



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 14. marts 2013¹

Sag C-57/12

**Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL
mod
Commission communautaire commune**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour constitutionnelle (Belgien))

»Direktiv 2006/123/EF — tjenesteydelser i det indre marked — artikel 2, stk. 2, litra f) og j) — materielt anvendelsesområde — sundhedsydelser — sociale tjenesteydelser udført af private virksomheder — dagmodtagelsescentre for ældre — natmodtagelsescentre for ældre«

1. I den foreliggende sag stiller den belgiske Cour constitutionnelle et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 2, i direktiv 2006/123/EF om tjenesteydelser i det indre marked (herefter »servicedirektivet«)². I denne bestemmelse fastsættes det materielle anvendelsesområde for direktiv 2006/123, idet bl.a. sundhedsydelser generelt samt visse sociale tjenesteydelser, som udføres i henhold til forskellige ordninger, udelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Cour constitutionnelle ønsker med sit spørgsmål oplyst, om de »dagmodtagelsescentre« og »natmodtagelsescentre« for ældre, som i øjeblikket reguleres af den af Commission communautaire commune i hovedstadsregionen Bruxelles udstedte forskrift, udgør enten sundhedsydelser eller sociale tjenesteydelser med de konsekvenser, der følger af nævnte artikel 2, stk. 2, i servicedirektivet.

I. Retsforskrifter

A. EU-retlige bestemmelser

2. Følgende fremgår af servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra f) og j):

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:

[...]

f) sundhedsydelser, uanset om de udføres inden for rammerne af sundhedsvæsenets infrastruktur eller ej, og hvordan de tilrettelægges og finansieres på nationalt plan, og uanset om de er offentlige eller private

[...]

¹ — Originalsprog: spansk.

² — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 (EUT L 376, s. 36).

- j) sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor, udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer.«

B. Nationale bestemmelser

3. Anordning af 24. april 2008 udstedt af Commission communautaire commune i hovedstadsregionen Bruxelles (herefter »COCOM«) om etablering af modtageinstitutioner og plejehjem for ældre indeholder i artikel 2, stk. 4, en fortegnelse over de centre, som er omfattet af loven. Fortegnelsen omfatter følgende centre:

- plejehjem
- plejeboliger og boligkomplekser med adgang til tjenesteydelser
- rekreativshjem
- dagplejecenter
- dagmodtagelsescenter
- korttidscenter
- natmodtagelsescenter.

4. I anordningens artikel 2, stk. 4, litra d), e) og g), defineres henholdsvis dagmodtagelsescentre og natmodtagelsescentre på følgende måde:

- »d) dagplejecenter: en bygning eller en del af en bygning, uanset hvilken betegnelse der anvendes, som udgør en del af et alderdomshjem, eller som er beliggende ved et alderdomshjem, og som i dagtimerne fungerer som sundhedsplejefunktion for svært plejekrævende personer, idet der ydes den nødvendige støtte til pleje af disse personer i deres eget hjem
- e) dagmodtagelsescenter: en bygning eller en del af en bygning, uanset hvilken betegnelse der anvendes, som udgør en del af et alderdomshjem, eller som er beliggende ved et alderdomshjem, og som i dagtimerne fungerer som modtagefunktion for ældre, der bor i eget hjem, og som fra centret modtager støtte og pleje, der er tilpasset deres tab af selvstændighed
- g) natmodtagelsescenter: en bygning eller en del af en bygning, uanset hvilken betegnelse der anvendes, som udgør en del af et alderdomshjem, og som i aftentimerne fungerer som modtagefunktion for ældre, der bor i eget hjem, men som om natten har behov for overvågning, støtte og sundhedspleje, som deres pårørende ikke kan give dem på varig basis«.

5. I anordningen foreskrives to instrumenter til regulering af disse centre: »planlægning«, som har til formål at regulere udbuddet af indkvartering, samt »godkendelse«, som vedrører kvaliteten af indkvarteringen.

6. I lovens artikel 4-10 gives COCOM de nødvendige beføjelser til at gennemføre planlægningen for samtlige eller en del af ældrecentre. Formålet med planlægningen er at »overvåge udviklingen i udbuddet af modtagelse, indkvartering og pleje af ældre set i forhold til udviklingen i efterspørgselen blandt befolkningen i Bruxelles«. Nye institutioner, der er omfattet af en kategori, som har været genstand for en sådan planlægning, kan således ikke fremover tages i brug eller drives uden godkendelse.

7. Anordningens artikel 11, som omhandler godkendelse, har i det væsentligste følgende ordlyd:

»1. En institution må ikke tages i brug [...] uden forudgående godkendelse.

Godkendelse gives [...] for maksimalt seks år og kan forlænges.

Det maksimale antal af ældre, der kan indkvarteres eller modtages i en sådan institution, skal fremgå af afgørelsen om godkendelse.

Godkendelsen [...] er betinget af, at institutionen opfylder [...] samt de krav, som Collège réuni [...] fastsætter for hver enkelt institutionskategori i artikel 2, [stk.] 4. Collège réuni kan opstille krav vedrørende:

- 1° modtagelsen af ældre
- 2° respekten for den ældre og overholdelse af den ældres forfatningsmæssige og lovbestemte rettigheder og friheder under hensyntagen til den pågældendes sundhedstilstand og ret til at leve et værdigt liv [...]
- 3° planlægning af den ældres dagligdag samt regler for deltagelse og information af de ældre eller deres repræsentanter
- 4° undersøgelse og behandling af klager fra de ældre eller deres repræsentanter
- 5° den tilbudte ernæring, hygiejne og sundhedspleje
- 6° antallet af medarbejdere og ledere, deres kvalifikationer, uddannelse og moralske habitus, samt i hvilket omfang medarbejderne og ledelsen som minimum skal være til stede, og de krav til erfaring, som ledelsen skal besidde
- 7° [...] specifikke krav til institutionens indretning og sikkerhed
- 8° [...] aftalen om modtagelse eller indkvartering [...]

Det skal bl.a. af aftalen klart og udtømmende fremgå, hvilke forhold der er omfattet af dagsprisen, og hvilke udgifter der kan faktureres enten som supplement eller som forskud på vegne af tredjemand ud over dagsprisen [...]

[...]

12° forsikringsaftaler«

8. Godkendelsesbestemmelserne blev gennemført ved COCOM's afgørelse af 3. december 2009.

II. De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved de nationale retter

9. Fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (herefter »Femarbel«) er en faglig organisation, som varetager interesserne for de private modtagelses- og indkvarteringsinstitutioner for ældre.

10. Den 15. februar 2010 anlagde Femarbel sag ved Conseil d'Etat til prøvelse af COCOM's afgørelse af 3. december 2009, hvorved bestemmelserne vedrørende godkendelse af ældrecentre blev gennemført. Femarbel har inden for rammerne af denne sag gjort en ulovlighedsindsigelse gældende mod artikel 11-109 i COCOM's anordning af 24. april 2008.

11. Conseil d'Etat forelagde et spørgsmål om forfatningsstridighed for Cour constitutionnelle, idet Conseil d'Etat var i tvivl om, hvorvidt COCOM's anordning af 24. april 2008 var forenelig med den belgiske forfatning.

12. Inden for rammerne af denne proces har Cour constitutionnelle sat spørgsmålstejn ved den omtvistede nationale lovs forenelighed med EU-retten, nærmere bestemt med servicedirektivet. I lyset af de særlige omstændigheder, der kendetegner de omtvistede centre, har Cour constitutionnelle forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal sundhedsydelser i artikel 2, stk. 2, litra f), og sociale tjenesteydelser i artikel 2, stk. 2, litra j), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked fortolkes således, at dagmodtagelsescentre i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i anordning af 24. april 2008 udstedt af Commission communautaire commune om etablering af modtageinstitutioner og plejehjem for ældre, for så vidt som der derved ydes støtte og behandling, der er tilpasset den ældre persons tab af selvstændighed, og natmodtagelsescentre i samme lovs forstand, for så vidt som der derved ydes støtte og sundhedspleje, som deres pårørende ikke kan give dem på varig basis, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen

13. Den 3. februar 2012 blev det præjudicielle spørgsmål indført i Domstolens register.

14. Der er indgivet skriftlige indlæg af Femarbel, COCOM, Kongeriget Nederlandene samt Kommissionen.

15. Under retsmødet, som blev afholdt den 17. januar 2013, gjorde repræsentanterne for Femarbel og COCOM samt Kommissionen rede for deres standpunkter.

IV. Det præjudicielle spørgsmål

16. De bestemmelser, der er genstand for fortolkning i den foreliggende sag, er servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra f) og j), som omhandler direktivets materielle anvendelsesområde. I henhold til disse bestemmelser er såvel sundhedsydelser generelt [litra f)] som visse sociale tjenesteydelser [litra j)] udelukket fra direktivets anvendelsesområde. Eftersom dag- og natmodtagelsescentre for ældre vil kunne henhøre under en af disse to kategorier, anmoder den belgiske Cour constitutionnelle om en fortolkning af begge bestemmelser.

17. Nærmere bestemt spørges der om, hvorvidt disse centre for ældre henhører under henholdsvis litra f) eller litra j), eller ingen af disse. I det følgende vil jeg således foretage en særskilt analyse af omfanget af de to bestemmelser samt deres anvendelse på henholdsvis dag- og natmodtagelsescentre for ældre.

A. Sundhedsydelse

18. I henhold til artikel 2, stk. 2, litra f), er »sundhedsydelse, uanset om de udføres inden for rammerne af sundhedsvæsenets infrastruktur eller ej, og hvordan de tilrettelægges og finansieres på nationalt plan, og uanset om de er offentlige eller private«, udelukket fra direktivets anvendelsesområde. I deres indlæg i den foreliggende sag slår Femarbel, Nederlandene og Kommissionen til lyd for, at nævnte litra f) ikke finder anvendelse på dag- og natmodtagelsescentre for ældre. De mener kort sagt, at et modtagelsescenter skal anses for omfattet af servicedirektivets anvendelsesområde, eftersom dets hovedformål ikke består i at udføre sundhedsydelser.

19. COCOM fremhæver derimod den nære forbindelse mellem disse centre og de centre, der tilbyder en mere intensiv pleje, såsom de deciderede sundhedscentre, hvorfor COCOM konkluderer, at dag- og natmodtagelsescentre udgør »sundhedsydelser« og følgelig ikke er omfattet af servicedirektivets anvendelsesområde.

20. Som det fremgår af affattelsen af artikel 2, stk. 2, litra f), indeholder bestemmelsen ikke nogen vejledning i, hvordan begrebet »sundhedsydelse« skal defineres. Det ligger til gengæld fast, at der er tale om en generel udelukkelse: sundhedsydelser (uden nærmere bestemmelse), »uanset om de udføres inden for rammerne af sundhedsvæsenets infrastruktur eller ej, og hvordan de tilrettelægges og finansieres på nationalt plan, og uanset om de er offentlige eller private«. Således omfatter denne udelukkelse alt, hvad der kan kvalificeres som sundhedsydelser, uanset deres tilrettelæggelse, finansiering eller offentlige karakter. Spørgsmålet om, hvad disse sundhedsydelser omfatter, skal besvares under hensyntagen til bestemmelsens generelle kontekst.

21. I 22. betragtning til servicedirektivet findes nogle relevante elementer. Således fremhæves det, under henvisning til nævnte litra f), at udelukkelsen »omfatte[r] sundhedsydelser og farmaceutiske tjenester, der udføres af fagfolk i sundhedssektoren over for patienter med henblik på at vurdere, vedligeholde eller rehabiliterer deres sundhedstilstand, når sådanne aktiviteter er forbeholdt et lovreguleret erhverv i den medlemsstat, hvor ydelserne udføres«.

22. Beskrivelsen i 22. betragtning præciseres yderligere i Håndbog i gennemførelsen af servicedirektivet³, som blev vedtaget af Kommissionen i 2007. Denne tekst har ganske vist ingen normativ værdi, men tjener ikke desto mindre som illustration. I håndbogen anføres med henvisning til artikel 2, stk. 2, litra f), at »tjenesteydelser, som ikke udføres for en patient [...], ikke er omfattet af denne udelukkelse«, og at »udelukkelsen [desuden] ikke [gælder] serviceydelser, som ikke er beregnet til at vedligeholde, vurdere eller genetablere patienternes sundhedstilstand«. Endvidere – tilføjes det i håndbogen – »dækker udelukkelsen af sundhedsydelser kun serviceydelser, som er forbeholdt et lovreguleret erhverv i den medlemsstat, hvor tjenesteydelserne leveres«.

23. En anden relevant henvisning, som dog ligger uden for den foreliggende sags juridiske rammer, foretages i direktiv 2011/24/EU om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser⁴. Dette direktiv omhandler ikke friheden til at oprette sundhedscentre, men i dets artikel 3, litra a), defineres »sundhedsydelser« som enhver »[sundhedsydelse], der leveres af sundhedsprofessionelle til patienter for at vurdere, bevare eller genetablere deres sundhedstilstand, herunder ordinerer, udleverer og leverer af lægemidler og medicinsk udstyr«.

3 — *Håndbog i Gennemførelsen af Tjenesteydelsesdirektivet eller »servicedirektivet«*, Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, 2007.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 9.3.2011 (EUT L 88, s. 45),

24. Som det kan ses, omfatter »sundhedsydelse« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i EU-lovgivningen, først og fremmest vurdering, vedligeholdelse og genetablering af personens helbred. Hvis aktiviteten består af flere forskellige tjenesteydelser, hvoraf nogle ikke er af en sådan karakter, bør der tages udgangspunkt i den tjenesteydelse, som aktiviteten primært omfatter. Som angivet i håndbogen anses idræts- eller fitnesscentre således ikke for »sundhedsydelse«, på trods af at der blandt de tilbudte tjenesteydelser er nogle, som klart fokuserer på vurdering, vedligeholdelse eller genetablering af helbredet⁵.

25. Endvidere skal sundhedsydelsen udføres af en fagperson i sundhedssektoren. Hverken i servicedirektivet eller i de øvrige ovennævnte tekster nævnes, hvilken specifik type uddannelse disse fagfolk skal have, men dette betyder blot, at der skal foretages en vurdering i hvert enkelt tilfælde. Hvis faget er reguleret, vil det fremgå af de relevante bestemmelser, om det er af sundhedsmæssig karakter. Er faget derimod ikke reguleret, er det nødvendigt at forholde sig til den pågældende medlemsstats faglige system samt de tjenesteydelser, der udføres af denne faggruppe, hvilket forudsætter en særskilt analyse af de af fagfolkene udførte aktiviteter.

26. Det skal ligeledes bemærkes, at fagpersonen i sundhedssektoren skal intervenere på afgørende vis og på et for tjenesteydelsen relevant tidspunkt. En ren medicinsk overvågning eller en certificeringsprocedure, som ikke har nogen videre indvirkning på tjenesteydelsens indhold eller kvalitet, er således ikke tilstrækkelig til, at der automatisk er tale om en »sundhedsydelse«.

27. Ud fra disse kriterier må »sundhedsydelse« forstås som enhver tjenesteydelse eller samling af tjenesteydelser, som udføres eller ledes af en fagperson i sundhedssektoren, hvis hovedopgave består i at vurdere, vedligeholde og genetablere personens helbred. På denne baggrund og som følge af de tidligere fremførte argumenter vil jeg i det nedenstående analysere de tjenesteydelser, som udføres af dag- og natmodtagelsescentre i den forstand, hvori disse er omhandlet i COCOM's anordning af 24. april 2008.

28. Til dette formål har vi kun mulighed for at tage de nationale retsfor skrifter i betragtning, for som anført af repræsentanten for COCOM findes der i øjeblikket ingen centre af denne art, som er i drift, og som er omfattet af den her omtvistede lovgivning. Idet der således udelukkende tages hensyn til beskrivelsen i den nævnte anordning af 24. april 2008, er det nødvendigt at sondre mellem dagmodtagelsescentre og natmodtagelsescentre for ældre.

29. For så vidt angår dagmodtagelsescentrene defineres disse i artikel 2, litra e), i den nævnte anordning som centre, der er beliggende i eller ved et alderdomshjem, og som »i dagtimerne fungerer som modtagefunktion for ældre, der bor i eget hjem«. På centret modtager disse personer »støtte og pleje, der er tilpasset deres tab af selvstændighed«. Sammenlignes den type af pleje, som tilbydes i disse centre, med den pleje, der udføres i en anden af den slags centre, som er reguleret i den pågældende lov, nemlig »plejecentre«, fremgår det, at førstnævnte er målrettet ældre mennesker med et mindre tab af selvstændighed, mens sidstnævnte er målrettet personer med stærkt nedsat funktion⁶.

30. Endvidere er de specifikke tjenesteydelser, som betros dagmodtagelsescentrene, ifølge Femarbels beskrivelse ikke hovedsagelig af lægelig art (i modsætning til hvad der er tilfældet med de såkaldte plejecentre), men omfatter derimod funktionerne modtagelse, socialisering og grundlæggende overvågning. Efter Femarbels opfattelse – og dette er ikke blevet bestridt af COCOM – råder disse centre ikke over en kompleks infrastruktur, og de er åbne for brugerne, således at disse kan besøge

5 — Håndbog, nævnt ovenfor i fodnote 3, s. 12.

6 — Jf. artikel 2, litra d), i COCOM's anordning af 24.4.2008 om plejecentre.

dem på et hvilket som helst tidspunkt af dagen, hvad enten det er for at spise frokost eller udøve rekreative aktiviteter. Ganske vist kræves det i henhold til anordning af 24. april 2008, at der skal være en uddannet sygeplejerske til stede, men formålet med dette krav er, at det skal være muligt at udlevere medicin ordineret af en læge, når der er behov for dette.

31. For så vidt angår natmodtagelsescentre adskiller disse sig væsentligt på grund af deres karakter af aften- og natvirksomhed. For det første foretages der tilsyneladende ikke den sondring mellem »plejecentre« og »modtagelsescentre«, som ses i forbindelse med dagcentre, hvorfor det må antages, at nat-»modtagelses«-centre samtidig udfylder funktionen som plejecenter.

32. I artikel 190 i den anfægtede afgørelse bestemmes det, at institutionerne (herunder natmodtagelsescentre) skal råde over »tilstrækkeligt sygepleje- og plejepersonale samt paramedicinsk personale, således at der kan sikres en permanent overvågning og behandling af de ældre«.

33. Det forhold, at tilstedeværelsen af kvalificeret sundhedspersonale skal være permanent, er imidlertid ikke ensbetydende med, at centret nødvendigvis er af særlig lægelig art. Der er en permanent tilstedeværelse af denne type personale, fordi brugerne kan få brug for deres tjenesteydelser på engangsbasis. Natmodtagelsescentrenes hovedformål er ikke at yde lægebehandling, men derimod at tilbyde overnatning til de ældre.

34. Som Kommissionen med rette har anført, er det forhold, at det samlede aktivitetsudbud, som tilbydes af en institution, også omfatter en sundhedsydelse, ikke ensbetydende med, at der dermed er tale om et center, som udfører sundhedsydelser. Kvalificeringen af en økonomisk virksomhed, som kan etableres i en medlemsstat, skal foretages på baggrund af en *samlet* vurdering af dens funktioner, og navnlig af de mest karakteristiske. Det forhold, at Femarbel påberåber sig artikel 9 i servicedirektivet, som vedrører etableringsfriheden, er således udtryk for, at Femarbel kun har til hensigt at anfægte de bestemmelser, som vanskeliggør en permanent etablering, og ikke udførelsen af tjenesteydelser på engangsbasis på markedet.

35. I lyset af det ovenstående mener jeg hvad for det første angår dagmodtagelsescentre, at disse ikke er centre, som tilbyder »sundhedsydelser« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra f). Såvel tjenesteydelseernes formål som typen af det personale, der er ansvarligt herfor, indikerer, at der ikke findes nogen fremherskende sundhedsfunktion, ligesom tilstedeværelsen af sundhedspersonale heller ikke er afgørende for udførelsen af tjenesteydelsen.

36. Anderledes kan det forholde sig med natmodtagelsescentre af de grunde, jeg har gjort rede for i punkt 31-33. Godtages de ovenfor anførte betragtninger, dvs. at de særlige kendetegn ved disse natmodtagelsescentre ikke ændrer ved sundhedsydelsernes tilfældige og begrænsede karakter – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere – bør konklusionen imidlertid være den samme.

B. Sociale tjenesteydelser

37. Servicedirektivet finder heller ikke anvendelse på »sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor, udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer«. Denne udelukkelse følger af servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), og COCOM henviser hertil i sin begrundelse for årsagen til, at direktivet ikke finder anvendelse på dag- og natmodtagelsescentre. På den anden side mener Femarbel, Nederlandene og Kommissionen, at disse centre ikke udgør »sociale tjenesteydelser« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den nævnte bestemmelse, hvorfor de er omfattet af servicedirektivets bestemmelser.

38. Servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), omhandler sociale tjenesteydelser af økonomisk art. Dette fremgår af samme bestemmelses litra a), hvorefter *ikke-økonomiske* tjenesteydelser af almen interesse udelukkes fra servicedirektivets anvendelsesområde. Efter således at have udelukket de ikke-økonomiske tjenesteydelser må de tjenesteydelser af almen interesse, som efterfølgende udelukkes, af logiske grunde være af økonomisk art.

39. Der kan ikke herske tvivl om, at dag- og natmodtagelsescentre udgør en økonomisk aktivitet, eftersom de har til formål at tilbyde tjenesteydelser på et marked, som er reguleret af princippet om fri konkurrence⁷. Problemstillingen i denne sag består således ikke i at skulle vælge mellem undtagelsen i litra a) og undtagelsen i litra j), for der er ingen tvivl om, at det er den sidstnævnte, som finder anvendelse.

40. Fortolkningsproblemerne opstår, når vi ser nærmere på affattelsen af den nævnte litra j), hvori der indføres en undtagelse, som er dobbelt specifik, i modsætning til hvad der er tilfældet med litra f).

41. For det første omfatter litra j), for så vidt angår tjenesteydelsens *indhold*, alene et antal sociale tjenesteydelser, hvorpå udelukkelsen finder anvendelse, herunder »støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor«. Dette omfatter uden tvivl dag- og natmodtagelsescentre.

42. For det andet, og endnu engang i modsætning til den »sundhedsmæssige« undtagelse i litra f), begrænses undtagelsen i litra j) til kun at omfatte de sociale tjenesteydelser, som er »udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer«. Således gælder undtagelsen kun for tre specifikke former for tilrettelæggelse af tjenesteydelsen. Den første består i, at tjenesteydelsen udføres *direkte* af staten via de offentlige myndigheder. Den anden henviser til en *indirekte* udførelse af privatpersoner, under forudsætning af at der foreligger et »opdrag« fra staten. Den tredje afspejler igen muligheden for en *direkte udførelse*, men af statsanerkendte velgørende organisationer. Eftersom der ikke er rejst tvivl om den første og den tredje form for udførelse, vil jeg i min analyse koncentrere mig om omfanget af den anden form, dvs. den, der finder sted »med opdrag« fra staten.

43. Til forskel fra den første og den tredje form for tilrettelæggelse er det en forudsætning for, at tjenesteydelsen kan udføres af en privatperson med »opdrag« fra staten, at der netop foreligger et sådant »opdrag«. Det er netop omfanget af dette udtryk, som nødvendiggør en præcisering. Det er nemlig ikke alle aktiviteter, der udføres af privatpersoner, og som i større eller mindre grad er underlagt statens betingelser, som udgør et »opdrag«. I modsat fald ville enhver aktivitet, som blot er genstand for tilsyn eller underlagt statslige bestemmelser, kunne anses for at være omfattet af det »opdrag«, som er tildelt den virksomhed, der udfører tjenesteydelsen.

44. Servicedirektivet indeholder ingen nærmere ledetråde, når det gælder præciseringen af rækkevidden af begrebet »tjenesteydere med opdrag fra staten«. Det er ej heller til nogen hjælp at sammenholde de forskellige sprogversioner. Mens den franske og den engelske version henviser til henholdsvis privatpersoner, som er »mandatés« eller »mandated« af staten, anvendes i den italienske og den spanske version henholdsvis termerne »incarciati« og »encargadas«. Forskellen i brugen af termerne har tilsyneladende ikke afgørende betydning for fortolkningen af bestemmelsen.

7 — Jf. bl.a. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, og af 16.3.2004, forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband m.fl., Sml. I, s. 2493, præmis 46.

45. Således bør en gennemgang af sprogversionerne lede til en selvstændig fortolkning af udtrykket »med opdrag fra staten«, som gør det muligt at afgøre, om der foreligger en pligt til udføre en social tjenesteydelse, som er knyttet til den almene interesse i en sådan grad, at den bliver omfattet af undtagelsen i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j). Til dette formål vil jeg analysere den nævnte bestemmelses systematiske sammenhæng, hvorefter jeg vil fremlægge et forslag til en fortolkning heraf, som stemmer overens med det forhold, at der er tale om en undtagelse, og som samtidig er i overensstemmelse med de målsætninger, der forfølges i servicedirektivet.

46. Som anført i betragtningerne til servicedirektivet har udelukkelsen af visse sociale tjenesteydelser af økonomisk art til formål »at sikre den grundlæggende ret til menneskelig værdighed og integritet«, eftersom de »er udtryk for principperne om social samhørighed og solidaritet«. Således har medlemsstaterne et omfattende råderum for så vidt angår tilrettelæggelsen af deres sociale beskyttelsesordninger, hvilket Domstolen har fremhævet ved talrige lejligheder⁸. Det tilkommer imidlertid de enkelte medlemsstater at fastsætte disse betingelser, samt hvilken tilrettelæggelsesmetode der skal anvendes. Disse aspekter er ikke reguleret i EU-retten og dermed heller ikke i servicedirektivet. Servicedirektivet bekræfter medlemsstaternes råderum med hensyn til tilrettelæggelsen, idet der i artikel 2, stk. 2, litra j), henvises til de nævnte sociale tjenesteydelser, men kun dem, der er »udført af staten«, »med opdrag fra staten« eller af »velgørende organisationer«.

47. I henhold til en af Domstolens faste fortolkningskriterier skal undtagelser til hovedregler imidlertid fortolkes snævert. Dette gælder naturligvis også de undtagelser fra servicedirektivets anvendelsesområde, som er fastsat i direktivets artikel 2. Følgelig skal der foretages en snæver fortolkning af undtagelsen vedrørende sociale tjenesteydelser, hvilket giver anledning til nedenstående overvejelse.

48. Grundet sin offentlige karakter indebærer den almene tilgængelighed af de sociale tjenesteydelser, der er omhandlet i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), at der foreligger en forpligtelse for de offentlige myndigheder til at tilbyde disse tjenesteydelser⁹. Det er netop denne forpligtelse til offentlig tjeneste, som indgår i det »opdrag«, der henvises til i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), når undtagelsen omfatter sociale tjenesteydelser udført af privatpersoner, men efter ordre fra de offentlige myndigheder.

49. I tilfælde af at de i litra j) nævnte sociale tjenesteydelser udføres af en privatperson, kan denne være underlagt en privatretlig ordning, men tjenesteydelsens art er uløseligt forbundet med den forpligtelse til offentlig tjeneste, som ligger til grund for udførelsen¹⁰. I disse tilfælde omfatter det »opdrag«, der tildeles tjenesteyderen, ikke blot et antal forpligtelser, men derimod et mandat baseret på en social tjenesteydelse, som er anerkendt ved lov, og som sikres ved indførelsen af en social subjektiv rettighed, som i almindelighed gælder for alle, der opfylder visse objektive betingelser knyttet til deres personlige situation.

50. Det »opdrag«, som er omhandlet i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), henviser således ikke blot til en juridisk forpligtelse, som påhviler den private leverandør, der udfører den sociale tjenesteydelse, men derimod til hvervet med udførelsen af en offentlig tjeneste med de ovennævnte kendetegn, hvorved den private tjenesteyder stilles i et afhængighedsforhold i forhold til staten, som adskiller sig fra, hvad der normalt ses i forbindelse med en tjeneste, der udføres i henhold til offentlig

8 — Jf. bl.a. dom af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis, af 19.4.2007, sag C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185, præmis 23, og af 15.6.2010, sag C-211/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5267, præmis 53.

9 — For en gennemgang af de forskellige former for administrative handlinger og de forskellige metoder til tilrettelæggelse af socialpolitikken henvises til J.M. Rodríguez de Santiago, *La Administración del Estado Social*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, s. 115 ff.

10 — *Ibidem*, s. 162 ff.

koncession eller lignende former for kontraktforhold. Den situation, som tjenesteyderen befinder sig i, er karakteriseret ved en særlig tilknytning, som er styret af forpligtelser til offentlig tjeneste, og som har en særlig social beskyttelse for øje. Det er dette »opdrag«, som man skal søge at konkretisere ved analysen af det eksisterende forhold mellem staten og indehaverne af dag- og natmodtagelsescentre.

51. Som anført af COCOM har privatpersoner mulighed for at oprette dag- og natmodtagelsescentre, som gøres til genstand for planlægning og godkendelse. Der er tale om to forskellige instrumenter, som den offentlige myndighed anvender, når den skal give tilladelse til centrets idriftsættelse og fastsætte betingelser for udførelsen af tjenesteydelsen. COCOM har under retsmødet bekræftet, at centrene konkurrerer indbyrdes på prisen og kvaliteten af tjenesteydelserne, om end prispolitikken er betinget af en takstramme med øvre grænser.

52. Det fremgår ligeledes af sagens akter, at dag- og natmodtagelsescentre udgør rent økonomiske aktiviteter, som udføres af privatpersoner, herunder juridiske personer med gevinst for øje. Der er tale om økonomiske aktiviteter, fordi de omfatter markedsføring af en tjenesteydelse, for hvilken der modtages betaling på vilkår, som er kendetegnende for en erhvervsmæssig virksomhed. De betingelser, som angives i godkendelsen, navnlig i forbindelse med dag- og natmodtagelsescentre, indikerer, at der er tale om krav til udførelsen af en tjenesteydelse og ikke en forpligtelse til offentlig tjeneste.

53. Som det fremgår af sagens akter, og med forbehold for den bedømmelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, indebærer godkendelsen ikke en overdragelse af forpligtelser, som indgår i et komplekst finansieringssystem, der varetages af de offentlige myndigheder, sådan som det er tilfældet med de såkaldte forpligtelser til offentlig tjeneste. De betingelser, der er opregnet i artikel 11 i COCOM's anordning af 24. april 2008, udgør snarere en fortegnelse over de almindelige krav, der kan stilles til en tjenesteydelse, og ikke de krav, der kendetegner selve udførelsen af en offentlig tjeneste i den forstand, hvori dette udtryk er defineret i punkt 48 og 49 i dette forslag til afgørelse.

54. Med forbehold for den bedømmelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, er det således min opfattelse, at de dag- og natmodtagelsescentre, som er reguleret i COCOM's anordning af 24. april 2008, ikke er omfattet af det andet af de tilfælde, der er nævnt i servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra j), dvs. »tjenesteydere med opdrag fra staten«.

V. Forslag til afgørelse

55. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer den belgiske Cour constitutionnelles præjudicielle spørgsmål således:

- »1) Artikel 2, stk. 2, litra f), i direktiv 2006/123/EF om tjenesteydelser i det indre marked skal fortolkes på følgende måde:
- Dagmodtagelsescentre for ældre i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i anordning af 24. april 2008 udstedt af commission communautaire commune i hovedstadsregionen Bruxelles (COCOM), udgør ikke »sundhedsydelse«.
 - Natmodtagelsescentre for ældre i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i COCOM's anordning af 24. april 2008, udgør ikke »sundhedsydelse«, for så vidt som retten når frem til den konklusion, at centrets hovedformål er at tilbyde hvile til ældre mennesker og ikke at udføre sundhedsydelse.
- 2) Artikel 2, stk. 2, litra j), i direktiv 2006/123 om tjenesteydelser i det indre marked skal fortolkes således, at dag- og natmodtagelsescentre for ældre i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i COCOM's anordning af 24. april 2008, ikke udgør »sociale tjenesteydelser«, som udføres af tjenesteydere »med opdrag fra staten«.