

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 6. februar 1997 *

I — Indledning

1. Det spørgsmål, som denne sag har givet anledning til, udspringer af de regler, der er gældende i regionen Lombardiet i Italien. I denne region godtgøres sociale ydelser på sundhedsområdet, der præsteres af personer, der uden gevinst for øje driver hjem for ældre. Spørgsmålet er, om den omstændighed, at erhvervsmæssigt drevne hjem ikke kan opnå godtgørelse i forbindelse med den omstændighed, at de hjem, der drives uden gevinst for øje, nødvendigvis næsten altid er italienske, bevirker, at systemet bliver retsstridigt navnlig efter traktatens artikel 52. Dette er hovedspørgsmålet i forbindelse med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, som er blevet forelagt Domstolen under en sag, som et luxembourgsk selskab og dets italienske datterselskaber har anlagt.

sundhedsområdet, der har karakter af social bistand. Efter et dekret af 8. august 1995 har den førstnævnte form for virksomhed direkte og overvejende til formål at beskytte borgernes sundhed ved virksomhed i tilslutning til forebyggende helbredsforanstaltninger, pleje og fysisk og psykisk reetablering¹. Begrebet kan bl. a. omfatte indlæggelser på beskyttede institutioner, hvis virksomhed omfatter pleje af svagelige ældre, der ikke kan plejes i hjemmet. Når virksomheden ikke kan holdes adskilt fra den virksomhed, der garanterer almindelig social bistand, kan de regionale myndigheder på grundlag af bevillinger fra Fondo sanitario nazionale (den nationale sundhedsfond, herefter »FSN«) indgå aftaler med offentlige institutioner eller i mangel heraf med private institutioner, der råder over det for disse ydelser nødvendige personale og udstyr. Udgifterne fordeles mellem FSN og de sociale bistandstjenester forholdsmæssigt efter andelen i de præsterede ydelser af virksomhed på sundhedsområdet og andre former for social bistand².

II — Sagens retlige og faktiske baggrund

2. I den italienske lovgivning sondres der mellem virksomhed, der har karakter af almindelig social bistand, og virksomhed på

3. Artikel 5, stk. 1, i Legge Regionale Lombardia (den lombardiske regionallov) nr. 1 af 7. januar 1986 om reorganisering og

1 — Artikel 1 i ministerrådspræsidentens dekret af 8.8.1985, der blev vedtaget i henhold til lov nr. 833 af 23.12.1978, GURI nr. 191 af 14.8.1985, s. 5727 (herefter »dekretet«).

2 — Dekretets artikel 6. Kompetencen til at yde godtgørelse af almindelige udgifter til ophold på sådanne hjem ligger hos kommunernes sociale myndigheder; jf. nedenfor i punkt 8.

* Originalsprog: engelsk.

programmering af de sociale bistandstjenester³ (herefter »1986-loven«) sikrer i overensstemmelse med den italienske forfatnings artikel 38 erhvervsfriheden for enhver person, sammenslutning, selskaber m. m. for så vidt angår præsteking af bistandsydelser på de i loven fastlagte betingelser. I henhold til 1986-lovens artikel 50, stk. 1, 2 og 5, skal der indhentes tilladelse hos den kompetente provins til drift af hjem — det være sig hjem for ældre og hjem for helt eller delvis plejeafhængige personer. Kriterierne for, om tilladelse kan meddeles, som f.eks. personalets størrelse og dettes kvalifikationer, det til rådighed stående udstyr og udstyr til hjemmets løbende drift, fastsættes i Piano regionale socio-assistenziale (den regionale plan for social bistand, herefter »PSA«)⁴. I PSA er endvidere fastsat de betingelser, der skal være opfyldt for afslutning af aftale i henhold til artikel 18, stk. 3, i Legge Regionale Lombardia nr. 39 af 11. april 1980 om organisering og drift af de lokale social- og sundhedscentre (herefter »1980-loven«)⁵. Den italienske regering har i en besvarelse af spørgsmål for Domstolen oplyst, at der efter den for tiden gældende PSA⁶ gælder de samme institutionsregler (vedrørende hygiejne, brandsikring, opvarmning, maksimumsbelægning osv.) for alle hjem for ældre, mens der for beskyttede institutioner, der tager sig af helt plejeafhængige personer, gælder strengere regler for bemandingen med plejepersonale, læger og fysioterapeuter end

på plejehjem, der tager sig af delvis plejeafhængige personer. Imidlertid er inden for hver af denne type hjem de krav vedrørende personale, der stilles, strengere for hjem, der indgår aftaler i henhold til 1980-loven, end for hjem, der ikke er omfattet af aftaleordningen.

4. 1986-lovens artikel 12, stk. 1 og 2, indeholder bestemmelser om, at betingelserne for at opnå sociale bistandsydelser skal fastsættes i PSA; ifølge de samme bestemmelser har trængende personer principielt fortrinsret til ydelser, og udgifterne til ydelser, der præsteres til andre, skal helt eller delvis afholdes af de pågældende selv eller af deres kommune⁷. Artikel 59 omhandler betingelserne for at opnå sociale bistandsydelser. Ifølge artikel 9 kan italienske statsborgere og udlændinge, der bor i Lombardiet, samt italienske statsborgere og udlændinge, der kun midlertidigt opholder sig i Lombardiet, som aktuelt behøver en bistand, som de ikke kan sendes til deres region eller hjemstat for at modtage, modtage sociale bistandsydelser.

3 — *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* nr. 2 af 8.1.1986, tillæg 1.

4 — Artikel 50, stk. 3, i 1986-loven.

5 — *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* nr. 15 af 11.4.1980, tillæg 3. Jf. artikel 50, stk. 4, i 1986-loven, samt artikel 18, stk. 1-7, i 1980-loven.

6 — PSA for 1988-1990, godkendt af Consiglio Regionale della Lombardia (Lombardiets regionalråd) ved dekret nr. 871 af 23.12.1987, som ændret og forlænget ved dekret nr. V/122 af 12.2.1991 og dekret nr. V/1425 af 7.3.1995.

7 — For afgrænsningen af den førstnævnte personkreds er der i 1986-lovens artikel 12, stk. 3, fastsat forskellige kriterier — personlige indtægter, helt eller delvis plejeafhængighed, marginaliseringsrisiko.

5. 1980-loven indeholder regler om offentlige og private institutioners indgåelse af aftaler vedrørende levering af sociale bistandsydelser, herunder ydelser på sundhedsområdet⁸. Disse aftaler indgås med de lokale social- og sundhedscentre (Unità Socio-Sanitarie Locali, herefter »USSL«).

ydelser på grundlag af tariffer, der er fastlagt på forhånd inden for de i PSA fastlagte grænser, hvorved det under alle omstændigheder sikres, at de faktiske udgifter godtgøres. Endvidere er det i artikel 18, stk. 11, bestemt, at der ved aftalerne skal sikres den kontraherende myndighed en adgang til at kontrollere omkostningsfaktorerne og kvaliteten af de ydelser, der præsteres i henhold til aftalerne.

6. I 1980-lovens artikel 18 fastlægges betingelserne for indgåelse af aftale mellem USSL og de private institutioner. Efter artikel 18, stk. 2, sammenholdt med samme artikels stk. 5, skal private sammenslutninger, stiftelser og institutioner, der ønsker at deltage i programmeringen og organiseringen af USSL's ydelser, ansøge regionen om egnethedserklæring vedrørende afslutning af aftaler med USSL. Efter 1980-lovens artikel 18, stk. 3, kan en sådan egnethedserklæring kun udstedes på følgende betingelser: a) der skal være tale om en virksomhed, der ikke drives med gevinst for øje⁹, og b) de pågældende sammenslutninger m. m. skal opfylde en passende standard for så vidt angår ydernes kvalitet, personalets kvalifikationer og plejeindretningernes hensigtsmæssighed i overensstemmelse med de i PSA angivne standarder¹⁰. Efter artikel 18, stk. 10, skal aftalerne indgås for højst tre år ad gangen og kan fornyes. Aftalerne indeholder bestemmelser om det økonomiske forhold til den kontraherende offentlige myndighed, om betaling gennem godtgørelse af individuelle

7. I regionen Lombardiet har 425 af de i alt 430 hjem for ældre afsluttet aftale med de forskellige USSL¹¹. Ca. 95% af de til rådighed stående pladser findes på hjem, der har afsluttet aftale (14,5% af disse pladser findes på offentlige hjem, resten på private hjem, der har afsluttet aftale)¹².

8. Regionen finansierer udgifterne til sociale bistandsydelser på sundhedsområdet (dvs. udgifter til det ovenfor nævnte personale) på hjem, der har afsluttet aftale, med højst 50 000 LIT pr. dag pr. plejefhængig beboer uden hensyn til eventuelle individuelle behov. Derimod godtgøres i henhold til en særlig social sikringsordning udgifterne til ophold for ældre, der anses for plejefhængige, helt eller delvis af de pågældendes kom-

8 — Aftaler om rent sundhedsmæssige ydelser er omhandlet i Legge Regionale Lombardia nr. 833 af 3.12.1978.

9 — Den nugældende PSA definerer institutioner, der driver virksomhed uden gevinst for øje, som institutioner, der efter vedtægterne ikke driver erhvervsøkonomisk virksomhed og ikke udbetaler udbytte til aktionærer eller deltagere.

10 — Efter 1980-lovens artikel 18, stk. 9, skal der ved aftalen pålægges den kontraherende institution en forpligtelse til at præstere sine ydelser til de i aftalen nævnte persongrupper og udforme reglerne for den enkelte ydelsesmodtagers optagelse efter de herom for lignende offentlige hjem og institutioner gældende regler.

11 — Disse tal er blevet nævnt af sagsøgerne i hovedsagen og er hentet i *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* af 12.1.1995, tillæg 3.

12 — Disse tal er blevet nævnt af sagsøgerne i hovedsagen; de stammer fra Progetto Obiettivo Anziani Regione Lombardia, der blev godkendt ved regionalrådets dekret nr. 48808 af 1.3.1994.

mune, når denne råder over de i den forbindelse nødvendige finansielle ressourcer, uden hensyn til, om de pågældende hjem har afsluttet aftale med de kompetente USSL¹³. Ifølge sagsøgerne i hovedsagen udgør udgifter til sundhedsydelser på hjem for ældre plejeafhængige personer, der, når der er tale om hjem, der har indgået aftale, afholdes af regionerne, ca. en tredjedel af alle deres udgifter¹⁴.

9. Sodemare SA er et luxembourgsk selskab, der ejer hele aktiekapitalen i et italiensk selskab, Anni Azzurri Holding SpA, der på sin side ejer hele kapitalen i forskellige selskaber, der driver hjem for ældre, heriblandt selskabet Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Sidstnævnte selskab har ved dekret udstedt af præsidenten for provinsen Brescia fået tilladelse til at drive et hjem for plejeafhængige personer¹⁵. Det ansøgte den 29. april 1993 Lombardiets regionalråd om egnethedserklæring med henblik på indgåelse af aftale med den kompetente USSL. Regionalrådet afslog ved afgørelse af 3. december 1993, efter at USSL havde afgivet en negativ udtalelse, denne ansøgning med den begrundelse, at betingelsen i 1980-lovens artikel 18, stk. 3, litra a), om, at virksomheden ikke må drives med gevinst for øje, ikke var opfyldt¹⁶. Belægningsprocenten på de tre hjem, som Sodemare og datterselskaberne driver i Lombardiet, er på henholdsvis 45% (for Residenze Anni Azzurri Rezzato), 60% og 80%. Det hjem, selskaberne driver i naboregionen Piemonte, hvor det er muligt at få tilskud til sociale bistandsydelser på sundhedsområdet, har en belægningsprocent på 90, mens belægningsprocenten på hjem, der har afsluttet aftale i regionen Lombardiet, var på 97,4% i 1995. Personer, der ønsker optagelse på hjem, der har indgået aftale, må endvidere i Lombardiet lade sig indskrive på ventelister. Sagsøgerne i hovedsagen har i en besvarelse af spørgsmål fra Domstolen oplyst, at 2% af deres hjemms beboere var statsborgere i andre lande end Italien, og at deres ophold på selskabernes hjem normalt har været fra et til tre år. Ca. 10% af det langt større antal forespørgsler om oplysninger, der hvert år modtages, kommer fra personer, der bor i andre medlemsstater. Sagsøgernes repræsentant har i retsmødet oplyst, at en statsborger fra en anden medlemsstat end Italien tidligere har opholdt sig en kortere tid på et af sagsøgernes hjem som rekonvalescent efter en operation, og at selskaberne har modtaget flere forespørgsler vedrørende sådanne korttidsophold.

10. De tre nævnte selskaber har anlagt sag ved Tribunale amministrativo regionale per la

13 — Dette er blevet oplyst af den italienske regering i besvarelse af et spørgsmål fra Domstolen.

14 — Denne beregning er sket på grundlag af den generelle gennemsnitlige opholdsudgift pr. dag i hjemmene, som den er beregnet af ISTAT, og FSN's årlige udgifter i tilskud til sundhedsydelser til hjemmene. Den andel af de samlede udgifter, der skyldes udgifter til ydelser på sundhedsområdet, udgør efter denne beregning for Lombardiet tilsvarende over en tredjedel.

15 — Dekret nr. 728/20/92 af 3.12.1992, der blev udstedt i medfør af 1986-lovens artikel 50.

16 — Lombardiets regionalråds afgørelse nr. 2157; USSL's negative udtalelse nr. 41, der blev afgivet ved resolution nr. 1976 af 7.9.1993.

Lombardia (herefter »den nationale ret«) med påstand om annullation af afgørelsen og den negative udtalelse samt om, at den nationale ret undlader at anvende 1980-lovens artikel 18, stk. 3, litra a). Fédération des maisons de repos privées de Belgique ASBL (herefter »Femarbej«) har intervenseret til støtte for sagsøgernes påstande.

11. Ved kendelse af 2. marts 1995 har den nationale ret udsat sagen og anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 177 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter »traktaten«). Den nationale ret bemærker i kendelsen, at de sagsøgende selskaber, selv om de er erhvervsøkonomisk aktive, ikke udnytter deres faktiske kapacitet fuldt ud. Belægningsprocenten på deres hjem er lav. Deres omsætning, som i vidt omfang udgøres af beboernes betaling for ophold, er derfor langt fra optimal. Den nationale ret bemærker desuden, at 1980-lovens artikel 18 medfører, at præstering af de omhandlede bistandsydelser (nemlig ydelser på sundhedsområdet) først og fremmest er forbeholdt selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje¹⁷. Endelig medfører — fremdeles ifølge den nationale ret — »den omstændighed, at tilskud kun ydes til selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, at personer, der modtager ydelser fra et selskab, der driver virksomhed med gevinst for øje, må afholde udgifter, som de slipper for, hvis de efterspørger den samme ydelse fra et selskab, der driver virksomhed uden gevinst for øje«.

12. Den nationale ret har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

- »1) Skal en national bestemmelse, der, selv om den regulerer forhold, der er omfattet af fællesskabstraktaternes 'anvendelsesområde', dog ganske mangler begrundelse, i medfør af EØF-traktatens artikel 190 anses for ulovlig efter fællesskabsretten, således at den nationale ret skal undlade at bringe den i anvendelse; der er her alene tænkt på tilfælde — som det her foreliggende tilsyneladende er et af — i hvilke den nationale bestemmelse skaber en uklar faktisk situation, idet den hos de berørte skaber en usikkerhed med hensyn til de dem tilsikrede garantier for at kunne påberåbe sig fællesskabsretten?

[Det drejer sig om de tilfælde, hvor medlemsstaten har 'forpligtelsen' (der ifølge Italiens Corte Costituzionale er en 'præcis forpligtelse', jf. Corte Costituzionale's dom nr. 389 af (4. juli) 11. juli 1989, domsbegrundelsen, punkt 4, sidste afsnit) til i statens egen retsorden at ophæve de bestemmelser, der er i strid med Fællesskabets retsorden. (Jf. vedrørende denne forpligtelse til at ophæve bestemmelser, Domstolens dom af 24.3.1988, sag 104/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1799). Denne forpligtelse har Domstolen 'ofte' fastslået].

¹⁷ — Dette synspunkt kommer mere udtrykkeligt frem i det andet spørgsmål, hvor der tales om en »hel gruppe ydelser«, der er forbeholdt virksomheder, som ikke arbejder med gevinst for øje.

- 2) Er en national bestemmelse, hvorefter det (uden begrundelse) forbeholdes 'selskaber', som ikke arbejder med gevinst for øje, at præstere en hel gruppe ydelser, der også økonomisk har stor betydning, i strid med EF-traktatens artikel 58 i det omfang, der heri klart sondres mellem 'selskaber, som arbejder med gevinst for øje' og 'selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje'?
- 3) Er artikel 52, 58 og 59 i traktaten til hinder for nationale bestemmelser, der lægger hindringer i vejen for udøvelsen af en virksomhed ved til virksomheder, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat i medfør af traktaten, at stille krav om, at de enten udøver deres virksomhed i ikke-økonomisk form — idet de i så fald organiserer sig retligt i former, der er udtømmende angivet, og som ligger fjernt fra de former, som gør etableringen mulig — eller — når hensigten er at drive virksomhed i økonomisk form — påtager sig omkostningerne ved ydelser, der skulle finansieres af den offentlige sundhedssektor?
- 4) Er traktatens artikel 59 til hinder for nationale bestemmelser, der i kraft af de fremgangsmåder, der er fastlagt i den nationale retsorden, henviser brugerne af bistands- og plejeydelser — som efter de gældende nationale regler har ret til selv at vælge, hvem der skal levere disse ydelser — til udelukkende at benytte virksomheder, der alene i kraft af deres retlige status modtager refusion fra staten af udgifterne til de ydelser på sundhedsområdet, som samtlige godkendte virksomheder er forpligtet til at levere, således at på den ene side efter spørgslen efter ydelser rettes mod bestemte udbydere, mens brugeren på den anden side berøves reel valgfrihed?
- 5) Er traktatens artikel 3, litra f)¹⁸, artikel 5, 85 og 86, eventuelt i forbindelse med artikel 90, til hinder for den i denne sag omhandlede regulering, der i kraft af den i den nationale retsorden fastsatte mekanisme gør det muligt
 - a) alene for selskaber, der er organiseret i en bestemt juridisk form, uden omkostninger for selskabet selv at præstere ydelser, der er accessoriske i forhold til de ydelser, som selskabet præsterer mod vederlag
 - b) for de samme selskaber på markedet at optræde som en gruppe virksomheder med de samme kvalitative og kvantitative karakteristika, og som derfor over for brugerne i vidt omfang fremstår som en enhed

18 — Nu EF-traktatens artikel 3, litra g).

- c) at kanalisere efterspørgslen efter de ydelser, der udbydes i sektoren for ældrebistand til de under b) nævnte virksomheder

Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Sagsøgerne i hovedsagen, den italienske regering og Kommissionen har indgivet mundtlige indlæg.

- d) at pålægge virksomhederne en forpligtelse til for egen regning at præstere ydelser, der er accessoriske i forhold til de ydelser, de præsterer mod vederlag

IV — Gennemgang

- e) at der indgås aftaler, hvorved der pålægges udenforstående virksomheder en forpligtelse til for egen regning at præstere ydelser, der er accessoriske i forhold til den præsterede ydelse, idet udgifterne ved førstnævnte ydelser derefter overvæltes på brugerne

14. Jeg vil først behandle den afvisningspåstand, den italienske regering har nedlagt. Dernæst går jeg videre med de spørgsmål, den nationale ret har forelagt, i den ovenfor anførte rækkefølge. Imidlertid vil af grunde, der vil fremgå af det følgende, det andet og det tredje spørgsmål blive behandlet under ét.

- f) herved at stille krav om, at de sidstnævnte afholder udgifterne til sådanne ydelser, som der ikke skal betales vederlag for, når de pågældende aftager dem fra de virksomheder, som deltager i aftalen?»

A — Formaliteten

III — Indlæg for Domstolen

13. Sagsøgerne i hovedsagen, Femarbel, den italienske og den nederlandske regering samt

15. Den italienske regering har gjort gældende, at den forelæggende rets tredje, fjerde og femte spørgsmål skal afvises, idet den nationale ret kun rent overfladisk (for det tredje og fjerde spørgsmåls vedkommende) eller slet ikke (for det femte spørgsmåls vedkommende) har begrundet, at den har fundet anledning til at anmode om en præjudiciel afgørelse, og blot har henvist til hovedsagens parter argumenter, der ikke gengives i forelæggelseskendelsen. Ifølge den italienske regering rummer dette en tilsidesættelse af

medlemsstaternes ret til at afgive indlæg¹⁹. Dette synspunkt savner efter min mening grundlag. Den forelæggende rets grund til at stille det tredje spørgsmål er den samme som den, der ligger bag det andet spørgsmål: Det spørges, om favoriseringen af selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, udgør en restriktion for erhvervsdrivende selskabers etableringsret. Den nationale ret har i forelæggelseskendelsen forklaret, at det fjerde spørgsmål vedrører de potentielle klienter fra andre medlemsstater, hvis valg af hjem kan falde på bestemte tjenesteydere, fordi den person, som vælger et erhvervsdrivende selskab, skal afholde større udgifter. Endelig viser den række betingelser, der er gengivet i det femte spørgsmål, selv om den nationale ret ikke udtrykkeligt særskilt begrundet det, i sammenhæng med sagens faktiske omstændigheder klart, at der spørges om en eventuel anvendelse i den beskrevne situation af Fællesskabets konkurrenceregler.

B — *Det første spørgsmål*

16. Det fremgår ganske klart af forelæggelseskendelsen, at dette spørgsmål drejer sig om de nationale lovbestemmelser, navnlig bestemmelserne i 1980-loven²⁰. Sagsøgerne i

hovedsagen, den italienske regering og Kommissionen har alle anført, at medlemsstaterne kun er forpligtet til at begrunde retsakter, der berører udøvelsen af rettigheder ifølge fællesskabsretten, såfremt der er tale om individuelle akter. Sagsøgerne i hovedsagen gør imidlertid gældende, at bestemmelserne i 1980-loven udgør en sådan akt, idet dens bestemmelser i realiteten ikke vedrører samfundets medlemmer under et, men kun en række personer, der driver hjem for ældre. Dette synspunkt begrundes efter en analogi af traktatens artikel 173, stk. 4.

17. Forpligtelsen til at begrunde nationale akter, der berører udøvelsen af rettigheder i henhold til Fællesskabets retsorden, er ikke udtryk for en udvidet anvendelse af anvendelsesområdet for traktatens artikel 190, men et udtryk for det almindelige fællesskabsretlige princip, der udspringer af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner, og hvorefter privatpersoner skal kunne indbringe sådanne akter for domstolene²¹.

18. Der må sondres mellem almengyldig lovgivning og gennemførelsesforanstaltninger, der vedrører enkeltpersoner. Det vil efter min mening være et ubegrundet og unødvendigt indgreb i medlemsstaternes kompetence

19 — Jf. dom af 1.4.1982, forenede sager 141/81, 142/81 og 143/81, Holdijk m.fl., Sml. s. 1299, præmis 6.

20 — I nærværende forslag forstås ved national lovgivning regler udstedt af de kompetente offentlige organer, der ikke er egentlige statsorganer, såsom regionernes, provinsernes eller kommunernes myndigheder.

21 — Dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 14 og 15. Jf. endvidere dom af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 25, af 7.5.1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, Sml. I, s. 2357, præmis 22, og af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 40.

at kræve, at en national lovgivning ved vedtagelsen skal begrundes, også selv om den eventuelt vil kunne berøre udøvelsen af rettigheder ifølge fællesskabsretten. Om der eventuelt med udstedelsen af national lovgivning foreligger en tilsidesættelse af fællesskabsretten må afgøres ved hjælp af objektive kriterier. Der er intet, der tyder på, at man med dette synspunkt antaster en effektiv retsbeskyttelse.

19. 1980-loven er ikke en individuel akt. Den persongruppe, der driver hjem for ældre i regionen Lombardiet, er en åben persongruppe²². Nærværende sag drejer sig faktisk i vid udstrækning om de betingelser, der gælder for allerede i andre stater i Fællesskabet hjemmehørende potentielle medlemmers adgang til denne gruppe.

20. Jeg når derfor til det resultat, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at begrunde generelle lovgivningsforanstaltninger ved vedtagelsen, heller ikke når sådanne foranstaltninger vil kunne berøre udøvelsen af rettigheder i henhold til fællesskabsretten.

22 — Jf. 1986-lovens artikel 5, stk. 1, der er hjemlet ved den italienske forfatnings artikel 38. Jf. for så vidt angår sondringen mellem åbne og lukkede grupper i relation til traktatens artikel 173 f.eks. dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, og af 7.12.1993, sag C-6/92, Federmincrista m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 6357.

C — Det andet og det tredje spørgsmål

Relevansen af traktatens artikel 58

21. For at kunne afgøre, hvorledes disse spørgsmål skal behandles, må man klarlægge rækkevidden af traktatens artikel 58, der er den eneste påberåbte bestemmelse i det andet spørgsmål, og som også nævnes i det tredje. Efter min mening vedrører artikel 58 kun det personelle anvendelsesområde for kapitel 2 i traktatens afsnit III. Dermed skal, når det gælder anvendelsen af bestemmelserne i kapitlet om etableringsretten, selskaber og andre juridiske personer, undtagen selskaber der driver virksomhed med gevinst for øje (herefter medmindre andet er angivet »erhvervsdrivende selskaber«), ligestilles med fysiske personer, der er statsborgere i medlemsstaterne²³. Selskaber og andre juridiske personer, der ikke driver virksomhed med gevinst for øje, har altså ingen etableringsfrihed. Artikel 58 berører ikke denne friheds materielle anvendelsesområde. F.eks. har for så vidt angår forholdene i nærværende sag artikel 58 i og for sig ikke til følge, at nationale bestemmelser, hvorefter selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, stilles anderledes end fysiske personer eller erhvervsdrivende selskaber, holdes uden for området for kapitel 2 i traktatens afsnit III, såfremt disse bestemmelser medfører en begrænsning af etableringsfriheden for de samme personer eller selskaber. Ellers ville den blotte omstændighed, at en gruppe juridiske personer afskæres fra at påberåbe sig rettigheder i henhold til traktaten, begrænse omfanget af de rettigheder, som andre

23 — Dom af 6.11.1984, sag 182/83, Fearon, Sml. s. 3677, præmis 8.

grupper nyder. For så vidt angår den foreliggende sag skaber artikel 58 materielretligt ikke rettigheder, der er forskellige fra de rettigheder, der følger af de øvrige bestemmelser i kapitel 2, og navnlig af artikel 52. Jeg vil derfor i denne del af min analyse udelukkende koncentrere mig om besvarelsen af det tredje spørgsmål.

for personer, der fra en anden medlemsstat, som f.eks. Storhertugdømmet Luxembourg, leverer tjenesteydelser i Lombardiet. Jeg vil følgelig i min besvarelse af dette spørgsmål kun undersøge artikel 52-58. En eventuel anvendelse af traktatens artikel 59 på forholdet mellem Sodemare og dette selskabs kunder (beboere) og mulige kunder i andre medlemsstater end Italien vil blive undersøgt i forbindelse med behandlingen af det fjerde spørgsmål ²⁵.

Relevansen af traktatens artikel 59

De sociale sikringsordninger og traktaten

22. I det tredje spørgsmål henvises der til traktatens artikel 52, 58 og 59. En virksomheds eller en selvstændig erhvervsdrivendes etablering i en medlemsstat vurderes efter stabiliteten af den pågældendes virksomhed i forhold til den virksomhed, der udføres af en tjenesteyder, der kun midlertidigt flytter til en anden medlemsstat for at drive virksomhed dér. Begrebet etablering indebærer, at en virksomhed eller en selvstændig erhvervsdrivende på stabil og vedvarende måde deltager i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end deres hjemstat ²⁴. Sodemare og dette selskabs datterselskaber skal således ganske klart i det omfang, de driver erhvervsøkonomisk virksomhed gennem de boliger for ældre, som de ejer i Lombardiet og driver på stabil og vedvarende måde, antages dér at have udøvet deres ret til fri etablering, mens de ikke kan anses

23. Før jeg går videre, må det spørges, om den i Lombardiet gældende aftaleordning er uden for de nævnte traktatbestemmelser anvendelsesområde, fordi den er en del af en social sikringsordning. Både den italienske og den nederlandske regering har påberåbt sig dommen i sagen Poucet og Pistre ²⁶. Den nederlandske regering har specielt fremhævet, at dommen i sagen Duphar m.fl. ²⁷ bekræfter princippet om, at fællesskabsretten ikke antaster medlemsstaternes kompetence til at fastlægge deres ordninger for social sikring.

24. I dommen i sagen Höfner og Elser ²⁸ udtalte Domstolen, at inden for konkurren-

²⁵ — Jf. nedenfor i punkt 43.

²⁶ — Dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637.

²⁷ — Dom af 7.2.1984, sag 238/82, Sml. s. 523.

²⁸ — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

²⁴ — Jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25, 26 og 27.

ceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udfører økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. I nævnte Poucet og Pistre-sag krævede to af staten kontrollerede institutioner, der ikke drev virksomhed med gevinst for øje, betaling af obligatoriske bidrag til de socialsikringsordninger, som de hver især administrerede. Poucet og Pistre afslog at betale disse bidrag under henvisning til, at den omhandlede ordning med obligatoriske bidrag var i strid med fællesskabsrettens konkurrenceregler. De påberåbte sig en ret til at tegne en tilsvarende privat forsikring. Domstolen henviste imidlertid endnu en gang til det i Duphar-dommen fastlagte princip og fastslog, at disse organer ikke drev erhvervsøkonomisk virksomhed. Systemet med obligatorisk medlemskab var uomgængeligt nødvendigt af hensyn til solidaritetsprincippet og det rent sociale formål, som ordningerne tjente. Herved blev der i henhold til den ene ordning tale om en omfordeling af indtægter, mens der efter den anden skete en finansiering ved bidrag indbetalt af aktive arbejdstagere af pensionsordningen for pensionerede arbejdstagere. De sociale formål kom desuden klart frem derved, at de overskudsgivende ordninger om nødvendigt bidrog til finansieringen af de andre vanskeligt stillede ordninger. Loven indeholdt detaljerede bestemmelser om konkrete spørgsmål vedrørende ordningernes administration for så vidt angår bidragenes og ydelsernes størrelse ²⁹.

25. Selv om Poucet og Pistre-dommen udtrykkeligt drejede sig om konkurrencereg-

lerne, er det klart, at dommens analyse rækker videre. I dommen i sagen García m.fl. ³⁰ fulgte Domstolen det synspunkt, generaladvokat Tesauro havde givet udtryk for i sit forslag til afgørelse, hvorefter tredje direktiv om forsikringsvirksomhed, bortset fra livsforsikring ³¹, ikke kunne indeholde bestemmelser om social sikring, idet direktivet »blev vedtaget på grundlag af traktatbestemmelser, der går ud på gennemførelse af etableringsretten og fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 57, stk. 2, og artikel 66)«, mens »social sikring fortsat er omhandlet i andre specielle bestemmelser« ³².

26. Solidaritetsprincippet har haft afgørende betydning i de to netop nævnte sager. I en anden dom nåede Domstolen, i modsætning til hvad der var tilfældet i Poucet og Pistre-dommen, til det resultat, at et organ uden vinding for øje, der forvalter en aldersforsikringsordning for selvstændige inden for landbruget, der er indført i henhold til lov som en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som kun i meget begrænset omfang omfatter visse elementer af solidaritet, udfører virksomhed af økonomisk karakter i konkurrence med livsforsikringsselskaber ³³.

27. Fællesskabsretten begrænser således ikke medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres socialsikringsordninger, og

29 — Generaladvokat Jacobs har i punkt 62, 63 og 64 i sit forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og sag C-431/93, Van Schijndel og Van Veen, Sml. I, s. 4705, anvendt den synsmåde, der blev lagt til grund i dommen Poucet og Pistre, på en ordning, der var meget forskellig fra den i denne sag omhandlede ordning. Domstolen tog ikke stilling til spørgsmålet herom i dommen.

30 — Dom af 26.3.1996, sag C-238/94, Sml. I, s. 1673, præmis 13.

31 — Rådets direktiv 92/49/EØF af 18.6.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed, bortset fra livsforsikring, og om ændring af direktiv 73/239/EØF og 88/357/EØF (tredje skadesforsikringsdirektiv) (EFT L 228, s. 1).

32 — Punkt 9 i forslaget til afgørelse.

33 — Dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl., Sml. I, s. 4013.

»den omstændighed, at omkostningerne ved lægebehandling ikke dækkes af forbrugerne, men af institutionerne for social sikring«, således at de sidste i meget vidt omfang får indflydelse på mulighederne for handel med lægemidler, »kan ikke i sig selv betragtes som en begrænsning af den frie import, jf. traktatens artikel 30, såfremt visse betingelser er opfyldt«³⁴.

grundlag af nationalitet³⁷ undgås, og det samme gælder også for bestemmelser om anvendelse af sådant udstyr³⁸. Gennemførelsesbestemmelser til de nationale socialsikringsordninger enten om bidragsbetaling eller ydelser kan ikke indeholde bestemmelser, der er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i det omfang, de vedrører udøvelsen af rettigheder i henhold til fællesskabsretten³⁹, eller indføre restriktioner for den frie bevægelighed⁴⁰.

28. Heraf følger imidlertid ikke, at medlemsstaternes socialsikringsordninger ikke, når de er udformet på grundlag af solidaritetsprincippet, skal følge traktatens bestemmelser. Medlemsstaterne kan ikke ved valget af refusionsberettigede lægemidler diskriminere indførte varer³⁵. På linje hermed skal i de bestemmelser, som fastlægger de betingelser, som laboratorier skal opfylde for at opnå refusion af udgifterne til laboratorieanalyser³⁶, eller som fastlægger de krav, selskaber, der ønsker at afgive tilbud ved offentlige myndigheders indkøb af edb-udstyr, herunder edb-udstyr til sundhedssystemet, enhver form for forskelsbehandling på

29. Med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 52 kan der trækkes forskellige generelle retningslinjer på grundlag af denne meget varierede praksis. For det første udgør den omstændighed, at der findes en række socialsikringsordninger, som medlemsstaterne har etableret på grundlag af solidaritetsprincippet, ikke i og for sig en erhvervsøkonomisk virksomhed, således at en på

34 — Nævnte dom i sagen Duphar m.fl., præmis 16-20; min fremhævelse. Domstolen er af tilsvarende grunde nået til det resultat, at undervisning, der meddeles inden for rammerne af en medlemsstats nationale undervisningssystem, som staten har indført og opretholder for at udføre sine opgaver på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område af hensyn til befolkningen, men ikke for at opnå fortjeneste, og som finansieres over de offentlige budgetter, men ikke ved elev- eller forældrebetaling, ikke kan anses for tjenesteydelser i traktatens artikel 59's forstand; jf. dom af 27.9.1988, sag 263/86, Humbel, Sml. s. 5365, præmis 17-20, og af 7.12.1993, sag C-109/92, Wirth, Sml. I, s. 6447, præmis 15.

35 — Den i note 27 nævnte dom i sagen Duphar m.fl., præmis 16 og 21, samt den i note 21 nævnte dom af 19.3.1991, Kommissionen mod Belgien, præmis 31.

36 — Dom af 12.2.1987, sag 221/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 719, præmis 9, 10 og 11.

37 — Dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 2 og 9.

38 — Dom af 3.6.1986, sag 307/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1725, der vedrørte plejepersonalet inden for sundhedssystemet, og af 2.7.1996, sag C-473/93, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3207, der vedrørte stillinger i det offentlige sundheds- og undervisningssystem.

39 — Jf. dom af 14.1.1988, sag 63/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 29, og af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, der vedrørte retten til social støtte til boliger, samt dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, som drejede sig om erstatning fra staten til voldsofre. I disse tre sager påberåbte de offentlige myndigheder sig uden held den omhandlede lovgivnings sociale formål eller den omstændighed, at denne lovgivning byggede på solidaritetsprincippet, se henholdsvis præmis 11, 13 og 16 i de tre domme.

40 — Denne betingelse om fri bevægelighed for arbejdstagere er specielt fastlagt i traktatens artikel 51, men Domstolen har også anvendt den for etableringsfriheden, jf. dom af 10.7.1986, sag 79/85, Segers, Sml. s. 2375, præmis 17, domme af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, og forenede sager 154/87 og 155/87, Wolf m.fl., Sml. s. 3897; i præmis 10 i de to sidstnævnte domme udtaler Domstolen, at selv om medlemsstaterne, fordi der ikke findes fællesskabsregler vedrørende selvstændige erhvervsdrivendes sociale stilling, har bevaret kompetencen til at lovgive på dette område, er de forpligtet til at overholde bestemmelsen i traktatens artikel 52 om ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden.

disse ordninger beroende restriktion, der berører den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser eller personer, ikke kan føre til anvendelse af traktatens bestemmelser. Social solidaritet kendetegner den efter sin art uøkonomisk virksomhed, der består i en social gruppes understøttelse af en anden, uden at dette er udtryk for en viljestilkendegivelse. De bestemmelser, der nøje hænger sammen med finansieringen af sådanne ordninger, kan lettere end andre bestemmelser falde uden for anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om etablering og udveksling af tjenesteydelser. Medlemsstater kan således, når de forfølger sociale formål på grundlag af solidaritetsprincippet, helt eller delvis afskære private erhvervsdrivende fra adgangen til virksomhed, der henhører under de sociale sikringsordninger.

30. Dernæst kan forholdet mellem andre personer, der optræder som leverandører eller tjenesteydere, og sådanne socialsikringsordninger alligevel have en økonomisk karakter. Det er ifølge fællesskabsretten påkrævet, at disse ordninger er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, i det omfang de berører andre personers økonomiske virksomhed på en måde, der ikke er væsentlig for realiseringen af ordningernes sociale formål. I de ovenfor i punkt 28 nævnte sager var de omhandlede gennemførelsesforanstaltninger foranstaltninger, der kunne være omfattet af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed, uden at der var fare for, at ordningen ikke kunne fungere derved. Medlemsstaterne skal derfor, i det omfang de giver private erhvervsdrivende adgang til virksomhed inden for rammerne af deres sociale sikringsordninger, afslutter kontrakt med disse erhvervsdrivende om levering af visse ydelser eller støtter virksomhed af social art, der udøves af disse

erhvervsdrivende, principielt følge traktatens bestemmelser og navnlig bestemmelserne om etableringsretten.

31. Efter min mening vedrører den foreliggende sag en situation, som er omfattet af traktatens bestemmelser. De udgifter, der afholdes af hjem, der har indgået aftale om levering af sociale bistandsydelser på sundhedsområdet, godtgøres af det offentlige på grundlag af den solidaritet, der består mellem hele befolkningen og samfundets ældre. Imidlertid berøres hverken finansieringen af dette element i den sociale sikringsordning eller det ydelsesniveau, der udtrykkeligt stilles krav om for så vidt angår ydelserne fra hjem, der har indgået aftale, til forskel fra, hvad der var tilfældet i Poucet og Pistresagen, ikke, såfremt bestemmelserne om retten til at indgå aftale med USSL var omfattet af traktatens bestemmelser om etablering. Tilladelsen til at drive et hjem afhænger af, at forskellige regler vedrørende pleje, udstyr og personale, der fastlægges af myndighederne, overholdes, idet det herved er uden betydning, om hjemmets ejer driver virksomhed uden gevinst for øje. Den omstændighed, at hjem, der har indgået aftale, er omfattet af strengere regler, ændrer intet herved. Ud over forpligtelsen til at opfylde disse grundlæggende bestemmelser i lovgivningen drives de hjem, der har indgået aftale uden i streng forstand at tilhøre den offentlige sektor, som selvstændige virksomheder. Desuden må det nævnes, at ydelserne på sundhedsområdet kun repræsenterer en del af disse hjemms virksomhed. De forskellige former for virksomhed, som vedrører beboernes ophold, er som tidligere nævnt omfattet af en anden social sikringsordning, der bygger på de pågældendes økonomiske stilling, således at beboerne på hjem, der har

indgået aftale, men som ikke er økonomisk dårligt stillet, skal betale alle udgifter til ydelser, der vedrører deres ophold.

forskellige områder, for at klarlægge, hvad den forstår ved skjult eller indirekte forskelsbehandling⁴³.

En eventuelt foreliggende forskelsbehandling

32. Det må nu spørges, om den omstændighed, at retten til at indgå aftaler med USSL om levering af sociale bistandsydelser på sundhedsområdet i henhold til 1980-lovens artikel 18, stk. 3, er forbeholdt private institutioner, der driver virksomhed uden gevinst for øje, udgør en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der er i strid med etableringsfriheden. Bestemmelsen er neutralt affattet, for så vidt som der deri hverken siges noget om nationaliteten eller (for selskabers vedkommende) om hjemstedet⁴¹ for ejerne af de hjem, der har afsluttet aftale. Imidlertid forbyder ligebehandlingsprincippet, som artikel 52 konkretiserer på et bestemt område, ikke blot klar forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men også sådanne former for forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier faktisk fører til det samme resultat⁴². Domstolen har gentagne gange udtalt, at traktatens artikel 48, 52 og 59 bygger på de samme principper for så vidt angår forbuddene mod enhver forskelsbehandling, der har sit grundlag i nationaliteten, og jeg vil henvise til den praksis, der foreligger på alle disse

33. I O'Flynn-sagen⁴⁴ havde Domstolen lejlighed til at analysere de forskellige slags faktiske omstændigheder, der har givet anledning til den praksis, i hvilken den havde fastslået, at der forelå en indirekte forskelsbehandling af arbejdstagere på grundlag af nationalitet:

»18 Nationale retsfor skrifter må derfor antages at medføre indirekte forskelsbehandling, når de heri indeholdte betingelser, selv om de gælder uden forskel efter nationalitet, først og fremmest berører vandrende arbejdstagere⁴⁵ eller dog overvejende berører sådanne arbejdstagere⁴⁶, eller når de heri indeholdte betingelser gælder uden forskel, men lettere kan opfyldes af indenlandske end af vandrende arbejdstagere⁴⁷ eller navnlig risikerer at ramme vandrende arbejdstagere⁴⁸.

41 — Selv om et selskabs hjemsted i de fleste tilfælde angiver selskabets nationalitet, må det i nogle tilfælde nærmest lige stilles med fysiske personers bopæl, der kan udgøre et retsmæssigt grundlag for at gøre forskel, f.eks. på beskatningsområdet. Jf. dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 18 og 19.

42 — Dom af 29.10.1980, sag 22/80, Boussac, Sml. s. 3427, præmis 9; den ovenfor i note 37 nævnte dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien, præmis 8, og dom af 12.4.1994, sag C-1/93, Halliburton, Sml. I, s. 1137, præmis 15.

43 — Dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 23, af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, præmis 17, og af 27.6.1996, sag C-107/94, Asscher, Sml. I, s. 3089, præmis 29.

44 — Dom af 23.5.1996, sag C-237/94, Sml. I, s. 2617. Noterne i det følgende citat giver de henvisninger til praksis, der findes i selve dommen.

45 — Jf. dom af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 24, af 30.5.1989, sag 33/88, Alluc og Coonan, Sml. s. 1591, præmis 12, og af 21.11.1991, sag C-27/91, Le Manoir, Sml. I, s. 5531, præmis 11.

46 — Jf. dom af 17.11.1992, sag C-279/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 5785, præmis 42, og af 20.10.1993, sag C-272/92, Spotti, Sml. I, s. 5185, præmis 18.

47 — Jf. dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 10, og af 4.10.1991, sag C-349/87, Paraschi, Sml. I, s. 4501, præmis 23.

48 — Jf. dom af 8.5.1990, sag C-175/88, Biehl, Sml. I, s. 1779, præmis 14, og af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 9.

19 Herfra gøres kun undtagelse, såfremt sådanne retsforskrifter er begrundet i objektive hensyn, som er uafhængige af de pågældende arbejdstageres nationalitet, og såfremt de står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med den pågældende nationale lovgivning⁴⁹.

20 Det fremgår således af Domstolens praksis på dette område, at en national retsforskrift, medmindre den er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, må anses for at medføre indirekte forskelsbehandling, når den efter selve sin karakter er egnet til i højere grad at berøre vandrende end indenlandske arbejdstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbejdstagere ringere.

21 Det er i den forbindelse uforløst at fastslå, at den pågældende retsforskrift i praksis berører relativt væsentligt flere vandrende arbejdstagere. Det er tilstrækkeligt at fastslå, at den er egnet til at have denne virkning. Det tilføjes, at der ikke ved vurderingen af, om en national retsforskrift har en diskriminerende karakter, skal tages hensyn til en vandrende arbejdstagers bevæggrunde til at gøre brug af sin ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet. Adgangen til at påberåbe sig en så grundlæggende rettighed som den frie bevægelighed for personer bør

nemlig ikke begrænses af sådanne hensyn, som er af rent subjektiv karakter.»

34. Med hensyn til etableringsfriheden har Domstolen fastslået, at der vil kunne foreligge forskelsbehandling, såfremt en lovgivning »risikerer først og fremmest at stille statsborgere fra andre medlemsstater ringere«⁵⁰, og såfremt bestemmelser »først og fremmest begunstiger [indenlandske] selskaber«⁵¹. Det sidste er ifølge Domstolen tilfældet, når en national bestemmelse begunstiger en type navnlig i indlandet hjemmehørende selskaber, selv om de indenlandske selskaber, der er aktive i den pågældende sektor, ikke alle opnår en fordel ved den omtvistede foranstaltning⁵². Det samme gælder — under lidt ændrede faktiske forudsætninger — tilfælde, hvor de begunstigede indenlandske selskaber hovedsagelig befinder sig i en del af den pågældende medlemsstat⁵³. Af de faktorer, som efter Domstolen navnlig vil kunne danne grundlag for indirekte forskelsbehandling, er de selvstændige erhvervsdrivendes bopæl, et selskabs hovedforretningssted⁵⁴, den omstændighed, at virksomhederne tilhører staten⁵⁵, samt besiddelse af eksamensbeviser, der er udstedt

50 — Den ovenfor i note 43 nævnte Asscher-dom, præmis 38.

51 — Den ovenfor i note 37 nævnte dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien, præmis 9.

52 — Den ovenfor i note 37 nævnte dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien; i denne sag havde italienske selskaber, der var aktive i den del af edb-sektoren, der ikke tilhørte det offentlige, ligesom udenlandske selskaber ingen adgang til at afslutte aftaler med staten; jf. endvidere dom af 25.7.1991, sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, præmis 25.

53 — Dom af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, præmis 8 og 9.

54 — Den i note 42 nævnte Halliburton-dom; dom af 13.7.1993, sag C-330/91, Commerzbank, Sml. I, s. 4017, af 11.8.1995, sag C-80/94, Wielockx, Sml. I, s. 2493, samt den ovenfor i note 43 nævnte Asscher-dom.

55 — Den ovenfor i note 37 nævnte dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien.

49 — Jf. herom den ovenfor i note 48 nævnte Bachmann-dom, præmis 27 og den ovenfor i note 47 nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 12, samt dom af 2.8.1993, forenede sager C-259/91, C-331/91 og C-332/91, Allué m.fl., Sml. I, s. 4309, præmis 15.

i en bestemt medlemsstat, som er ligestillet med eksamensbeviser, der er udstedt i visse andre medlemsstater⁵⁶. Det er i nærværende sag ikke sontringen mellem de organer uden gevinst for øje, og andre organer som sådan, der er interessant, men derimod spørgsmålet, om den type organer, der er begunstiget, først og fremmest er indenlandsk i forhold til de andre typer. Såfremt en medlemsstat giver en eller flere af de mange retlige udformninger, virksomheder kan have, en gunstigere eller mindre gunstig stilling blandt de vide gruppe af enheder med eller uden juridisk personlighed, af sammenslutninger, offentlige og private selskaber med begrænset ansvar eller anden form for hæftelse, må den også give en objektiv begrundelse, såfremt resultatet heraf bliver, at dens egne statsborgere faktisk begunstiges.

35. Den forelæggende ret bemærker i forelæggelseskendelsen, at 1980-lovens artikel 18 først og fremmest medfører, at levering af de omhandlede ydelser er forbeholdt selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, og at sagsøgernes boliger langt fra udnytter deres kapacitet. Denne situation udgør et modstykke til, at der kun findes et meget lille antal erhvervsmæssigt drevne ældrepleje, der ikke har sluttet aftale. Denne lovgivning begunstiger således efter min mening nødvendigvis de indenlandske institutioner. Ganske vist findes der internationale hjælpeorganisationer, hvoraf nogle måske er aktive i sektoren for ældrepleje, men »man fejler først og fremmest for egen dør«, og størstedelen af

social virksomhed på dette område iværksættes på nationalt, regionalt eller lokalt plan. Således forholder det sig utvivlsomt i Lombardiet, idet samtlige private hjem, der har indgået aftale, drives af organer, der er hjemmehørende i regionen. Man kan altså retmæssigt gå ud fra, at selskaber, der ikke er italienske, er utilbøjelige til at vælge en retlig status, der indebærer en virksomhed uden gevinst for øje, for at kunne drive virksomhed i Lombardiet⁵⁷. Ligesom i O'Flynn-sagen er det ufornuddent at sammenligne bevæggrundene hos erhvervsdrivende selskaber med bevæggrundene hos selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje⁵⁸. Som nævnt har heller ikke den omstændighed, at italienske erhvervsdrivende selskaber ikke har mulighed for at afslutte aftale med USSL i Lombardiet, eller den omstændighed, at selskaber fra andre regioner i Italien, der virker uden gevinst for øje, måske ikke er mere fristet til at etablere sig i Lombardiet end selskaber fra andre medlemsstater, heller ikke nogen som helst relevans⁵⁹.

Objektive forskelle og begrundelse

36. »Efter fast retspraksis består forskelsbehandling i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer«⁶⁰. En forskellig

56 — Dom af 28.4.1977, sag 71/76, Thieffry, Sml. s. 765. Dette følger indirekte af Domstolens dom, der fastslog, at den i sagen omtvistede afgørelse udgjorde en restriktion for etableringsfriheden, hvorved der i dommens præmis 13 henvises til afsnit III, B, i den almindelige plan for ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden, vedtaget af Rådet den 18.12.1961 i medfør af traktatens artikel 54 (EFT Anden Serie IX, s. 7, org. ref.: JO 1962, s. 36), som vedrører indirekte forskelsbehandling. Generaladvokat Mayras havde i sit forslag til afgørelse udtrykkeligt karakteriseret denne bestemmelse som »skjult forskelsbehandling«.

57 — Disse overvejelser adskiller sig klart fra den argumentation, sagsøgerne i hovedsagen har givet, og hvorefter den omstændighed, at selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, ikke nyder godt af etableringsfriheden, medførte, at alle selskaber, der ikke er italienske, og som ønsker at organisere sig med denne retlige status, kunne udelukkes fra Italien. Retten ser det imidlertid ud til, at der ikke efter italiensk lovgivning er hindringer for, at udenlandske selskaber etablerer sig som selskaber uden gevinst for øje.

58 — Jf. præmis 21 i den ovenfor i note 44 nævnte dom.

59 — Jf. de ovenfor i note 37 og 53 nævnte domme af 5.12.1989 og 3.6.1992, Kommissionen mod Italien; disse domme er blevet omtalt ovenfor i punkt 34.

60 — Den i note 54 nævnte Wielockx-dom, præmis 17; den i note 43 nævnte Asscher-dom, præmis 40.

behandling af to kategorier af skattepligtige »kan ... anses for forskelsbehandling i traktatens forstand, ... [når] situationen for disse to kategorier ikke adskiller sig objektivt på en sådan måde, at det kan begrunde, at de på dette punkt behandles forskelligt«⁶¹. Såfremt der er klare forskelle mellem selskaber, der virker uden gevinst for øje, og erhvervsdrivende selskaber, er det således alligevel nødvendigt at afgøre, om der består objektive forskelle, der kan begrunde den forskellige behandling, der er tale om i nærværende sag⁶².

37. Når det gælder levering af sociale bistandsydelser på sundhedsområdet, der finansieres af det offentlige, kan selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, og erhvervsdrivende selskaber efter min mening udføre de samme opgaver. For begge

slags selskaber gælder, at de skal indhente til-ladelse til at drive hjem for ældre i overens-stemmelse med 1986-lovens artikel 50 og til opfyldelse af de mere detaljerede betingelser, der er fastsat i PSA. I disse bestemmelser fastlægges det niveau for pleje og udstyr, som hjemmene, uanset hvem ejerne er, skal besidde. Den omstændighed, at de hjem, der har indgået aftale, var forpligtet til at overholde strengere regler vedrørende plejeperso-nalets kvalifikationer, har ikke den betyd-ning, den italienske regering tillægger den; den er helt irrelevant. Selv om et erhvervsdri-vende selskab var villig til at opfylde disse krav, ville det ikke få ret til at afslutte aftale. Nærværende sag vedrører ikke objektive for-skelle mellem de berørte parter. Tværtimod er de forskelle med hensyn til plejeniveau, som gælder for henholdsvis hjem, der har indgået aftale, og hjem, der ikke har indgået aftale, netop et udslag af de regler, som giver anledning til forskelsbehandlingen. Desuden godtgøres udgifterne til ydelser på sundheds-området på hjem, der har indgået aftale, fuldt ud, dog med respekt af faste maksima. Det er ikke blevet gjort gældende, at der på en eller anden måde er sammenhæng mellem de ekstra omkostninger, som de strengere normer vedrørende personale og godtgø-relsen giver anledning til. Der ikke nogen forskel af betydning mellem de ikke-sundhedsmæssige ydelser (altså vedrørende opholdet), som præsteres af henholdsvis erhvervsdrivende institutioner og institu-tioner uden gevinst for øje, eftersom der for begges vedkommende bliver tale om de samme opgaver på grundlag af de samme bestemmelser, der er omfattet af samme godtgørelsesregler for så vidt angår mindre-bemidlede beboere.

38. Den italienske regering har anført, at den forskellige behandling er begrundet i social solidaritet, og har herved navnlig henvist til den italienske forfatnings artikel 38 samt til

61 — Den ovenfor i note 43 nævnte Asscher-dom, præmis 42; min fremhævelse. På lignende måde kan den omstændighed, at en skattemæssig fordel forbeholdes selskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat, udgøre en forskelsbehandling af selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, idet disse normalt også har et skattemæssigt hjemsted uden for den første medlemsstats område, medmindre en relevant objektiv forskel kan konstateres mellem de to kategorier: den i note 54 nævnte Commerzbank-dom, præmis 15 og 16.

62 — I den i note 52 nævnte dom i sagen Kommissionen mod Nederlandene udtalte Domstolen, at en nederlandske bestemmelse, hvorefter tredjemand ikke måtte opnå fortjeneste ved reklameindslag i fjernsynsprogrammer, der hidrørte fra andre medlemsstater, og som blev udsendt i Nederlandene, udgjorde en restriktion for fri udveksling af tjenesteydelser, idet udenlandske erhvervsdrivende efter denne bestemmelse var tvunget til at følge det nederlandske mønster. Den bemærkede derefter, at »til sikring af den alsi-dighed, den nederlandske regering ønsker at opretholde, kan den udmærket nøjes med at udstede passende regler om, hvilken struktur landets egne radio- og fjernsynsinstitu-tioner skal have« (præmis 42). Selv om denne udtalelse afspejler princippet om, at medlemsstaterne har en større frihed til at regulere virksomheden for virksomheder, der er hjemmehørende på deres område, end for virksomheder, der præsterede tjenesteydelser fra området i en anden stat, der på sin side kan regulere disses virksomhed i almenhe-dens interesse, indebærer den ikke, at en national bestem-melse, der begunstiger den sektor, hvis virksomhed ikke har gevinst for øje, ikke kan udgøre en restriktion for etable-ringsfriheden.

regionernes skønsbeføjelser, på grundlag af hvilke regionerne kan begrænse adgangen til at afslutte aftaler til institutioner, der i første række har sociale formål. På denne måde tjener — fremdeles efter den italienske regering — de afholdte offentlige udgifter udelukkende til dækning af basisomkostningerne i forbindelse med ydelser på sundhedsområdet, der leveres til ældre beboere på hjemmene, således at ingen del heraf går til at skaffe hjemmenes ejere en fortjeneste. Den italienske regerings repræsentant har i retsmødet henvist til den sociale virksomhed, der traditionelt udføres inden for de religiøse velgørende institutioner, der anses for mere indstillede på at yde bistand til trængende personer end erhvervsdrivende selskaber. Da der er tale om institutioner, der virker uden gevinst for øje, udgør den støtte, der udbetales dem af regionen, en vigtig finansiering. Endvidere kan — fremdeles ifølge den italienske regering — ydelser på sundhedsområdet for disse institutioners vedkommende ikke finansieres gennem indtægter hidrørende fra andre dele af deres virksomhed.

39. Efter min mening har den italienske regering ikke kunnet godtgøre, at regionen Lombardiets afgørelse om at holde de erhvervsmæssigt drevne hjem uden for ordningen for godtgørelse af udgifter til ydelser på sundhedsområdet har været begrundet. For det første må det bemærkes, at de erhvervsmæssigt drevne hjem har tilladelse til ældre personer at levere alle de ydelser, der hænger sammen med disses ophold, herunder de omhandlede ydelser på sundhedsområdet, og at denne ret som fremhævet af den italienske regering er sikret ved den italienske forfatning. For det andet ville de strengere regler, der angiveligt gælder for hjem, der indgår aftale, også gælde for erhvervsmæssigt drevne hjem, hvis de havde adgang til aftaleordningen. For det tredje er der intet, der forhindrer regionen i at yde de erhvervsmæssigt drevne hjem en godtgørelse,

som ikke giver dem mulighed for at have fortjeneste på levering af ydelser på sundhedsområdet, og hermed i så henseende at ligestille dem med de eksisterende hjem, der virker uden gevinst for øje. I realiteten synes kravet herom også at kunne læses ud af stk. 10 og 11 i 1980-lovens artikel 18. Denne måde at anskue forholdene på giver større gennemskuelighed og begrænser mindre udøvelsen af rettigheder i henhold til Fællesskabets retsorden end en ren og skær udelukkelse fra ordningen. Erhvervsmæssigt drevne hjem kan fortsat søge at opnå fortjeneste på den del af deres virksomhed, der udelukkende vedrører opholdet, eller på supplerende ydelser på sundhedsområdet, som beboerne selv må afholde udgifterne til. For det fjerde ville en eventuel bestående adgang for erhvervsdrivende selskaber til at indgå aftale ikke bevirke, at de eksisterende velgørende organisationer holdes uden for ordningen.

Relevansen af traktatens artikel 90, stk. 2

40. Det er nødvendigt kort at se på, om traktatens artikel 90, stk. 2, eventuelt vil kunne anvendes i forbindelse med en restriktion for etableringsfriheden. Selv om det antages, at det efter artikel 90, stk. 2, er muligt at gøre undtagelse fra alle traktatens bestemmelser⁶³, og selv om de hjem, der har

63 — Jf. dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 12, af 10.12.1991, sag C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Sml. I, s. 5889, præmis 27, af 19.5.1993, sag C-320/91, *Corbeau*, Sml. I, s. 2533, præmis 14; jf. herved dom af 10.7.1984, sag 72/83, *Campus Oil m.fl.*, Sml. s. 2727, præmis 19. I punkt 86-90 i sit forslag til afgørelse af 26.11.1996 i de forenede sager C-157/94, C-158/94, C-159/94 og C-160/94, Kommissionen mod Nederlandene, Italien, Frankrig og Spanien, har generaladvokat Cosmas undersøgt denne praksis og er herved nået til det resultat, at artikel 90, stk. 2, må være anvendelig for så vidt angår traktatens bestemmelser om frie varebevægelser.

afsluttet aftale, skal anses for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, ændres efter min mening ikke resultatet af ovenstående analyse herved. Det er efter artikel 90, stk. 2, kun muligt at gøre undtagelse fra traktatens bestemmelser, i det omfang anvendelsen af dem faktisk eller retligt kommer på tværs af udførelsen af de særlige opgaver, der er blevet overdraget dem. Ovenfor i punkt 31 har jeg nævnt, at hverken finansieringen af de ydelser på sundhedsområdet, der præsteres i hjem for ældre, eller det udtrykkeligt krævede ydelsesniveau, kommer i fare ved, at regionen Lombardiet anvender traktatens bestemmelser om etableringsfriheden. Ovenfor i punkt 37 har jeg nævnt, at der ikke objektivt var nogen forskel på hjem, der virker uden gevinst for øje, og erhvervsmæssigt drevne hjem for så vidt angår udførelsen af de opgaver, der er tildelt dem ved, som kan begrunde, at erhvervsmæssigt drevne hjem er afskåret fra at afslutte aftaler. Betingelsen for at anvende traktatens artikel 90, stk. 2, er således ikke opfyldt.

Konklusion for så vidt angår det andet og det tredje spørgsmål

41. Af det anførte følger, at den omstændighed, at kun private institutioner, der driver virksomhed uden gevinst for øje, kan afslutte aftaler med USSL om levering af sociale bistandsydelser på sundhedsområdet, udgør en indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der som sådan udgør

en ved traktaten forbudt restriktion for etableringsfriheden.

D — *Det fjerde spørgsmål*

42. For at besvare det fjerde spørgsmål må det spørges, om sagsøgerne i hovedsagen retmæssigt kan påberåbe sig traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser. Det kan de efter min mening ikke.

43. Det fremgår klart bl. a. af Alpine Investments-dommen, at »retten til fri udveksling af tjenesteydelser kan påberåbes af en virksomhed over for den stat, hvor virksomheden er etableret, når tjenesteydelserne præsteres til modtagere, der er etableret i en anden medlemsstat«⁶⁴. Dette resultat er bestemt ikke i strid med Domstolens udtalelse i Gebhard-dommen om, at »bestemmelserne i kapitlet om tjenesteydelser er subsidiære i forhold til bestemmelserne i kapitlet om etableringsretten«⁶⁵. Dette sidste synspunkt, der svarer til den opfattelse, jeg har givet udtryk for i punkt 22 i nærværende forslag, viser, at en virksomhed, der antages at have etableret sig i en anden medlemsstat end

64 — Dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Sml. I, s. 1141, præmis 30; jf. endvidere dom af 13.12.1989, sag C-49/89, Corsica Ferries France, Sml. s. 4441, præmis 10 og 11, af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries Italia, Sml. I, s. 1783, præmis 30, af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 48, og af 5.10.1994, sag C-381/93, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5145, præmis 14.

65 — Den ovenfor i note 24 nævnte dom, præmis 22.

sin hjemstat, ikke samtidig kan antages at præstere tjenesteydelser i denne stat. Den kan imidlertid fra denne stat præstere tjenesteydelser i en tredje medlemsstat (eller endog i den stat, den oprindeligt kom fra) eller præstere tjenesteydelser til personer, der bor i denne tredje stat eller i dens oprindelige hjemstat, og i så fald finder artikel 59 og 60 anvendelse.

44. Jeg mener imidlertid ikke, at sagsøgernes virksomhed består i præsting af tjenesteydelser til personer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater end Italien. Sagsøgerne i hovedsagen har oplyst, at 2% af beboerne på deres hjem er statsborgere fra andre lande end Italien, der sædvanligvis bor på hjemmene fra et til tre år, mens ca. 10% af de anmodninger om oplysninger, de hvert år modtager, hidrører fra personer, der bor i andre medlemsstater. Sagsøgerne gør gældende, at de præsterede tjenesteydelser svarer til et hotels ydelser, og at personer, der bor i andre medlemsstater, i henhold til fællesskabsretten har en ret til at tage til Italien for at modtage disse ydelser⁶⁶. Jeg finder ikke denne sammenligning overbevisende, idet et ophold på sagsøgernes hjem sædvanligvis varer meget længere end et hotelophold.

66 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 10.

45. Domstolen har i Debaue m.fl.-dommen⁶⁷ udtalt, at »traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser ... kan [ikke] anvendes på aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat«⁶⁸. I Steymann-dommen⁶⁹ udtalte Domstolen, at »det fremgår af selve ordlyden af artikel 60, at virksomhed, som udøves permanent eller i hvert fald uden forudseelig tidsbegrænsning, ikke kan være omfattet af fællesskabsbestemmelserne om tjenesteydelser. Sådan virksomhed kan derimod i givet fald falde ind under traktatens artikel 48-51 og 52-58«. Domstolen nåede på baggrund heraf til det resultat, at »traktatens artikel 59 og 60 ... omfatter [ikke] den situation, at en statsborger i en medlemsstat begiver sig til en anden medlemsstats område og dér etablerer sit hovedopholdssted med henblik på dér at udføre eller modtage tjenesteydelser i et ubestemt tidsrum«⁷⁰.

46. Jeg mener ikke, at der er grund til at fravige denne praksis. For det første stemmer den overens med ordlyden af traktatens artikel 59, der vedrører tjenesteydere, »der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«. Der kan kun ses bort fra dette udtrykkelige krav, i det omfang samtlige relevante elementer

67 — Dom af 18.3.1980, sag 52/79, Sml. s. 833.

68 — Dommens præmis 9; jf. endvidere dom af 26.2.1991, sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. 1, s. 659, præmis 9. Generaladvokat Lenz har i punkt 14 i sit forslag til afgørelse i den i note 39 nævnte Cowan-sag udtalt, at »den eneste betingelse, der skal være opfyldt i den forbindelse, er, at tjenesteyderen og modtageren af tjenesteydelserne ikke bor det samme sted«.

69 — Dom af 5.10.1988, sag 196/87, Sml. s. 6159, præmis 16.

70 — Dommens præmis 17, der gentages i domskonklusionen; min fremhævelse.

ved den pågældende form for virksomhed ikke findes inden for en enkelt medlemsstat, som f.eks. når en person præsterer tidsbegrænsede ydelser i en anden medlemsstat end den, hvori han er etableret, til en modtager, der er hjemmehørende i samme stat⁷¹. Under denne synsvinkel fastholdes begrebet »grænseoverskridende 'udveksling' af produkter, der ikke kan betegnes som 'varer'«⁷².

unormalt, hvis disse personer får stilling som modtagere af tjenesteydelser, mens arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der også permanent eller på ubestemt tid har bosat sig i den pågældende medlemsstat, ikke skulle have en sådan stilling⁷⁴. Retten for personer, der har varigt ophold, til som modtagere af tjenesteydelser at påberåbe sig traktatens bestemmelser om udveksling af tjenesteydelser, ville ellers bero på, om den pågældende er arbejdsaktiv og kunne så ændre sig i tidens løb også for tilfældige privatpersoners vedkommende.

47. For det andet ville det være i strid med den kendsgerning, at traktatens kapitel om tjenesteydelser i henhold til dens artikel 60 er subsidiære i forhold til de netop nævnte kapitler, at personer, der har udnyttet deres ret til fri bevægelighed efter bestemmelserne i kapitlerne om arbejdskraftens frie bevægelighed eller den frie etableringsret, fortsat kunne have stilling som modtagere af tjenesteydelser i den medlemsstat, som de har begivet sig til. Det er korrekt, at statsborgere fra en medlemsstat, der permanent eller på ubestemt tid begiver sig til en anden medlemsstat uden at være erhvervsøkonomisk aktive (sådan forholder det sig sandsynligvis med beboerne på sagsøgernes hjem), ikke henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 48-51 eller 52-58. Men selv om generaladvokat Lenz i sit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig⁷³ anførte, at lakuner må undgås, ville det være

48. Det ligger således i begrebet udveksling af tjenesteydelser i traktatens forstand, at modtagerne i en anden medlemsstat opholder sig dér midlertidigt eller i et bestemt tidsrum og ikke permanent eller i et ubestemt tidsrum⁷⁵. Af praktiske grunde

74 — Personer, der ikke er erhvervsaktive, kan godt opholde sig varigt i en anden medlemsstat end den stat, den pågældende er statsborger i, såfremt vedkommende opfylder betingelserne i Rådets direktiv 90/364/EØF af 28.6.1990 om opholdsret (EFT L 180, s. 26) eller efter Rådets direktiv 90/365/EØF af 28.6.1990 om opholdsret for lønmodtagere og selvstændige, der er ophørt med erhvervsaktivitet (EFT L 180, s. 28). Ved traktatens artikel 8 A, der blev indsat ved traktaten om Den Europæiske Union, er der i mellemtiden blevet indført en ret til ophold for unionsborgere.

75 — Kravet ifølge artikel 4, stk. 2, i Rådets direktiv 73/148/EØF af 21.5.1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsninger inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser (EFT L 172, s. 14), om at medlemsstaterne udsteder et dokument, der beviser, at personer, der leverer eller modtager tjenesteydelser i et tidsrum på over tre måneder, har opholdsret, viser, at det tidsrum, i hvilket en tjenesteydelsesmodtager opholder sig i en medlemsstat, ikke nødvendigvis skal være ubetydeligt, men ændrer ikke det resultat, jeg er nået til i nærværende sag, nemlig at opholdet altid skal have midlertidig karakter eller på en eller anden måde være tidsbegrænset for at henhøre under anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om udveksling af tjenesteydelser. Jf. endvidere artikel 1 i Rådets direktiv 64/221/EØF af 25.2.1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejser og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed (EFT 1963-1964, s. 109).

71 — Den ovenfor i note 68 nævnte dom af 26.2.1991, Kommissionen mod Frankrig, præmis 7 og 10.

72 — Denne vide definition af udveksling af tjenesteydelser blev foreslået af generaladvokat Lenz i punkt 13 til forslaget til afgørelse i den i note 39 nævnte Cowan-sag, og i punkt 17 i hans forslag til afgørelse i den i note 68 nævnte dom af 26.2.1991 i sagen Kommissionen mod Frankrig.

73 — Den ovenfor i note 68 nævnte dom af 26.2.1991, punkt 19 i forslaget til afgørelse.

kan denne faktor — i alt fald efter omstændighederne i den foreliggende sag — kun vurderes ud fra det udbudte »produkts« karakter. I det foreliggende tilfælde hører samtlige relevante forhold i sagsøgernes virksomhed hjemme på det italienske område. Det eneste grænseoverskridende element er visse beboeres eller potentielle beboeres statsborgerskab i en anden stat end Italien. Som udgangspunkt kan man dog gå ud fra, at en person, der begiver sig fra en medlemsstat til en anden medlemsstat for at tage ophold på et hjem for ældre, gør dette med henblik på et permanent ophold eller et ophold af ubestemt varighed, selv om den pågældende derefter skifter mening og vender tilbage for at leve i sin hjemstat ⁷⁶. Denne synsmåde er særlig overbevisende, når traktatens bestemmelser om udveksling af tjenesteydelser påberåbes af den person, der agter at præstere den pågældende ydelse, hvilket han gør overalt, og ikke godtgør, at der i forvejen findes en bestemt kendelig modtager ⁷⁷, og ikke af en bestemt modtager, der eventuelt for sit vedkommende vil kunne bevise, at han agter at tage et rent midlertidigt ophold. Sagsøgerne i hovedsagen har i retsmødet omtalt et tilfælde, hvor en statsborger fra et andet fællesskabsland end Italien i overensstemmelse med sine erklærede hensigter havde opholdt sig midlertidigt på et af deres hjem i Lombardiet som rekonvalescent efter en operation. Imidlertid fremgår det af de bevis-elementer, sagen indeholder, at sagsøgerne hovedsagelig tilbyder ældre ophold på ubestemt tid eller permanent. Det er ikke efter min mening hensigtsmæssigt at udvide genstanden for nærværende analyse på baggrund

af isolerede tilfælde, som den nationale ret ikke har været inde på i forelæggelseskendelsen, således som tilfældet er med det netop nævnte forhold.

49. Jeg når på baggrund af det anførte til det resultat, at sagsøgerne i hovedsagen ikke retmæssigt kan påberåbe sig traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.

E — *Det femte spørgsmål*

50. Artikel 85 og 86, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler ⁷⁸. Der er intet i forelæggelseskendelsen eller i de oplysninger, som Domstolen i øvrigt har fået forelagt, der tyder på, at de offentlige og private selskaber, der driver virksomhed uden gevinst for øje, og som har

⁷⁶ — Dette er i overensstemmelse med det synspunkt, generaladvokat Lenz gav udtryk for i punkt 28 og 29 i sit ovenfor i note 39 nævnte forslag til afgørelse i Cowan-sagen; dér gav han en argumentation ex ante, hvorefter statussen som modtager af tjenesteydelser bedømmes ved rejsens begyndelse, fortrinsret for en ex post-bedømmelse, hvor de faktiske modtagne tjenesteydelser er afgørende.

⁷⁷ — Jf. den ovenfor i note 64 nævnte Alpine Investments-dom, præmis 19.

⁷⁸ — Dom af 17.10.1995, forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP m.fl., Sml. I, s. 3257, præmis 14. Jf. endvidere for så vidt angår traktatens artikel 95 dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 14, og af 9.6.1994, sag C-153/93, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, Sml. I, s. 2517, præmis 14; jf. med hensyn til artikel 86 dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-INNO-BM, Sml. s. 2115, præmis 31.

indgået aftale med USSL for at drive hjem for ældre i regionen Lombardiet, har afsluttet konkurrencebegrænsende aftaler eller deltaget i en samordnet praksis, der strider mod traktatens artikel 85, og der er heller ikke holdepunkter for at antage, at sådanne aftaler eller praksis kan være en følge af de bestemmelser, der er omtvistet i nærværende sag ⁷⁹. Det kan således ikke gøres gældende, at regionen Lombardiet har pålagt eller begunstiget afslutning af sådanne aftaler eller praksis eller har forstærket virkningerne heraf. Desuden er der intet holdepunkt for at antage, at regionen har frtaget sine egne retsfor skrifter karakter af lovbestemmelser ved til private erhvervsdrivende at uddelegere beføjelsen til at træffe afgørelser, som normalt henhører under det offentliges kompetence ⁸⁰. Hvad traktatens artikel 86 angår er det ikke på noget tidspunkt blevet gjort gældende, at en virksomhed skulle besidde en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet ⁸¹.

51. Domstolen har udtalt, at den blotte omstændighed, at der skabes en monopolstilling som følge af, at en medlemsstat har indrømmet en virksomhed eksklusive rettigheder i traktatens artikel 90, stk. 1's forstand,

ikke som sådan er uforenelig med traktatens artikel 86 ⁸². Imidlertid kan den blotte omstændighed, at et monopol eksisterer, udgøre et misbrug af dominerende stilling, når den virksomhed, som har fået tildelt en eksklusiv rettighed, klart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet til skade for de personer, der efterspørger den pågældende tjenesteydelse ⁸³. Selv om afslutning af aftaler med USSL i regionen Lombardiet antages at være en tilkendelse af særlige rettigheder i traktatens artikel 90, stk. 1's forstand, er det imidlertid ikke i den foreliggende sag blevet godtgjort, at der foreligger et sådant med omstændighederne givet misbrug. Inden for rammerne af en social sikringsordning kan den omstændighed, at hjem, der har indgået aftale, udnytter deres kapacitet fuldt ud i forbindelse med, at der forekommer ventelister i visse zoner, forklares som et simpelt udslag af manglen på offentlige bevillinger og ikke på manglende evne til at tilfredsstille efterspørgslen på markedet (for så vidt som denne udtryksmåde har nogen mening, når det drejer sig om levering af ydelser, der finansieres af det offentlige). Tilsyneladende er der fri konkurrence på den lille del af markedet for ophold på hjem for ældre, hvor sociale bistandsydelser på sundhedsområdet ikke finansieres med offentlige midler, hvilket gør det muligt at tilfredsstille en eventuel overskydende efterspørgsel med private midler.

79 — Jf. den ovenfor i note 78 nævnte Reiff-dom, præmis 15, og den også i note 78 nævnte dom i sagen Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, præmis 15.

80 — Den i note 78 nævnte Van Eycke-dom, præmis 16; den i note 78 nævnte Reiff-dom, præmis 14, og den også i note 78 nævnte dom i sagen Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, præmis 14.

81 — Ifølge dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, præmis 42, og den ovenfor i note 78 nævnte dom i sagen DIP m.fl., præmis 26, fremgår det, at en kollektivt dominerende stilling forudsætter, at vedkommende virksomheder har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje; det er ikke godtgjort, at dette har været tilfældet i den foreliggende sag. Domstolen har i præmis 27 i DIP m.fl.-dommen udtalt, at det er et særkende for dominerende stilling, at de pågældende erhvervsdrivende ikke konkurrerer indbyrdes; det er ikke blevet godtgjort, at der for de hjem i regionen Lombardiet, som har afsluttet aftale, har været tale om en sådan mangel på indbyrdes konkurrence.

52. På grundlag af det anførte når jeg til det resultat, at de i det femte spørgsmål beskrevne forhold ikke udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 3, litra g), artikel 5, 85, 86 eller 90.

82 — Dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 17, og den ovenfor i note 28 nævnte dom i sagen Höfner og Elser, præmis 29.

83 — Den i note 28 nævnte dom i sagen Höfner og Elser, præmis 30 og 31.

V — Forslag til afgørelse

53. Af de anførte grunde foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Medlemsstaterne har ikke pligt til at angive begrundelsen for vedtagelsen af generel lovgivning, selv om denne kan påvirke udøvelsen af rettigheder, der er hjemlet i Fællesskabets retsorden.

- 2) En national bestemmelse, hvorefter det forbeholdes private institutioner, som ikke arbejder med gevinst for øje, at indgå aftaler med de lokale sociale myndigheder om levering af sociale bistandsydelser på sundhedsområdet, der finansieres med offentlige midler, udgør en indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og dermed en begrænsning af etableringsfriheden, når det er meget sandsynligt, at de pågældende institutioner, som ikke arbejder med gevinst for øje, vil være institutioner, som er etableret i den pågældende medlemsstat.

- 3) Sagsøgerne i hovedsagen kan ikke påberåbe sig traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.

- 4) Den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning udgør ikke en tilsidesættelse af traktatens artikel 3, litra g), artikel 5, 85, 86 eller 90.«