

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL G. COSMAS

van 21 september 1999 *

Inhoudsoverzicht

I	— Inleiding	I-8085
II	— Rechtskader	I-8086
	A — Het gemeenschapsrecht	I-8086
	a) Verdragsbepalingen en relevante verordeningen	I-8086
	b) Bepalingen van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Ambtenarenstatuut”) en de gemeenschappelijke regeling in het kader van het gemeenschappelijk stelsel	I-8087
	B — Het nationale recht	I-8088
	a) De verzekering voor ziekte en bevalling voor bij het nationale stelsel aangesloten personen	I-8088
	b) De verzekering voor ziekte en bevalling voor niet bij het nationale stelsel aangesloten personen	I-8090
III	— De feiten	I-8091
IV	— De prejudiciële vraag	I-8092
V	— Beantwoording van de prejudiciële vraag	I-8094
	A — De formulering van de prejudiciële vraag	I-8094
	B — Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit	I-8095
	a) De rechtsgrondslag van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit	I-8096
	aa) De toepassing van verordening nr. 1408/71	I-8096
	ab) De toepassing van artikel 48 van het Verdrag en van verordening nr. 1612/68	I-8098
	ac) De toepassing van artikel 7 EEG-Verdrag	I-8102
	ad) Conclusie betreffende de keuze van de rechtsgrondslag	I-8108
	b) Ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties	I-8108
	ba) Voorwerp van de ongelijke behandeling	I-8109
	bb) Overeenkomsten tussen verschillend behandelde situaties	I-8110
	c) De objectieve rechtvaardiging van de ongelijke behandeling	I-8113
	d) Conclusie betreffende het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit	I-8114

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

C — De bescherming van de mededinging	I - 8115
a) De vraag of er sprake is van een onderneming en een ondernemersvereniging	I - 8116
b) De vraag of er sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersverenigingen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging	I - 8118
c) De vraag of de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst	I - 8119
d) De invloed op de handel tussen lidstaten	I - 8120
e) De merkbaarheid van de beperking van de mededinging en de invloed op de handel tussen de lidstaten	I - 8122
f) Conclusie betreffende de bescherming van de mededinging	I - 8124
VI — Conclusie	I - 8125

I — Inleiding

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft het Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Achtste kamer) het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van, in de eerste plaats, de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag¹, verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap², zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 312/76 van de Raad van 9 februari 1976³, en verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen,

alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EEG) nr. 2001/83 van de Raad van 2 juni 1983⁴, en, in de tweede plaats, artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Het Hof wordt meer bepaald verzocht te beslissen of het verbod van discriminatie tussen onderdanen van de lidstaten van de Gemeenschap en de bescherming van de mededinging in de weg staan aan een nationale Luxemburgse regeling, enerzijds, en een circulaire van de Union des caisses de maladie (hierna: „UCM”) en een besluit van de Entente des hôpitaux luxembourgeois (hierna: „EHL”), anderzijds, op grond waarvan verschillende tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging worden toegepast, naargelang het gaat om personen die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van het Groothertogdom Luxemburg of om personen die daarbij niet zijn aangesloten, zoals in het onderhavige geval de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen, die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel van ziektekostenverzekering van de Europese Gemeenschappen (hierna: „gemeenschappelijk stelsel”).

1 — De verwijzende rechter verwijst naar de overeenkomstige artikelen van het EG-Verdrag. Gezien echter het tijdstip van de feiten van het hoofdgeding, dient ervan te worden uitgegaan dat het antwoord op de prejudiciële vraag betrekking moet hebben op de uitlegging van de artikelen van het EEG-Verdrag.

2 — PB L 257, blz. 2.

3 — PB L 39, blz. 2.

4 — PB L 230, blz. 6.

II — Rechtskader

grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.”

A — *Het gemeenschapsrecht*

a) Verdragsbepalingen en relevante verordeningen

4. Artikel 7 van verordening nr. 1612/68 bepaalt bovendien:

2. Artikel 7, eerste alinea, EEG-Verdrag (later artikel 6, eerste alinea, EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 12, eerste alinea, EG) bepaalt:

„1. Een werknemer die onderdaan is van een lidstaat mag op het grondgebied van andere lidstaten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling.

„Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.”

3. Artikel 48, lid 2, EEG-Verdrag (later artikel 48, lid 2, EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 39, lid 2, EG) bepaalt:

2. Hij geniet er dezelfde sociale en fiscale voordelen als de nationale werknemers.

„[Het vrij verkeer van werknemers] houdt de afschaffing in van elke discriminatie op (...)”

5. Artikel 2 van verordening nr. 1408/71, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening nr. 2001/83, luidt:

EG-Verdrag, thans artikel 81, lid 1, EG):

„1. Deze verordening is van toepassing op werknemers of zelfstandigen op wie de wetgeving van een of meer lidstaten van toepassing is of geweest is, en die onderdanen van een der lidstaten, dan wel op het grondgebied van een der lidstaten wonende staatlozen of vluchtelingen zijn, alsmede op hun gezinsleden en op hun nagelaten betrekkingen.

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

(...)”

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden,

6. Artikel 3, lid 1, van deze verordening bepaalt bovendien:

(...)”

„Personen die op het grondgebied van een der lidstaten wonen en op wie de bepalingen van deze verordening van toepassing zijn, hebben de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wetgeving van elke lidstaat onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat, behoudens bijzondere bepalingen van deze verordening.”

- b) Bepalingen van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Ambtenarenstatuut”) en de gemeenschappelijke regeling in het kader van het gemeenschappelijk stelsel

7. Ten slotte bepaalt artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag (later artikel 85, lid 1,

- 8. Volgens de artikelen 64 en 72 Ambtenarenstatuut betalen de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen bijdragen aan het gemeenschappelijk stelsel, en komen de ziektekosten ten laste van dit stelsel. Krachtens artikel 72, lid 1, Ambtenarenstatuut is de echtgenoot van de ambtenaar tegen de in

dit artikel genoemde ziekterisico's verzekerd.

9. Op grond van de genoemde bepalingen is een regeling inzake de ziektekostenverzekering van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „gemeenschappelijke regeling”) ingevoerd. Krachtens artikel 2 van deze gemeenschappelijke regeling zijn de ambtenaren aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel. Artikel 3 van deze regeling bepaalt bovendien dat de echtgenoten van de ambtenaren onder bepaalde voorwaarden eveneens zijn aangesloten, waaraan in het onderhavige geval bij de echtgenote van Ferlini zonder twijfel is voldaan.

10. Ingevolge artikel 72 Ambtenarenstatuut, de artikelen 1, 2 en 3 van de gemeenschappelijke regeling, en titel VIII van bijlage I bij deze regeling werden ten tijde van de feiten van het hoofdgeding in geval van ziekenhuisverpleging bij bevalling de volgende kosten door het gemeenschappelijk stelsel vergoed: de honoraria van artsen voor bevalling en verdoving, alsmede de kosten van verloskamer en van kinesitherapie en bovendien van alle rechtstreeks met de bevalling verband houdende verstrekkingen, en wel tot een bepaald maximum voor 100 %. De kosten van verblijf in een verpleeginrichting werden tot een bepaald maximum voor 85 % vergoed.

11. Artikel 9, lid 2, van de gemeenschappelijke regeling bepaalt: „De instellingen trachten, zoveel mogelijk, met de vertegenwoordigers van de artsen en/of de bevoegde instanties, verenigingen en instellingen, overeenkomsten te sluiten ter vaststelling van de voor de rechthebbenden geldende tarieven, zowel wat geneeskundige verzorging als wat ziekenhuisverpleging betreft, rekening houdend met de plaatselijke omstandigheden en, in voorkomend geval, met de reeds geldende tarieven.”

12. Blijkens het dossier bestond er ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geen overeenkomst tussen het gemeenschappelijk stelsel en de EHL, ondanks initiatieven in die zin van de Gemeenschappen.⁵

B — *Het nationale recht*

a) De verzekering voor ziekte en bevalling voor bij het nationale stelsel aangesloten personen

13. Volgens het verwijzingsvonnis was de nationale wettelijke regeling die ten tijde van de litigieuze feiten van het hoofdgeding

⁵ — Volgens Ferlini eisten de Europese Gemeenschappen dezelfde nomenclatuur van medische handelingen, dezelfde premietabellen en dezelfde tarieven als die welke van toepassing waren op bij het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen. De Luxemburgse beroeps-kringen verzetten zich echter tegen deze eisen, aangezien zij de tarieven van de medische verstrekkingen afhankelijk wilden stellen van het veronderstelde hoge inkomen van de ambtenaren van de Gemeenschappen en van de aard van de verstrekkingen.

van toepassing was op bij de Luxemburgse ziekenfondsen aangesloten personen, hoofdzakelijk neergelegd in de artikelen 308 bis tot en met 308 quater van de Code des assurances sociales.⁶

Zij worden uitsluitend afhankelijk van de aard van de prestatie vastgesteld, en variëren noch naar gelang van het inkomen van de patiënt, noch naar gelang van de kwalificaties van de zorgverlener.

14. De tarieven voor de medische handelingen zijn volstrekt uniform, wegens de aard van het door de Luxemburgse wetgever gewilde stelsel van sociale zekerheid.

15. Bij de verzekering voor ziekte en bevalling zijn de verzekerde personen verplicht aangesloten bij de ziekenfondsen. Dit zijn zelfstandige openbare instellingen met rechtspersoonlijkheid, die onder toezicht staan van de staat. De financiering van de ziekenfondsen geschiedt in hoofdzaak door middel van directe of indirecte bijdragen.

6 — Meer bepaald voorzag, zoals de verwijzende rechter aangeeft, de wettelijke regeling inzake sociale zekerheid vóór 1925 niet in vrije keuze van de arts. Zij beval overeenkomsten tussen de ziekenfondsen en de verstrekkers van medische diensten aan, maar legde deze niet op. Zo dergelijke overeenkomsten bestonden, waren zij dus louter facultatief.

De wet van 17 december 1925 voorzag in een algemene regeling van de medische tarieven, maar met een zeer ruime afwijkmarge (van het twee- tot drievoudige). Aangezien voorts maximumbijdragen werden voorgeschreven die de ziekenfondsen konden vragen aan de aangesloten personen, die van toen af vrij hun arts konden kiezen, waren overeenkomsten nodig, ook al waren deze nog steeds niet verplicht. Bovendien vereiste de aard van de sociale zekerheid zelf dat uniforme tarieven werden vastgesteld voor alle aangesloten personen die tot dezelfde beroeps-categorie behoorden.

Bij wet van 6 september 1933 werd in de Code des assurances sociales een artikel 308 bis ingevoerd. Daarin werd bepaald dat, bij gebreke van een overeenkomst, een paritair orgaan een uitspraak zou doen, die door de regering verbindend zou worden verklaard.

De collectieve overeenkomsten en de uitspraken van het orgaan kregen bindende kracht na goedkeuring door de regering.

Vanaf 1951 werd de ziekteverzekering uitgebreid tot de hele bevolking. De artsvereniging eiste een zekere vrijheid bij het vaststellen van de tarieven naar gelang van het inkomen van de patiënt. Aan deze eis is in zekere zin tegemoet gekomen met de hervormingswet van 24 april 1954.

Bij hervormingswet van 2 mei 1974 heeft de regering een uniforme nomenclatuur van en uniforme tarieven voor medische handelingen opgelegd, ongeacht het inkomen van de verzekerde en de kwalificaties van de zorgverlener.

Sinds die wet bestaan er in feite vier soorten regels: de collectieve overeenkomsten die bij ministerieel besluit verbindend zijn verklaard; de uitspraken van het bemiddelings- en arbitrage-orgaan bij gebreke van collectieve overeenkomsten, die eveneens bij ministerieel besluit verbindend zijn verklaard; de louter op een overeenkomst gebaseerde regels; en ten slotte de louter bestuursrechtelijke of wettelijke regels.

Alleen de tarieven van de medische prestaties die zijn opgenomen in een bij ministerieel besluit vastgestelde nomenclatuur die deel uitmaakt van het statuut van de Luxemburgse ziekenfondsen, kunnen in beginsel voorwerp zijn van collectieve onderhandelingen of bij uitspraak van het paritaire orgaan worden vastgesteld.

Vanaf de begrotingswet van 20 december 1982 heeft de wetgever rechtstreeks ingegrepen om de tarieven van bepaalde prestaties vast te stellen. Dezelfde praktijk is sedertdien in elke begrotingswet gevolgd.

16. Zoals zowel Ferlini als de Commissie betoogt, verschilde het systeem voor prestaties bij bevalling van het systeem dat gold voor prestaties bij ziekte. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding moesten ingevolge het systeem voor prestaties bij ziekte collectieve overeenkomsten worden gesloten tussen de ziekenfondsen en de verschillende categorieën zorgverleners, zonder dat daarbij onderscheid werd gemaakt tussen de ziekenhuissector en niet-ziekenhuissector. Bij ministerieel besluit werden deze overeenkomsten erga omnes verbindend verklaard, ook voor zorgverleners die geen lid waren van de vereniging die over de overeenkomst had onderhandeld.⁷ Het voor de verzekering bij bevalling toepasselijke systeem was daarentegen gebaseerd op

7 — De Commissie stelt dat de aard van het stelsel heden ten dage niet fundamenteel is gewijzigd, behalve dat tegenwoordig afzonderlijke overeenkomsten worden gesloten voor de ziekenhuissector en de niet-ziekenhuissector.

de uitbetaling van een forfaitair bedrag door de staat. Volgens Ferlini zou dit systeem in werkelijkheid eerder bij de kinderbijslag dan bij de ziekteverzekering horen.

17. Zoals is gesteld in het verwijzingsvonnis, hadden de verzekerden krachtens de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke wettelijke regeling (wetten van 27 juni 1983 en 3 juli 1975) bij bevaling aanspraak op de hulp van een vroedvrouw, geneeskundige hulp, verblijf in een kraaminrichting of ziekenhuis, geneesmiddelen en dieetproducten voor zuigelingen. Deze prestaties werden gedekt door bij groothertogelijke verordening voor iedere prestatie afzonderlijk vastgelegde forfaitaire bedragen.

18. De ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende groothertogelijke verordening was de groothertogelijke verordening van 31 december 1974⁸, zoals gewijzigd, strekkende tot vaststelling van de verstrekkingen wegens ziekte of bevaling overeenkomstig de artikelen 6 en 13 van de Code des assurances sociales. Artikel 12 van deze verordening stelde de hoogte vast van het hierboven genoemde forfait en specificeerde de verschillende bestanddelen ervan alsmede het bij ieder bestanddeel horende bedrag.

19. Overeenkomstig de circulaire van de UCM van 1 december 1988 betreffende de

verdeling van de verschillende bestanddelen van het bevallingsforfait vanaf 1 januari 1989, die wordt aangehaald in het verwijzingsvonnis⁹, voorzag het systeem dat werd voorgeschreven door de wet die ten tijde van de litigieuze feiten van het hoofdgeding van kracht was en de betrokken groothertogelijke verordening van 31 december 1974 in de praktijk in een berekening die gebaseerd was op drie componenten, te weten geneeskundige hulp, kosten inzake bevalling en dieetproducten.¹⁰

b) De verzekering voor ziekte en bevalling voor niet bij het nationale stelsel aangesloten personen

20. De Luxemburgse regering en de Commissie wijzen erop dat in Luxemburg de tarieven voor zorgverlening aan personen op wie verordening nr. 1408/71 van toepassing is, gelijk zijn aan die voor bij het nationale stelsel aangesloten personen. Daarenboven zijn de collectieve overeenkomsten inzake ziekte nadrukkelijk op deze personen van toepassing. Er dient derhalve te worden aangenomen dat bij de verzekering bij bevalling het bij groothertogelijke verordening van 31 december 1974 bepaalde forfait eveneens op die personen van toepassing is.

9 — De tekst van deze circulaire is gevoegd bij de schriftelijke opmerkingen van Ferlini.

10 — Ferlini stelt met verwijzing naar de circulaire van de UCM dat voor de eerste van deze drie componenten de tarieven waren vastgesteld conform de overeenkomst tussen de UCM en de Association des médecins et médecins-dentistes (hierna: „AMMD”), voor de tweede en de derde component conform de overeenkomst tussen de UCM en de EHL. Ferlini beklemtoont bovendien dat de nieuwe wettelijke regeling thans aan deze praktijk is aangepast, zodat voor alle componenten van het voorziene forfait wordt verwezen naar de bij overeenkomst vastgestelde tarieven.

8 — *Memorial A* nr. 95, van 31 december 1974, blz. 2398.

21. Voor andere personen die niet waren aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid blijkt daarentegen dat bovengenoemde regelingen en collectieve overeenkomsten niet van toepassing waren en dat de zorgverleners, onder voorbehoud van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of het Groothertogdom Luxemburg bindende internationale verplichtingen, volledige vrijheid genoten bij het vaststellen van de tarieven.

22. Derhalve heeft de EHL, bij gebreke van een overeenkomst met het gemeenschappelijk stelsel, eenzijdig de tarieven voor ziekenhuisverpleging vastgesteld die vanaf 1 januari 1989 van toepassing waren op personen die niet waren aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid. Daartoe behoren eveneens de ambtenaren van de Gemeenschappen, die waren aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel.

III — De feiten

23. Ferlini is ambtenaar van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en werkt te Luxemburg. Uit het verwijzingsvonnis blijkt echter niet of Ferlini en zijn echt-

genote de nationaliteit van een lidstaat van de Gemeenschap hebben.¹¹

24. Omdat Ferlini ambtenaar van de Europese Gemeenschappen is, zijn hij en zijn echtgenote aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel.

25. Van 17 tot en met 24 januari 1989 verbleef de echtgenote van Ferlini wegens een bevalling in het Centre Hospitalier de Luxembourg (hierna: „CHL”). Volgens het verwijzingsvonnis is het CHL een openbare instelling.

26. Op 24 februari 1989 zond het CHL Ferlini een rekening van 73 460 LUF voor de kosten van ziekenhuisopname.

27. Ferlini tekende verzet aan tegen een op 22 april 1993 afgegeven voorwaardelijk bevel tot betaling, waarbij hem werd gelast het hierboven genoemde bedrag aan het CHL te betalen.

¹¹ — Uit de ingediende opmerkingen van Ferlini valt op te maken dat deze de Italiaanse nationaliteit bezit.

28. Bij vonnis van 24 juni 1994 verklaarde het Tribunal de paix de Luxembourg, zetelend in burgerlijke zaken en uitspraak doend op verzet, het verzet ongegrond en veroordeelde het Ferlini tot betaling aan het CHL van voormeld bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente.

29. Op 5 oktober 1994 stelde Ferlini tegen dat vonnis hoger beroep in.

30. Zoals in het verwijzingsvonnis is aangegeven, is volgens Ferlini het hem door het CHL in rekening gebrachte bedrag het resultaat van enerzijds de toepassing van de door de EHL vastgestelde ziekenhuistarieven die sedert 1 januari 1989 gelden voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en instellingen, en anderzijds de toepassing van op de circulaire van de UCM van 1 december 1988 gebaseerde tarieven voor ziekenfondsverzekerden. Deze tarieven waren evenwel veel hoger dan de tarieven die golden voor bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen, en waren discriminerend.

31. Tot staving van zijn hoger beroep voert Ferlini aan dat de tarieven die het CHL vaststelt voor ziekenhuisverpleging, schending van het beginsel van gelijke behandeling opleverden, en voorts dat de op de ambtenaren van de Gemeenschappen toegepaste regeling inzake de tarieven voor ziekenhuisverpleging, zoals die voortvloeit

uit een overeenkomst tussen de Luxemburgse ziekenhuizen, verenigd binnen de EHL, in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

32. Subsidiair betoogt hij dat het gevorderde bedrag overdreven is en in geen verhouding staat tot de verrichte diensten.

33. Het CHL concludeert tot verwerping van het hoger beroep en tot bevestiging van het bestreden vonnis, alsmede tot betaling van een vergoeding voor de proceskosten. Het stelt met name dat de situatie van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen niet vergelijkbaar is met die van bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen. Eerstgenoemden betalen geen belasting noch bijdragen aan het nationale stelsel van sociale zekerheid en hebben een hoger inkomen. Bovendien bestond er ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geen overeenkomst tussen het gemeenschappelijk stelsel en de EHL. Ten slotte zijn de voorwaarden van artikel 85 van het Verdrag in casu niet vervuld.

IV — De prejudiciële vraag

34. Volgens de verwijzende rechter gelden artikel 48 van het Verdrag en de verorde-

ningen nrs. 1408/71 en 1612/68 enkel voor gemeenschapsonderdanen die in een andere lidstaat toegang tot een betrekking of tot een in de wetgeving van die staat geregelde sociale dekking krijgen. Zijns inziens kan evenwel niet worden aanvaard dat de ambtenaren van de Gemeenschappen, die juist wegens hun functie in een andere lidstaat wonen, ten achter worden gesteld bij alle andere werknemers die onderdaan zijn van een lidstaat. Zij zouden integendeel alle voordelen moeten genieten die ter zake van het vrij verkeer van personen, het vestigingsrecht en de sociale zekerheid voor de onderdanen van de lidstaten uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.

35. De verwijzende rechter is eveneens van mening dat hij zich niet kan uitspreken over de vragen van Ferlini en de bezwaren van het CHL zonder uitlegging van de beginselen van het mededingingsrecht, met name in verband met de bevoegdheid van de lidstaten om hun stelsel van sociale zekerheid in te richten, het bijzondere statuut van de betrokken ondernemingen en presaties, en de gevolgen voor de gemeenschappelijke markt.

36. Gelet op bovenstaande overwegingen heeft het Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Achtste kamer) besloten het

Hof de navolgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Zijn de groothertogelijke verordening van 31 december 1974 (*Mémorial A* nr. 95 van 31.12.1974, blz. 2398), zoals gewijzigd, strekkende tot vaststelling van de verstrekkingen wegens ziekte of bevalling overeenkomstig de artikelen 6 en 13 van de Code des assurances sociales, de vanaf 1 januari 1989 geldende ziekenhuistarieven voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en instellingen, de circulaire van de UCM van 1 december 1988 betreffende de verdeling van de verschillende bestanddelen van het bevalingsforfait vanaf 1 januari 1989, en de praktijk van de EHL die erin bestaat, dat ten aanzien van niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en instellingen en ten aanzien van de bij het gemeenschappelijk stelsel aangesloten ambtenaren van de Europese Gemeenschappen uniforme tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging worden toegepast die hoger zijn dan de tarieven die gelden voor bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten ingezetenen,

gelet op het verbod van discriminatie tussen onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie, zoals neergelegd in de artikelen 6 en 48 EG-Verdrag en, wat het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap betreft, in verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, zoals gewijzigd bij verordening nr. 312/76 van de Raad van 9 februari 1976, alsmede, wat de sociale zekerheid betreft, in verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialeze-

kerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening nr. 2001/83 van de Raad van 2 juni 1983,

en

gelet op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, dat een verbod stelt op alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst,

verenigbaar met het gemeenschapsrecht?”

V — Beantwoording van de prejudiciële vraag

37. Met de voorgelegde prejudiciële vraag verzoekt het Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Achtste kamer) het Hof een standpunt in te nemen over het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (B) en de bescherming van de mededinging (C) naar aanleiding van de vaststelling in een lidstaat van tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling die gelden voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aan-

gesloten personen, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die uit hoofde van hun functie in die staat werkzaam zijn en aldaar wonen, maar zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel. Ik zal die twee vragen onderzoeken na een korte opmerking over de formulering van de prejudiciële vraag (A).

A — De formulering van de prejudiciële vraag

38. In verband met de formulering van de prejudiciële vraag wil ik erop wijzen dat het Hof zich in het kader van artikel 177 van het Verdrag niet uitspreekt over de uitlegging of de geldigheid van nationale bepalingen noch over de verenigbaarheid van die bepalingen met de bepalingen van het gemeenschapsrecht, maar de verwijzende rechter alle gegevens over de uitlegging verschaft die hem in staat stellen te beoordelen of een bepaling van nationaal recht al dan niet verenigbaar is met de communautaire bepalingen.¹²

39. Derhalve dient ervan te worden uitgegaan dat de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vraag ertoe strekt te vernemen of de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag en de bepalingen van de verorde-

12 — Zie bijvoorbeeld arresten van 22 oktober 1974, Demag (27/74, Jurispr. blz. 1037, punt 8); 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 6); 29 oktober 1980, Boussac (22/80, Jurispr. blz. 3427, punt 5), en 7 maart 1990, Krantz (C-69/88, Jurispr. blz. I-583, punt 7).

ningen nr. 1612/68 en nr. 1408/71 zodanig moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale regelingen of aan praktijken van verenigingen van verstrekkers van geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling, wanneer voor deze verzorging en verpleging aan personen en instellingen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, hogere tarieven in rekening worden gebracht dan aan ingezetenen die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid.

B — Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit

40. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit vormt de keerzijde van het beginsel van gelijke behandeling van de onderdanen van de lidstaten van de Gemeenschap — thans van de burgers van de Unie — en is de uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat een grondbegrip van het gemeenschapsrecht is.

41. Dit verbod, dat in talrijke bepalingen van het gemeenschapsrecht is uitgewerkt, verzet zich in algemene zin niet tegen het

bestaan van verschillen, die zich kunnen openbaren in de toepassing van verschillende regels op vergelijkbare situaties of van dezelfde regel op verschillende situaties.¹³ Dit verbod verzet zich tegen willekeurige verschillen, die kunnen worden vastgesteld door na te gaan of ze objectief gerechtvaardigd zijn.¹⁴

42. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit niet alleen betrekking op directe discriminatie, maar eveneens op indirecte of verkapte discriminatie, die weliswaar niet direct op het verboden criterium van nationaliteit is gebaseerd, maar is gegrond op andere criteria die tot hetzelfde of althans een vergelijkbaar resultaat leiden als waar de toepassing van het criterium van nationaliteit op uitkomt.¹⁵ Wat dit betreft dient erop te worden gewezen dat in het onderhavige geval de litigieuze discriminatie een kenmerkend voorbeeld is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. De toepassing van het criterium van aansluiting bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, waarop de differentiatie van tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging is gebaseerd, betekent een verkapte toepas-

13 — Zie over het verschil tussen formele en materiële discriminatie bijvoorbeeld arrest van 17 juli 1963, Italië/Commissie (13/63, Jurispr. blz. 337, in het bijzonder punt 4 a).

14 — Zie wat artikel 7 van het Verdrag betreft bijvoorbeeld arrest van 10 februari 1994, Mund & Fester (C-398/92, Jurispr. blz. I-476, punt 17). Zie wat artikel 48 van het Verdrag en artikel 7 van verordening nr. 1612/68 betreft bijvoorbeeld arrest van 27 november 1997, Meints (C-57/96, Jurispr. blz. I-6689, punt 45).

15 — Zie bijvoorbeeld arresten van 23 februari 1994, Scholz (C-419/92, Jurispr. blz. I-505, punt 7), en 24 september 1998, Commissie/Frankrijk (C-35/97, Jurispr. blz. I-5325, punt 37).

sing van het criterium van nationaliteit, aangezien, zoals de Commissie beklamt, het grootste deel van de bij het nationale stelsel aangesloten personen Luxemburgs onderdaan is, terwijl de overweldigende meerderheid van de niet aangesloten personen, vooral onder de ambtenaren van de Gemeenschappen, onderdaan is van andere lidstaten.¹⁶

43. Ik ben van mening dat na deze inleidende opmerkingen, gegeven het verzoek aan het Hof om verscheidene bepalingen van het gemeenschapsrecht uit te leggen, achtereenvolgens de volgende vragen moeten worden onderzocht. Allereerst dient, om te kunnen beoordelen of er in het onderhavige geval sprake is van met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie op grond van nationaliteit (d), gezien de feiten in het hoofdgeding de rechtsgrondslag van het verbod van deze discriminatie te worden vastgesteld en dienen de meer specifieke voorwaarden voor toepassing van dat verbod te worden onderzocht (a). Vervolgens dienen enkele opmerkingen te worden gemaakt over de vraag of in het onderhavige geval aan deze voorwaarden is voldaan en, meer bepaald, of in het kader van de feiten in het hoofdgeding en gezien de gegevenheden van het Luxemburgse recht vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld (b). Ten slotte dient te worden onderzocht of dit verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is of niet (c).

16 — Zie bijvoorbeeld arrest Meints (aangehaald in voetnoot 14, punten 45 en 46). Zoals de Commissie overigens benadrukt, verhindert de omstandigheid dat in de begunstigde categorie onderdanen van andere lidstaten kunnen voorkomen of dat in de benadeelde categorie Luxemburgse onderdanen kunnen voorkomen, niet dat er sprake is van indirecte discriminatie. Zie bijvoorbeeld arrest van 7 juni 1988, Roviello (20/85, Jurispr. blz. 2805, punt 16).

a) De rechtsgrondslag van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit

aa) De toepassing van verordening nr. 1408/71

44. Volgens de rechtspraak van het Hof is een persoon „werknemer in de zin van verordening nr. 1408/71, indien hij, al is het tegen slechts één risico, verplicht of vrijwillig verzekerd is bij een algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid genoemd in artikel 1, sub a, van verordening nr. 1408/71, ongeacht of er een arbeidsverhouding bestaat”.¹⁷

45. Ambtenaren van de Gemeenschappen, zoals Ferlini, lijken niet te kunnen worden aangemerkt als werknemer in de zin van bovenstaande definitie, zelfs indien ze zijn aangesloten bij een bijzonder stelsel, zoals het gemeenschappelijk stelsel.

46. Zoals advocaat-generaal Lenz het zo treffend heeft uitgedrukt in zijn conclusie in de zaak Schmid¹⁸, dient „de definitie van

17 — Zie arrest van 12 mei 1998, Martínez Sala (C-85/96, Jurispr. blz. I-2691, punt 36).

18 — Arrest van 27 mei 1993 (C-310/91, Jurispr. blz. I-3011).

het begrip werknemer [te worden] afgestemd op de doelstellingen en het materiële voorwerp van de verordening".¹⁹ Met andere woorden, of iemand werknemer is hangt in wezen af van de algemene mogelijkheid de verordening toe te passen.

van andere lidstaten. Hieruit volgt dat Ferlini niet kan worden aangemerkt als werknemer in de zin van verordening nr. 1408/71.

47. Wat dat betreft dient eraan te worden herinnerd dat, hoewel verordening nr. 1408/71, die is vastgesteld krachtens artikel 51 EEG-Verdrag (later artikel 51 EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 42 EG), samenhangt met de totstandbrenging van het vrij verkeer van werknemers, haar fundamentele doelstelling de coördinatie van de verschillende nationale wettelijke regelingen inzake sociale uitkeringen is, zodat het vrij verkeer van werknemers niet tot gevolg heeft dat werknemers die daar gebruik van maken in een minder gunstige situatie terechtkomen dan werknemers die binnen een en dezelfde lidstaat werkzaam zijn.

49. De reden waarom Ferlini niet kan worden aangemerkt als werknemer in de zin van verordening nr. 1408/71 hangt samen met de reden waarom deze verordening in het onderhavige geval niet van toepassing kan zijn, welke reden rechtstreeks volgt uit artikel 2, lid 1, daarvan. Krachtens die bepaling is verordening nr. 1408/71 „van toepassing op werknemers of zelfstandigen op wie de wetgeving van een of meer lidstaten van toepassing is of geweest is, en die onderdanen van een der lidstaten, dan wel op het grondgebied van een der lidstaten wonende staatlozen of vluchtelingen zijn, alsmede op hun gezinsleden en op hun nagelaten betrekkingen". In het onderhavige geval is Ferlini als ambtenaar van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel. Zoals blijkt uit het dossier, is derhalve noch op hem, noch op zijn echtgenote een nationale wettelijke regeling op het gebied van de sociale zekerheid van toepassing, zoals artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1408/71 verlangt.

48. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft beklemtoond, is in het onderhavige geval niet voldaan aan de algemene voorwaarden voor toepassing van verordening nr. 1408/71, omdat het niet gaat om de coördinatie van de nationale stelsels van sociale zekerheid, maar om zorgverlening die binnen een enkele lidstaat wordt verstrekt en om de toepassing van verschillende tarieven voor die prestaties op een categorie personen die voornamelijk bestaat uit werknemers die onderdaan zijn

50. Gezien het bovenstaande valt Ferlini noch zijn echtgenote binnen de persoonlijke werkingssfeer van verordening

19 — Punt 44.

nr. 1408/71.²⁰ Aangezien het begrip werknemer in het gemeenschapsrecht echter niet eenduidig is, maar een verschillende inhoud heeft naargelang het gebied waar het wordt gebruikt²¹, is het niet uitgesloten dat Ferlini en zijn echtgenote binnen de persoonlijke werkingsfeer van andere bepalingen van het gemeenschapsrecht vallen, zoals artikel 48 van het Verdrag of verordening nr. 1612/68.

ab) De toepassing van artikel 48 van het Verdrag en van verordening nr. 1612/68

51. Wanneer men rekening houdt met de rechtspraak van het Hof betreffende de onderdanen van de lidstaten van de Gemeenschap die de hoedanigheid van internationaal ambtenaar in het algemeen hebben²², moet men a fortiori ervan uit-

20 — Wat dit betreft dient te worden opgemerkt dat artikel 16, lid 3, van verordening nr. 1408/71 speciaal voor de hulpfunctionarissen van de Europese Gemeenschappen voorziet in de mogelijkheid te kiezen tussen bepaalde nationale stelsels van sociale zekerheid. Uit de beperking van deze keuzemogelijkheid, zoals die voortvloeit uit de aangehaalde bepaling, volgt indirect dat de verordening zelf ervan uitgaat dat ambtenaren in vaste dienst van de Gemeenschappen niet zijn onderworpen aan de nationale stelsels en derhalve niet binnen de werkingsfeer ervan vallen.

Volgens de Luxemburgse regering valt het gemeenschappelijk stelsel, dat is gebaseerd op de rechten van ambtenaren van de Gemeenschappen krachtens het Ambtenarenstatuut, niet binnen de werkingsfeer van verordening nr. 1408/71, omdat het een mate van bescherming biedt die ten minste gelijkwaardig is aan de krachtens artikel 51 van het Verdrag vastgestelde coördinatievoorschriften.

21 — Zie arrest Martínez Sala (aangehaald in voetnoot 17, punt 31).

22 — Zie inzonderheid arrest van 15 maart 1989, Echternach en Moritz (389/87 en 390/87, Jurispr. blz. 723), waar het Hof heeft geoordeeld dat „een onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat een functie vervult die door een bijzonder internationaalrechtelijk statuut wordt beheerst, zoals bijvoorbeeld bij het Europees Ruimteagentschap, moet worden aangemerkt als werknemer van een lidstaat in de zin van artikel 48, leden 1 en 2, EEG-Verdrag en derhalve, evenals zijn gezinsleden, de door die bepalingen en door verordening nr. 1612/68 voorziene rechten en voorrechten geniet” (punt 15). Zie eveneens arrest Schmid (aangehaald in voetnoot 18, punt 20).

gaan dat ambtenaren van de Gemeenschappen, zoals Ferlini, de hoedanigheid van werknemer behouden waardoor zij, evenals hun gezinsleden, binnen de persoonlijke werkingsfeer van artikel 48 EEG-Verdrag en van verordening nr. 1612/68 vallen.

52. Men kan zich echter afvragen of de behandeling van Ferlini en echtgenote binnen de materiële werkingsfeer van de betrokken communautaire bepalingen valt.²³ Meer bepaald dient te worden onderzocht of het feit dat voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling tarieven worden toegepast die hoger zijn dan die welke gelden voor bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen, een „arbeidsvoorwaarde” betreft in de zin van artikel 48, lid 2, van het Verdrag en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1612/68 dan wel een „sociaal voordeel” in de zin van artikel 7, lid 2, van die verordening.

53. Het begrip „arbeidsvoorwaarde” in de zin van de genoemde bepalingen lijkt elementen te bevatten die rechtstreeks samenhangen met de arbeidsovereenkomst, zoals beloning, ontslag, berekening van de anciënniteit, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling. Wat dat betreft is het veelbetekend dat het Hof bij de beslissing of een stelsel dat voorziet in de doorbetaling van bijdragen voor de ouderdoms- en overlevingsverzekering

23 — Over de — afwijkende — vraag naar de rechtstreekse horizontale werking van artikel 48, zie hieronder, punt 77 van deze conclusie.

wanneer de werknemer zijn militaire dienstplicht vervult, een „arbeidsvoorwaarde” betreft, heeft onderzocht of deze betaling een *wettelijke of contractuele verplichting inhoudt welke op de werkgever zou rusten*.²⁴

54. Ik ben van mening dat in het onderhavige geval de toepassing van hogere tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling semantisch gezien niet onder het begrip „arbeidsvoorwaarde” kan vallen. Hoewel, zoals de Commissie heeft opgemerkt, de toepassing van deze tarieven het netto-inkomen van niet bij het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen negatief kan beïnvloeden, aangezien zij waarschijnlijk gedwongen zijn hogere bedragen te betalen doordat hun verzekeringsinstellingen niet in staat zijn alle voorgeschreven tarieven te vergoeden, moet worden aangenomen dat deze lasten slechts indirect en hypothetisch met de „arbeidsvoorwaarden,” en meer in het bijzonder met de beloning van deze werknemers samenhangen. Het tegenovergestelde standpunt zou in wezen tot de simplificerende opvatting leiden dat iedere vorm van toepassing van tarieven voor producten of diensten die een verhoging van de buitengewone uitgaven meebrengt, zoals de kosten die samenhangen met geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling, moet worden geacht van invloed te zijn op de contractueel of wettelijk vastgestelde beloning van de werknemers.

55. Aangezien blijkbaar niet ervan kan worden uitgegaan dat de hoogte van de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling deel uitmaakt van de „arbeidsvoorwaarden”, moet worden onderzocht of de vaststelling van deze tarieven de kenmerken vertoont van een „sociaal voordeel” in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68. Volgens vaste rechtspraak zijn deze voordelen „alle voordelen die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan nationale werknemers worden toegekend op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, en waarvan de uitbreiding tot werknemers-onderdanen van andere lidstaten geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de Gemeenschap te vergemakkelijken”.²⁵

56. Gezien deze definitie is het volgens de Commissie niet uitgesloten dat het garanderen van een redelijk prijsniveau voor medische prestaties, dat overeenkomstig de uitgangspunten van het Luxemburgse stelsel is gebaseerd op de werkelijke kosten voor de betrokken prestaties, als een sociaal voordeel kan worden beschouwd dat aan alle in Luxemburg werkzame personen moet worden toegekend.

57. Volgens Ferlini vormt het forfaitaire bedrag dat de Luxemburgse Staat bij beval-

²⁴ — Zie arrest van 14 maart 1996, De Vos (C-315/94, Jurispr. blz. I-1417, punt 18).

²⁵ — Zie bijvoorbeeld arresten van 14 januari 1982, Reina (65/81, Jurispr. blz. 33, punt 12); 27 maart 1985, Hoeckx (249/83, Jurispr. blz. 973, punt 20); 6 juni 1985, Frascogna (157/84, Jurispr. blz. 1739, punt 20), alsmede arresten Schmid (aangehaald in voetnoot 18, punt 18) en Meints (aangehaald in voetnoot 14, punt 39).

ling betaalt, ontegenzegglijk een „sociaal voordeel”, dat in essentie niet verschilt van de moederschapstoelage, die door het Hof als zodanig wordt beschouwd.²⁶ De vaststelling van tarieven voor onder het forfait vallende prestaties is een essentieel onderdeel van dit forfait, dat zou moeten worden uitbetaald aan allen die in Luxemburg gebruik maken van het vrij verkeer van personen. In de praktijk profiteren de ambtenaren van de Gemeenschappen niet van dit voordeel in de vorm van het forfait. Deze kwestie is echter in het hoofdgeding niet aan de orde gesteld. Ferlini stelt evenwel dat met een beroep op de aard van het forfait als sociaal voordeel ten minste een gelijke behandeling bij de facturering van de geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling kan worden verlangd.

58. Zowel de Commissie, die een recht op redelijke tarieven die overeenkomen met de werkelijke kosten aanvoert, als Ferlini, die zich beroept op het bij bevalling uitbetaalde forfait, probeert een positieve strekking te geven aan het recht op gelijke behandeling met betrekking tot de tarieven voor de betrokken prestaties, zodat de kwalificatie van dat recht als „sociaal voordeel” strookt met de rechtspraak van het Hof, dat met name prestaties die een positieve strekking

hebben, als „sociale voordelen” heeft gekwalificeerd.²⁷ Uit de informatie in het verwijzingsvonnis wordt evenwel niet absoluut duidelijk of ten tijde van de feiten van het hoofdgeding de tarieven voor de bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen overeenkwamen met de kosten van de prestaties, terwijl de tarieven voor de niet-aangesloten personen, en meer in het bijzonder voor de ambtenaren van de Gemeenschappen, niet overeenkwamen met die kosten, en of het forfait voor verzorging bij bevalling of a fortiori de vaststelling van tarieven voor die prestaties van dezelfde aard was als de moederschapstoelage. De verwijzende rechter, die een grondige kennis heeft van het nationale recht en de feiten van het hoofdgeding, zal derhalve moeten nagaan of de hierboven besproken argumenten aannemelijk zijn.

59. Ik ben evenwel van mening dat de litigieuze vaststelling van de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling binnen de materiële werkingssfeer van het beginsel van gelijke behandeling valt, zoals dat in artikel 7 van verordening nr. 1612/68 is vastgelegd, zonder dat hoeft te worden nagegaan of het om een prestatie dan wel een voordeel met een positieve inhoud gaat. Een „a majore

27 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 oktober 1969, Ugliola (15/69, Jurispr. blz. 363), betreffende de bescherming tegen nadelige gevolgen van de vervulling van de militaire dienstplicht; 13 december 1972, Marsman (44/72, Jurispr. blz. 1243), betreffende beschermende maatregelen tegen ontslag; 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153), betreffende de toekenning van een „ontheemdingstoelage” aan werknemers die zijn aangesteld in een andere plaats dan hun woonplaats; 30 september 1975, Cristini (32/75, Jurispr. blz. 1085), betreffende de door een nationale spoorwegmaatschappij verstrekte reductiekaart; 12 juli 1984, Prodest (237/83, Jurispr. blz. 3153), betreffende het recht aansluiting te behouden bij het socialezekerheidsstelsel van de lidstaat waar de onderneming is gevestigd, en 11 juli 1985, Mutsch (137/84, Jurispr. blz. 2681), betreffende het recht van een werknemer om zijn moedertaal te gebruiken in een procedure voor de rechterlijke instanties van de lidstaat waar hij woont.

26 — Zie arrest van 10 maart 1993, Commissie/Luxemburg (C-111/91, Jurispr. blz. I-817).

ad minus"-redenering volstaat. Gegeven het feit dat de gelijke behandeling voor de „sociale voordelen" geldt, moet worden aangenomen dat zij van toepassing is op elke regeling die, ook al scheidt die geen voordeel met een positieve inhoud in strikte zin, de sociale positie van werknemers betreft — onafhankelijk van de vraag of er al dan niet een verband is met een arbeidsovereenkomst —, en die in het algemeen geldt voor nationale werknemers, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, en waarvan de uitbreiding tot werknemersonderdanen van andere lidstaten geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de Gemeenschap te vergemakkelijken. Het is duidelijk dat de vaststelling van de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling aan alle kenmerken van deze definitie voldoet.

60. Indien wordt aangenomen dat de feiten van het hoofdgeding binnen de materiële werkingssfeer van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 vallen, dient te worden gewezen op een laatste probleem. Volgens recente rechtspraak van het Hof is een nationale wettelijke regeling die valt binnen de werkingssfeer van artikel 48 van het Verdrag en artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 en die een onderdaan van een lidstaat belet of ervan weerhoudt zijn land te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, in strijd met artikel 48 van het Verdrag, zonder dat hoeft te worden nagegaan of er sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.²⁸ Uit deze rechtspraak lijkt te

volgen dat het geval waarin een nationale wettelijke regeling werknemers belet of ervan weerhoudt hun recht van vrij verkeer uit te oefenen verschilt van het geval waarin er sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit bij de uitoefening van datzelfde recht. Concreter uitgedrukt: in het eerste geval lijkt de werkingssfeer groter dan in het tweede en gebaseerd te zijn op een eenvoudig vermoeden.²⁹

61. In het onderhavige geval kan evenwel moeilijk worden beweerd dat, afgezien van de invoering van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, de toepassing in een lidstaat van hogere tarieven voor verzorging bij bevalling dan die welke gelden voor de bij het stelsel van sociale zekerheid van die lidstaat aangesloten personen, in het algemeen een onderdaan van een andere lidstaat zou beletten of ervan zou weerhouden werkzaam te zijn in eerstbedoelde lidstaat, vooral als ambtenaar van de Gemeenschappen. Ik kom tot deze conclusie door het uitzonderlijke, relatief voorzienbare en beperkte karakter van de aan de verzorging bij bevalling verbonden kosten in aanmerking te nemen en eveneens rekening te houden met de ruime mogelijkheden die het gemeenschappelijk stelsel biedt om deze kosten in verscheidene lidstaten te verzekeren en te dekken. Werd daarentegen aangetoond dat in een lidstaat, zoals in het onderhavige geval het Groot-hertogdom Luxemburg, tarieven gelden die in het algemeen een vergelijkbare discriminatie meebrengen voor de gehele geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging — of voor een belangrijk deel daarvan —, dan zou inderdaad kunnen worden gesteld

28 — Zie arrest van 26 januari 1999, Terhoeve (C-18/95, Jurispr. blz. I-345, punt 41).

29 — Zie arrest Terhoeve (aangehaald in voetnoot 28, punt 40).

dat dat mogelijkwerijs een onderdaan van een lidstaat ervan zou weerhouden de lidstaat waarvan hij ingezetene is te verlaten om als ambtenaar van de Gemeenschappen in de betrokken lidstaat te gaan werken.

ac) De toepassing van artikel 7 EEG-Verdrag

62. Artikel 7 EEG-Verdrag, volgens hetwelk „[b]innen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, (...) elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden [is]”, kan slechts autonoom toepassing vinden in gevallen waarin het gemeenschapsrecht wel geldt, maar waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet.³⁰

63. Aangezien het beginsel van verbod van discriminatie op grond van nationaliteit expliciet opnieuw is bevestigd in artikel 48 van het Verdrag, moet worden aangenomen dat in het onderhavige geval artikel 7 van het Verdrag slechts dient te worden toegepast wanneer artikel 48 en verordening nr. 1612/68 niet van toepassing zijn. Gezien de bovenstaande analyse kan het

probleem van de toepassing van artikel 7 zich voordoen wanneer het Hof oordeelt hetzij dat Ferlini niet de hoedanigheid van werknemer heeft in de zin van artikel 48 en verordening nr. 1612/68, hetzij dat de litigieuze discriminatie niet binnen de materiële werkingssfeer van deze bepalingen valt, dat wil zeggen noch de „arbeidsvoorwaarden”, noch de „sociale voordelen” betreft.

64. In dat geval dient te worden nagegaan of de feiten van het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen, aangezien dat een voorwaarde is voor de toepassing van het non-discriminatiebeginsel van artikel 7 van het Verdrag.

65. Wat dit betreft dient te worden beklemtoond dat het Hof een ruime uitlegging van deze voorwaarde lijkt te aanvaarden en erkent dat situaties die niet direct samenhangen met de in het gemeenschapsrecht verankerde fundamentele vrijheden, maar die indirect van invloed zijn op de uitoefening van die vrijheden, binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen.³¹ Het bepalen van de werkingssfeer van het Verdrag in de zin van artikel 7 heeft met andere woorden een zekere dynamiek, waardoor geleidelijk aan een reeks onderwerpen binnen die werkingssfeer kunnen worden gebracht die niet vreemd zijn aan het gemeenschaps-

30 — Zie bijvoorbeeld arresten van 30 mei 1989, *Commissie/Griekenland* (305/87, Jurispr. blz. 1461, punt 13), en 17 mei 1994, *Corsica Ferries* (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 19). Wat het zogenoemd subsidiaire karakter van artikel 6 EG-Verdrag betreft, zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal La Pergola (punten 10 e.v.) in de zaak *Data Delecta en Forsberg* (arrest van 26 september 1996, C-43/95, Jurispr. blz. I-4661).

31 — Zie inzonderheid arrest *Data Delecta en Forsberg* (aangehaald in voetnoot 30, punten 14 en 15), betreffende nationale wettelijke bepalingen die wegens hun gevolgen voor de intracommunautaire handel in goederen en diensten, zij het ook zijdelings, binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen.

recht of er tenminste gedeeltelijk door worden beheerst.³²

66. Met name wat de ambtenaren van de Gemeenschappen betreft heeft het Hof in het arrest Forcheri, dat zoals in het onderhavige geval de positie van de echtgenote van een ambtenaar van de Europese Gemeenschappen betrof³³, om te beginnen vastgesteld dat „de rechtspositie van de gemeenschapsambtenaren in de lidstaat waar zij zijn tewerkgesteld om tweërlei redenen tot de werkingssfeer van het EEG-Verdrag behoort, te weten hun dienstbetrekking met de Gemeenschap en op grond dat zij alle voordelen moeten genieten die ter zake van het vrij verkeer van personen, het vestigingsrecht en de sociale zekerheid voor de onderdanen van de lidstaten uit het gemeenschapsrecht voortvloeien”.³⁴ In hetzelfde arrest heeft het Hof bij het onderzoek van de meer specifieke vraag of in het geval van de echtgenote van een ambtenaar van de Gemeenschappen die niet de nationaliteit bezit van de lidstaat waar ze met deze laatste verblijft, de betaling van een inschrijvingsgeld binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt en verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, geoordeeld dat „[w]anneer (...) een lidstaat een onderwijsprogramma voor met name de beroepsopleiding organiseert, (...) de omstandigheid dat een rechtmatig in die lidstaat verblijvende onderdaan van een andere lidstaat voor het volgen van lessen

een inschrijvingsgeld moet betalen dat niet wordt gevorderd van eigen onderdanen, een door artikel 7 EEG-Verdrag verboden discriminatie op grond van de nationaliteit [vormt]”.³⁵

67. In genoemd arrest, dat in de tijd voorafging aan het arrest Echternach en Moritz (aangehaald in voetnoot 22) en het arrest Schmid (aangehaald in voetnoot 18), heeft het Hof, dat stilzwijgend ervan is uitgegaan dat een ambtenaar van de Gemeenschappen, die onderdaan is van een lidstaat van de Gemeenschap, geen werknemer is in de zin van artikel 48 van het Verdrag en van verordening nr. 1612/68, maar heeft erkend dat het niet mogelijk is hem de hem door het gemeenschapsrecht toegekende rechten te onthouden, besloten zijn oordeel te baseren op artikel 7 van het Verdrag. Hier moest derhalve worden vastgesteld welke personen, zonder in genoemde zin werknemer te zijn, binnen de werkingssfeer van het Verdrag zouden kunnen vallen. Daarvoor heeft het Hof zijn toevlucht genomen tot het criterium van „een rechtmatig in die lidstaat verblijvende onderdaan van een andere lidstaat”. Terwijl het bovendien in de motivering van het arrest erop lijkt dat de echtgenote van Forcheri haar recht op gelijke behandeling ontleent aan haar hoedanigheid van echtgenote van een ambtenaar van de Gemeenschappen, een omstandigheid waardoor zij rechtmatig verblijft in de betrokken lidstaat, lijkt het Hof in het dictum van het arrest in algemene zin de rechtmatige vestiging als criterium te nemen, afgezien van het bijzondere geval van echtgenotes van ambtenaren van de Gemeenschappen. Dat was in de literatuur aanleiding om te spreken van een nieuw perspectief voor het gemeenschapsrecht dat

32 — Zie wat de beroepsopleiding betreft bijvoorbeeld arresten van 13 februari 1985, *Gravier* (293/83, *Jurispr. blz.* 593), en 2 februari 1988, *Blaziot e.a.* (24/86, *Jurispr. blz.* 379).

33 — Het staat vast dat de echtgenote van Forcheri de Italiaanse nationaliteit bezat.

34 — Arrest van 13 juli 1983 (152/82, *Jurispr. blz.* 2323, punt 9).

35 — Punt 18.

door het Hof is geopend; met andere woorden, zodra een onderdaan van de Gemeenschap, zelfs wanneer hij de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 48 en verordening nr. 1612/68 niet bezit, zich rechtmatig op het grondgebied van een lidstaat heeft gevestigd, heeft hij recht op gelijke behandeling voor alle gebieden die vallen binnen de werkingssfeer van het Verdrag.³⁶

68. Hier dient erop te worden gewezen dat dit perspectief, dat in 1983 in de rechtspraak van het Hof is geopend, is verankerd in artikel 8 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 17 EG) en artikel 8 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 18 EG).³⁷ Zoals het Hof in zijn recente rechtspraak heeft bepaald, verbindt „[a]rtikel 8, lid 2, van het Verdrag (...) aan de status van burger van de Unie de in het Verdrag neergelegde rechten en plichten, waaronder het in artikel 6 van het Verdrag neergelegde recht om binnen de materiële werkingssfeer van het Verdrag niet te worden gediscrimineerd op grond van nati-

onaliteit. Derhalve kan een burger van de Europese Unie die, zoals verzoekster in het hoofdgeding, legaal op het grondgebied van de ontvangstlidstaat verblijft, zich op artikel 6 van het Verdrag beroepen in alle binnen de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende situaties (...).”³⁸ De overeenkomst van deze uitlegging van artikel 8 en artikel 8 A van het Verdrag met het arrest Forcheri is overduidelijk. Hoewel de genoemde artikelen niet tijde van de feiten van het hoofdgeding ten tijde van toepassing waren, kan deze uitlegging van het Hof derhalve de betekenis van het arrest Forcheri verhelderen.

69. Wanneer dit arrest wordt toegepast op het onderhavige geval, dient ervan te worden uitgegaan dat de echtgenote van Ferlini, omdat zij onderdaan was van een lidstaat van de Gemeenschap — wat de verwijzende rechter dient na te gaan — en als echtgenote van een in Luxemburg werkzame ambenaar van de Gemeenschappen rechtmatig aldaar verbleef, in alle binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallende situaties niet in strijd met artikel 7 van het Verdrag mocht worden gediscrimineerd op grond van nationaliteit. Het is duidelijk dat de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging diensten betreffen die, zoals de Commissie heeft aangevoerd in haar schriftelijke opmerkingen, zonder twijfel binnen die werkingssfeer vielen en vallen³⁹, zonder dat behoeft te worden

36 — Zie Starkle, G., „Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un Etat membre licitement installé dans un autre Etat membre” (commentaar bij het arrest Forcheri), in *Cahiers de droit européen*, 1984, blz. 672 e.v. Volgens advocaat-generaal Darmon heeft het Hof in het arrest Forcheri eveneens „blijikbaar het recht erken[d] van iedere gemeenschaps-onderdaan, of hij nu een dienstbetrekking met een instelling van de Gemeenschap heeft of niet, om „alle voordelen die (...) uit het gemeenschapsrecht voortvloeien”, te genieten, met name ter zake van het vrije verkeer van werknemers” (conclusie bij het arrest Echnernach en Moritz, aangehaald in voetnoot 22, punt 37).

37 — Artikel 8 luidt als volgt:
„1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld.
Burger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit.
2. De burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die bij dit Verdrag zijn vastgesteld.”
Bovendien heeft krachtens artikel 8 A, lid 1, „[i]edere burger van de Unie (...) het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld”.

38 — Zie arrest Martínez Sala, aangehaald in voetnoot 17, punten 62 en 63.

39 — Wat de medische verzorging betreft verwijst de Commissie naar het arrest van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377), waar het Hof heeft geoordeeld dat „als personen te wier behoefte een dienst wordt verricht, zijn (...) te beschouwen toeristen alsmede zij die geneeskundige behandeling behoeven (...)” (punt 16).

nagegaan of zij „arbeidsvoorwaarden” dan wel „sociale voordelen” betreffen, zoals bij de toepassing van artikel 48 van het Verdrag en verordening nr. 1612/68.⁴⁰

70. De echtgenote van Ferlini geniet het genoemde recht zelfstandig. Zij ontleent het in ieder geval aan haar hoedanigheid van echtgenote van een ambtenaar van de Gemeenschappen, die onderdaan is van een lidstaat van de Gemeenschap — wat de verwijzende rechter eveneens dient na te gaan —, wiens rechtspositie, zoals gezegd, binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt en die met zijn gezin alle voordelen moet genieten die het gemeenschapsrecht de onderdanen van de lidstaten toekent ter zake van het vrij verkeer van personen, de vrijheid van vestiging en de sociale zekerheid.

71. De laatste, echter niet de minst belangrijke vraag die in het kader van de uitlegging van artikel 7 van het Verdrag moet worden onderzocht, betreft de mogelijkheid dit artikel niet alleen toe te passen bij discriminaties als gevolg van maatregelen van de instellingen van de Gemeenschap of van de lidstaten, maar eveneens bij discriminaties in de betrekkingen tussen particulieren. Gezien de feiten van het hoofdgeding doet die vraag zich voor wanneer ervan wordt uitgegaan dat een discriminatie is toe te schrijven aan handelingen van privaatrechtelijke rechtspersonen; met andere woorden, wanneer ervan wordt

uitgegaan dat een discriminatie is toe te schrijven aan het CHL, de EHL of de UCM en wanneer de betrokken rechtspersonen privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Op dit punt bevat het verwijzingsvonnis, met uitzondering van de eenvoudige mededeling dat het CHL een openbare instelling is, onvoldoende informatie om vast te kunnen stellen of die rechtspersonen een publiek- dan wel een privaatrechtelijk karakter hebben. De verwijzende rechter, die bekend is met het nationale recht, zal dit punt derhalve dienen op te helderen.

72. Ik ben van mening dat, ondanks de ernstige bedenkingen die van tijd tot tijd in de literatuur worden geuit⁴¹, de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof de ruimte biedt om in het onderhavige geval bevestigend te antwoorden op de vraag of artikel 7 wat doorgaans een „horizontale rechtstreekse werking” wordt genoemd, kan hebben.

73. Dit antwoord kan worden gebaseerd op het feit dat handelingen van privaat-

41 — De belangrijkste argumenten voor deze bedenkingen waren: a) de algemene systematiek van het Verdrag berust op aan de lidstaten opgelegde verplichtingen, met uitzondering van een gering aantal gevallen waarin het Verdrag uitdrukkelijk verplichtingen oplegt aan particulieren, vooral aan ondernemingen, wegens de bescherming van de mededinging; b) andere bepalingen die, zoals artikel 48, lid 2, van het Verdrag, niet duidelijk zijn geformuleerd, hadden geen horizontale rechtstreekse werking; c) in de eerste plaats is het de taak van de Commissie toezicht te houden op de nakoming van de verplichtingen krachtens het Verdrag en zij kan het Hof slechts adieren wegens een handeling die aan een lidstaat is toe te rekenen. Zie over dit onderwerp Durand, C.-F., „Les principes”, in *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, deel 1: *Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Études européennes, tweede editie, 1992, blz. 60.

40 — Zie hierboven, punten 52 e.v. van deze conclusie.

rechtelijke rechtspersonen die niet verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht omdat daardoor wordt gediscrimineerd op grond van nationaliteit, zijn toe te rekenen aan de lidstaat zelf.

74. In het kader van de regeling van de arbeidsverhoudingen heeft het Hof aangevaard dat dergelijke handelingen aan de lidstaat werden toegeschreven, waar het heeft geoordeeld dat handelingen van privaatrechtelijke rechtspersonen een quasi regelgevend karakter hebben, waardoor zij worden gelijkgesteld met handelingen van de lidstaat zelf. Zo heeft het Hof met betrekking tot de artikelen 7 en 48 van het Verdrag geoordeeld dat „de artikelen 7, 48 en 59 in hun onderscheidene toepassingsgebieden alle discriminaties op grond van nationaliteit verbieden; (...) het verbod van deze discriminaties [geldt] niet alleen (...) voor het optreden van het openbaar gezag maar [strekt] zich ook uit (...) tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen”.⁴² Wat meer bepaald artikel 48 van het Verdrag betreft, heeft het Hof eveneens geoordeeld dat „de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen (...). Verder heeft het Hof erop gewezen dat de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, dan weer door overeenkomsten

en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard worden beheerst. Een beperking van de werkingssfeer van artikel 48 van het Verdrag tot het overheids-optreden zou derhalve ongelijkheid in de toepassing van dit artikel doen ontstaan.”⁴³

75. Zou in het onderhavige geval echter worden aangenomen dat de discriminatie is te wijten aan beslissingen en handelwijzen van de UCM of de EHL, dan zou de aangehaalde rechtspraak van het Hof niet kunnen worden toegepast en zou niet kunnen worden geconcludeerd dat artikel 7 van het Verdrag hier van toepassing is op grond dat het handelen van deze rechtspersonen, ongeacht of ze een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk karakter hebben, erop is gericht de sociale zekerheid in Luxemburg in het algemeen collectief te regelen. Het is juist dat deze rechtspersonen, zoals blijkt uit het verwijzingsvonnis en de opmerkingen van partijen, actief deelnemen aan de collectieve onderhandelingen over de vaststelling van de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging en daardoor in het kader van de sociale zekerheid een rol spelen die vergelijkbaar is met die van de vakbonden en werkgeversorganisaties bij de regeling van de arbeidsverhoudingen door collectieve arbeidsovereenkomsten. Bezien vanuit de invalshoek van hun algemene bevoegdheden zijn deze rechtspersonen derhalve lichamen die tot taak hebben een bijdrage te leveren aan de regeling van de sociale zekerheid, waardoor hun handelen in het algemeen een quasi regelgevend karakter krijgt. In het hoofdgeding maakt de vaststelling door de EHL van de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisver-

42 — Zie arrest van 12 december 1974, Walrave en Koch (36/74, Jurispr. blz. 1405, punten 16 en 17). Zie ook arrest van 14 juli 1976, Donà (13/76, Jurispr. blz. 1333, punten 17 e.v.).

43 — Zie arrest van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 83 en 84).

pleging bij bevalling voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen echter geen deel uit van de collectieve regeling van de sociale zekerheid, omdat deze vaststelling eenzijdig en niet collectief plaatsvindt en omdat zij betrekking heeft op niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen.⁴⁴ Deze twee factoren verhinderen dat het handelen van de EHL, waarop het geschil in het hoofdgeding is terug te voeren, in wezen als een handelen van de lidstaat zelf kan worden beschouwd.

76. Ik ben evenwel van mening dat bovenstaande conclusie niet eraan in de weg staat dat de lidstaat verantwoordelijk kan worden gehouden voor discriminatie op grond van nationaliteit die het gevolg is van handelingen van privaatrechtelijke rechtspersonen.

77. In het onderhavige geval lijkt immers de oorsprong van de discriminatie op grond van nationaliteit te liggen in de nationale wettelijke regeling (de artikelen 6, 13 en 308 bis en volgende van de Code des assurances sociales), waarin is voorzien in de mogelijkheid de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij collectieve overeenkomst te regelen, alsmede in de vaststelling van de groot-hertogelijke verordening van 31 december 1974, waarin de verstrekkingen bij bevalling werden vastgesteld. Juist bij de uitlegging van dit wettelijk en bestuursrechtelijk kader, dat duidelijk is toe te rekenen aan de lidstaat, blijkt dat de tarieven die gelden voor de bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen niet zijn

uitgebreid tot onderdanen van andere lidstaten van de Gemeenschap die niet bij dit stelsel zijn aangesloten. Dit wettelijk en bestuursrechtelijk kader lijkt het, zonder dat het rechtstreeks hogere tarieven voor de laatstbedoelde categorie personen vaststelt, voor de bevoegde organen mogelijk te maken dergelijke tarieven vast te stellen. Met andere woorden, de discriminatie doet zich in de eerste plaats voor binnen dit wettelijk en bestuursrechtelijk kader; zij is niet het gevolg van een positief handelen, maar van de omstandigheid dat een gegeven categorie personen bescherming wordt onthouden of dat althans de mogelijkheid wordt geboden die verschillend te behandelen. Wanneer derhalve de handelwijze van de rechtspersonen die ziekenhuisverpleging verstrekken en hiervoor de tarieven vaststellen, leidt tot discriminatie op grond van nationaliteit, is dat in de eerste plaats te wijten aan het feit dat het genoemde wettelijk en bestuursrechtelijk kader hun de mogelijkheid daartoe biedt.

78. Op dit punt heeft het Hof gesteld dat het feit dat een lidstaat niet optreedt of, in voorkomend geval, in gebreke blijft toereikende maatregelen vast te stellen om belemmeringen te voorkomen van de binnen de gemeenschappelijke markt zonder binnengrenzen gewaarborgde communautaire vrijheden, welke belemmeringen met name het gevolg zijn van acties van particulieren op zijn grondgebied, net zulke ernstige gevolgen kan hebben als een positieve handeling die inbreuk maakt op deze vrijheden. Wat dit betreft hebben de lidstaten niet alleen de verplichting zichzelf te onthouden van handelingen of gedragingen die de fundamentele vrijheden kunnen belemmeren, maar evenzeer de verplichting, in samenhang met artikel 5 EEG-Verdrag (later artikel 5 EG-Verdrag, thans artikel 10 EG), alle noodzakelijke en pas-

⁴⁴ — Zie hieronder, punten 113 tot en met 115 van deze conclusie.

sende maatregelen te treffen om de eerbiediging van die vrijheden op hun grondgebied te verzekeren.⁴⁵

79. Kan discriminatie die is te wijten aan het handelen van particulieren op zijn grondgebied worden toegerekend aan een lidstaat, dan kunnen zonder twijfel op de betrekkingen tussen deze particulieren niet alleen artikel 48 van het Verdrag en artikel 7 van verordening nr. 1612/68 worden toegepast, maar evenzeer artikel 7 van het Verdrag, vooral omdat de verplichtingen uit dit artikel precies omschreven en duidelijk zijn. In dit opzicht is het geenszins verbazingwekkend dat wat artikel 119 EEG-Verdrag (later 119 EG-Verdrag; de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) betreft, het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers voortaan niet slechts geldt ten aanzien van de overheid, doch eveneens ten aanzien van alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede ten aanzien van overeenkomsten tussen particulieren, aangezien het artikel dwingend recht is.⁴⁶ In deze omstandigheden is het moeilijk voor te stellen dat een arbeidsovereenkomst tussen particulieren krachtens artikel 119 van het Verdrag moet voldoen aan het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, terwijl het in artikel 7 van het Verdrag vastgelegde beginsel van gelijke behandeling van onderdanen van de lidstaten van de Gemeenschap niet zou behoeven te worden nageleefd in het geval van een overeenkomst over de verstrekking van geneeskundige verzorging en ziekenhuisver-

pleging. Derhalve dient te worden aangenomen dat artikel 7 van het Verdrag van toepassing is, zelfs wanneer ervan moest worden uitgegaan dat de discriminatie op grond van nationaliteit het gevolg is van de discretionaire bevoegdheid van één enkel ziekenhuis, zoals het CHL, of van de toepassing door dit van een besluit van een verbond van ziekenhuizen, zoals de EHL, en dat dit privaatrechtelijke rechtspersonen zijn.

ad) Conclusie betreffende de keuze van de rechtsgrondslag

80. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof derhalve in overweging met betrekking tot de rechtsgrondslag van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit te verklaren dat de verwijzende rechter artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 op de feiten van het hoofdgeding dient toe te passen. Indien het Hof van oordeel is dat deze feiten niet binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening vallen, dan kan het niettemin vaststellen dat artikel 7 van het Verdrag moet worden toegepast.

b) Ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties

81. Gezien de feiten van het hoofdgeding dient een aantal opmerkingen te worden

45 — Zie arrest van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk (C-265/95, Jurispr. blz. I-6959, punten 30-32), dat met name betrekking heeft op het vrij verkeer van goederen.

46 — Zie bijvoorbeeld arrest van 31 maart 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Jurispr. blz. I-1275, punt 45).

gemaakt met betrekking tot het bestaan en meer bepaald het voorwerp van de ongelijke behandeling (ba) en met betrekking tot de overeenkomsten tussen die verschillende behandelde situaties (bb).

gesloten personen en instellingen en voor bij het gemeenschappelijk stelsel aangesloten ambtenaren van de Gemeenschappen uniforme tarieven werden toegepast die hoger waren dan die welke golden voor bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten ingezetenen.

ba) Voorwerp van de ongelijke behandeling

82. In het verwijzingsvonnis geeft de verwijzende rechter niet gedetailleerd aan voor welke specifieke onderdelen van de ziekenhuisverpleging bij bevalling er, wat de toegepaste tarieven betreft, sprake is van ongelijke behandeling van de bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en de niet bij dat stelsel aangesloten personen. De enige cijfermatige gegevens in het verwijzingsvonnis komen voor in de weergave van de verklaringen van Ferlini⁴⁷, maar er wordt nergens nauwkeurig aangegeven op basis van welke regels, overeenkomsten of besluiten de genoemde bedragen zijn vastgesteld. Het enige gegeven dat kan worden afgeleid uit het verwijzingsvonnis en met name uit de formulering van de prejudiciële vraag, en dat kan dienen om het antwoord van het Hof af te bakenen, is het feit dat op grond van het geheel van de bepalingen die in Luxemburg ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van kracht waren, voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aan-

83. Er dient evenwel te worden opgemerkt dat de ongelijke behandeling, zoals Ferlini stelt en zoals lijkt te volgen uit de door hem als bijlage bijgevoegde stukken, op grond van de in de praktijk toegepaste prijzen uitsluitend bepaalde ziekenhuisprestaties en vooral de algemene kosten bij bevalling betreft, waarvoor de tarieven, in het geval van niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen, waren vastgesteld bij eenzijdig besluit van de EHL. Volgens Ferlini had de EHL voor bepaalde andere prestaties dan de kosten van bevalling en ziekenhuisverpleging eveneens eenzijdig besloten voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen uniforme prijzen toe te passen die waren vastgelegd in de overeenkomst van 31 december 1974 tussen de UCM en de EHL betreffende de door het bevallingsforfait voor de bij de Luxemburgse ziekenfondsen aangesloten personen gedekte kosten. Deze overeenkomst is — eveneens volgens Ferlini — waarschijnlijk gesloten in verband met de overeenkomst tussen de UCM en de AMMD.

47 — Zoals de verwijzende rechter aangeeft: „Ten tijde van het ziekenhuisverblijf van Ferlini's echtgenote bedroeg het forfaitaire bedrag dat door het Luxemburgse ziekenfonds zou worden terugbetaald 36 854 BFR, te weten 4 645 BFR voor medische verzorging, 29 949 BFR voor kosten inzake bevalling en 2 260 BFR voor diëtproducten. [Ferlini] en het gemeenschappelijk stelsel dienden daarentegen 59 306 BFR te betalen voor dezelfde diensten, dat wil zeggen een vermeerdering van 71,43 % ten opzichte van het nationaal tarief”.

84. In ieder geval dient niet het Hof, maar de verwijzende rechter, die bekend is met het nationale recht en de feiten van het hoofdgeding, het voorwerp van de onge-

lijke behandeling, alsmede de inhoud en de modaliteiten van het mechanisme dat daartoe leidt, nader te bepalen.

85. Er dient evenwel te worden opgemerkt dat indien het Hof van mening is dat de ongelijke behandeling en bijgevolg de discriminatie zijn toe te rekenen aan het algemenere wettelijk en bestuursrechtelijk kader van het Groothertogdom Luxemburg⁴⁸, het dan niet meer van bijzonder belang is precies vast te stellen met betrekking tot welke tarieven en op grond van welke besluiten, overeenkomsten of praktijken, die een nadere uitwerking zijn van dit wettelijk en bestuursrechtelijk kader, deze discriminatie plaatsvindt. Er is sprake van discriminatie wanneer op het niveau van het hierboven genoemde wettelijk en bestuursrechtelijk kader de mogelijkheid van een met het gemeenschapsrecht strijdige ongelijke behandeling wordt aangenomen, onafhankelijk van de vraag of degenen die dit kader toepassen om wat voor reden dan ook op een gegeven moment al dan geen gebruik maken van die mogelijkheid.

bb) Overeenkomsten tussen verschillend behandelde situaties

86. Gezien de feiten van het hoofdgeding doet de vraag zich voor of de twee categorieën personen, dat wil zeggen de bij het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en de niet bij dat

stelsel aangesloten personen, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, zich in een vergelijkbare situatie bevinden, zodat de toepassing van verschillende tarieven voor ziekenhuisverpleging bij bevalling op elk van die categorieën een discriminatie betekent. Ik ben van mening dat die vraag bevestigend dient te worden beantwoord, ondanks de argumenten van de Luxemburgse regering en het CHL.

87. Ten eerste kan het feit dat de twee categorieën personen zijn aangesloten bij verschillende wettelijke stelsels van sociale zekerheid niet de opvatting rechtvaardigen dat het om twee situaties gaat die naar gemeenschapsrecht verschillend moeten worden behandeld wat de tarieven betreft voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling. Hoewel het autonome stelsels zijn, mag noch het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid, noch het gemeenschappelijk stelsel de beginselen en regels van het gemeenschapsrecht schenden. Zoals het Hof heeft geoordeeld, staat het „[b]ij gebreke van harmonisatie op communautair niveau (...) elke lidstaat vrij, de voorwaarden vast te stellen waaronder een persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid (...) en waaronder recht bestaat op uitkeringen (...). Niettemin behoren de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht te eerbiedigen (...).”⁴⁹ Overigens kan een discriminatie bij de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling moei-

48 — Zie hierboven, punt 77 van deze conclusie.

49 — Zie arrest van 28 april 1998, Kohll (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punten 18 en 19).

lijk worden beschouwd als een discriminatie die de organisatie van het stelsel van sociale zekerheid in genoemde zin aangaat. Tegelijkertijd betekent het feit dat artikel 9, lid 2, van de gemeenschappelijke regeling bepaalt dat „[d]e instellingen trachten, zoveel mogelijk, met de vertegenwoordigers van de artsen en/of de bevoegde instanties, verenigingen en instellingen, overeenkomsten te sluiten ter vaststelling van de voor de rechthebbenden geldende tarieven, zowel wat geneeskundige verzorging als wat ziekenhuisverpleging betreft, rekening houdend met de plaatselijke omstandigheden en, in voorkomend geval, met de reeds geldende tarieven”, niet dat deze instellingen in het kader van de genoemde overeenkomsten het primaire gemeenschapsrecht en in het bijzonder het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van werknemers die onderdaan zijn van de Gemeenschap, mogen schenden.

burgers van de Unie — toekent. Terwijl op bovengenoemd argument eventueel een beroep zou kunnen worden gedaan in het geval van ambtenaren van de Gemeenschappen die niet de nationaliteit van een lidstaat hebben⁵², is dat niet mogelijk bij ambtenaren die een dergelijke nationaliteit bezitten. Zij behouden, zoals uit de arresten Echternach en Moritz (aangehaald in voetnoot 22), Schmid (aangehaald in voetnoot 18) en Forcheri (aangehaald in voetnoot 34) volgt, de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 48 van het Verdrag en genieten onafhankelijk van hun specifieke functie alle voordelen die het gemeenschapsrecht hun toekent. Zou hun rechtspositie uitsluitend in het kader van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen worden gezien, dan zouden dus het gemeenschapsrecht en hun daaraan ontleende rechten worden geschonden.

88. Bovendien kan het argument dat de ambtenaren van de Gemeenschappen zich niet op de bepalingen van het gemeenschapsrecht behoeven te beroepen om zich vrij te kunnen bewegen op het grondgebied van de lidstaten, omdat zij de rechten genieten die zijn voorzien in het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, niet overtuigend worden geacht. Deze rechten worden in het belang van de Gemeenschappen verleend om deze in staat te stellen hun taak te vervullen⁵⁰, verwijzen in het algemeen naar de behandeling die diplomatieke missies genieten⁵¹ en de omvang en dynamiek ervan zijn niet gelijk aan die van de rechten die het gemeenschapsrecht aan de onderdanen van de Gemeenschap — thans

89. Ten tweede lijkt de omstandigheid dat er ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geen overeenkomst bestond tussen het gemeenschappelijk stelsel en de EHL, terwijl dergelijke overeenkomsten wel bestonden met de UCM, niet doorslaggevend voor het bestaan van discriminatie van vergelijkbare gevallen. Zoals de Commissie en Ferlini stellen, gaat het in het onderhavige geval om tarieven voor prestaties die niet uit overeenkomsten voortvloeien, maar alle prestaties bij bevalling betreffen die zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen. In ieder geval dient te worden beklemtoond dat de genoemde overeenkomsten door hun bindende karakter binnen het Luxemburgse stelsel in wezen een uniforme en van de staat afkom-

50 — Zie artikel 18 van het Protocol.

51 — Zie artikel 6 van het Protocol.

52 — De aanstelling als ambtenaar van de Gemeenschappen van een persoon die geen onderdaan is van een lidstaat is mogelijk bij andersluidende beslissing als bedoeld in artikel 28, sub a, Ambtenarenstatuut.

stige regelgeving vormen en zeer verschillen van wat als privaatrechtelijke overeenkomsten moet worden beschouwd, waarin de contractvrijheid van personen die diensten verlenen tot uitdrukking komt.

90. Ten derde is het argument dat de niet bij het Luxemburgse stelsel van gezondheidszorg aangesloten personen enerzijds hoge inkomens hebben en in het kader van hun verzekeringsstelsel hoge dekkingpercentages en kostenvergoedingen genieten en anderzijds geen belasting betalen in Luxemburg noch bijdragen aan het nationale stelsel van sociale zekerheid, niet overtuigend.

91. In de eerste plaats zijn volgens het verwijzingsvonnis de tarieven voor medische handelingen binnen het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid uniform. Zij worden uitsluitend naar de aard van de prestatie vastgesteld en zijn niet afhankelijk van het inkomen van de patiënten of de kwalificaties van de zorgverlener.

92. Wat de omstandigheid betreft dat de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen geen belasting betalen, heeft het Hof bovendien met betrekking tot de bijzondere positie van een ambtenaar van de Gemeenschap en zijn gezin geoordeeld dat „hij weliswaar krachtens artikel 13, tweede alinea, van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen [is] vrijgesteld van nationale belastingen op de door de Gemeenschappen betaalde salarissen, lonen en emolumenten, doch ingevolge artikel 13, eerste alinea, zijn die salarissen, lonen en emolumenten

onderworpen aan een belasting ten bate van de Gemeenschappen, waaruit de ontvangende lidstaat als lid van de Gemeenschappen indirect voordeel haalt. De omstandigheid dat de ambtenaar geen loonbelasting aan de nationale schatkist afdraagt, vormt derhalve geen geldige grond om hem en zijn gezin anders te behandelen dan een migrerend werknemers wiens inkomsten aan de belastingregeling van het land van verblijf zijn onderworpen.”⁵³

93. Voorts kan de verschillende behandeling van de twee categorieën evenmin worden gerechtvaardigd door het feit dat de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en meer in het algemeen de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen, daaraan niet bijdragen. In de eerste plaats worden de tarieven, zoals reeds aangegeven, binnen het Luxemburgse stelsel berekend naar de aard en de kosten van de prestatie en niet naargelang de betaalde bijdrage. Bovendien worden de kosten van de prestaties bij bevalling rechtstreeks gedekt door de staat en niet door de ziekenfondsen, in welk geval het niet betalen van sociale premies mogelijkerwijs van een zeker belang zou zijn.

94. Indien zou worden ingestemd met dit argument, zou dat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, in samenhang met de bewering van het CHL dat de bij ambtenaren van de Europese Gemeen-

53 — Zie arrest Forcheri (aangehaald in voetnoot 34, punt 19).

schappen toegepaste tarieven overeenkomen met de reële waarde van de geboden prestaties, betekenen dat de tarieven die worden toegepast voor de bij het nationale stelsel aangesloten personen lager zijn dan de kosten — wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan — en dat een aanvullende betaling zou kunnen worden verlangd van de onderdanen van de andere lidstaten omdat zij geen belasting of premies betalen in deze lidstaat. Een dergelijke uitkomst zou echter strijdig zijn met het communautaire beginsel van het vrij verkeer van personen, dat voorschrijft dat aan de onderdanen van de andere lidstaten dezelfde rechten moeten worden toegekend als die welke zijn verleend aan de eigen onderdanen, zelfs indien dat extra kosten tot gevolg heeft voor de lidstaat waar eerstgenoemde onderdanen geen belasting of premies betalen.⁵⁴

95. Zelfs wanneer ten slotte, zoals de Commissie terecht beklemtoont, alle voorgaande argumenten die betrekking hebben op de financiële positie van de ambtenaren van de Gemeenschappen en de omstandigheid dat zij geen belasting of bijdragen betalen, mogelijkterwijs zouden worden aangewend om te pogen het ontbreken van een dekking en vergoeding van ziektekosten door de Luxemburgse ziekenfondsen te rechtvaardigen, lijken het in geen geval geschikte argumenten om zonder meer een verhoging van de tarieven voor de prestaties te rechtvaardigen.

54 — Zie arresten van 2 februari 1989, Cowan (186/87, Jurispr. blz. 195, punten 15-17), en 15 maart 1994, Commissie/ Spanje (C-45/93, Jurispr. blz. I-911), betreffende het recht van toeristen, die onderdaan zijn van een lidstaat van de Gemeenschap, om zich naar een andere lidstaat te begeven om aldaar onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat en degenen die er permanent verblijven van de betrokken diensten gebruik te maken.

c) De objectieve rechtvaardiging van de ongelijke behandeling

96. De ongelijke behandeling van de niet bij het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen met betrekking tot de tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging lijkt niet objectief gerechtvaardigd, wat samen met andere factoren aantoonde dat deze ongelijke behandeling in strijd is met het gemeenschapsrecht.⁵⁵

97. Afgezien van het feit dat noch het CHL noch de Luxemburgse regering er een beroep op heeft gedaan, lijkt geen van de uitzonderingen van artikel 48, lid 3, van het Verdrag, zelfs niet die welke betrekking heeft op de volksgezondheid, in het onderhavige geval te kunnen worden toegepast. Zoals de Commissie met recht opmerkt, is in redelijkheid niet voor te stellen dat de volksgezondheid afhankelijk is van een differentiatie van de tarieven voor geneeskundige verzorging die gelden voor de bij het nationale stelsel aangesloten personen en voor de ambtenaren van de Gemeenschappen, en natuurlijk evenmin dat de toepassing van gelijke tarieven een bedreiging voor de volksgezondheid vormt.

98. Aangezien de litigieuze ongelijke behandeling een zuiver economisch probleem betreft, zou mogelijkterwijs kunnen worden gesteld dat het arrest Decker van toepassing is, waarin wordt bepaald dat „zuiver economische doelstellingen geen

55 — Zie bijvoorbeeld arrest Meints (aangehaald in voetnoot 14, punt 45).

rechtvaardiging kunnen vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrij verkeer van goederen. Niettemin kan een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang vormen waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn".⁵⁶

99. Afgezien van het feit dat „een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het [Luxemburgse] socialezekerheidsstelsel” niet is gesteld of aangetoond, lijkt een dergelijk risico in de praktijk niet aanwezig.

100. Er dient aan te worden herinnerd dat noch de Luxemburgse Staat noch de ziekenfondsen van deze staat voor de niet bij het nationale stelsel aangesloten personen, in het bijzonder voor de ambtenaren van de Gemeenschappen, de kosten dekken van de geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling, terwijl in het geval van aangesloten personen die kosten worden gedekt door de staat en niet door de ziekenfondsen. Dientengevolge belasten, ondanks het wellicht grote aantal ambtenaren van de Gemeenschappen dat in Luxemburg woont, de geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling voor die ambtenaren het stelsel van sociale zekerheid van die staat niet in bijzondere mate.

101. Indien zou worden aangetoond dat de tarieven voor het nationale stelsel aan-

gesloten personen lager zijn dan de kosten van de prestaties, zou mogelijkterwijs kunnen worden gesteld dat de toepassing van die tarieven voor de ambtenaren van de Gemeenschappen, die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel, het budget zou belasten dat de staat ter financiering van de geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling ter beschikking heeft gesteld. Zoals echter reeds aangegeven, is dat niet in strijd met de geest van de bescherming van het vrij verkeer van personen binnen de Gemeenschap⁵⁷, en kan niet worden aangevoerd dat de ambtenaren van de Gemeenschappen meer moeten betalen voor dezelfde diensten omdat zij geen belasting betalen aan de Luxemburgse Staat.⁵⁸

102. Ten slotte rechtvaardigt niets de bewering dat de ambtenaren van de Gemeenschappen en hun verzekeringsorgaan wegens hun — mogelijkterwijs — relatief hoge inkomen of wegens de — mogelijkterwijs — relatief hoge maximumbedragen tot welke hun ziekenkas de kosten dekt en vergoedt, het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid moeten financieren.

d) Conclusie betreffende het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit

103. Gezien bovenstaande overwegingen ben ik derhalve van mening dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 zich ertegen verzet dat voor onderdanen van

56 — Zie arrest van 28 april 1998 (C-120/95, Jurispr. blz. I-1831, punt 39).

57 — Zie hierboven, punt 94 van deze conclusie.

58 — Zie hierboven, punt 92 van deze conclusie.

lidstaten die op het grondgebied van een andere lidstaat, zoals in het onderhavige geval het Groothertogdom Luxemburg, werkzaam zijn, maar die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van die staat, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, hogere tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling worden toegepast dan die welke gelden voor in die staat woonachtige personen die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid.

104. Dienovereenkomstig moet worden aangenomen, zoals de Commissie opmerkt, dat „de leden van de benadeelde groep op dezelfde wijze moeten worden behandeld en aan dezelfde regeling moeten worden onderworpen als de andere betrokkenen, waarbij die regeling, zolang het gemeenschapsrecht niet naar behoren wordt toegepast, het enig bruikbare referentiekader blijft”.⁵⁹

C — *De bescherming van de mededinging*

105. De mogelijke schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag betreft in het onderhavige geval voornamelijk het feit dat een verbond van ziekenhuizen, zoals in het onderhavige geval de EHL, voor personen en instellingen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, waaronder de ambtenaren van

de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, hogere tarieven toepast voor ziekenhuisverpleging bij bevalling dan voor wel bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen.

106. Vooraf dient evenwel te worden opgemerkt dat die schending, voor zover daarvan sprake is, kan worden toegerekend aan de lidstaat zelf, waarvan het wettelijk en bestuursrechtelijk kader dit soort schendingen mogelijk maakt.⁶⁰ Zoals het Hof heeft geoordeeld, heeft artikel 85 van het Verdrag als zodanig weliswaar slechts betrekking op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, maar volgt uit de samenhang van dit artikel met artikel 5 van het Verdrag dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit is het geval wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontleemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.⁶¹

107. Teneinde derhalve vast te stellen of er in het onderhavige geval sprake is van een

⁶⁰ — Zie hierboven, punt 77 van deze conclusie.

⁶¹ — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 november 1993, Meng (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751, punt 14), en 17 juni 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 41).

⁵⁹ — Zie arrest Terhoeve (aangehaald in voetnoot 28, punt 57).

verboden overeenkomst tussen ondernemingen, besluit van ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (f), zal ik hierna onderzoeken of aan de noodzakelijke voorwaarden is voldaan, en wel of er sprake is van een onderneming en een ondernemersvereniging (a), een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging (b), die ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (c), en die de handel tussen lidstaten merkbaar (e) ongunstig (d) kan beïnvloeden.

a) De vraag of er sprake is van een onderneming en een ondernemersvereniging

108. Artikel 85, lid 1, heeft betrekking op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Hieruit volgt dat in de eerste plaats moet worden onderzocht of ziekenhuizen ondernemingen zijn en of een verbond van ziekenhuizen, zoals de EHL, een ondernemersvereniging is in de zin van de betrokken bepaling.

109. Volgens de rechtspraak omvat het begrip onderneming „elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht

de rechtsvorm van die eenheid en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.⁶²

110. Naar mijn mening lijdt het geen twijfel dat de Luxemburgse ziekenhuizen in hun betrekkingen met niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen, en in het bijzonder met de ambtenaren van de Gemeenschappen, welke betrekkingen hier rechtstreeks van belang zijn, onafhankelijk van hun publiekrechtelijke of privaatrechtelijke karakter ondernemingen in de hierboven aangeduide zin zijn.

111. Het CHL en de andere Luxemburgse ziekenhuizen oefenen een economische activiteit uit waar zij tegen betaling diensten — in het onderhavige geval het verstrekken van zorg bij bevalling — verlenen.⁶³ Rekening houdend met de ruime uitlegging die het Hof geeft aan het begrip economische activiteit en bijgevolg het begrip „onderneming”, ben ik van mening dat daartegen niet kan worden ingebracht dat beroepsactiviteiten zoals die welke samenhangen met het beroep van arts, die worden beheerst door bijzondere regels met betrekking tot de beroepsethiek en de vaststelling van honoraria, in principe geen commercieel karakter hebben en alleen al daarom geen economische activiteit kunnen zijn die is onderworpen aan de mededingingsregels.⁶⁴ Dit geldt des te meer wanneer, zoals ik hieronder duidelijk zal maken, de concrete samenhang tussen het voorwerp van de betrokken activiteit en de overeenkomst tussen ondernemingen, het

62 — Zie bijvoorbeeld arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21), en 17 februari 1993, Poucet en Pistre (C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637, punt 17).

63 — Zie over het begrip economische activiteit het arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 36).

64 — Zie *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE. Deel 4: Concurrence*; Waelbroeck, M., en Frignani, A., *Études européennes*, uitgegeven door het Institut d'Études européennes, tweede editie, 1997, blz. 37 en 38.

besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde feitelijke gedraging een beroep op de genoemde redenen niet rechtvaardigt, die op het eerste gezicht immers een specifieke betekenis toekennen aan activiteiten die samenhangen met het verstrekken van geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging.

112. Het maakt bovendien in principe niet uit of een ziekenhuis een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk karakter heeft, hoewel het publiekrechtelijk karakter van een ziekenhuis onder bepaalde, door mij nog te noemen, voorwaarden twijfel kan doen ontstaan over de kwalificatie als onderneming.

113. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan niet worden volgehouden dat de ziekenhuizen, zelfs wanneer ze als openbaar moesten worden gekwalificeerd, in hun betrekkingen met niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen een activiteit uitoefenen die onderdeel is van de dienst van de sociale zekerheid. Aangezien immers de ziekenhuizen zelf stellen dat de ambtenaren van de Gemeenschappen niet binnen dit kader vallen, kunnen hun betrekkingen met laatstgenoemden, hoewel die geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging betreffen, in principe slechts als economisch worden gekwalificeerd en hebben zij niets te maken met welk begrip van nationale solidariteit in het kader van de sociale zekerheid dan ook. Hieruit volgt dat de rechtspraak uit het reeds genoemde arrest Poucet en Pistre niet kan worden toegepast. Het Hof heeft daar geoordeeld dat „[d]e ziekenkassen of de organen die meewerken aan het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid, (...) een taak [vervullen] van zuiver sociale aard. Hun werkzaamheid berust immers op het beginsel van nationale solidariteit en mist ieder

winstoogmerk. De betaalde uitkeringen zijn wettelijke uitkeringen, die niet afhangen van het bedrag van de premies. Hieruit volgt dat die werkzaamheid geen economische activiteit is en dat de ermee belaste organen geen ondernemingen zijn in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.”⁶⁵ Bovendien betreft in het onderhavige geval de vermeende overeenkomst slechts de ziekenhuizen en niet de ziekenkassen of de verzekeringsorganen. Verder heeft de EHL, zoals blijkt uit de gegevens in het verwijzingsvonnis, als verbod van deze ziekenhuizen de mogelijkheid de hoogte vast te stellen van de tegenprestatie die wordt verlangd voor de diensten die worden verleend aan de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en dat zelfs eenzijdig te doen, zonder vooraf een overeenkomst te moeten sluiten met de betrokken verzekeringsorganen.

114. Ten aanzien van dit laatste punt, dat tevens het punt van geschil is waar het de mogelijke schending van de mededingingsregels betreft, dient te worden opgemerkt dat, zoals het Hof heeft geoordeeld, „[i]n het kader van het mededingingsrecht (...) onder het begrip onderneming [moet] worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid”.⁶⁶ Het begrip „onderneming” moet met andere woorden in iedere zaak functioneel worden verstaan, waarbij rekening wordt gehouden met de activiteit die samenhangt met het voorwerp van de betrokken overeenkomst tussen ondernemingen, het besluit van ondernemersverenigingen of de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

65 — Zie arrest Poucet en Pistre (aangehaald in voetnoot 62, punten 18 en 19).

66 — Zie op dit punt arrest van 12 juli 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11).

115. Deze functionele benadering van het probleem leidt in het onderhavige geval tot de vaststelling dat de betrekkingen tussen de ziekenhuizen en de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen deel uitmaken van de particuliere sector van de economie en staat eraan in de weg dat zelfs bij openbare ziekenhuizen kan worden gesproken van een activiteit die samenhangt met de uitoefening van met het overheidsgezag verbonden voorrechten, die het openbaar belang dienen of de volksgezondheid beschermen. Zoals ik reeds hierboven heb aangegeven, zou het in feite zeer moeilijk zijn vol te houden dat de eenzijdige vaststelling van hogere tarieven voor niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen noodzakelijk is in het openbaar belang of ter bescherming van de volksgezondheid.

116. Aangezien derhalve de ziekenhuizen in hun betrekkingen met de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen als onderneming kunnen worden gekwalificeerd, lijkt hun verbond, in het onderhavige geval de EHL, in het kader van de genoemde betrekkingen als ondernemersvereniging te kunnen worden beschouwd. Daar het verwijzingsvonnis echter de regels voor de organisatie en het functioneren van de EHL niet in detail vermeldt, zou het Hof niet in staat kunnen blijken de vooral door Ferlini naar voren gebrachte aspecten te onderzoeken volgens welke de EHL een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging zonder winstoogmerk is die als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, moet worden beschouwd. De verwijzende rechter, die bekend is met het nationale recht, zal deze aspecten moeten onderzoeken en de in de rechtspraak van het Hof vastgelegde criteria met betrekking tot het bestaan van een „ondernemersvereniging” moeten toepas-

sen⁶⁷; indien hij dat noodzakelijk acht, kan hij over dit punt in ieder geval een prejudiciële vraag stellen. Het is echter mogelijk dat de hiernavolgende opmerkingen met betrekking tot het al dan niet bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen, van een besluit van een ondernemersvereniging of van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, het antwoord op de vraag of er al dan niet sprake is van een „ondernemersvereniging”, verbodig maken.

b) De vraag of er sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersverenigingen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging

117. De prejudiciële vraag lijkt, zoals de Commissie opmerkt, uit te gaan van de

67 — Er wordt uitgegaan van een „ondernemersvereniging” wanneer er een coördinerend orgaan bestaat, zelfs wanneer er geen sprake is van rechtspersoonlijkheid (zie op dit punt *Commentaire J. Mégret*, t.a.p., blz. 133 en 134). Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat het geen verschil maakt of de vereniging een winstoogmerk heeft of niet (zie arrest van 29 oktober 1980, *Van Landewyck e.a./Commissie*, 209/78-215/78 en 218/78, *Jurispr.* blz. 3125, punt 88). Wat het bestaan van een „ondernemersvereniging” betreft, heeft het Hof bovendien meerdere malen de idee herhaald van onmiddellijke of directe behartiging van de belangen van de ondernemers in een bepaalde sector, en de voorwaarden vastgesteld waaronder de leden van bepaalde commissies die zijn belast met de uitwerking van het tarief dat geldt voor alle ondernemingen die een bepaalde activiteit uitoefenen, niet kunnen worden beschouwd als vertegenwoordigers van de betrokken beroepskringen. Dat is volgens de rechtspraak van het Hof het geval wanneer: a) de leden van de betrokken commissies (tariefcommissies) niet zijn gebonden door opdrachten of instructies van de ondernemingen of organisaties die hen voor benoeming hebben voorgedragen; de commissies niet kunnen worden beschouwd als verenigingen van vertegenwoordigers van ondernemingen uit de betrokken sector; de leden van de commissies derhalve kunnen worden gekwalificeerd als onafhankelijke deskundigen; en b) de wet of de leden van de tariefcommissies verplicht de tarieven niet alleen vast te stellen in het belang van de ondernemingen of ondernemersverenigingen uit de sector die hen hebben benoemd, maar eveneens in het algemeen belang en het belang van ondernemingen van andere sectoren of van personen te wier behoeve deze diensten worden verricht. Zie bijvoorbeeld arresten van 17 november 1993, *Reiff* (C-185/91, *Jurispr.* blz. I-5801); 9 juni 1994, *Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft* (C-153/93, *Jurispr.* blz. I-2517); 5 oktober 1995, *Centro Servizi Spediporto* (C-96/94, *Jurispr.* blz. I-2883), en 17 oktober 1995, *DIP e.a.* (C-140/94 tot en met C-142/94, *Jurispr.* blz. I-3257).

veronderstelling, zo niet de zekerheid, dat er tussen de Luxemburgse ziekenhuizen een overeenkomst bestaat die erop is gericht uniforme tarieven voor zorgverlening bij bevalling toe te passen voor personen en instellingen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid en voor de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel. De EHL lijkt de vanaf 1 januari 1989 geldende ziekenhuistarieven voor personen en instellingen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid te hebben vastgesteld in het kader van deze overeenkomst. De bij de EHL aangesloten ziekenhuizen, waaronder het CHL, schijnen zich te hebben gehouden aan deze tarieven.

118. Aangezien artikel 85, lid 1, van het Verdrag betrekking heeft op drie mogelijke vormen van samenwerking (overeenkomst tussen ondernemingen, besluit van ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedraging), lijkt het niet erg van belang daartussen een nauwkeurig onderscheid te maken met het oog op het antwoord op deze prejudiciële vraag. Uit het voorgaande volgt echter dat het in het onderhavige geval naar alle waarschijnlijkheid gaat om een besluit van een ondernemersvereniging, zonder dat natuurlijk een overeenkomst tussen ondernemingen of een gewone onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden uitgesloten. In ieder geval dient ook hier de verwijzende rechter, die het best op de hoogte is van de juridische aspecten en de feiten van het hoofdgeding, de passende kwalificatie te kiezen door de resultaten van de rechtspraak van het Hof toe te passen en mogelijksterwijs, indien hij dat noodzakelijk acht, een nieuwe prejudiciële vraag met betrekking tot die kwalificatie aan het Hof voor te leggen.

c) De vraag of de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst

119. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die *ertoe strekken of ten gevolge hebben* dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

120. Bovendien behoeft volgens vaste rechtspraak van het Hof „geen rekening te worden gehouden met de concrete gevolgen van een overeenkomst, wanneer deze kennelijk ertoe strekt, de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Dit geldt ook voor een besluit van een ondernemersvereniging.”⁶⁸

121. Daarenboven is de horizontale overeenkomst, de onderling afgestemde feitelijke gedraging of het besluit van een ondernemersvereniging binnen dezelfde sector waarmee een uniform tarief voor de geleverde prestaties moet worden vastgesteld, zoals de Commissie en Ferlini stellen, een klassiek voorbeeld van een overeenkomst die ertoe strekt de mededinging te beperken op de markt voor de betrokken diensten. Om die reden wordt in artikel 85, lid 1, sub a, uitdrukkelijk het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen van goederen of diensten als

68 — Zie arrest van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405, punt 39).

vorm van schending van de mededingingsregels genoemd.⁶⁹

122. In het onderhavige geval lijkt er geen twijfel over te bestaan dat de vaststelling van uniforme tarieven voor ziekenhuisverpleging bij bevalling, die worden toegepast voor personen en instellingen die niet zijn aangesloten bij het Luxemburgse stelsel van sociale zekerheid, binnen de werkingsfeer valt van de regel die alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verbiedt die ertoe strekken de mededinging te beperken in het kader van de genoemde dienstverlening.

d) De invloed op de handel tussen lidstaten

123. Volgens de rechtspraak van het Hof verlangt artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet het bewijs dat de in dit artikel bedoelde overeenkomsten het intracommunautaire handelsverkeer hebben beïnvloed, welk bewijs trouwens in de meeste gevallen slechts moeilijk rechtens genoegzaam zou kunnen worden geleverd, doch wel het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben.⁷⁰ Bovendien blijkt uit vaste rechtspraak dat, „wil van

ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten sprake zijn, een besluit, overeenkomst of feitelijke gedraging, gezien het geheel hunner objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moeten doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het handelsverkeer tussen lidstaten een zodanige invloed kunnen uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde staten kan worden belemmerd”.⁷¹

124. Voorts brengt volgens vaste rechtspraak van het Hof „de enkele omstandigheid dat een ondernemersafpraak ten aanzien van de prijzen als hierbedoeld alleen de verhandeling der producten in een enkele lidstaat betreft, niet mede (...) dat de handel tussen lidstaten niet ongunstig kan worden beïnvloed; (...) immers een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, [kan] naar haar [aard] een versterking van de nationale drempelvorming ten gevolge [hebben], hetgeen de in het Verdrag beoogde economische verflechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft; (...) in zoverre [moet] zowel een onderzoek (...) worden ingesteld naar de middelen welke aan de leden van een kartel ter beschikking staan om de afnemers aan zich te binden als naar het betrekkelijk belang van de ondernemersafpraak op de betrokken markt en

69 — Zie arresten van 3 juli 1985, Binon (243/83, Jurispr. blz. 2015, punt 44), en Verband der Sachversicherer/Commissie (aangehaald in voetnoot 68, punt 41).

70 — Zie bijvoorbeeld arresten van 30 januari 1985, BNIC (123/83, Jurispr. blz. 391, punt 22), en 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 19).

71 — Zie bijvoorbeeld arresten Ferriere Nord/Commissie (aangehaald in voetnoot 70, punt 20); van 12 december 1995, Oude Lutikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 18), en Van Landewyck e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 67, punt 170).

de economische samenhang waarin die afspraak haar plaats vindt".⁷²

125. In het onderhavige geval kan de invloed op de handel tussen de lidstaten het gevolg zijn van het feit dat de toepassing van hogere tarieven voor ziekenhuisverpleging bij bevalling naar alle waarschijnlijkheid de niet bij het Luxemburgse stelsel aangesloten personen ertoe zal aanzetten zich naar een ziekenhuis buiten Luxemburg te begeven. Het is met andere woorden waarschijnlijk dat het litigieuze besluit van de EHL, waarbij hogere tarieven zijn vastgesteld voor de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen en voor de in Luxemburg werkzame ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, de handel met betrekking tot de diensten van ziekenhuizen bij bevalling op de betrokken markt een andere richting doet uitgaan dan verwacht.

126. Hoewel het aan de verwijzende rechter, die het best op de hoogte is van het nationale recht en de feiten van het hoofdgeding, is in detail de juridische en feitelijke parameters te onderzoeken op basis waarvan de betrokken invloed op de handel tussen de lidstaten met een zekere waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld, moet worden gewezen op bepaalde factoren die,

gezien de in de rechtspraak vastgestelde criteria, stellig bijdragen tot de oplossing van dat vraagstuk.

127. Enerzijds kan de vaststelling van hogere tarieven voor ziekenhuisverpleging bij bevalling voor het gehele grondgebied en alle ziekenhuizen van een lidstaat in het algemeen naar haar aard de afscherming van de nationale markt versterken en op die manier de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruisen. Voor die waarschijnlijkheid pleit ruimschoots dat het in het onderhavige geval gaat om de Luxemburgse Staat en hoofdzakelijk om ambtenaren van de Gemeenschappen die op het grondgebied van die staat werkzaam zijn. Wegens de geringe oppervlakte van deze lidstaat en de nabijheid van drie andere lidstaten (België, Frankrijk en Duitsland) kan worden aangenomen dat het zeer waarschijnlijk is dat een groot deel van de in Luxemburg werkzame ambtenaren van de Gemeenschappen de noodzakelijke ziekenhuisverpleging in ziekenhuizen van deze buurlanden zal willen krijgen, zoals het eveneens zeer waarschijnlijk is dat de in die staten werkzame ambtenaren van de Gemeenschappen zullen vermijden te worden opgenomen in Luxemburgse ziekenhuizen vanwege de hogere tarieven die voor hen van toepassing zijn. Bovendien kan niet worden uitgesloten dat, zoals Ferlini in zijn opmerkingen stelt, de ziekenhuizen in de buurlanden zullen trachten hun tarieven aan te passen aan de door de EHL vastgestelde hogere tarieven, noch dat, zoals de Commissie stelt, de organen waarbij de niet bij het nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten personen zijn verzekerd, bij voorkeur overeenkomsten zullen sluiten met ziekenhuizen of klinieken die zich in een andere lidstaat bevinden.

72 — Zie arrest van 26 november 1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie* (73/74, Jurispr. blz. 1491, punten 25-27).

Het Hof lijkt in andere arresten een absolute formulering te gebruiken, waar het enkel stelt dat „een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist”. Zie bijvoorbeeld arresten van 17 oktober 1972, *Vereniging van Cementhandelaren/Commissie* (8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29), en 11 juli 1985, *Remia e.a./Commissie* (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22).

128. Anderzijds versterkt de aard van de litigieuze ziekenhuisverpleging bij bevalling de hierboven aangehaalde waarschijnlijkheid nog eens.⁷³ Door de mogelijkheid de ontwikkeling van de zwangerschap vooruit te zien, kan gewoonlijk de plaats van de bevalling worden gepland. Bovendien kan worden gesteld dat de vergelijkbare afstanden tussen de Belgische, Franse, Duitse en Luxemburgse ziekenhuizen het mogelijk maken een ziekenhuis te kiezen afhankelijk van de tarieven voor de geboden diensten, zelfs wanneer zich verhoudingsgewijs uitzonderlijke omstandigheden voordoen.

129. Met betrekking tot dit punt dient te worden opgemerkt dat de verwijzende rechter mogelijk vaststelt dat de waarschijnlijke beperkingen van de handel tussen de lidstaten waarover ik heb gesproken, tot op heden in de praktijk niet zijn waargenomen — vooral geen merkbare beperkingen, zoals door de rechtspraak geëist⁷⁴ — omdat de verhoogde tarieven voor ziekenhuisverpleging bij bevalling, die met name van toepassing zijn voor ambtenaren van de Gemeenschappen, voor een zeer groot deel voor rekening komen van het gemeenschappelijk stelsel, waardoor de hoogte van de betrokken tarieven voor hen minder belangrijk is bij het kiezen van een ziekenhuis. Deze mogelijke vaststelling mag echter niet leiden tot de conclusie dat er geen enkele invloed is op de handel tussen de lidstaten in de zin van de bepalingen van het gemeenschapsrecht. In de eerste plaats moet eraan worden herinnerd dat het volstaat dat deze invloed waarschijnlijk is en

dat het niet is vereist dat zij zich reeds heeft voorgedaan. In de tweede plaats vormt de dekking van de hoge tarieven door het gemeenschappelijk stelsel een externe en aan verandering onderhevige factor, die ertoe bijdraagt dat de genoemde invloed zich in de praktijk niet voordoet; een dergelijke factor kan echter niet blijvend en in het algemeen de mogelijkheid uitsluiten dat de litigieuze vaststelling van hogere tarieven naar haar aard van invloed is op de handel tussen de lidstaten.⁷⁵ In dit opzicht is het zeer waarschijnlijk, ervan uitgaande dat de vaststelling van de betrokken tarieven een discriminatie op grond van nationaliteit vormt en strijdig is met het gemeenschapsrecht, dat het gemeenschappelijk stelsel de genoemde hoge tarieven niet meer voor zijn rekening zal nemen, waardoor, indien de Luxemburgse ziekenhuizen deze tarieven handhaven, hun invloed op de handel tussen de lidstaten in de praktijk duidelijk zal worden.

e) De merkbaarheid van de beperking van de mededinging en de invloed op de handel tussen de lidstaten

130. Een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersvere-

73 — Aangezien de litigieuze hogere tarieven echter, zoals de Commissie opmerkt, betrekking hebben op de gehele ziekenhuisverpleging en niet alleen op de kosten bij bevalling (zie hierboven, punt 83 van deze conclusie), moet daar rekening mee worden gehouden bij de beoordeling van de waarschijnlijke invloed op de handel tussen de lidstaten in zijn geheel.

74 — Zie hieronder, punten 130 en volgende van deze conclusie.

75 — Het Hof heeft in zijn arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 60) met betrekking tot overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden, geoordeeld dat „de enkele omstandigheid dat handelaren die om toelating tot een dealernet verzoeken of daartoe reeds zijn toegelaten, zich op een bepaald tijdstip niet met intracommunautaire handel bezighouden, nog niet uitsluit dat beperkingen van de handelingsvrijheid van handelaren de intracommunautaire handel ongunstig kunnen beïnvloeden; ten gevolge van veranderingen in de marktomstandigheden en in de structuur van zowel de gemeenschappelijke markt in haar geheel als de onderscheiden nationale markten, kan die situatie zich immers van jaar tot jaar wijzigen” (cursivering van mij).

nigingen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan slechts onder het verbod van artikel 85 vallen, wanneer de handel tussen de lidstaten en de mededinging daardoor merkbaar ongunstig kunnen worden beïnvloed.⁷⁶ Het Hof heeft met betrekking tot dit punt geoordeeld dat de „invloed die een overeenkomst op de handel tussen lidstaten kan hebben, (...) in het bijzonder af[hangt] van de positie en het gewicht van de partijen op de markt van de betrokken producten (...). Zo ontkomt zelfs een overeenkomst die absolute gebiedsbescherming biedt, aan het verbod van artikel 85 van het Verdrag, wanneer zij de markt slechts in geringe mate beïnvloedt wegens de zwakke positie van de belanghebbenden op de markt van de betrokken producten (...).”⁷⁷

131. In het onderhavige geval zal de verwijzende rechter, die het best op de hoogte is van de juridische en feitelijke parameters

76 — Zie arrest van 25 november 1971, Béguelin (22/71, Jurispr. blz. 949, punt 16).

77 — Zie arrest van 28 april 1998, Javico (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 17).

Om een drempel vast te stellen voor overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, vallen, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat horizontale overeenkomsten dergelijke overeenkomsten zijn wanneer het marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 5 % uitmaakt van het gedeelte van de gemeenschappelijke markt waarin deze overeenkomsten effect sorteren en wanneer de totale omzet van de betrokken ondernemingen gedurende een boekjaar niet meer dan 200 miljoen ECU bedraagt (zie bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen; PB C 231, blz. 2). In een recente bekendmaking lijkt de Commissie echter, zoals zij zelf opmerkt, de toepasselijkheid van het verbod van artikel 85, lid 1, niet uit te sluiten voor bepaalde categorieën overeenkomsten, zoals die welke strekken tot het bepalen van de prijzen, zelfs niet wanneer de marktaandelen beperkt blijven, dat wil zeggen onder de hierboven genoemde cijfers (zie bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap vallen; PB 1997, C 372, blz. 13).

van het hoofdeding, dienen na te gaan of de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig wordt beïnvloed door het besluit van de EHL, gelet op de positie die de Luxemburgse ziekenhuizen innemen op de betrokken markt. Eerst zal echter de betrokken markt moeten worden afgebakend.

132. De betrokken markt lijkt wat het voorwerp betreft de markt te zijn voor diensten van ziekenhuisverpleging bij bevalling voor in Luxemburg werkzame personen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van die staat. De markt voor de betrokken diensten lijkt de facto betrekkelijk autonoom te zijn, omdat hij zich, zoals de Commissie beklemtoont, onderscheidt van de markt voor overeenkomstige diensten voor de bij het nationale stelsel aangesloten personen, waarvoor de tarieven bij verordening of op grond van algemeen verbindend verklaarde collectieve overeenkomsten uniform zijn vastgesteld. Bovendien is de betrokken verpleging wat de vraag betreft, dat wil zeggen de personen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid en die ziekenhuisverpleging bij bevalling nodig hebben, niet te substitueren, waardoor de autonomie van de betrokken markt nog meer wordt versterkt.

133. Geografisch lijkt de betrokken markt moeilijker af te bakenen. De grenzen ervan hangen af van de woonplaats van de in Luxemburg werkzame personen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid en die voor het merendeel

ambtenaren van de Gemeenschappen lijken te zijn. Er moet met name rekening worden gehouden met de geografische uitgestrektheid van de plaats waar de ziekenhuisinstellingen zijn gelegen die verzorging bij bevalling aanbieden en die zich gezien de aard van die verzorging op een redelijke afstand bevinden van de woonplaats van degenen die daarvan gebruik maken. In grote lijnen kan worden gesteld dat deze criteria geografisch gezien een relevante markt afbakenen die in het onderhavige geval het gehele grondgebied van Luxemburg en een passend deel van het grondgebied van de buurlanden bestrijkt.

134. De verwijzende rechter zal op grond van bovenstaande overwegingen moeten bepalen of binnen de aldus geografisch afgebakende markt het marktaandeel van de aan de EHL deelnemende ziekenhuizen met betrekking tot de genoemde verzorging bij bevalling voor in Luxemburg werkzame personen die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, al dan niet aanzienlijk is.

f) Conclusie betreffende de bescherming van de mededinging

135. Gezien de voorgaande opmerkingen ben ik van mening dat artikel 85, lid 1, van

het Verdrag in die zin moet worden uitgelegd dat een besluit van een vereniging van ziekenhuizen, zoals in het onderhavige geval het besluit van de EHL, waarbij voor onderdanen van lidstaten die werkzaam zijn op het grondgebied van een andere lidstaat, zoals in het onderhavige geval het Groothertogdom Luxemburg, maar die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van die lidstaat, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, met betrekking tot ziekenhuisverpleging bij bevalling hogere tarieven worden vastgesteld dan die welke gelden voor ingezetenen van die lidstaat die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, is verboden wanneer de nationale rechter van mening is dat genoemd besluit de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.⁷⁸

78 — In het kader van deze zaak hoeft niet te worden onderzocht of een dergelijk besluit van een vereniging van ziekenhuizen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag kan worden vrijgesteld. Uitsluitend de Commissie is bevoegd deze vrijstellingen te verlenen en nergens in het dossier van de zaak blijkt dat er sprake is geweest van het uitoefenen van deze exclusieve bevoegdheid en derhalve evenmin van het in dat geval door het Hof uitgeoefende toezicht.

VI — Conclusie

136. Ik geef het Hof in overweging als volgt te antwoorden op de prejudiciële vraag van het Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Achtste kamer):

- „1) Artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, verzet zich ertegen dat voor onderdanen van lidstaten die werkzaam zijn op het grondgebied van een andere lidstaat, zoals in het onderhavige geval het Groothertogdom Luxemburg, maar die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van die lidstaat, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, hogere tarieven voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging bij bevalling worden toegepast dan die welke gelden voor ingezetenen van die lidstaat die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid.
- 2) Artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag moet in die zin worden uitgelegd dat een besluit van een vereniging van ziekenhuizen, zoals in het onderhavige geval het besluit van de EHL, waarbij voor onderdanen van lidstaten die werkzaam zijn op het grondgebied van een andere lidstaat, zoals in het onderhavige geval het Groothertogdom Luxemburg, maar die niet zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid van die lidstaat, waaronder de ambtenaren van de Gemeenschappen die zijn aangesloten bij het gemeenschappelijk stelsel, met betrekking tot ziekenhuisverpleging bij bevalling hogere tarieven worden vastgesteld dan die welke gelden voor ingezetenen van die lidstaat die zijn aangesloten bij het nationale stelsel van sociale zekerheid, is verboden wanneer dat besluit de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.”