattet af den

42 — Jf. dom af 12.12.1974, sag 36/74, Walrave og Koch, Sml. s. 1405, præmis 16 og 17. Jf. også dom af 14.7.1976, sag 13/76, Donà, Sml. s. 1333, præmis 17 ff.

43 — Jf. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 83 og 84.

kollektive regulering af den sociale sikring, dels fordi fastsættelsen af tariffene er ensidig og ikke kollektiv, dels fordi fastsættelsen af tariffene vedrører personer uden for den nationale sygesikringsordning<sup>44</sup>. Disse to forhold gør det umuligt at sidestille de af EHL fastsatte regler, der er årsag til tvisten i hovedsagen, med retsakter udstedt af staten selv.

76. Jeg finder dog ikke, at ovenstående konklusion er til hinder for, at medlemsstaten drages til ansvar for den forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som de regler, der er fastsat af privatretlige juridiske personer, indebærer.

77. I den foreliggende sag synes forskelsbehandlingen på grundlag af nationalitet nemlig at kunne føres tilbage til dels den nationale lovgivning (artikel 6, 13 og 308a ff. i socialloven), som giver mulighed for gennem kollektive aftaler at fastsætte tariffene for læge- og hospitalsbehandling, dels vedtagelsen af den storhertugelige bekendtgørelse af 31. december 1974, som definerer naturalydelseerne i forbindelse med fødsler. Det er nemlig netop på baggrund af fortolkningen af denne lov og bekendtgørelse, som klart kan tilskrives medlemsstaten, at det er besluttet ikke at lade de tariffene, der gælder for personer tilsluttet

den nationale sygesikringsordning, gælde for statsborgere fra andre EF-medlemsstater, der ikke er tilsluttet denne ordning. Selv om denne lov og bekendtgørelse ikke direkte fastsætter højere tariffene for sidstnævnte kategori af personer, synes de at give de kompetente organer mulighed for at fastsætte sådanne højere tariffene. Med andre ord er det primært som følge af denne lov og bekendtgørelse, at der er sket forskelsbehandling, ikke som resultat af en aktiv indgriben, men fordi en bestemt personkategori står uden beskyttelse, eller i hvert fald fordi der gives mulighed for at behandle denne personkategori på en anden måde. Når adfærden hos juridiske personer, der yder hospitalsbehandling og fastsætter tariffene herfor, indebærer en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, skyldes dette således først og fremmest, at ovennævnte lov og bekendtgørelse giver dem mulighed for at udøve forskelsbehandlingen.

78. I den forbindelse har Domstolen udtalt, at når en medlemsstat undlader at gribe ind eller i givet fald ikke træffer tilstrækkelige foranstaltninger til at fjerne hindringer for de fællesskabsretlige friheder, der er sikret i det indre marked uden indre grænser, herunder hindringer, der skyldes private aktioner i medlemsstaten, kan dette have lige så alvorlige følger som en aktiv indgriben til skade for disse friheder. Desangående er medlemsstaterne ikke alene forpligtet til selv at afholde sig fra at udstede retsakter og fra handlinger, der kan opstille hindringer for de grundlæggende friheder, men også i henhold til EØF-traktatens artikel 5 (senere EF-traktatens artikel 5 og nu artikel 10 EF) til at træffe alle nød-

44 — Jf. punkt 113, 114 og 115 i dette forslag til afgørelse.



vendige og adækvate foranstaltninger til at håndhæve disse friheder på deres områder<sup>45</sup>.

79. I betragtning af, at en forskelsbehandling kan tilskrives en medlemsstat, hvis forskelsbehandlingen er en følge af privates handlinger på medlemsstatens område, er der ingen tvivl om, at relationerne mellem disse private er omfattet ikke alene af traktatens artikel 48 og artikel 7 i forordning nr. 1612/68, men også af traktatens artikel 7, især da forpligtelserne i henhold til denne artikel er velafgrænsede og meget klare. Det er derfor på ingen måde overraskende, at det med hensyn til EØF-traktatens artikel 119 (senere EF-traktatens artikel 119; EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF) nu er anerkendt, at da denne artikel er ufravigelig, gælder forbuddet mod forskelsbehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere ikke blot for de offentlige myndigheder, men tillige for alle overenskomster, som kollektivt regulerer arbejdslønnen, og for aftaler mellem private<sup>46</sup>. I betragtning heraf er det virkelig vanskeligt at forestille sig, at mens en arbejdskontrakt mellem private i henhold til traktatens artikel 119 skal overholde princippet om ligeløn mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere, behøver det princip om ligebehandling mellem statsborgerne i EF-medlemsstaterne, der er knæsat i traktatens artikel 7, ikke at blive overholdt, når der er tale om en aftale om ydelse af læge- og hospitalsbehandling. Følgelig må det, selv

om forskelsbehandlingen på grundlag af nationalitet anses for at være resultat af et skøn udøvet af et enkelt hospital, som f.eks. CHL, eller resultat af dette hospitals anvendelse af en afgørelse truffet af en sammenlutning af hospitalet, som f.eks. EHL, og selv om disse juridiske personer er privatretlige juridiske personer, alligevel antages, at traktatens artikel 7 finder anvendelse.

ad) Konklusion vedrørende valg af hjemmel

80. Jeg foreslår derfor, at Domstolen hvad angår hjemmelen for forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fastslår, at den nationale ret skal anvende artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 på de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Skulle Domstolen dog finde, at disse faktiske omstændigheder ikke er omfattet af denne forordnings saglige anvendelsesområde, kan den i stedet beslutte, at traktatens artikel 7 skal anvendes.

b) Forskellig behandling af sammenlignelige sager

81. I betragtning af de faktiske omstændigheder i hovedsagen vil jeg kommentere dels

45 — Jf. dom af 9.12.1997, sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959, præmis 30, 31 og 32, som især vedrører de frie varebevægelser.

46 — Jf. f.eks. dom af 31.5.1995, sag C-400/93, Royal Copenhagen, Sml. I, s. 1275, præmis 45.

eksistensen af og især genstanden for forskelsbehandlingen (ba), dels lighedspunkterne mellem disse tilfælde, der behandles forskelligt (bb).

der er tilsluttet fællesskabernes sygeforsikringsordning, hvilke tariffer er højere end dem, der anvendes på bosatte personer tilsluttet den nationale socialsikringsordning.

## ba) Genstand for forskelsbehandlingen

82. I forelæggelseskendelsen er det ikke i enkeltheder angivet, for hvilke dele af hospitalsbehandlingen i forbindelse med fødsler der sker forskelsbehandling med hensyn til de anvendte tariffer mellem personer, der er tilsluttet, og personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning. De eneste beløbsangivelser angående dette i forelæggelseskendelsen findes i redegørelsen for Ferlini's påstande<sup>47</sup>, men i intet tilfælde er det nøjagtigt anført, hvilke regler, aftaler eller afgørelser der danner grundlag for fastsættelsen af de nævnte priser. Den eneste oplysning, der kan udledes af forelæggelseskendelsen, især ordlyden af det præjudicielle spørgsmål, og som kan danne grundlag for Domstolens svar, er den omstændighed, at det fremgår af samtlige luxembourgiske bestemmelser, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at der anvendes ens tariffer for læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler på personer og organer uden for den nationale socialsikringsordning og over for EF-tjenestemænd,

83. Det skal dog bemærkes, at hvis man, som Ferlini har hævdet, og som det synes at fremgå af de dokumenter, han har vedlagt som bilag, ser på de priser, der anvendes i praksis, vedrører forskelsbehandlingen alene visse hospitalsydelser, især almindelige udgifter i forbindelse med fødsler, som reguleres ensidigt af EHL, når der er tale om personer uden for den nationale sygesikringsordning. Ifølge Ferlini havde EHL, ligeledes ensidigt, besluttet, at personer, der ikke var tilsluttet den nationale sygesikringsordning, for visse ydelser eksklusive fødsels- og indlæggelsesomkostninger skulle betale de ensartede priser, som var blevet vedtaget i aftalen af 31. december 1974 mellem UCM og EHL angående de udgifter, der er dækket af det faste beløb i forbindelse med fødsler, som er fastsat for personer tilsluttet de luxembourgiske sygekasser. Også ifølge Ferlini er denne aftale sandsynligvis blevet indgået under hensyntagen til aftalen mellem UCM og AMMD.

47 — I forelæggelseskendelsen hedder det, at »på det tidspunkt, hvor hans hustru, fru Ferlini, var indlagt, var det beløb, der blev godtgjort af den luxembourgiske sygekasse 36 854 LUF, nemlig 4 645 LUF for lægelig assistance, 29 949 LUF for fødselsudgifter og 2 260 LUF for diætkost, mens appellanten og Fællesskabets sygesikringsordning måtte betale 59 306 LUF for de samme ydelser, altså 71,43% mere end efter den nationale tarif«.

84. Under alle omstændigheder er det ikke Domstolen, men den nationale retsinstans, som kender den nationale ret og de faktiske omstændigheder i hovedsagen, der skal

fastslå genstanden for forskelsbehandlingen samt rækkevidden af og retningslinjerne for den mekanisme, som fører til forskelsbehandlingen.

85. Det skal dog anføres, at hvis Domstolen finder, at forskelsbehandlingen, og hermed også den forbudte forskelsbehandling, kan tilskrives Storhertugdømmet Luxembourgs almindelige love og forskrifter<sup>48</sup>, er der ingen særlig grund til nøjagtigt at fastslå, hverken hvilke tariffer, eller hvilke afgørelser, aftaler eller former for praksis (som udfylder denne lov- og forskriftsmæssige ramme) der danner grundlag for udøvelsen af denne forskelsbehandling. Der er tale om forskelsbehandling, hvis man anerkender muligheden af, at der i henhold til ovennævnte lov- og forskriftsmæssige ramme udøves forskelsbehandling i strid med fællesskabsretten, uafhængigt af, om de personer, som henholder sig til denne ramme, udnytter eller ikke udnytter denne mulighed på et givet tidspunkt, uanset hvad grunden hertil er.

bb) Lighedspunkter mellem de tilfælde, der behandles forskelligt

86. De faktiske omstændigheder i hovedsagen rejser spørgsmålet, om de to kategorier af personer, dvs. dels personer tilsluttet den luxembourgske sygesikringsordning, dels personer uden for ordningen, heriblandt EF-tjenestemændene som omfattet

af den fælles sygeforsikringsordning, befinder sig i sammenlignelige situationer, således at anvendelsen af forskellige tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler over for disse to kategorier udgør forskelsbehandling. Trods de argumenter, der er fremført af den luxembourgske regering og CHL, der er indstævnt i hovedsagen, finder jeg, at dette spørgsmål må besvares bekræftende.

87. For det første kan den omstændighed, at de to personkategorier er tilsluttet forskellige lovlige sygesikringsordninger, ikke begrunde en påstand om, at der er tale om to situationer, som der i fællesskabsretlig henseende skal sondres imellem for så vidt angår tarifferne for læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler. Selv om der er tale om selvstændige ordninger, må hverken den luxembourgske sygesikringsordning eller den fælles sygeforsikringsordning være i strid med de fællesskabsretlige principper og regler. Domstolen har fastslået, at selv om det »i mangel af en harmonisering på fællesskabsniveau tilkommer [...] hver medlemsstat i lovgivningen dels at fastsætte vilkårene for retten eller forpligtelsen til at blive tilsluttet en social sikringsordning..., dels de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser... skal medlemsstaterne imidlertid overholde fællesskabsretten ved udøvelsen af denne kompetence«<sup>49</sup>. I øvrigt kan en forskelsbehandling med hensyn til tariffer for læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler dårligt anses for at vedrøre tilrettelæggelsen af den sociale sikringsordning som omhandlet ovenfor. Tilsvarende betyder

48 — Jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse.

49 — Jf. dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 18 og 19.

bestemmelsen i artikel 9, stk. 2, i den fælles ordning vedrørende den fælles sygeforsikringsordning — som lyder: »Institutionerne bestræber sig på så vidt muligt at forhandle med repræsentanterne for lægestanden og/eller de kompetente myndigheder, foreninger og institutioner om aftaler om fastsættelse af de satser, der skal anvendes på de berettigede under hensyn til lokale vilkår og i givet fald til de allerede gældende tabeller, såvel ud fra et læge- som et hospitalssynspunkt« — ikke, at disse institutioner som led i ovennævnte aftaler kan tilsidesætte den primære fællesskabsret, særlig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet mellem arbejdstagere, der er statsborgere i Fællesskabet.

kunne påberåbes i tilfælde af EF-tjenestemænd, der ikke er statsborgere i en medlemsstat<sup>52</sup>, ville dette ikke være muligt i tilfælde af tjenestemænd, der er statsborgere i en medlemsstat. Som det fremgår af Echternach og Moritz-dommen (nævnt i fodnote 22), Schmid-dommen (nævnt i fodnote 18) og Forcheri-dommen (nævnt i fodnote 34), skal sidstnævnte tjenestemænd fortsat anses for arbejdstagere i traktatens artikel 48's forstand og nyde alle de i fællesskabsretten fastsatte fordele, uafhængigt af deres specifikke funktioner. Hvis disse tjenestemænds retsstilling alene anskues ud fra protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter, ville det være en tilsidesættelse af fællesskabsretten og af de rettigheder, tjenestemændene har i henhold til fællesskabsretten.

88. Endvidere overbevises man ikke af argumentet om, at EF-tjenestemænd ikke har behov for at påberåbe sig fællesskabsretlige bestemmelser for frit at færdes på medlemsstaternes område, idet de nyder fordel af de rettigheder, der er fastsat i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter. Disse rettigheder indrømmes i Fællesskabernes interesse for at gøre det muligt for tjenestemændene at udføre deres opgaver<sup>50</sup>, og der henvises generelt til den behandling, der indrømmes diplomatiske repræsentationer<sup>51</sup>, ligesom disse rettigheder ikke har samme rækkevidde eller dynamik som de rettigheder, der ved fællesskabsretten er tillagt Fællesskabets statsborgere — nu unionsborgerne. Mens ovennævnte argument således eventuelt vil

89. For det andet synes den omstændighed, at der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke var indgået nogen aftale mellem den fælles sygeforsikringsordning og EHL, selv om der var indgået sådanne aftaler med UCM, ikke at have afgørende betydning for vurderingen af, om der foreligger forskelsbehandling af sammenlignelige situationer. Som anført af Kommissionen og Ferlini drejer det sig i den foreliggende sag om tariffer for behandlinger, der ikke er fastsat ved aftaler, men som omfatter samtlige behandlinger i forbindelse med fødsler, der er fastlagt ved lov eller forskrift. Det skal under alle omstændigheder påpeges, at

50 — Jf. artikel 18 i protokollen.

51 — Jf. artikel 6 i protokollen.

52 — Udnævnelse til tjenestemand ved Fællesskaberne af en person, der ikke er statsborger i en medlemsstat, er mulig, såfremt han opnår dispensation i henhold til artikel 28, litra a) i vedtægten.

ovennævnte aftaler, da de er obligatoriske efter det luxembourgske system, i det væsentlige udgør en form for ensartet ordning fastlagt af staten og afviger meget fra de aftaler, der må anses for privatretlige aftaler, der er udtryk for tjenesteydernes aftalefrihed.

90. For det tredje er argumentet om, at de personer, der ikke er tilsluttet den luxembourgske sygesikringsordning, dels oppebærer store indkomster og i henhold til deres sygeforsikringsordning får godtgjort en stor del af deres udgifter, dels ikke betaler skat til Luxembourg eller bidrag til den nationale sygesikringsordning, ikke overbevisende.

91. Dels er tariffene for lægebehandling inden for rammerne af den luxembourgske sygesikringsordning ifølge forelæggelseskendelsen ensartede. Tariffene fastsættes alene efter ydelsens karakter og afhænger hverken af patienternes indkomst eller af tjenesteyderens kompetence.

92. Hvad angår det forhold, at personer uden for den nationale sygesikringsordning ikke betaler skat, har Domstolen om de særlige forhold for EF's tjenestemænd og deres familier endvidere fastslået, at »selv om tjenestemændene i medfør af artikel 13, stk. 2, i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter fritages for national beskatning af løn, vederlag og honorarer, som de mod-

tager fra Fællesskaberne, betaler de til gengæld i medfør af artikel 13, stk. 1, skat til Fællesskaberne af deres løn, vederlag og honorarer. Modtagerlandet har som medlem af Fællesskaberne indirekte fordel heraf. Den omstændighed, at en tjenestemand ikke af sin løn betaler skat til statskassen, udgør derfor ikke en gyldig begrundelse for at behandle tjenestemanden og hans familie anderledes end vandrende arbejdstagere, hvis indtægter beskattes i bopælslandet«<sup>53</sup>.

93. Hertil kommer, at man ej heller kan begrunde forskellen i den måde, hvorpå de to kategorier af personer behandles, med, at EF-tjenestemænd, og mere generelt alle personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, ikke betaler bidrag hertil. For det første beregnes tariffene i henhold til den luxembourgske ordning som nævnt efter ydelsens art og pris, og ikke efter de indbetalte bidrag. Endvidere dækkes omkostninger ved behandlinger i forbindelse med fødsler direkte af staten og ikke af sygekasser. Havde det sidstnævnte været tilfældet, kunne den manglende betaling af socialbidrag eventuelt have haft en vis betydning.

94. Som Kommissionen ganske rigtigt har bemærket, ville en tiltrædelse af ovennævnte argument kombineret med påstanden fra CHL, der er indstævnt i hovedsagen, om, at de tariffes, der anvendes over for EF-tjenestemænd, svarer til den reelle værdi af de tilbudte ydelser, betyde, at de

53 — Jf. Forcheri-dommen, nævnt i fodnote 34, præmis 19.

tariffer, der anvendes over for personer tilsluttet den nationale ordning, ligger under kostprisen — hvilket under alle omstændigheder skal kontrolleres af den nationale ret — og at man kunne afkræve statsborgere fra andre medlemsstater en ekstra betaling, fordi de ikke betaler skat eller bidrag til den pågældende medlemsstat. Dette ville imidlertid være i strid med Fællesskabets princip om fri bevægelighed for personer, hvorefter statsborgere fra de øvrige medlemsstater skal tillægges de samme rettigheder som landets egne statsborgere, også selv om dette medfører ekstra udgifter for den medlemsstat, til hvilken disse statsborgere hverken betaler skat eller bidrag<sup>54</sup>.

95. Som Kommissionen endelig med rette har fremhævet, synes de ovenfor anførte argumenter om EF-tjenestemænds økonomiske situation og den omstændighed, at de hverken betaler skat eller bidrag, selv om de eventuelt kunne anvendes som begrundelse for, at de luxembourgske sygekasser ikke dækker og godtgør sundhedsudgifter, under ingen omstændigheder at kunne anvendes for at begrunde en forhøjelse af tarifferne for behandlingerne.

c) Den objektive begrundelse for forskelsbehandling

96. Den forskelsbehandling med hensyn til tarifferne for læge- og hospitalsbehandling, som personer uden for den luxembourgske sygesikringsordning er udsat for, synes ikke at være objektivt begrundet, et forhold, der blandt flere andre beviser, at denne forskelsbehandling er i strid med fællesskabsretten<sup>55</sup>.

97. Rent bortset fra, at hverken CHL eller den luxembourgske regering har påberåbt sig nogen af undtagelserne ifølge traktatens artikel 48, stk. 3, synes ingen af disse undtagelser, end ikke den, der vedrører den offentlige sundhed, at finde anvendelse i den foreliggende sag. Som Kommissionen med rette har anført, er det ikke rimeligt at forestille sig, at den offentlige sundhed afhænger af en differentiering af de tariffer for lægebehandling, der anvendes dels over for personer tilsluttet den nationale ordning, dels EF-tjenestemænd, ligesom det naturligvis er vanskeligt at se, at anvendelsen af ensartede tariffer udgør en trussel mod den offentlige sundhed.

98. Da den omstridte forskelsbehandling vedrører et rent økonomisk spørgsmål, kunne man måske hævde, at den er berettiget under påberåbelse af Decker-dommen, hvori det hedder, at »formål af rent økonomisk art ikke kan begrunde en begrænsning af det grundlæggende princip om frie varebevægelser. Det kan dog ikke udeluk-

54 — Jf. dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 15, 16 og 17, og af 15.3.1994, sag C-45/93, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 911, vedrørende den ret, turister med statsborgerskab i en EF-medlemsstat har til at rejse ind i en anden medlemsstat for at oppebære tjenesteydelser dér på samme vilkår som landets egne statsborgere og personer, der er bosat i landet.

55 — Jf. f.eks. Meints-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 45.

kes, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan berettiggende en sådan begrænsning«<sup>56</sup>.

99. Ingen har hverken påberåbt sig eller godtgjort, at der foreligger »en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt« i Luxembourg, og der synes ej heller at være nogen risiko for dette i praksis.

100. Det skal erindres, at hverken den luxembourgiske stat eller de luxembourgiske sygekasser dækker udgifter til læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler for personer uden for den nationale ordning, især for EF-tjenestemænd, mens disse udgifter for personer, der er tilsluttet den nationale ordning, dækkes af staten og ikke af sygekasserne. Trods det muligvis store antal EF-tjenestemænd, der bor i Luxembourg, belaster den læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, der tilbydes disse tjenestemænd, således ikke i særlig grad Luxembourgs sygesikringsordning.

101. Kan det godtgøres, at de tariffer, der anvendes over for personer tilsluttet den nationale ordning, er lavere end omkostningerne ved ydelserne, kunne man måske

gøre gældende, at det ville belaste statens budget for finansiering af læge- og hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, hvis disse tariffer anvendes over for EF-tjenestemænd uden for den nationale ordning. Men som allerede nævnt er en sådan belastning ikke i strid med ånden i bestemmelserne om beskyttelse af den frie bevægelighed for personer inden for Fællesskabet<sup>57</sup>, ligesom det ikke kan kræves af EF-tjenestemænd, at de skal betale mere for de samme ydelser, fordi de ikke betaler skat til den luxembourgiske stat<sup>58</sup>.

102. I sidste instans er der intet belæg for at sige, at EF-tjenestemænd og deres forsikringsorgan på grund af tjenestemandenes — eventuelt — forholdsvis høje indkomster eller på grund af de — eventuelt — forholdsvis høje maksimumsbeløb, deres sygekasse dækker og godtgør, skal finansiere den luxembourgiske sygesikringsordning.

d) Konklusion om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet

103. På baggrund af det ovenfor anførte finder jeg derfor, at artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 udelukker, at man over for statsborgere fra medlemsstaterne, der arbejder i en anden medlemsstat, som

56 — Jf. dom af 28.4.1998, sag C-120/95, Sml. I, s. 1831, præmis 39.

57 — Jf. punkt 94 i dette forslag til afgørelse.

58 — Jf. punkt 92 i dette forslag til afgørelse.

f.eks. i den foreliggende sag Luxembourg, men ikke er tilsluttet denne medlemsstats nationale sygesikringsordning, heriblandt EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, anvender tariffer for hospitals- og lægebehandling i forbindelse med fødsler, der er højere end tarifferne for de personer der er bosat i denne stat, og som er tilsluttet den nationale sygesikringsordning.

104. Som anført af Kommissionen må det følgelig anerkendes, at »medlemmerne af den gruppe, der stilles ugunstigt, [skal] behandles på samme måde og være omfattet af de samme regler som de øvrige berørte, idet disse regler er de eneste, man kan henholde sig til, når fællesskabsretten ikke er korrekt anvendt«<sup>59</sup>.

### C — Beskyttelse af konkurrencen

105. I den foreliggende sag vedrører den eventuelle tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, først og fremmest den omstændighed, at en sammenslutning af hospitaler, som f.eks. EHL i den foreliggende sag, over for personer og organer uden for den nationale sygesikringsordning, heriblandt EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning,

anvender tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, der er højere end dem, der gælder for personer tilsluttet den nationale sygesikringsordning.

106. Det skal imidlertid indledningsvis bemærkes, at ovennævnte tilsidesættelse, for så vidt denne eksisterer, kan tilskrives medlemsstaten selv, hvis lov- og forskriftsmæssige ramme tillader tilsidesættelser af denne art<sup>60</sup>. Som fastslået af Domstolen vedrører traktatens artikel 85 ganske vist i sig selv udelukkende virksomheders adfærd og omfatter ikke love eller administrative bestemmelser, der er fastsat af medlemsstaterne. Men artikel 85, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger imidlertid også medlemsstaterne ikke at træffe eller opretholde foranstaltninger, heller ikke i form af love eller administrative bestemmelser, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. Dette er tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller fratager sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention<sup>61</sup>.

107. For således at kunne afgøre, om der i den foreliggende sag foreligger en forbudt aftale mellem virksomheder, en forbudt

60 — Jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse.

61 — Jf. f.eks. dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751, præmis 14, og af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodemare m.fl., Sml. I, s. 3395, præmis 41.

59 — Jf. Terhoeve-dommen, nævnt i fodnote 28, præmis 57.



vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en forbudt form for samordnet praksis i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i traktatens artikel 85, stk. 1 (f), vil jeg nu undersøge, om de nødvendige betingelser er opfyldt, nærmere bestemt om der er tale om en virksomhed og en sammenslutning af virksomheder (a), en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet praksis (b), som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet (c) og kan påvirke handelen mellem medlemsstater (d) mærkbart (e).

a) Er der tale om en virksomhed og en sammenslutning af virksomheder?

108. Artikel 85, stk. 1, vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis. Derfor skal det især undersøges, om hospitalerne er virksomheder, og om en gruppering af hospitaler som f.eks. EHL er en sammenslutning af virksomheder i den pågældende bestemmelses forstand.

109. Ifølge retspraksis omfatter begrebet virksomhed »enhver enhed, som udøver

økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde«<sup>62</sup>.

110. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at de luxembourgske hospitaler, uanset om de er offentlige eller private, i deres relationer med personer uden for den nationale sygesikringsordning, især EF-tjenestemænd, hvilke relationer er af særlig interesse i den foreliggende sag, er virksomheder i ovennævnte forstand.

111. CHL og de øvrige luxembourgske hospitaler udøver økonomisk virksomhed, for så vidt som de leverer tjenesteydelser — i den foreliggende sag behandling i forbindelse med fødsler — mod vederlag<sup>63</sup>. I betragtning af Domstolens brede fortolkning af begrebet økonomisk virksomhed og følgelig af begrebet »virksomhed« finder jeg ikke, at det kan hævdes, at faglige aktiviteter som dem, der er knyttet til lægeerhvervet, og som er undergivet særlige etiske regler og regler vedrørende honorarfastsættelse, principielt ikke har erhvervs-mæssig karakter og alene derfor ikke kan udgøre en økonomisk virksomhed, der er underlagt konkurrencereglerne<sup>64</sup>. Dette

62 — Jf. f.eks. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, og af 17.2.1993, sag C-159/91 og C-160/91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637, præmis 17.

63 — Jf. med hensyn til begrebet økonomisk virksomhed dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 36.

64 — Jf. *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE. 4. Concurrence*; M. Waelbroeck og A. Frignani: *Études européennes, collection dirigée par l'Institut d'Études européennes*, 2. udg., 1997, s. 37 og 38.

gælder så meget mere, som den konkrete forbindelse mellem formålet med den pågældende aktivitet og aftalen mellem virksomheder, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder og den samordnede praksis, som jeg vil forklare nedenfor, ikke berettiger til at påberåbe sig ovennævnte grunde, som faktisk umiddelbart synes at indikere, at læge- og hospitalsbehandling er en særlig aktivitet, der adskiller sig fra andre aktiviteter.

112. Endvidere er det i princippet uden betydning, om et hospital er offentligt eller privat, selv om der i forbindelse med et offentligt hospital under visse omstændigheder, som jeg vil redegøre for i det følgende, kan opstå tvivl om, hvorvidt hospitalet kan kaldes en virksomhed.

113. Som Kommissionen med rette har anført, kan det ikke hævdes, at hospitaler, selv om de er offentlige, i deres relationer med personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, udøver virksomhed inden for rammerne af socialsikringen. Da hospitalerne selv henviser til, at EF-tjenestemænd ikke er omfattet af sygesikringen, kan hospitalernes relationer med EF-tjenestemænd, selv om der er tale om læge- og hospitalsbehandling, principielt kun være af økonomisk art, ligesom relationerne ikke bygger på princippet om national solidaritet inden for socialsikringsrammer. Derfor kan man ikke anvende den retspraksis, der følger af Poucet og Pistre-dommen, hvori Domstolen fastslog, at »sygekasserne eller de organer, der medvirker ved administrationen af den offentlige socialsikring, har en rent social

funktion. Denne virksomhed bygger på princippet om national solidaritet og drives ikke med vinding for øje. De udbetalte ydelser er fastlagt i lovgivningen og er uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag. Denne virksomhed er således ikke af økonomisk karakter, og de organer, der udfører den, er ikke virksomheder i henhold til traktatens artikel 85 og 86«<sup>65</sup>. Ydermere vedrører den formodede aftale i den foreliggende sag alene hospitaler og ikke sygekasser og forsikringsorganer. Endvidere har EHL i sin egenskab af sammenslutning mellem disse hospitaler, som det fremgår af selve oplysningerne i det præjudicielle spørgsmål, mulighed for at fastsætte niveauet for den modydelse, der kræves for ydelser til personer uden for den nationale sygesikringsordning, og endog mulighed for at fastsætte dette niveau ensidigt uden først at skulle indgå aftale med de pågældende forsikringsorganer.

114. Vedrørende dette sidstnævnte punkt, der også er det omtvistede punkt hvad angår spørgsmålet om den eventuelle tilsidesættelse af konkurrencebestemmelserne, skal anføres, at, som Domstolen har fastslået, skal »begrebet virksomhed [...] i en konkurrenceretlig kontekst forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale«<sup>66</sup>. Med andre ord skal begrebet »virksomhed« i hver enkelt sag opfattes funktionelt under hensyntagen til den aktivitet, der er knyttet til genstanden for den aftale mellem virksomheder, vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller samordnede praksis, der er tale om.

65 — Jf. Poucet og Pistre-dommen, nævnt i fodnote 62, præmis 18 og 19.

66 — Jf. herom dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm Gerätebau, Sml. s. 2999, præmis 11.

115. I den foreliggende sag tilskynder denne funktionelle indfaldsvinkel til at anlægge det synspunkt, at relationerne mellem hospitalerne og de personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, henhører under den private sektor og ikke, selv ikke når der er tale om offentlige hospitaler, kan anses for en aktivitet, der har forbindelse med at udøve statsmagtens privilegier, tjene de offentlige interesser eller beskytte folkesundheden. I virkeligheden vil det, som jeg har anført ovenfor, være yderst vanskeligt at hævde, at det af hensyn til den almene interesse eller beskyttelsen af den offentlige sundhed er nødvendigt ensidigt at fastsætte højere tariffer for personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning.

116. Da hospitalerne i deres relationer med personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, kan anses for virksomheder, synes sammenslutningen mellem hospitalerne, i den foreliggende sag EHL, at kunne udgøre en sammenslutning af virksomheder for så vidt angår ovennævnte relationer. Men da forelæggelseskendelsen ikke i enkeltheder nævner reglerne for EHL's organisation og funktion, finder jeg ikke, at Domstolen kan vurdere især Ferlini's oplysninger om, at EHL er en sammenslutning, der ikke arbejder med vinding for øje, som har status som juridisk person og skal anses for en sammenslutning af virksomheder i artikel 85, stk. 1's forstand. Det tilkommer den nationale retsinstans, som kender den nationale ret, at vurdere disse oplysninger og ud fra de af Domstolen fastlagte kriterier tage stilling til, om der er

tale om en »sammenslutning af virksomheder«<sup>67</sup>; under alle omstændigheder kan den nationale retsinstans, hvis den finder det nødvendigt, forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål herom. Det skal dog anføres, at nedenstående betragtninger vedrørende spørgsmålet, om der foreligger en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet praksis, eventuelt vil overflødig gøre en nærmere belysning af spørgsmålet, om der er tale om en »sammenslutning af virksomheder«.

b) Er der tale om en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet praksis?

117. Som Kommissionen har bemærket, synes det præjudicielle spørgsmål at gå ud

67 — Det skal bemærkes, at det antages, at der er tale om en »sammenslutning af virksomheder«, hvis der findes et koordineringsorgan, også selv om der ikke er tale om en juridisk person (se herom *Commentaire J. Mégret*, jf. fodnote 64, s. 133 og 134). Domstolen har ligeledes fastslået, at det ikke har nogen betydning, om sammenslutningen arbejder med gevinst for øje eller ej (jf. dom af 29.10.1980, sag 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 88). Endvidere skal bemærkes, at hvad angår eksistensen af en »sammenslutning af virksomheder« har Domstolen ofte gentaget idéen om en umiddelbar og direkte varetagelse af interesserne for virksomhederne i en bestemt branche og opstillet betingelserne for, at medlemmerne af visse nævn, der har til opgave at fastsætte tarifferne for samtlige virksomheder inden for en bestemt branche, ikke kan anses for repræsentanter for de pågældende erhvervsgrøner. Efter Domstolens praksis er dette tilfældet, når a) medlemmerne af de pågældende nævn (tarifnævne) ikke er bundet af ordre eller instrukser fra de virksomheder eller sammenslutninger, der har indstillet dem til udnævnelse; nævnenes møder ikke kan anses for møder mellem repræsentanter for virksomheder i den pågældende branche; nævnenes medlemmer derfor kan betegnes som uafhængige sagkyndige; b) loven pålægger medlemmerne af disse tarifnævne at fastsætte tarifferne ikke alene ud fra interesserne hos de virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i branchen, der har indstillet dem til udnævnelse, men også ud fra almene hensyn og hensynet til virksomhederne i andre brancher eller til modtagerne af disse ydelser. Jf. f.eks. dom af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801; af 9.6.1994, sag C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Sml. I, s. 2517; af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, og af 17.10.1995, forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP m.fl., Sml. I, s. 3257.

fra den formodning, for ikke at sige overbevisning, at der foreligger en aftale mellem de luxembourgske hospitaler om over for personer og organer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, og over for EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, at anvende ensartede tariffer for behandling i forbindelse med fødsler. Det synes at være på grundlag af denne aftale, at EHL har fastsat de hospitalstariffer, der fra 1. januar 1989 finder anvendelse på personer og organer uden for den nationale sygesikringsordning. Disse tariffer synes at være blevet overholdt af de hospitaler, der er medlemmer af EHL, herunder CHL.

118. Da traktatens artikel 85, stk. 1, omhandler de tre mulige samarbejdsformer (aftale mellem virksomheder, vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis), synes det mindre vigtigt at sondre skarpt mellem disse samarbejdsformer i besvarelsen af dette præjudicielle spørgsmål. Det fremgår dog af det ovenfor anførte, at det i den foreliggende sag efter al sandsynlighed drejer sig om en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, naturligvis uden at man kan udelukke eksistensen af en aftale mellem virksomheder eller blot en form for samordnet praksis. Under alle omstændigheder er det også her den nationale ret, der bedst kender de retlige aspekter og de faktiske omstændigheder i hovedsagen, som skal fastslå, hvilken form for samarbejde der er tale om, ud fra de konklusioner, der kan drages af Domstolens praksis, og eventuelt, hvis det skønnes nødvendigt, efter at have forelagt Domstolen et nyt præjudicielt spørgsmål herom.

c) Er konkurrencen hindret, begrænset eller fordrejet?

119. Ifølge traktatens artikel 85, stk. 1, er alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, som har *til formål eller til følge* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, forbudt.

120. Endvidere »[fremgår det] af Domstolens faste praksis, at det er uforholdsmæssigt at undersøge, hvilke konkrete virkninger en aftale har, når det kan fastslås, at dens formål er at begrænse, forhindre eller fordreje konkurrencen. Dette gælder også for en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder«<sup>68</sup>.

121. Hertil kommer, at en horisontal aftale, samordnet praksis eller vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder i samme branche, der har til formål at fastsætte en ensartet tarif for de leverede ydelser, som anført såvel af Kommissionen som af Ferlini er et klassisk eksempel på en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen på det pågældende marked for tjenesteydelser. Dette er også grunden til, at direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser for varer og tjenesteydelser i artikel 85, stk. 1, litra a), udtryk-

68 — Jf. dom af 27.1.1987, sag 45/85, Verband der Sachverständigen mod Kommissionen, Sml. s. 405, præmis 39.

keligt nævnes som eksempler på tilsidesættelse af konkurrencebestemmelserne<sup>69</sup>.

122. I den foreliggende sag synes det uomtvisteligt, at fastsættelsen af ensartede tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, der gælder for personer og organer uden for den luxembourgske sygesikringsordning, er omfattet af forbuddet mod alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, som har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for ovennævnte ydelser.

d) Påvirkning af handelen mellem medlemsstater

123. Det skal erindres, at traktatens artikel 85, stk. 1, efter Domstolens praksis ikke kræver noget bevis for, at de i bestemmelsen omhandlede aftaler har påvirket handelen mellem medlemsstater, hvilket bevis i øvrigt i de fleste tilfælde vil være vanskeligt at føre på en retligt tilfredsstillende måde, men blot kræver, at aftalerne kan have en sådan virkning<sup>70</sup>. Det

fremgår endvidere af fast retspraksis, at »det er en betingelse for, at en vedtagelse, en aftale eller en samordning kan påvirke handelen mellem medlemsstater, at den på grundlag af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold gør det muligt med tilstrækkelig sandsynlighed at forudsige, at den direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan øve en sådan indvirkning på handelen mellem medlemsstater, at det kan befrygtes, at den kan hindre virkeliggørelsen af et enhedsmarked mellem medlemsstaterne«<sup>71</sup>.

124. Efter Domstolens faste praksis er »den omstændighed, at et priskartel af den omtvistede art kun angår afsætning af varer i en enkelt medlemsstat, [...] ikke tilstrækkelig til at udelukke, at handelen mellem medlemsstater kan være påvirket;... et kartel, der strækker sig over en medlemsstats hele område, kan nemlig ifølge selve sin natur have den virkning at styrke en afskærmning af nationale markeder, hvorved det hindrer den ved traktaten tilstræbte gensidige økonomiske integration og beskytter den indenlandske produktion;... i denne forbindelse bør det undersøges, både hvilke midler medlemmerne af et kartel har for at fastholde kundekredsen, hvilken relativ betydning kartellet har på

69 — Jf. dom af 3.7.1985, sag 243/83, Binon, Sml. s. 2015, præmis 44, og dommen i sagen Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, nævnt i fodnote 68, præmis 41.

70 — Jf. f.eks. dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 22, og af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 19.

71 — Jf. f.eks. dommen i Ferriere Nord mod Kommissionen, nævnt i fodnote 70, præmis 20, dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 18, og dommen i Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 67, præmis 170.

det pågældende marked, og den økonomiske sammenhæng, kartellet befinder sig i«<sup>72</sup>.

hvilke den pågældende påvirkning af handelen mellem medlemsstater kan godtgøres med en vis sandsynlighed, skal visse forhold fremhæves, som i betragtning af de kriterier, der er fastlagt ved retspraksis, giver anledning til at konkludere, at der sker en sådan påvirkning.

125. I den foreliggende sag kan påvirkningen af handelen mellem medlemsstater være en følge af, at anvendelsen af højere tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler efter al sandsynlighed kan medføre, at personer, der ikke er tilsluttet den luxembourgske ordning, ønsker at blive indlagt uden for Luxembourg. Med andre ord er det sandsynligt, at EHL's anfægtede afgørelse, hvorefter der skal fastsættes højere tariffer for personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, og for EF-tjenestemænd, der arbejder i Luxembourg, og som er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, fordrejer den handel med hospitalsbehandlinger i forbindelse med fødsler, der findes på det pågældende marked.

126. Selv om det tilkommer den nationale retsinstans, som bedst kender den nationale ret og de faktiske omstændigheder i hovedsagen, i enkeltheder at gennemgå de retlige og faktiske parametre, på grundlag af

127. På den ene side kan fastsættelsen af højere tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler gældende for hele medlemsstaten og for alle medlemsstatens hospitaler generelt ifølge selve sin natur have den virkning at styrke en afskærmning af det nationale marked og derved hindre den ved traktaten tilstræbte gensidige økonomiske integration. At der i den foreliggende sag er tale om den luxembourgske stat og især om EF-tjenestemænd, der arbejder i Luxembourg, taler i høj grad for ovennævnte sandsynlighed. På grund af denne medlemsstats ringe udstrækning og naboskabet til tre andre medlemsstater (Belgien, Frankrig og Tyskland) kan det anses for meget sandsynligt, at en stor del af de EF-tjenestemænd, der arbejder i Luxembourg, ønsker at modtage den nødvendige hospitalsbehandling på nabolandenes hospitaler, ligesom det er meget sandsynligt, at de EF-tjenestemænd, der arbejder i disse stater, undgår at blive indlagt på de luxembourgske hospitaler på grund af de høje tariffer, de her bliver afkrævet. Endvidere kan man ikke udelukke den mulighed, der er nævnt i Ferlini's indlæg, at nabolandenes hospitaler søger at tilpasse deres tariffer til de høje tariffer, som er fastsat af EHL, eller den mulighed, der er nævnt af Kommissionen, at de organer, hos hvem de personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, er forsikret, fortrinsvis vil indgå aftaler med hospitaler eller klinikker i en anden medlemsstat.

72 — Jf. dom af 26.11.1975, sag 73/74, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1491, præmis 24, 25 og 26. Det skal bemærkes, at Domstolen i andre domme synes at anvende en mere absolut formulering, idet Domstolen blot fastslår, at «et kartel, som strækker sig over en medlemsstats hele område, [ifølge selve sin natur bevirker] en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved det hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen». Jf. f.eks. dom af 17.10.1972, sag 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen*, Sml. 1972, s. 251, org. ref.: Rec. s. 997, præmis 29, og af 11.7.1985, sag 42/84, *Remia m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 2545, præmis 22.

128. På den anden side gør arten af den omtvistede hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler ovennævnte mulighed endnu mere sandsynlig<sup>73</sup>. Muligheden for at forudse svangerskabets forløb gør det som regel muligt at planlægge, hvor fødslen skal finde sted. Endvidere kan det hævdes, at da afstanden til de belgiske, franske, tyske og luxembourgske hospitaler er stort set den samme, kan hospitalet selv i tilfælde af særlige omstændigheder vælges på grundlag af tariffen for de tilbudte ydelser.

129. Hvad dette angår er det muligt, at den nationale ret vil fastslå, at ovennævnte sandsynlige begrænsning af handelen mellem medlemsstater hidtil ikke er blevet observeret i praksis — og da slet ikke på den mærkbare måde, der kræves efter retspraksis<sup>74</sup>, fordi de forhøjede tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, der især anvendes over for EF-tjenestemænd, i meget vid udstrækning dækkes af den fælles sygeforsikringsordning, hvilket mindsker tariffernes betydning for EF-tjenestemændenes valg af hospital. Denne eventuelle konstatering må dog ikke føre til den konklusion, at der ikke sker nogen påvirkning af handelen mellem medlemsstater i fællesskabsretlig forstand. Dels er det tilstrækkeligt, at denne påvirkning er sandsynlig og ikke allerede behøver at have fundet sted, dels udgør den fælles sygeforsikringsordnings høje refusionsats en ekstern foranderlig

faktor, der bidrager til, at ovennævnte påvirkning ikke bliver konkretiseret i praksis, men samtidig en faktor, der ikke varigt og generelt kan fjerne muligheden for, at den omtvistede fastsættelse af højere tariffer ifølge selve sin natur påvirker handelen mellem medlemsstater<sup>75</sup>. Hvis det findes, at fastsættelsen af de pågældende tariffer indebærer en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i strid med fællesskabsretten, er det ikke usandsynligt, at den fælles sygeforsikringsordning vil ophøre med at dække disse høje tariffer, hvilket, såfremt de luxembourgske hospitaler oprettholder deres tariffer, i praksis vil vise, at tarifferne påvirker handelen mellem medlemsstater.

e) Mærkbar begrænsning af konkurrencen og påvirkning af handelen mellem medlemsstater

130. En aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet

73 — Men hvis de omtvistede højere tariffer som anført af Kommissionen gælder for samtlige hospitalsbehandlinger og ikke alene fødselsudgifter (jf. punkt 83 i dette forslag til afgørelse), skal der tages hensyn hertil ved vurderingen af den samlede mulige påvirkning af handelen mellem medlemsstater.

74 — Jf. punkt 130 ff. i dette forslag til afgørelse.

75 — Det er værd at bemærke, at Domstolen i sin dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 60, fastslog, at hvad angår aftaler, som ifølge deres natur kan påvirke handelen mellem medlemsstater, »er det forhold, at de forhandlere, der ansøger om optagelse i salgsorganisationen eller allerede er autoriseret, på et givet tidspunkt ikke har deltaget i samhandelen inden for Fællesskabet, ikke i sig selv tilstrækkeligt til at udelukke, at begrænsninger i forhandlernes dispositionsfrihed kan være til hinder for samhandelen inden for Fællesskabet, eftersom forholdene kan variere fra år til år på grund af ændringer i markedsvilkårene eller markedsstrukturen såvel på fællesmarkedet som helhed som på de forskellige nationale markeder« (min fremhævelse).

praksis skal for at falde ind under forbuddet efter artikel 85 mærkbart påvirke handelen mellem medlemsstater og konkurrenten<sup>76</sup>. Herom har Domstolen udtalt, at »ved vurderingen af den indflydelse, en aftale har på samhandelen mellem medlemsstater, skal der bl.a. henses til den stilling og betydning, parterne har på markedet for de pågældende produkter... Således kan selv en eneforhandlingsaftale med absolut områdebeskyttelse falde uden for området for forbuddet i traktatens artikel 85, når den kun påvirker markedet ubetydeligt under hensyn til de pågældendes svage stilling på markedet for de omhandlede produkter...«<sup>77</sup>.

131. I den foreliggende sag er det den nationale ret, som bedst kender de retlige og faktiske forhold i hovedsagen, der skal vurdere, om EHL's afgørelse påvirker handelen mellem medlemsstater mærkbart, når henses til den stilling, de luxembourgske

76 — Jf. dom af 25.11.1971, sag 22/71, Béguelin, Sml. 1971, s. 257, org. ref.: Rec. s. 949, præmis 16.

77 — Jf. dom af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983, præmis 17.

Det skal bemærkes, at Kommissionen i et forsøg på at fastsætte en grænse for aftaler af ringe betydning, der ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, har fundet, at horisontale aftaler er sådanne aftaler af ringe betydning, såfremt de deltagende virksomheders markedsandel ikke på den del af det fælles marked, som berøres af aftalen, udgør mere end 5%, eller såfremt de deltagende virksomheders samlede omsætning i et regnskabsår ikke overstiger 200 mio. ECU (jf. Kommissionens meddelelse af 3.9.1986 vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab; EFT C 231, s. 2). Men som Kommissionen selv har anført i sit indlæg, har Kommissionen i en nyere meddelelse udtalt, at det ikke kan udelukkes, at man, selv om markedsandelene er begrænsede, dvs. ligger under ovennævnte tærskel, kan lade forbuddet i artikel 85, stk. 1, omfatte visse kategorier af aftaler, f.eks. aftaler, der har til formål at fastsætte priser (jf. meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1, EFT 1997 C 372, s. 13).

hospitaler har på det pågældende marked. Dog er det nødvendigt først at afgrænse det pågældende marked.

132. Ud fra sagens genstand synes det pågældende marked at være markedet for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler for personer, der arbejder i Luxembourg, og som ikke er tilsluttet Luxembourgs nationale sygesikringsordning. Markedet for de pågældende ydelser synes nemlig at være forholdsvis selvstændigt, idet det som fremhævet af Kommissionen afviger fra markedet for de tilsvarende ydelser for personer tilsluttet den nationale ordning, på hvilket marked tarifferne er fastsat på et ensartet niveau enten ved bekendtgørelse eller på grundlag af kollektive aftaler, der er gjort bindende for alle. Hvad angår efterspørgslen skal endvidere anføres, at for personer, der ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, men har behov for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, findes der ikke noget substitut for den pågældende behandling, hvilket yderligere styrker det pågældende markeds selvstændige karakter.

133. Rent geografisk synes det pågældende marked at være vanskeligere at afgrænse. Afgrænsningen afhænger af bopælen for de personer, der arbejder i Luxembourg uden at være tilsluttet den nationale sygesikringsordning, og som for de flestes vedkom-



mende synes at være EF-tjenestemænd. Der skal især tages hensyn til den geografiske udstrækning af det sted, hvor de hospitaler, der tilbyder behandling i forbindelse med fødsler, og som i betragtning af behandlingernes art befinder sig i en passende afstand fra ovennævnte modtagere af disse behandlinger, er beliggende. Det kan hævdes, at det pågældende marked ud fra disse kriterier i den foreliggende sag stort set dækker hele Luxembourgs område og den relevante del af nabolandenes område.

vedtagelse inden for en sammenslutning af hospitaler, i den foreliggende sag EHL's afgørelse, som for statsborgere i medlemsstaterne, der arbejder i en anden medlemsstat, som f.eks. i den foreliggende sag Storhertugdømmet Luxembourg, men ikke er tilsluttet denne medlemsstats nationale sygesikringsordning, heriblandt EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, fastsætter tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, der er højere end dem, som gælder for personer, der har bopæl i denne stat, og som er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, såfremt den nationale ret finder, at ovennævnte afgørelse kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart<sup>78</sup>.

134. På grundlag af ovenstående betragtninger skal den nationale ret afgøre, om den andel af det således geografisk afgrænsede marked, som de EHL-hospitaler, der tilbyder ovennævnte ydelser til personer, som arbejder i Luxembourg og ikke er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, tegner sig for, er betydelig.

f) Konklusion vedrørende konkurrencebeskyttelsen

135. Af de ovenfor anførte grunde finder jeg, at traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den er til hinder for en

78 — I den foreliggende sag er det ikke nødvendigt at undersøge, om en sådan vedtagelse inden for en sammenslutning af hospitaler kan undtages fra forbuddet i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. Alene Kommissionen har kompetence til at give en sådan dispensation, og det fremgår ikke af nogen af akterne i sagen, at der har været tale om at udøve denne enekompetence — eller om den kontrol, Domstolen i så fald skal udøve.

## VI — Forslag til afgørelse

136. Jeg foreslår Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Ottende Afdeling), således:

- »1) Artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet udelukker, at man over for statsborgere fra medlemsstaterne, der arbejder i en anden medlemsstat som f.eks. i den foreliggende sag Luxembourg, men ikke er tilsluttet denne medlemsstats nationale sygesikringsordning, heriblandt EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, anvender tariffer for hospitals- og lægebehandling i forbindelse med fødsler, som er højere end tarifferne for de personer, der er bosat i denne stat, og som er tilsluttet den nationale sygesikringsordning.
  
- 2) EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den er til hinder for en vedtagelse inden for en sammenslutning af hospitaler, i den foreliggende sag EHL's afgørelse, som for statsborgere i medlemsstaterne, der arbejder i en anden medlemsstat, som f.eks. i den foreliggende sag Storhertugdømmet Luxembourg, men ikke er tilsluttet denne medlemsstats nationale sygesikringsordning, heriblandt EF-tjenestemænd, der er tilsluttet den fælles sygeforsikringsordning, fastsætter tariffer for hospitalsbehandling i forbindelse med fødsler, som er højere end dem, der gælder for personer bosat i denne stat, som er tilsluttet den nationale sygesikringsordning, såfremt den nationale ret finder, at ovennævnte beslutning kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart.«