

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremSAT den 9. september 2008¹

1. Verwaltungsgerichtshof (Østrig) har i den foreliggende præjudicielle sag anmodet Domstolen om at oplyse, om nationale bestemmelser, hvorefter der kræves en forudgående administrativ tilladelse, der er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution, er forenelige med fællesskabsretten.

2. Ifølge østrigsk lovgivning gives der kun tilladelse til oprettelse og drift af en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium, hvis der findes et behov for de ydelser, der vil blive udbudt af den planlagte behandlingsinstitution. Behovet vurderes i hver enkelt delstat under hensyntagen til det eksisterende behandlingstilbud fra de udbydere, der er tilknyttet sygekasserne, dvs. offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner, sygekassernes egne institutioner og selvstændigt praktiserende tandlæger.

3. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem den tyske virksomhed Hartlauer

Handelsgesellschaft mbH² og Wiener Landesregierung (delstatsregeringen i Wien) og en tvist mellem Hartlauer og Oberösterreichische Landesregierung (delstatsregeringen i Oberösterreich). Hartlauer havde søgt om tilladelse til at oprette en privat behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium for tandpleje i disse delstater. Wiener Landesregierung besluttede den 29. august 2001 og Oberösterreichische Landesregierung den 20. september 2006 ikke at give denne tilladelse (herefter henholdsvis den »første anfægtede afgørelse« og den »anden anfægtede afgørelse«), fordi der efter deres mening ikke forelå noget behov for de ydelser, som Hartlauer havde til hensigt at udbyde.

4. Den forelæggende ret er usikker på, om den østrigske lovgivning er forenelig med princippet om etableringsfrihed, der er fastsat i artikel 43 EF.

5. Jeg vil i dette forslag til afgørelse gøre det klart, at nationale bestemmelser, hvorefter der kræves en forhåndstilladelse, der er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Herefter »Hartlauer«.

behandlingsinstitution, udgør en hindring for etableringsfriheden.

I — Retsforskrifter

A — Fællesskabsretten

6. Jeg vil ligeledes forklare, at en medlemsstat ganske vist lovligt kan lægge hindringer i vejen for udøvelsen af denne frihed med henblik på at bevare ligevægten i sin sociale sikringsordning og sikre en stabil lægebehandling af høj kvalitet, som alle de sikrede har adgang til, inden for landets grænser, men at den pågældende foranstaltning skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette mål og ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå det. Jeg vil i den forbindelse se på, om de omhandlede regler er forholdsmæssige, for så vidt som det er tilladt at oprette en fælles tandlægepraksis i Østrig, uden at det er nødvendigt at vurdere befolkningens sundhedsmæssige behov. Da dette forhold ikke er tilstrækkelig belyst, foreslår jeg, at Domstolen overlader det til den nationale ret at vurdere, om disse to foretagender driver virksomhed på det samme marked.

7. Artikel 43, stk. 1, EF forbyder restriktioner, der hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Ifølge artikel 43, stk. 2, EF indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder.

8. I medfør af artikel 48, stk. 1, EF gælder de rettigheder, der er indført ved artikel 43 EF, ligeledes for selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab.

9. I henhold til artikel 47, stk. 3, EF forudsætter den gradvise ophævelse af restriktionerne for etableringsfriheden for så vidt angår

udøvelse af lægegerning eller lignende virksomhed eller af farmaceutisk virksomhed en samordning af de betingelser, der er opstillet af de forskellige medlemsstater for udøvelse af sådanne erhverv. Tandpleje er reguleret ved direktiv 78/686/EØF³ og 78/687/EØF⁴.

10. Rådet for Den Europæiske Union og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anerkendt, at artikel 43 EF's umiddelbare anvendelighed, der blev fastslået i Reyners-dommen⁵, regnet fra den 1. januar 1970, hvor overgangsperioden udløb, ligeledes gælder for erhverv i sundhedssektoren⁶. Der er endvidere udstedt harmoniseringsdirektiver om lægegerning eller lignende virksomhed og farmaceutisk virksomhed⁷.

11. Ifølge artikel 46, stk. 1, EF er artikel 43 EF ikke til hinder for restriktioner, som er

3 — Rådets direktiv af 25.7.1978 om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser for tandlæger og om foranstaltninger, der skal lette den faktiske udøvelse af retten til etablering og fri udveksling af tjenesteydelser (EFT L 233, s. 1).

4 — Rådets direktiv af 25.7.1978 om samordning af de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser om virksomhed som tandlæge (EFT L 233, s. 10). Dette direktiv er i lighed med direktiv 78/686 blevet ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7.9.2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT L 255, s. 22).

5 — Dom af 21.6.1974, sag 2/74, Sml. s. 631.

6 — Det anføres i første betragtning til Rådets direktiv 75/362/EØF af 16.6.1975 om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser for læger omfattende foranstaltninger, som skal lette den faktiske udøvelse af retten til etablering og fri udveksling af tjenesteydelser (EFT L 167, s. 1), at i henhold til traktaten er enhver diskriminerende behandling på området etablering og tjenesteydelse, som skyldes nationalitet, forbudt fra overgangsperiodens udløb.

7 — jf., hvad angår lægegerningen, navnlig direktiv 75/362 og Rådets direktiv 75/363/EØF af 16.6.1975 om samordning af de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser om virksomhed som læge (EFT L 167, s. 14). Direktiverne på dette område er blevet ophævet og erstattet af direktiv 2005/36.

begrundet i hensynet til den offentlige sundhed.

12. Det fremgår endelig af artikel 152 EF, at Fællesskabet kun har begrænsede beføjelser på folkesundhedsområdet. Fællesskabets indsats skal således fuldt ud respektere medlemsstaternes ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling.

B — *National ret*

13. Republikken Østrig har organiseret sit sundhedsvæsen og tilrettelagt leveringen af medicinsk behandling på sit område inden for rammerne af de beføjelser, der er forbeholdt den.

1. Bestemmelserne om oprettelse og drift af behandlingsinstitutioner

14. Det bestemmes i § 12, stk. 1, nr. 1, i Bundes-Verfassungsgesetz (den østrigske forbundsforfatningslov, herefter »B-VG«), at reglerne om behandlingsinstitutioner vedtages på forbundsstatsniveau. Gennemførelsesbestemmelserne til B-VG vedtages herefter af delstaterne.

a) Forbundslovgivningen

15. Oprettelse og drift af behandlingsinstitutioner i Østrig var, da den første anfægtede afgørelse blev truffet, omfattet af Krankenanstaltengesetz (forbundsloven om behandlingsinstitutioner)⁸. KAG blev i 2006, hvor den anden anfægtede afgørelse blev truffet, ændret ved Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (forbundsloven om behandlingsinstitutioner og kuranstalter)⁹.

16. De bestemmelser, der finder anvendelse på de foreliggende tvister, dvs. §§ 1-3 i KAG og KAKuG, er næsten enslydende. Jeg vil for overskuelighedens skyld udelukkende henvise til bestemmelserne i den udgave af KAKuG, der var gældende på tidspunktet for vedtagelsen af den anden anfægtede afgørelse¹⁰.

17. Behandlingsinstitutioner defineres i § 1 i KAKuG som institutioner, der har til opgave at foretage undersøgelser med henblik på at klarlægge og overvåge patienternes sundhedstilstand, udføre kirurgiske indgreb, forebygge og helbrede sygdomme ved behandling, bistå ved fødsler og yde lægelig hjælp til befrugtning samt sørge for medicinsk behandling og pleje af patienter med kroniske lidelser.

18. Selvstændige ambulatorier (røntgencentre, tandbehandlingsambulatorier og lignende) betegnes i § 2, stk. 2, nr. 7, i KAKuG som behandlingsinstitutioner. Der er tale om organisatorisk selvstændige institutioner, som har til formål at undersøge eller behandle personer, hvis helbredstilstand ikke nødvendiggør en indlæggelse. Det ændrer intet ved et selvstændigt ambulatoriums formål, at det råder over et passende antal sengepladser, som er påkrævet under kortvarig indlæggelse i forbindelse med ambulante¹¹, diagnostiske og behandlingsmæssige tiltag.

19. For at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution skal der ifølge § 3, stk. 1, i KAKuG indhentes tilladelse fra delstatsregeringen. Ansøgningen om tilladelse skal indeholde en detaljeret beskrivelse af den planlagte behandlingsinstitutions formål og de ydelser, den skal levere.

20. I henhold til § 3, stk. 2, litra a), i KAKuG gives der kun tilladelse, når der forefindes et behov på baggrund af det angivne behand-

8 — BGBl. 2001 I, s. 5, herefter »KAG«.

9 — BGBl. 2006 I, s. 122, herefter »KAKuG«.

10 — De ændringer, som KAKuG har medført af bestemmelserne i KAG, er i dette forslag til afgørelse angivet med kursiv.

11 — Ved ambulante behandling forstås en behandling, der ikke kræver, at patienten indlægges, og hvor denne, efter at være taget under behandling, uden større risiko kan tage hjem samme dag.

lingsformål og det planlagte udbud af tjenesteydelser *samt den pågældende delstats sundhedsplan*, når henses til det forhåndenværende behandlingstilbud fra offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, der står i et kontraktforhold til sygekasserne, og, når der er tale om oprettelse af en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium, tillige henset til behandlingstilbuddet fra *de nævnte behandlingsinstitutioners ambulante afdelinger og fra* etablerede sygekasselæger, sygekassernes egne institutioner og institutioner, som sygekasserne har indgået kontrakt med, samt for tandbehandlingsambulatoriers vedkommende yderligere henset til behandlingstilbuddet fra selvstændigt praktiserende *sygekassetandlæger og etablerede sygekassetandplejere*.

b) Delstaternes gennemførelsesbestemmelser

21. På tidspunktet for tvisten med Wiener Landesregierung var det KAG, der var den gældende forbundslov. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen¹², at denne lov i delstaten Wien blev gennemført ved Wiener Krankenanstaltengesetz 1987¹³.

22. Efter Wr. KAG's § 4, stk. 2, kan der kun gives tilladelse til oprettelse af en behandlingsinstitution såsom et selvstændigt ambulatorium, når der

»[...]

- a) forefindes et behov på baggrund af det angivne behandlingsformål og det planlagte udbud af tjenesteydelser, når henses til det forhåndenværende behandlingstilbud fra offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, der står i et kontraktforhold til sygekasserne, og, når der er tale om oprettelse af en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium, tillige henset til behandlingstilbuddet fra etablerede sygekasselæger, sygekassernes egne institutioner og institutioner, som sygekasserne har indgået kontrakt med, samt for tandbehandlingsambulatoriers vedkommende yderligere henset til behandlingstilbuddet fra etablerede sygekassetandplejere.

[...]«

¹² — Punkt 2.1.

¹³ — LGBl. 1987, s. 23, som ændret i 2001 (LGBl. 2001, s. 48, herefter »Wr. KAG«).

23. På tidspunktet for tvisten med Oberösterreichische Landesregierung var det KAKuG, der var den gældende forbundslov. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen¹⁴, at denne lov i delstaten Oberösterreich blev gennemført ved Oberösterreichisches Krankenanstaltengesetz 1997 (herefter »Oö. KAG«)¹⁵.

24. § 5 i Oö. KAG har følgende ordlyd:

»1. [...] tilladelse til oprettelse af en behandlingsinstitution skal gives, når

1) der foreligger et behov i henhold til stk. 2

¹⁴ — Punkt 2.2.

¹⁵ — LGBl. 1997, s. 132, som ændret i 2005 (LGBl. 2005, s. 99, herefter »Oö. KAG«).

[...]

2. Behovet for en behandlingsinstitution med det angivne behandlingsformål og det planlagte udbud af tjenesteydelser vurderes under hensyntagen til det maksimale antal sengepladser, der er fastsat i delstaten Oberösterreichs sundhedsplan [...], når henses til den behandling, der i en passende omkreds allerede udbydes af offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre institutioner, der står i et kontraktforhold til sygekasserne, og, når der er tale om oprettelse af en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium, tillige henses til behandlingstilbuddet fra de nævnte behandlingsinstitutioners ambulante afdelinger og fra etablerede sygekasselæger, sygekassernes egne institutioner og institutioner, som sygekasserne har indgået kontrakt med, samt for tandbehandlingsambulatoriers vedkommende yderligere henses til behandlingstilbuddet fra etablerede sygekassetandplejere. [...]

25. Den lovgivning, der er relevant for efterprøvelsen af den anden anfægtede afgørelse, afviger således fra den, der gjaldt, da den første anfægtede afgørelse blev truffet, eftersom behovsvurderingen efter vedtagelsen af KAKuG også skal omfatte den behandling, der udbydes af ambulante afdelinger under offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, som står i et kontraktforhold til sygekasserne, og som er omhandlet i loven.

2. Bestemmelserne om udøvelse af tandlægevirksomhed

26. Ärztengesetz (lægeloven) af 10. november 1998¹⁶ omhandler udøvelse af lægegerning i Østrig. Denne lov blev vedtaget efter Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union for bl.a. at indføre en ny uddannelsesordning, der giver adgang til tandlægespecialet. Udøvelse af tandlægevirksomhed har siden den 1. januar 2006 været reguleret ved Zahnärztegesetz (tandlægeloven)¹⁷.

27. En fællespraksis i henhold til § 52a i Ärztengesetz, som ændret, og § 26 i Zahnärztegesetz, som ændret, skal oprettes i form af et erhvervsdrivende interessentskab (offene Erwerbsgesellschaft)¹⁸. Den må udelukkende bestå af personligt hæftende selskabsdeltagere, der har tilladelse til at udøve selvstændig tandlægevirksomhed. En fællespraksis må i modsætning til et ambulatorium ikke ansætte andre læger eller tandlæger som lønmodtagere.

16 — BGBl. 1998 I, s. 169, som ændret i 2006 (BGBl. 2006 I, s. 122). Der er kun sket ubetydelige ændringer i de bestemmelser, der har betydning for de foreliggende tvister. De vil blive nævnt nedenfor.

17 — BGBl. 2005 I, s. 126, som ændret i 2006 (BGBl. 2006 I, s. 80).

18 — Reglerne om oprettelse og ledelse af erhvervsdrivende interessentskaber er indeholdt i § 105 i Unternehmensgesetzbuch (selskabsloven) (BGBl. 1997, s. 219), som ændret i 2006 (BGBl. 2006 I, s. 103).

3. Bestemmelserne om den sociale sikringsordning

28. Republikken Østrig har i sin nationale lovgivning fastsat nærmere bestemmelser om den sociale sikringsordnings funktion og fastlagt ydelseernes størrelse og art og finansieringsniveauet for hver risikokategori.

29. Den i Republikken Østrig opbyggede sygeforsikringsordning er obligatorisk og forvaltes af sygekasserne. Den finansieres dels af bidrag fra de forsikrede og arbejdsgiverne, dels af et tilskud, som staten hvert år bevilger til Allgemeine Kasse der Krankenversicherung (den almindelige sygekasse).

30. Den østrigske socialsikringsordning er en blandet ordning¹⁹. Den bygger dels på en ordning med naturalydelser, hvor socialsik-

19 — Som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer påpegede i punkt 46 i sit forslag til afgørelse i Smits og Peerbooms-sagen, dom af 12.7.2001, sag C-157/99, Sml. I, s. 5473, findes der tre forskellige ordninger i Den Europæiske Union, nemlig rent offentlige ordninger, hvor staten finansierer alle ydelser, og behandlingen er gratis, private forsikringsordninger, hvor patienten selv betaler for behandlingen og senere får pengene refunderet fra sygekassen, og endelig blandede ordninger som den, der er tale om i hovedsagen.

ringen helt eller delvis betaler for patientens læge- og hospitalsbehandling, dels på en refusionsordning, hvor socialsikringen helt eller delvis refunderer patienten de udgifter, som vedkommende har afholdt til behandlingen.

31. Ordningen med naturalydelse er fastlagt ved Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (lov om almindelig socialforsikring)²⁰.

32. Denne ordning er baseret på rammeaftaler, som indgås mellem Hauptverband der Sozialversicherungsträger (hovedsammenlutningen af socialforsikringsinstitutioner) og tjenesteydernes forskellige repræsentative organer.

33. Rammeaftalerne skal ifølge ASVG's § 342 omhandle:

1. fastlæggelse af antallet og den geografiske placering af læger og fællespraksiser, der er tilknyttet sygekasserne, med henblik på at give de forsikrede og deres familiemedlemmer tilstrækkelig adgang til lægeydelse i henhold til § 338, stk. 2, første punktum, under hensyntagen til lokale forhold og transportforhold og til befolkningstæthed og -struktur; patienten bør som hovedregel have mulighed for at vælge mellem mindst to sygekasselæger, som denne kan nå frem til inden for et rimeligt tidsrum, eller en læge og en fællespraksis, der er tilknyttet sygekassen

2. udvælgelse af læger og fællespraksiser, der er tilknyttet sygekasserne, indgåelse og ophævelse af aftaler med disse (individuelle kontrakter)

3. rettigheder og forpligtelser for læger og fællespraksiser, der er tilknyttet sygekasserne, navnlig med hensyn til deres ret til godtgørelse for lægeydelse

[...]«

»[...]

34. Disse bestemmelser finder ifølge ASVG's § 338, stk. 3, tilsvarende anvendelse på reguleringen af forholdet mellem socialsik-

²⁰ — BGBl. 1955, s. 189, som ændret i 2006 (BGBl. 2006 I, s. 133, herefter »ASVG«).

ringsinstitutioner og behandlingsinstitutioner. Sygekasserne indgår således kontrakter med behandlingsinstitutioner og privatpraktiserende læger, hvori de på forhånd træffer aftale om ydelsernes indhold og kvalitet og om det økonomiske bidrag fra den pågældende sygekasse.

35. Henvender den forsikrede sig til en læge efter eget valg, som sygekassen ikke har indgået kontrakt med, kan han efter de østrigske regler få behandlingsudgifterne refunderet med 80% af det beløb, som den sociale sikringsinstitution skulle have dækket, hvis han havde henvendt sig til en udbyder, der var indgået kontrakt med²¹.

II — Sagens faktiske omstændigheder

36. Wiener Landesregierung har ved den første anfægtede afgørelse nægtet at give Hartlauer tilladelse til at oprette en privat behandlingsinstitution i form af et selvstændigt tandbehandlingsambulatorium i 21. distrikt i Wien. Denne afgørelse blev truffet med hjemmel i Wr. KAG's § 4.

37. Wiener Landesregierung henviste til en sagkyndig rapport, som forvaltningen havde

fremlagt. Rapporten konkluderede, at de tilsvarende ydelser, der blev tilbudt af offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige institutioner og andre behandlingsinstitutioner, der stod i et kontraktforhold til sygekasserne, etablerede sygekasselæger, sygekassernes egne institutioner og institutioner, som sygekasserne havde indgået kontrakt med, samt af etablerede sygekassetandplejere, sikrede et tilstrækkeligt udbud på tandplejeområdet i Wien. Denne vurdering var baseret på forholdet mellem antallet af indbyggere og antallet af tandlæger (1 tandlæge pr. 2 207 indbyggere i Wien i 1999). Wiener Landesregierung fastslog på grundlag af den sagkyndige vurdering, at oprettelsen af en behandlingsinstitution ikke ville lette, fremskynde, intensivere eller på anden måde væsentligt forbedre tandplejen for indbyggerne i Wien, og at der derfor ikke var behov for det planlagte tandbehandlingsambulatorium.

38. Ved den anden anfægtede afgørelse afslog Oberösterreichische Landesregierung med den samme begrundelse at give tilladelse til oprettelse af et selvstændigt tandbehandlingsambulatorium i byen Wels. Denne afgørelse blev truffet med hjemmel i §§ 4 og 5 i Oö. KAG.

39. Oberösterreichische Landesregierung tog ved sin bedømmelse udgangspunkt i en udtalelse fra den østrigske tandlægeforening. Den baserede bedømmelsen på kriteriet om, hvor lang ventetid der var på en konsultation hos de udbydere, der er nævnt i § 5, stk. 2, i Oö.

21 — § 131, stk. 1, i ASVG.

KAG, herunder fra personer beskæftiget i de omhandlede behandlingsinstitutioners ambulante afdelinger. Oberösterreichische Landesregierung konkluderede, at der ikke var behov for det pågældende ambulatorium, eftersom ventetiderne var acceptable, og der fandtes et tilstrækkeligt behandlingstilbud til patienter i ambulatoriets opland.

40. Hartlauer har derfor anlagt sag til prøvelse af begge disse afgørelser ved Verwaltungsgerichtshof, der har forenet de to sager.

III — De præjudicielle spørgsmål

41. Verwaltungsgerichtshof er i tvivl om, hvorvidt de omhandlede bestemmelser er forenelige med den etableringsfrihed, der sikres ved artikel 43 EF. Selv om bestemmelserne ikke medfører forskelsbehandling af virksomheder i andre medlemsstater, mener den forelæggende ret, at de måske kan gøre udøvelsen af denne grundlæggende frihed vanskeligere eller mindre attraktiv.

42. Verfassungsgerichtshof (Østrig) har i en dom af 7. marts 1992 bemærket, at de omhandlede bestemmelser udgør et uforholdsmæssigt indgreb i den ret til fri erhvervsudøvelse, der sikres ved § 6, stk. 1, i Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (den østrigske grundlov), når de indebærer et konkurrenceværn til fordel for private behandlingsinstitutioner, der drives erhvervmæssigt.

43. I en dom af 10. marts 1999 fastslog Verfassungsgerichtshof derimod, at almennyttige institutioners forsyning af befolkningen med lægelige ydelser må prioriteres. Disse institutioner, der udøver deres virksomhed som led i den offentlige serviceforpligtelse, spiller en væsentlig rolle for det lægelige behandlingssystem og sikrer således beskyttelsen af den offentlige sundhed. Det er derfor vigtigt at sikre deres økonomiske overlevelse. Bestemmelser, der har til formål at beskytte de nævnte institutioner mod konkurrence, er under disse omstændigheder forenelige med den østrigske grundlovs § 6, for så vidt som de ikke er uforholdsmæssige. Verfassungsgerichtshof mente, at de omtvistede bestemmelser var med til at skabe ligevægt i den østrigske sygeforsikringsordning, hvorefter de pågældende ydelser i sagens natur primært skal leveres af etablerede sygekasselæger.

44. Verwaltungsgerichtshof har på dette grundlag besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

IV — Stillingtagen

A — Indledende bemærkninger

»1) Er artikel 43 EF (sammenholdt med artikel 48 EF) til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, hvorefter det er nødvendigt at opnå tilladelse til at oprette en privat behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium for tandpleje (tandbehandlingsambulatorium), og hvorefter der meddeles afslag på en ansøgning om en sådan tilladelse, når der — henset til det angivne behandlingsformål og det planlagte udbud af tjenesteydelser, sammenholdt med det forhåndenværende behandlingstilbud fra etablerede sygekasselæger, institutioner henhørende under sygekassen, institutioner, som sygekasserne har kontraheret med, samt fra etablerede sygekasse-tandplejere — ikke forefindes et behov for det planlagte tandbehandlingsambulatorium?

2) Giver det anledning til ændringer i besvarelsen af første spørgsmål, hvis forhåndenværende behandlingsudbud fra ambulante offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre institutioner, der står i et kontraktforhold til sygekassen, inddrages i behovsvurderingen?»

45. Fællesskabet har som nævnt kun begrænset kompetence på folkesundhedsområdet. Dets indsats må således kun være et supplement til medlemsstaternes indsats og skal fuldt ud respektere medlemsstaternes ansvar for organisation, tilrettelæggelse og levering af sundhedstjenesteydelser.

46. Domstolen har dog fastslået, at denne begrænsning af Fællesskabets lovgivningskompetence ikke ændrer ved medlemsstaternes forpligtelse til at overholde fællesskabets retten og navnlig bestemmelserne om den frie bevægelighed, når de udøver den kompetence, der er forbeholdt dem²². Medlemsstatene er derfor nødt til at foretage tilpasninger i organiseringen af deres sundhedssystem for at kunne udøve de grundlæggende friheder, der garanteres ved traktaten.

²² — Dom af 19.4.2007, sag C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis. Denne retspraksis finder også anvendelse på direkte beskatning, dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 40, strafferetlige anliggender, dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 19, og offentlig sikkerhed, dom af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 15 og 16.

47. Anvendelsen af princippet om den frie udveksling af varer og tjenesteydelser kan f.eks. indvirke på procedurerne for godkendelse af medicinsk udstyr eller betingelserne for lægemiddelforsyning af sygehuse²³. Dette princip har også medført, at fællesskabslovgiver har strømlinet procedurerne for tilladelse til markedsføring af lægemidler og udstedt regler om affaldsbehandling.

48. Domstolen har endvidere fastsat en række grundlæggende principper for patienters bevægelighed inden for Fællesskabet og finansieringen af levering af grænseoverskridende lægelige tjenesteydelser. Her tænker jeg især på Kohll-dommen²⁴, Smits og Peerbooms-dommen, Müller-Fauré og van Riet-dommen²⁵, Watts-dommen²⁶ og Stamatelaki-dommen. Alle disse sager skal ses i forhold til den særlige situation, hvor der på samme tid findes forskellige nationale sundhedssystemer inden for et fælles indre marked med 27 medlemsstater. Domstolen har i den forbindelse præciseret betingelserne for, at patienter i henhold til artikel 49 EF kan modtage lægebehandling i en anden medlemsstat og få udgifterne til denne behandling refunderet under de nationale sygeforsikringsordninger, som de er tilknyttet.

49. Med hensyn til mobilitet inden for Fællesskabet for personer, der arbejder i sundhedssektoren, har Domstolen flere

gange udtalt sig om betingelserne for adgang til og udøvelse af virksomhed som læge og tandlæge i forhold til gensidig anerkendelse af eksamensbeviser²⁷.

50. Det ser dog ikke ud til, at Domstolen tidligere har haft lejlighed til at udtale sig om lovligheden af nationale bestemmelser som de her omhandlede, hvorefter adgangen for beskæftigede inden for sundhedssektoren til at etablere sig i værtsmedlemsstaten underlægges økonomiske og sociale betingelser i tilknytning til markedet for levering af sundhedsydelser.

51. Det er herved vigtigt at være opmærksom på, at selv om sundhedsydelser pr. definition er »offentlige«, har de en pris, som medlemsstaterne forsøger at fastlægge og kontrollere bedst muligt.

52. Sundhedsydelser betales primært med offentlige midler i alle disse medlemsstater,

23 — Jf. bl.a. mit forslag til afgørelse i sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland (o.a.: dom af 11.9.2008), om bestemmelserne om lægemiddelforsyning af et hospital.

24 — Dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Sml. I, s. 1931.

25 — Dom af 13.5.2003, sag C-385/99, Sml. I, s. 4509.

26 — Dom af 16.5.2006, sag C-372/04, Sml. I, s. 4325.

27 — Jf. bl.a. hvad angår erhvervet som farmaceut dom af 13.7.2006, sag C-221/05, Sam Mc Cauley Chemists (Blackpool) og Sadjia, Sml. I, s. 6869, og af 8.5.2008, sag C-39/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 3435, samt hvad angår tandlægeerhvervet dom af 27.10.2005, sag C-437/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9373, og lægeerhvervet dom af 16.5.2002, sag C-232/99, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4235.

hvilket giver sig udslag i særlige fremgangsmåder og komplekse finansieringsformer.

53. Det økonomiske forhold mellem patienten og udbyderen af sundhedsydelserne gør det nødvendigt at inddrage forskellige aktører, som kan skaffe, samle og fordele ressourcerne. Hensigten med dette arbejde er at skabe en finansieringsordning, der giver alle forsikrede lige adgang til behandling af høj kvalitet. Det skal desuden gøre det muligt at udnytte de begrænsede offentlige ressourcer på en effektiv måde.

54. Medlemsstaterne forsøger med henblik herpå at finde nye finansieringskilder i den private sektor. Med indførelsen af markedsmechanismer i sundhedssektoren har grænserne mellem den offentlige og den private sundhedssektor flyttet sig, og der er dukket nye behandlingsinstitutioner op, som finansieres på nye måder. Offentlige behandlingsinstitutioner er ikke længere ene om at udbyde offentlige sundhedsydelser. Det kan private institutioner også²⁸. Private institutioner kan udøve erhvervmæssig virksomhed (f.eks. gennem klinikker) eller almennyttig virksomhed (f.eks. gennem institutioner ejet af fonde, religiøse menigheder eller gensidige selskaber). Den sektor, disse institutioner tilhører, har betydning for, hvilke regler de er underlagt, og hvilken finansieringsordning de er omfattet af.

55. Udbuddet af sundhedsydelser bliver således stadig mere alsidigt, og denne udvikling forstærkes af, at udbydere i andre medlemsstater har fået adgang til dette marked.

B — *Det første præjudicielle spørgsmål*

56. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats bestemmelser om, at der kræves en forudgående administrativ tilladelse, der er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium for tandpleje.

57. Som jeg nævnte i de indledende bemærkninger, er der ikke fastsat harmoniserede fællesskabsretlige regler om levering af sundhedsydelser. Medlemsstaterne har derfor ret til at organisere deres sundhedsvæsen og tilrettelægge lægebehandlingen på deres område i overensstemmelse med de sund-

28 — Det drejer sig om »private almennyttige institutioner«.

hedsmæssige prioriteringer, de har foretaget. I mangel af fælles eller harmoniserede regler kan medlemsstaterne frit afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af den offentlige sundhed, og hvorledes de vil nå deres mål, forudsat at de overholder proportionalitetsprincippet²⁹.

58. Det er imidlertid fast retspraksis, at medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence, der er forbeholdt dem, skal overholde fællesskabsretten, bl.a. bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser, der sikres ved traktaten³⁰.

59. Hospitals- og lægebehandling og lignende behandling såsom tandplejeydelser udgør en økonomisk aktivitet, der som sådan er underlagt reglerne om det indre marked. Dette synspunkt støttes af ordlyden af artikel 47, stk. 3, EF, for så vidt angår etableringsfriheden.

60. De foranstaltninger, som en medlemsstat træffer for at regulere udbuddet af hospitals-

eller lægeydelser, må således ikke gribe ind i traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed, herunder etableringsfriheden³¹.

61. Det er således de østrigske bestemmelsers forenelighed med denne frihed, der skal efterprøves, eftersom hovedsagerne drejer sig om en virksomhed, der er lovligt etableret i Tyskland, og som ønsker at etablere sig i Østrig for at udbyde tandplejeydelser dér.

62. Etableringsfriheden, der er indført ved artikel 43 EF og 48 EF, giver selskaber, der er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, adgang til at optage selvstændig erhvervsvirksomhed i en anden medlemsstat og udøve denne virksomhed permanent på de samme vilkår som de selskaber, der har deres hjemsted i denne medlemsstat. Denne grundlæggende frihed gælder for oprettelse og drift af virksomheder samt for oprettelse af agenturer, filialer og datterselskaber. Artikel 43 EF foreskriver, at diskriminerende foranstaltninger skal opheves.

63. Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at alle foranstaltninger, der — selv om de finder anvendelse uden forskel — forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre interessant for fælles-

29 — Jf. i denne retning dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia*, Sml. I, s. 4151, præmis 16, og af 11.12.2003, sag C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Sml. I, s. 14887, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis. Domstolen tager hensyn til medlemsstaternes skønsbeføjelse, når den efterprøver, om bestemmelser er begrundede, jf. bl.a. hvad angår en restriktion for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, *Placanica m.fl.*, Sml. I, s. 1891, præmis 48.

30 — Jf. bl.a. *Watts-dommen*, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis.

31 — Jf. i denne retning dom af 18.6.1991, sag C-260/89, *ERT*, Sml. I, s. 2925, præmis 12.

skabsborgerne, betragtes som restriktioner, der er i strid med traktaten³².

indgået kontrakt med, samt selvstændigt praktiserende sygekassetandplejere.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en restriktion for etableringsfriheden

64. Efter østrigsk lovgivning er det kun tilladt at oprette og drive en behandlingsinstitution i form af et tandbehandlingsambulatorium, hvis der er behov for de ydelser, som denne institution har til hensigt at tilbyde. Lovgivningen gælder uden forskel for alle, der ønsker at oprette og drive en behandlingsinstitution, uanset hvilken stat de kommer fra.

65. I henhold til § 3, stk. 2, litra a), i KAG, som er den bestemmelse, der gjaldt på tidspunktet for vedtagelsen af den første anfægtede afgørelse, skal der ved vurderingen af, om der foreligger et behov, bl.a. tages hensyn til det forhåndenværende behandlingstilbud fra offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, der står i et kontraktforhold til sygekasserne, etablerede sygekasselæger, sygekassernes egne institutioner og institutioner, som sygekasserne har

66. Ifølge § 3, stk. 2, litra a), i KAKuG, som er den bestemmelse, der gjaldt på tidspunktet for vedtagelsen af den anden anfægtede afgørelse, skal der ved vurderingen af, om der foreligger et behov, endvidere tages hensyn til behandlingstilbuddet fra de nævnte behandlingsinstitutioners ambulante afdelinger.

67. De kompetente myndigheder tager altså kun hensyn til den behandling, der tilbydes af sygekassernes kontraktpartnere, i forbindelse med denne behovsvurdering.

68. Den forelæggende ret mener, at der foreligger et behov, hvis ambulatoriets oprettelse vil lette, fremskynde, intensivere eller på anden vis væsentligt forbedre befolkningens forsyning med lægelige ydelser.

69. Der findes derfor ikke noget behov, hvis det eksisterende behandlingstilbud gør det muligt at tilfredsstille efterspørgslen i den planlagte behandlingsinstitutions opland.

32 — Jf. dom af 5.10.2004, sag C-442/02, CaixaBank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11 og den deri nævnte retspraksis, af 14.10.2004, sag C-299/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9761, præmis 15, af 21.4.2005, sag C-140/03, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3177, præmis 27, og af 17.7.2008, sag C-500/06, Corporación Dermóstetica, Sml. I, s. 5785, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

70. Befolkningens sundhedsmæssige behov vurderes på lokalt plan af den pågældende delstat ved hjælp af forskellige metoder. I delstaten Wien baseres vurderingen således på forholdet mellem antallet af indbyggere og antallet af tandlæger i det planlagte ambulatoriums opland. Det fremgår af sagen, at dette antal ikke blev fastlagt på forhånd. Det blev i forbindelse med den lægesagkyndige vurdering konstateret, at behovet »allerede blev dækket af forhåndenværende tilsvarende institutioner«, og at situationen »generelt [var] tilfredsstillende«³³. I delstaten Oberösterreich blev behovet til gengæld fastlagt ud fra, hvor lang ventetid der var på en konsultation. Det blev vurderet ud fra tilbagemeldinger fra de tandlæger, der praktiserede i det planlagte ambulatoriums opland.

71. I de foreliggende sager er det efter min opfattelse klart, at de omhandlede bestemmelser udgør en hindring for den ret, der sikres ved artikel 43 EF³⁴, selv om de ikke medfører forskelsbehandling på grundlag af de berørte erhvervsdrivendes nationalitet³⁵.

72. Ved at indføre en procedure for forhåndstilladelse til oprettelse og drift af behandlings-

institutioner begrænser disse bestemmelser efter selve deres indhold etableringsfriheden.

73. Selv om bestemmelserne ikke afskærer virksomheder fra andre medlemsstater fra at etablere sig i Østrig, kræver de, at der søges om en administrativ tilladelse, som kun gives, hvis der foreligger et sundhedsmæssigt behov i befolkningen. Dette behov vurderes ud fra de økonomiske og sociale forhold, der gør sig gældende på markedet for sundhedsydelser.

74. Som Republikken Østrig selv har erkendt, har de omhandlede bestemmelser til formål at begrænse antallet af udbydere af sundhedsydelser inden for landets grænser og dermed beskytte de udbydere, der allerede findes på markedet, og som er tilsluttet sygekasserne, bedre mod konkurrence³⁶. Hvis den behandling, der udbydes under sygeforsikringen, er tilstrækkelig, gives der følgelig afslag på oprettelse af en behandlingsinstitution såsom et ambulatorium. Det var det, der

33 — Forelæggelsesafgørelsen (punkt 1.1).

34 — Jf. dom af 15.6.2006, sag C-255/04, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5251, præmis 29.

35 — Som Østrig påpegede i punkt 26 og 27 i sit indlæg, skelnes der i KAG's § 3 ikke mellem, om udbyderen er østrigsk statsborger eller statsborger i en anden medlemsstat.

36 — Punkt 38 i indlægget fra Østrig.

skete i hovedsagerne. Bestemmelserne gør det derfor vanskeligere eller i hvert fald mindre interessant at oprette og drive en behandlingsinstitution på østrigsk område³⁷.

hensyn. Den skal endelig være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det mål, den forfølger, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål³⁸.

75. Jeg mener på baggrund af det ovenfor anførte, at nationale bestemmelser, hvorefter der kræves en forhåndstilladelse, der er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution, udgør en hindring for den etableringsfrihed, der sikres ved artikel 43 EF.

a) Den østrigske lovgivning anvendes uden forskel

2. Spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende restriktion for etableringsfriheden er berettiget

77. Som jeg allerede har nævnt, gælder den omhandlede lovgivning uden forskel for alle, der ønsker at oprette og drive en behandlingsinstitution, uanset hvilken stat de kommer fra.

76. En restriktion som den, der er fastsat i den østrigske lovgivning, kan imidlertid være forenelig med fællesskabsretten, hvis den opfylder følgende fire betingelser. Den skal for det første anvendes uden forskelsbehandling. Den skal desuden være begrundet i et legitimt behov eller et tvingende alment

b) Foranstaltninger, der begrænser behandlingsinstitutioners etableringsfrihed, kan begrundes i beskyttelsen af den offentlige sundhed og hensynet til den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt

37 — Det kan til orientering oplyses, at en foranstaltning, der består i at gøre en tilladelse betinget af, at der kan påvises et økonomisk behov eller en markedsefterspørgsel, siden vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT L 376, s. 36) har været underlagt de strenge regler heri. Selv om dette direktiv ikke gælder for udbuddet af sundhedsydelse [jf. 22. betragtning til direktivet og artikel 2, litra f), heri], vil jeg dog påpege, at det i henhold til dets artikel 14, stk. 5, er forbudt for medlemsstaterne at gøre adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed på deres område betinget af en konkret vurdering af, om der foreligger et økonomisk behov. Ifølge ottende betragtning til direktiv 2006/123 begrænser denne type foranstaltninger faktisk etableringsfriheden for udbydere i medlemsstaterne.

78. Ifølge fast retspraksis står menneskers liv og sundhed øverst blandt de interesser, som er beskyttet ved traktaten, hvilket giver medlemsstaterne mulighed for at begrænse den frie bevægelighed³⁹.

38 — Jf. bl.a. dom af 5.6.2005, sag C-170/04, Rosengren m.fl., Sml. I, s. 4071, præmis 43, og Corporación Dermoesética-dommen, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

39 — Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis.

79. Domstolen har tidligere præciseret, hvilke hensyn medlemsstaterne kan påberåbe sig som begrundelse for at hindre den frie udveksling af tjenesteydelser på området for levering af læge- og hospitalsydelser⁴⁰.

80. Domstolen har således fastslået, at en risiko for et alvorligt indgreb i den økonomiske ligevægt i en medlemsstats sociale sikringsordning kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en begrænsning af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

81. Domstolen har ligeledes anerkendt, at formålet om af hensyn til den offentlige sundhed at opretholde en stabil læge- og hospitalstjeneste, som alle har adgang til, kan være omfattet af en undtagelse begrundet i hensynet til den offentlige sundhed i henhold til artikel 46, stk. 1, EF, i det omfang et sådant formål bidrager til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau.

82. Domstolen har endelig flere gange udtalt, at artikel 46 EF tillader medlemsstaterne at begrænse den frie udveksling af læge- og hospitalsydelser, i det omfang det er væsentligt for den offentlige sundhed eller endog for befolkningens overlevelse at opretholde

behandlingsmuligheder eller en lægelig kompetence på det nationale område.

83. Hvad angår lægelige ydelser, der leveres på et hospital, har Domstolen bemærket, at antallet af hospitaler, deres geografiske spredning, deres indretning og det udstyr, som de er forsynet med, eller endog arten af de lægelige ydelser, som de skal tilbyde, skal kunne gøres til genstand for planlægning fra den pågældende medlemsstats side⁴¹.

84. Denne planlægning tilgodeser ifølge Domstolen forskellige hensyn.

85. Den sikrer for det første, at der på den pågældende medlemsstats område er en tilstrækkelig og vedvarende adgang til et afbalanceret udbud af gode hospitalsydelser.

86. Den skal for det andet gøre det muligt at styre omkostningerne og undgå spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer i en situation, hvor efterspørgslen

40 — Jf. den retspraksis, der er anført i punkt 48 i dette forslag til afgørelse, vedrørende refusionsordningen for grænseoverskridende sundhedsydelser. Jf. navnlig Stamatelaki-dommen, præmis 30-32 og den deri nævnte retspraksis.

41 — Smits og Peerbooms-dommen, præmis 76-80.

efter lægeydelser stiger støt, samtidig med at udbuddet nødvendigvis begrænses af budgetmæssige hensyn.

87. Republikken Østrig har herved anført, at de omtvistede bestemmelser udgør et redskab til planlægning og styring af udbuddet af sundhedsydelser.

88. Kravet om en forhåndstilladelse, der er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, har til formål at bevare den læge- og hospitalsbehandling, der tilbydes under sygekasserne, og bidrager dermed til at sikre den økonomiske ligevægt i Østrigs sociale sikringsordning.

89. Hvis antallet af udbydere på markedet forøges for meget, vil det efter Republikken Østrigs opfattelse resultere i, at de udbydere, som sygeforsikringsinstitutionerne har indgået kontrakt med, bliver fortrængt. De private behandlingsinstitutioner vil i højere grad koncentrere sig om at udbyde de mest rentable ydelser, hvorimod sygekassernes kontraktpartnere vil være nødt til at tilbyde et meget bredt udvalg af ydelser, som i visse tilfælde ikke vil kunne betale sig økonomisk. De sidstnævnte risikerer derfor at forsvinde fra markedet eller kan blive tvunget til at trække sig ud af især landområderne og etablere sig i byerne, hvilket vil begrænse den lægebehandling, der tilbydes patienter på landet. Når de omhandlede bestemmelser styrer antallet af udbydere af sundhedsydelser i landet, sker det således for at beskytte de

behandlingsinstitutioner, der står i et kontraktforhold til sygekasserne, mod alt for hård konkurrence og for at undgå overkapacitet og ubalance i udbuddet af lægeydelser.

90. Efter min opfattelse kan de argumenter, Republikken Østrig har fremført til støtte for sin beslutning om at regulere oprettelse og drift af behandlingsinstitutioner i landet, i henhold til ovennævnte retspraksis betragtes som rimelige begrundelser for at begrænse etableringsfriheden.

91. Efter min mening kan denne retspraksis, der omhandler anvendelsen af artikel 49 EF, uden videre overføres på reglerne om etableringsfriheden. Artikel 46, stk. 1, EF, som Domstolen behandlede, og hvori der tages forbehold med hensyn til beskyttelsen af den offentlige sundhed, gælder således både for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser⁴².

92. Jeg mener desuden, at det ræsonnement, Domstolen har anvendt i forbindelse med udbud af hospitalsydelser, kan udstrækkes til tandplejeydelser, for så vidt som disse ikke kun

42 — Jf. Corporación Dermoeástica-dommen, præmis 37.

omfatter grundlæggende ydelser som røntgenbilleder eller forebyggende behandling (afpudsning og tandrensning), men også kan bestå af egentlige kirurgiske indgreb som tandudtrækninger, kosmetiske korrektioner eller visse former for tandregulering⁴³, der skal foretages af kvalificeret personale. Visse former for tandpleje kan således udføres af tandlægen i dennes klinik eller på et tandlægecenter, hvorimod andre former for tandkirurgi kræver kortvarig indlæggelse, f.eks. på et ambulatorium, der har det fornødne tekniske udstyr. Det kan derfor være vanskeligt at skelne mellem hospitalsydelser og andre ydelser på dette område⁴⁴.

93. Det skal desuden påpeges, at den vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, der foreskrives i de omhandlede bestemmelser, indgår i udformningen af »sundhedsplanen«. Sundhedsplanen er et planlægningsredskab, som udarbejdes af den enkelte delstat efter den østrigske forbundsstats retningslinjer.

94. Denne plan gør det muligt at foretage en kvantitativ og kvalitativ undersøgelse af, hvilket udbud af hospitals- og lægeydelser der er brug for, og hvordan den geografiske

fordeling skal være. Hensigten med dette er således at udvikle et behandlingsudbud, der er afpasset efter befolkningens sundhedstilstand og den eksisterende behandlings effektivitet. Planen skal give adgang til kvalitetsydelser og sikre en organisering af sundhedsområdet, der gør det muligt at bevare og udvikle de aktiviteter, der foregår i nærområdet. Den skal endelig sikre en passende ligevægt med hensyn til behandlingsinstitutionernes størrelse, kapacitet og udstyr.

95. Iværksættelsen af denne plan og virkeliggørelsen af de mål, der er fastsat heri, afhænger af den sociale sikringsordnings økonomiske levedygtighed. I et nationalt sundhedssystem som det her omhandlede, der primært finansieres af offentlige midler, og hvor de økonomiske ressourcer pr. definition er begrænsede, finansieres sundhedsydelserne ud fra hensynet til balancen mellem udbud og efterspørgsel. Planlægningen af behandlingsudbuddet og indgåelsen af kontrakter mellem sygeforsikringsinstitutioner og behandlere gør det således muligt at begrænse udgifterne ved at afpasse dem efter befolkningens behov ud fra de prioriteringer, de nationale myndigheder har foretaget.

96. Jeg finder det på dette grundlag rimeligt, at en medlemsstat regulerer oprettelsen og driften af behandlingsinstitutioner i landet ved at undersøge markedets behov på forhånd med henblik på at beskytte den offentlige sundhed og bevare den økonomiske ligevægt i sin sociale sikringsordning.

43 — Tandregulering er en tandmedicinsk disciplin, der går ud på at forebygge og korrigere forkerte tandstillinger og kæbedeformiteter, navnlig hos børn.

44 — Jeg vil i den forbindelse understrege, at Kommissionen har defineret begrebet »hospitalsbehandling« i sit forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2.7.2008 om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser. Ifølge artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i dette forslag dækker dette begreb ikke bare »sundhedsydelser, der kræver indlæggelse af den pågældende patient mindst en nat«, men også sundhedsydelser, der kræver brug af højt specialiseret og omkostningskrævende medicinsk infrastruktur eller medicinsk udstyr eller indebærer behandlinger, der udgør en særlig risiko for patienten eller befolkningen.

c) Spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede lovgivning er egnet til at nå de tilsigtede mål

97. Jeg vil nu undersøge, om den østrigske lovgivning er egnet til at sikre en effektiv beskyttelse af den offentlige sundhed og den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt mod de risici, der er forbundet med en ukontrolleret udvidelse af udbuddet på tandplejeområdet.

98. Det skal derfor efterprøves, om de betingelser, der skal være opfyldt for at opnå den omhandlede forudgående administrative tilladelse, kan begrundes i de nævnte hensyn, og dermed, om de overholder proportionalitetskravet.

99. Jeg mener for det første, at den ordning med forudgående administrativ tilladelse, der er fastsat i den østrigske lovgivning, i overensstemmelse med gældende ret opstiller rammer for de kompetente nationale myndigheders skønsbeføjelse.

100. Som Domstolen også fastslog i de sager, der vedrører refusionsordningen for grænseoverskridende sundhedsydelse, mener jeg ikke, at en ordning med forudgående administrativ tilladelse til oprettelse af en behandlingsinstitution kan legitimere, at de nationale myndigheder træffer skønsmæssige afgørelser. Det ville faktisk føre til, at fællesskabsbestemmelserne og navnlig bestemmelserne om grundlæggende frihedsrettigheder berøves deres effektive virkning⁴⁵.

101. En sådan ordning skal ifølge Domstolen bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som er kendt på forhånd, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse. Den skal endvidere være baseret på et proceduremæssigt system, som er let tilgængeligt og egnet til at sikre de berørte, at deres ansøgning bliver behandlet objektivt og upartisk inden for en rimelig frist. Afslag på tilladelser skal endelig kunne anfægtes under et søgsmål⁴⁶. Med henblik herpå skal disse afslag på at meddele tilladelse eller de udtalelser, der eventuelt ligger til grund for afslagene, henvise til de specifikke bestemmelser, der er hjemmel for afslaget, og de skal være behørigt begrundede i forhold til disse bestemmelser. Domstolen har ligeledes bemærket, at de domstole, som sådanne afslag indbringes for, såfremt de anser det for nødvendigt, skal benytte sig af uafhængige sagkyndige, hvorved den højeste grad af objektivitet og upartiskhed sikres⁴⁷.

45 — Jf. Watts-dommen, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis.

46 — Ibidem, præmis 116 og den deri nævnte retspraksis.

47 — Ibidem, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis.

102. Det skal hvad hovedsagerne angår understreges, at det i § 3 i KAG og KAKuG og i de gennemførelsesbestemmelser, som delstaterne Wien og Oberösterreich har vedtaget⁴⁸, præciseres, på hvilke betingelser der kan meddeles tilladelse til oprettelse af en behandlingsinstitution. Disse bestemmelser er offentliggjort i *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*⁴⁹, og betingelserne er derfor kendt på forhånd. Med hensyn til vurderingen af befolkningens sundhedsmæssige behov præciseres det i disse bestemmelser, hvilke kriterier der skal tages hensyn til, nemlig institutionens formål, de ydelser, den har til hensigt at udbyde, sundhedsplanen for den pågældende delstat og endelig det udbud, der findes i forvejen. Det fremgår desuden af forelæggelsesafgørelsen⁵⁰, at det i den første og den anden anfægtede afgørelse oplyses, hvilke bestemmelser de er baseret på⁵¹, og præciseres, hvorfor myndighederne ikke mente, at der var behov for den behandling, som Hartlauer havde planlagt at udbyde. Det fremgår endelig af hovedsagerne, at disse to afgørelser i henhold til § 131, stk. 1, nr. 1, i B-VG kunne anfægtes under et søgsmål ved Verwaltungsgerichtshof.

103. Jeg mener for det andet, at den behovsvurdering, som de kompetente nationale myndigheder skal foretage, inden de giver tilladelse til oprettelse og drift af en behandlingsinstitution, i flere henseender er egnet til at opfylde de formål, Republikken Østrig har fastsat.

48 — Jf. henholdsvis § 4 i Wr. KAG og § 5 i Oö. KAG.

49 — Lovtidende på forbundsplan for Republikken Østrig.

50 — Punkt 1.1 og 1.2.

51 — Navnlig henholdsvis § 4 i Wr. KAG og §§ 4 og 5 i Oö. KAG.

104. Behovsvurderingen har efter min opfattelse til formål at tilrettelægge behandlingstilbuddet i Østrig. Den foretages på lokalt plan under hensyntagen til det eksisterende behandlingstilbud og gør det derfor muligt at undgå, at visse geografiske områder, herunder landområder, underforsynes i forhold til andre områder, hvor der findes en meget stor koncentration af tandlæger, f.eks. i byerne. Vurderingen er derfor nødvendig for, at udbuddet af læge- og hospitalsydelser både med hensyn til kvalitet og ventetider kan tilfredsstille efterspørgslen efter sundhedsydelser.

105. Hertil kommer, at behovsvurderingen faktisk gør det muligt at forebygge de negative følger, som en ukontrolleret udvidelse af behandlingstilbuddet vil kunne få, bl.a. for den økonomiske situation for de udbydere, der har indgået kontrakt med sygekasserne. Som Verfassungsgerichtshof bemærkede i sin dom af 10. marts 1999, sigter denne vurdering mod at sikre eksistensgrundlaget for de personer og institutioner, der varetager den offentlige serviceforpligtelse under sygesikringen.

106. I en ordning som den i hovedsagerne omhandlede, der giver de forsikrede ret til naturalydelser, forvalter sygekasserne deres budgetter på grundlag af kontrakter med behandlere og hospitaler. I disse kontrakter fastsætter parterne, hvilke ydelser der er omfattet, og hvilke tjenester der skal stilles til rådighed, samt sygesikringens økonomiske bidrag. Det gør det muligt at forhåndsfinan-

siere alle de sundhedsydelse, de forsikrede får brug for, såvel hos praktiserende læger som i hospitalsregi, således at sygekasserne principielt ikke vil skulle afholde supplerende udgifter.

107. Jeg finder det under disse omstændigheder rimeligt, at de nationale myndigheder i forbindelse med en social sikringsordning, hvor der på forhånd træffes bestemmelse om ikke bare midlerne, men også om behandlere og behandlingsinstitutioner, ønsker at beskytte de udbydere, der har indgået kontrakt med sygekasserne, mod alt for stor konkurrence.

108. Domstolen har i øvrigt bemærket, at såfremt de forsikrede frit og under alle omstændigheder kunne gøre brug af hospitaler, med hvilke deres sygekasse ikke har indgået nogen som helst overenskomst, uanset om det drejer sig om institutioner beliggende i den pågældende medlemsstat eller i en anden medlemsstat, »vil ethvert forsøg på planlægning gennem ordningen med indgåelse af overenskomster, med henblik på at bidrage til at sikre et rationelt, stabilt, afbalanceret og tilgængeligt udbud af hospitalsbehandling, samtidig blive bragt i fare«⁵². Denne argumentation gælder efter min opfattelse også for ambulatoriers behandlingsudbud.

109. Når undersøgelsen af det eksisterende behandlingsudbud kun omfatter de ydelser, der udbydes af sygekassernes kontraktpartnere, er denne vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov således med til at bevare kontraktordningen og ordningen med naturalydelser. Ordningen betyder som nævnt, at den forsikrede ikke behøver at lægge ud for udgifterne til den behandling, han har modtaget. Disse udgifter betales direkte af sygeforsikringsinstitutionen. Denne ordning giver således mindrebemidlede patienter adgang til læge- og hospitalsbehandling af høj kvalitet.

110. Jeg mener som følge heraf, at nationale bestemmelser, hvorefter der for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution kræves en forudgående vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, er egnede til at sikre en stabil lægebehandling af høj kvalitet, som alle har adgang til, og til at skabe økonomisk ligevægt i den nationale socialsikringsordning. Jeg mener derfor, at en sådan foranstaltning er egnet til at beskytte den offentlige sundhed.

111. Jeg vil dog bemærke, at de her omhandlede bestemmelser ikke finder anvendelse på fællespraksiser, selv om sådanne foretagender også kan føre til konkurrence med de institutioner, der allerede findes på markedet, og som har indgået kontrakt med sygekasserne.

52 — Jf. Smits og Peerbooms-dommen, præmis 81, Müller-Fauré og van Riet-dommen, præmis 82, og Watts-dommen, præmis 111.

112. Det er spørgsmålet, om en ordning som den, der følger af de i hovedsagerne omhandlede bestemmelser, er egnet til at sikre opfyldelsen af de pågældende formål, eftersom det er tilladt at oprette en fællespraksis på markedet, uden at der foretages en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov. Jeg anser derfor ikke ordningen for at være konsekvent. Det fremgår dog ikke af de oplysninger, der fremkom under den skriftlige forhandling og retsmødet, hvorfor der sondres mellem de to typer foretagender.

113. Jeg mener derfor, at det tilkommer den nationale ret at vurdere proportionaliteten, hvis bestemmelser som de østrigske reelt gør det muligt at opfylde de formål, de forfølger, og den bør herved tage hensyn til de nedenfor anførte betragtninger.

114. En fællespraksis anses som bekendt ikke for en behandlingsinstitution efter østrigsk lovgivning. Den må kun stiftes i form af et erhvervsdrivende interessentskab⁵³. Dette selskab må endvidere kun bestå af personligt hæftende selskabsdeltagere, der har ret til at drive selvstændig tandlægepraksis, hvilket ikke er tilfældet med ambulatorier, hvor arbejdet overvejende udføres af lønmodtagere.

115. Med hensyn til disse foretagenders struktur og udstyr er de tilkendegivelser, som jeg har kendskab til, modstridende. I retsmødet benægtede Østrig, at der skulle foregå »skjult forskelsbehandling« mellem disse foretagender, og understregede, at der er sat snævre grænser for en fællespraksis' størrelse, både på det organisatoriske plan og med hensyn til personale, udstyr og lokaler⁵⁴. En fællespraksis adskiller sig på grund af disse karakteristika klart fra et ambulatorium. Den forelæggende ret har derimod bemærket, at en fællespraksis sagtens kan sammenlignes med et ambulatorium, hvis man ser på lokalerne og den fysiske indretning. En patient, der efterspørger en lægeydelse, vil derfor i mange tilfælde ikke være i stand til at kende forskel på et ambulatorium, der i retlig henseende anses for en behandlingsinstitution, og en fællespraksis.

116. Ved afgørelsen af, om de omhandlede bestemmelser er forholdsmæssige, skal der efter min opfattelse ikke så meget tages hensyn til forskellene i de to foretagenders retlige form og i personalets status, men snarere til de aktiviteter, de beskæftiger sig med.

117. Jeg mener i den forbindelse, at et tandbehandlingsambulatorium og en fælles tandlægepraksis kan siges at drive virksomhed på det samme marked.

53 — Jf. om dette begreb § 105 i den østrigske selskabslov, som ændret.

54 — Mundtligt indlæg fra Republikken Østrig under retsmødet den 26.2.2008.

118. Et tandbehandlingsambulatorium har ifølge § 2, stk. 1, nr. 7, i KAG og KAKuG til formål at undersøge eller behandle personer, der ikke har behov for indlæggelse, og det kan være forsynet med et center for ambulante behandling. Ambulatoriet kan således tilbyde en bred vifte af ydelser, der ikke kun omfatter basal tandpleje, men også ambulante behandling, herunder ambulante kirurgiske indgreb som indsættelse af dentale implantater, behandling af brud, transplantationer eller udtrækning af visdomstænder.

119. En fællespraksis, hvor der forefindes tandkirurger, kan også råde over det tekniske udstyr, der er nødvendigt for at tilbyde visse former for tandkirurgi. De pågældende operationer er måske mindre komplicerede end dem, der tilbydes på et tandbehandlingsambulatorium, men nogle af de ydelser, de to foretagender tilbyder, vil alligevel være sammenfaldende. Det præciseres herved i § 153, stk. 3, i ASVG, at tandbehandling (tandkirurgi, bevarende behandling og kæbeortopædisk behandling) og tandproteser tilbydes i form af naturalydelser af tandlæger, tandplejere, fællespraksiser eller specialindrettede klinikker som ambulatorier.

120. En fælles tandlægepraksis kan derfor i lighed med et tandbehandlingsambulatorium konkurrere med de udbydere, der har indgået kontrakt med sygekasserne. Det kan heller ikke afvises, at oprettelsen af en eller flere fællespraksiser, der har tilknyttet mange

tandlæger, kan skabe ubalance i den måde, hvorpå behandlingstilbuddet organiseres og planlægges i et område.

121. Jeg mener som følge heraf, at det er usikkert, om en ordning som den, der følger af den østrigske lovgivning, er egnet til at sikre opfyldelsen af formålet om at beskytte den offentlige sundhed, hvis det godtgøres, at fælles tandlægepraksiser og tandbehandlingsambulatorier har samme formål og faktisk tilbyder de samme ydelser.

122. Da jeg mangler tilstrækkelige oplysninger om, hvilken lægebehandling der finder sted i en fælles tandlægepraksis, foreslår jeg, at Domstolen overlader det til den nationale ret at tage stilling hertil.

123. Den nationale ret vil først skulle undersøge, om de to foretagender faktisk driver virksomhed på det samme marked. Hvis det er tilfældet, tilkommer det den nationale ret at afgøre, om de østrigske bestemmelser reelt gør det muligt at opfylde de nævnte formål, for så vidt som det er tilladt at oprette fællespraksiser, uden at det er nødvendigt at foretage en forudgående vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov.

124. Jeg mener i lyset af det ovenfor anførte, at artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter der kræves en forudgående administrativ tilladelse, som er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium for tandpleje.

125. Jeg mener dog også, at det i forbindelse med en lovgivning som den i hovedsagerne omhandlede tilkommer den nationale ret at afgøre, om denne lovgivning er egnet til at opfylde de formål, den forfølger, for så vidt som det er tilladt at oprette en fælles tandlægepraksis i Republikken Østrig, uden at det er nødvendigt at foretage en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov.

C — Det andet præjudicielle spørgsmål

126. Verwaltungsgerichtshof har med det andet præjudicielle spørgsmål anmodet Domstolen om at oplyse, om den omstændighed, at de kompetente nationale myndigheder ved vurderingen af befolkningens sundhedsmæssige behov undersøger behandlingsudbuddet fra ambulante afdelinger under offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, som står i et kontraktforhold til sygekasserne, giver anledning til ændringer i den foreslåede besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål.

127. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at de regler, der er relevante for efterprøvelsen af den anden anfægtede afgørelse, ikke er de samme, eftersom behovsvurderingen efter KAKuG's ikrafttræden også skal omfatte behandlingsudbuddet fra de nævnte institutioners ambulante afdelinger.

128. Jeg mener ikke, at ændringen af disse regler har betydning for den besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål, som jeg har foreslået.

129. Offentlige behandlingsinstitutioner og private almennyttige behandlingsinstitutioner, herunder især hospitaler, kan ligesom ambulatorier omfatte ambulante afdelinger. De har til det formål anskaffet meget dyrt teknisk udstyr, som det er nødvendigt at afskrive. Der kommer som nævnt stadig flere alternativer til indlæggelse. Et stigende antal patienter, der ud fra et medicinsk synspunkt ikke kræver eller ikke længere kræver indlæggelse, plejes på hospitalernes ambulante afdelinger. Det sker for at overflytte visse patientgrupper, der tidligere blev behandlet »inden for murene«, til den »eksterne« sektor⁵⁵ uden at afskære dem fra at modtage de lægeydelser, som de nævnte institutioners specialafdelinger tilbyder.

55 — Patienterne behandles af et lægehold uden for hospitalet enten på lokalcentre eller på de steder, hvor de opholder sig i hverdagen (arbejdsplads, skole eller hjem).

130. Som Republikken Østrig har påpeget, indgår disse ambulante afdelinger i dag i det nationale sundhedsvæsens struktur. Det er derfor rimeligt, at de kompetente nationale myndigheder inddrager disse i det forhåndenværende behandlingsudbud, når det egentlige mål er at organisere og planlægge leveringen af sundhedsydelse således, at den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt bevares, og befolkningen sikres en stabil lægebehandling af høj kvalitet, som alle de sikrede har adgang til.

131. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede lovgivning er egnet til at opfylde de formål, den forfølger, er problemet i øvrigt det samme som det, jeg har behandlet i

forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål, for så vidt som en fællespraksis kan udføre ambulante behandling.

132. Jeg mener som følge heraf ikke, at den omstændighed, at de kompetente nationale myndigheder ved vurderingen af befolkningens sundhedsmæssige behov undersøger behandlingsudbuddet fra ambulante afdelinger under offentlige behandlingsinstitutioner, private almennyttige behandlingsinstitutioner og andre behandlingsinstitutioner, som står i et kontraktforhold til sygekasserne, giver anledning til ændringer i den foreslåede besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål.

V — Forslag til afgørelse

133. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer Verwaltungsgerichtshofs spørgsmål således:

»Artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter der kræves en forudgående administrativ tilladelse, som er baseret på en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov, for at kunne oprette og drive en behandlingsinstitution i form af et selvstændigt ambulatorium for tandpleje.

I forbindelse med en lovgivning som den i hovedsagerne omhandlede tilkommer det den nationale ret at afgøre, om denne lovgivning er egnet til at opfylde de formål, den forfølger, for så vidt som det er tilladt at oprette en fælles tandlægepraksis i Republikken Østrig, uden at det er nødvendigt at foretage en vurdering af befolkningens sundhedsmæssige behov.«