CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY van 6 februari 1997 *

I — Inleiding

1. Het in deze procedure aan de orde zijnde vraagstuk is afkomstig van de Italiaanse Regione Lombardia. Deze Regione financiert sociale-bijstandsdiensten op het gebied van de gezondheidszorg die zijn verleend door exploitanten van bejaardentehuizen zonder winstoogmerk. Is dit stelsel strijdig met, in het bijzonder, artikel 52 van het Verdrag in zoverre het commercieel geëxploiteerde tehuizen van vergoeding uitsluit, in aanmerking genomen dat de tehuizen zonder winstoogmerk vrijwel uitsluitend Italiaanse zijn? Aldus luidt de hoofdvraag van het prejudiciële verzoek dat in het kader van het beroep van een Luxemburgse vennootschap en haar Italiaanse dochterondernemingen is gedaan.

II — Juridisch en feitelijk kader

2. De Italiaanse wetgeving maakt wat de sociale bijstand betreft onderscheid tussen algemene voorzieningen en voorzieningen van gezondheidszorg. Krachtens een decreet van 8 augustus 1985 zijn laatstgenoemde voorzieningen rechtstreeks en hoofdzakelijk bedoeld ter bescherming van de gezondheid van de burger en omvatten zij de preventieve gezondheidszorg, verpleging en fysieke en psychische revalidatie. [1] Hiertoe kan behoren de opname in beschutte instellingen waar zorg wordt verleend aan hulpbehoevende bejaarden die niet thuis kunnen worden verzorgd. Wanneer de noodzakelijke hulp op gezondheidsgebied niet kan worden losgekoppeld van de sociale-bijstandsverlening, kunnen de regionale autoriteiten binnen de financiële mogelijkheden van het Fondo Sanitario Nazionale (Nationaal Gezondheidsfonds; hierna: „FSN") overeenkomsten sluiten met overheidsinstellingen of, zo deze niet bestaan, met particuliere aanbieders die over het daartoe vereiste personeel en de benodigde faciliteiten beschikken. De kosten worden tussen het FSN en de sociale diensten verdeeld naar evenredigheid van de omvang van de verleende zorg en van andere bijstandsvoorzieningen. [2]

3. Artikel 5, lid 1, van de Legge Regionale Lombardia (regionale wet van de Regione Lombardia) nr. 1 van 7 januari 1986 betref-

1 — Artikel 1 van het Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (decreet van de voorzitter van de Raad van ministers) van 8 augustus 1985, aangenomen krachtens wet nr. 833 van 23 december 1978, *GURI* nr. 191 van 14 augustus 1985, blz. 5727 (hierna: „decreet").

2 — Artikel 6 van het decreet. Gemeenten zijn de verantwoordelijke sociale-bijstandsinstellingen voor zover het de betaling betreft van de normale verblijfskosten in dergelijke tehuizen, zie hieronder punt 8.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

fende de reorganisatie en de planning van de diensten voor sociale bijstand (hierna: „wet van 1986") [3] waarborgt overeenkomstig artikel 38 van de Italiaanse Grondwet de vrijheid van elke persoon, vereniging of andere organisatie om activiteiten op het gebied van de sociale bijstand te ontplooien met inachtneming van de bij wet vastgestelde regels. Krachtens artikel 50, leden 1, 2 en 5 van de wet van 1986 is voor de stichting van een tehuis — een rusthuis dan wel een beschutte instelling — voor bejaarden of voor personen die geheel dan wel ten dele afhankelijk zijn, een vergunning vereist van de betrokken provincie. De criteria voor de vergunningverlening, zoals bijvoorbeeld de omvang en de vakbekwaamheid van het personeel, de aanwezige faciliteiten en het beheer van het tehuis, worden vastgesteld in de Piano regionale socio-assistenziale (regionaal programma voor sociale bijstand, hierna: „PSA"). [4] In de PSA worden tevens de voorwaarden vastgesteld voor de toelating om een overeenkomst te sluiten krachtens artikel 18, lid 3, van de Legge Regionale Lombardia nr. 39 (regionale wet van de Regione Lombardia) van 11 april 1980 betreffende de organisatie en de werkwijze van de plaatselijke sociaal-medische centra (hierna: „wet van 1980"). [5] In antwoord op een vraag van het Hof heeft de Italiaanse regering uiteengezet, dat de op dit moment van kracht zijnde PSA [6] voor alle bejaardentehuizen dezelfde structurele normen voorschrijft (op het gebied van hygiëne, brandpreventie, verwarming, maximaal aantal bewoners per kamer, etc.); ten aanzien van beschutte instellingen voor volledig afhankelijke personen is echter een hoger aantal verplegers, artsen en fysiotherapeuten in verhouding tot het aantal bewoners voorgeschreven dan ten aanzien van rusthuizen voor gedeeltelijk afhankelijke personen. Voor beide categorieën tehuizen geldt evenwel, dat de eisen betreffende de personeelssterkte strenger zijn voor de tehuizen die een overeenkomst krachtens de wet van 1980 sluiten dan voor de tehuizen die buiten dit conventionele stelsel vallen.

4. Volgens artikel 12, leden 1 en 2, van de wet van 1986 worden de voorwaarden voor het recht op sociale bijstand vastgesteld in de PSA. Voorts is bepaald, dat behoeftige personen voorrang genieten en dat de kosten van de diensten die aan andere personen worden verleend, geheel of gedeeltelijk door henzelf worden gedragen dan wel door de gemeente waar zij woonachtig zijn. [7] Artikel 59 heeft betrekking op de voorwaarden waaronder recht op sociale bijstand ontstaat. Artikel 9 staat behoeftige Italiaanse onderdanen en buitenlanders die, al dan niet tijdelijk, in de Regione Lombardia verblijven en die hulp behoeven waartoe zij zich niet tot hun eigen regio of staat van herkomst kunnen wenden, toe gebruik te maken van sociale-bijstandsvoorzieningen.

3 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nr. 2 van 8 januari 1986, 1e supplement.

4 — Artikel 50, lid 3, van de wet van 1986.

5 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nr. 15 van 11 april 1980, 3e supplement. Dit voorschrift is opgenomen in artikel 50, lid 4, van de wet van 1986, alsmede in artikel 18, leden 1 en 7, van de wet van 1980.

6 — PSA voor 1988-1990, goedgekeurd door de Consiglio Regionale della Lombardia (Regionale raad van Lombardië) bij decreet nr. 871 van 23 december 1987, zoals gewijzigd en uitgebreid bij decreet nr. V/122 van 12 februari 1991 en decreet nr. V/1425 van 7 maart 1995.

7 — Artikel 12, lid 3, van de wet van 1986 omschrijft het begrip „behoeftige personen" aan de hand van verschillende criteria: gezinsinkomen, gehele of gedeeltelijke afhankelijkheid, risico van marginalisering.

5. De wet van 1980 regelt de sluiting van overeenkomsten door publieke en particuliere instanties inzake de verlening van sociale bijstand, met inbegrip van de voorzieningen van gezondheidszorg. [8] Deze overeenkomsten worden gesloten met plaatselijke sociaal-medische centra (Unità Socio-Sanitarie Locali, hierna: „USSL").

6. Artikel 18 van de wet van 1980 omschrijft de voorwaarden waaronder de USSL overeenkomsten kunnen sluiten met particuliere instellingen. Artikel 18, lid 2, gelezen in samenhang met lid 5 van dat artikel, bepaalt dat particuliere aanbieders die aan de planning en de organisatie van de diensten van de USSL willen deelnemen, op hun verzoek door de Regione worden toegelaten om overeenkomsten met de USSL te sluiten. Volgens artikel 18, lid 3, van de wet van 1980 hangt die toelating af van a) het ontbreken van winstoogmerk bij de betrokken instelling [9] en b) een adequaat niveau van dienstverlening, vakbekwaamheid van het personeel en organisatie en beheer, zoals voorzien in de PSA. [10] Volgens artikel 18, lid 10, worden de overeenkomsten in de regel voor maximaal drie jaar gesloten, doch kunnen zij worden verlengd. De overeenkomsten regelen de financiële betrekkingen met de ondertekenende overheidsinstantie en voorzien in de vergoedingsvorm voor elke prestatie volgens tarieven die tevoren zijn vastgesteld binnen de grenzen van de PSA en die in elk geval de vergoeding van de reële kosten mogelijk maken. Voorts bepaalt artikel 18, lid 11, dat de overeenkomsten de ondertekenende instantie in staat moeten stellen toezicht uit te oefenen op de kosten en de kwaliteit van de op basis van die overeenkomsten geleverde diensten.

7. Van de 430 tehuizen voor bejaarden in de Regione Lombardia hebben er 425 een overeenkomst gesloten met de verschillende USSL. [11] Van de beschikbare plaatsen wordt ongeveer 95 % aangeboden door tehuizen die tot het conventionele stelsel zijn toegelaten (14,5 % in de publieke sector en de rest in particuliere aangesloten tehuizen). [12]

8. De Regione financiert de kosten van de sociale dienstverlening op gezondheidsgebied (dat wil zeggen de kosten van het hierboven genoemde personeel) in aangesloten tehuizen tot een maximum van 50 000 LIT per dag voor elke bewoner die niet in staat is zelfstandig te leven, ongeacht zijn eventuele behoeftigheid. Daarentegen worden de verblijfskosten in bejaardentehuizen, in het kader van een afzonderlijk stelsel voor

8 — Overeenkomsten die uitsluitend de gezondheidszorg betreffen, worden beheerst door de Legge Regionale Lombardia nr. 833 van 3 december 1978.

9 — De thans van kracht zijnde PSA omschrijft het begip „instellingen zonder winstoogmerk" als instellingen die volgens hun statuten geen doelen van economische aard nastreven en die hun winst niet uitkeren aan hun aandeelhouders of leden.

10 — Volgens artikel 18, lid 9, van de wet van 1980 moet de overeenkomst aan de contracterende instellingen de verplichting opleggen om hun diensten aan te bieden aan de in de overeenkomst genoemde bevolkingsgroepen en om de toelatingsprocedures voor individuele bijstandstrekkers af te stemmen op die voorzien voor soortgelijke openbare diensten en structuren.

11 — Deze door verzoeksters in het hoofdgeding aangehaalde cijfers zijn afkomstig uit *Bolletino Ufficiale della Regionale Lombardia* van 12 januari 1995, 3e extra supplement.

12 — Door verzoeksters in het hoofdgeding genoemde cijfers, afkomstig uit Progetto Obbiettivo Anziani Regione Lombardia, goedgekeurd bij decreet nr. 48808 van de regionale raad van 1 maart 1994.

sociale bijstand, afhankelijk van de beschikbare middelen geheel of gedeeltelijk door de gemeenten vergoed in geval van behoeftigheid van de bejaarde bewoners, ongeacht of de betrokken tehuizen een overeenkomst hebben gesloten met de ter zake bevoegde USSL. [13] Verzoeksters in het hoofdgeding stellen, dat de kosten van de medische zorg in tehuizen voor niet-zelfstandige bejaarden, welke kosten door de Regione worden gedragen ingeval het tehuis is aangesloten bij het conventionele regime, ongeveer een derde van de totale kosten bedragen. [14]

9. Sodemare SA, een Luxemburgse vennootschap, bezit het volledige aandelenkapitaal van een Italiaanse vennootschap, Anni Azzurri Holding SpA, die op haar beurt alle aandelen heeft in een aantal vennootschappen die bejaardenhuizen exploiteren, waaronder Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Laatstgenoemde heeft bij decreet van de Presidente della provincia di Brescia toestemming gekregen een beschutte instelling voor niet-zelfstandige personen te exploiteren. [15] Op 29 april 1993 verzocht zij de regionale raad van de Regione Lombardia om te worden toegelaten tot het sluiten van een overeenkomst met de betrokken USSL. Dit verzoek werd bij besluit van de regionale raad van 3 december 1993 afgewezen overeenkomstig het negatieve advies van de USSL, om de reden dat de vennootschap niet voldeed aan het vereiste van ontbreken van winstoogmerk, zoals bepaald in artikel 18, lid 3, sub a, van de wet van 1980. [16] De bezettingsgraad van de drie bejaardentehuizen die door Sodemare SA en haar dochterondernemingen in de Regione Lombardia worden geëxploiteerd, is 45 % (in het geval van Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl), 60 % en 80 %. De bezettingsgraad van hun bejaardentehuis in de aangrenzende Regione Piemonte (regio di Piemonte), waar overheidssubsidies bestaan voor bijstandsvoorzieningen van gezondheidszorg, is 90 %, terwijl die van de toegelaten tehuizen in de Regione Lombardia in 1995 97,4 % bedroeg. Er bestaan ook wachtlijsten voor een plaats in de toegelaten tehuizen in de Regione Lombardia. Verzoeksters hebben in antwoord op een vraag van het Hof uiteengezet, dat 2 % van hun bewoners niet-Italianen zijn die gewoonlijk één tot drie jaar in het tehuis verblijven. Ongeveer 10 % van het veel hogere aantal jaarlijkse verzoeken om inlichtingen is afkomstig van personen uit andere Lid-Staten. Ter terechtzitting brachten de raadslieden van verzoeksters naar voren, dat in het verleden één niet-Italiaanse gemeenschapsonderdaan voor korte tijd in een van hun tehuizen had vertoefd om te herstellen van een operatieve ingreep en dat tal van verzoeken om inlichtingen over een dergelijk kort verblijf waren ontvangen.

10. De drie bovengenoemde vennootschappen hebben beroep tegen de Regione Lom-

13 — Deze informatie werd door de Italiaanse regering verstrekt in antwoord op een vraag van het Hof.

14 — Deze rekensom is gebaseerd op een extrapolatie van de gemiddelde dagelijkse verblijfkosten in een tehuis, zoals berekend door ISTAT, en de jaarlijkse nationale uitgaven van de FSN aan subsidies voor gezondheidszorg in bejaardentehuizen. Aldus berekend blijkt het aandeel van de uitgaven op het gebied van de gezondheidszorg in de totale kosten groter dan een derde te zijn in het geval van de Regione Lombardia.

15 — Decreet nr. 728/20/92 van 3 december 1992, vastgesteld krachtens artikel 50 van de wet van 1986.

16 — Besluit nr. 2157 van de regionale raad van de Regione Lombardia; negatief advies nr. 41 van de USSL, uitgebracht bij resolutie nr. 1976 van 7 september 1993.

bardia ingesteld bij het Tribunale Regionale per la Lombardia (hierna: „nationale rechter"), strekkende tot nietigverklaring van het besluit en van het negatieve advies en tot niet-toepassing van artikel 18, lid 3, sub a, van de wet van 1980. De Fédération de maisons de repos privées de Belgique ASBL (Femarbel) heeft geïntervenieerd aan de zijde van de verzoekende vennootschappen.

11. Bij beschikking van 2 maart 1995 schorste de nationale rechter de procedure, teneinde het Hof een prejudiciële vraag krachtens artikel 177 van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: „Verdrag") te stellen. In zijn verwijzingsbeschikking overwoog hij, dat de verzoekende vennootschappen, ofschoon zij functioneerden en economisch gezond waren, niet hun reële capaciteit benutten. De bezettingsgraad van hun tehuizen is laag. Als gevolg daarvan is hun omzet, die grotendeels bestaat uit de door de bewoners betaalde kosten van verblijf, verre van optimaal. De nationale rechter merkte voorts op, dat artikel 18 van de wet van 1980 tot gevolg heeft, dat het verlenen van de in het geding zijnde diensten van sociale bijstand (dat wil zeggen de diensten op het gebied van de gezondheidszorg) voornamelijk is voorbehouden aan vennootschappen zonder winstoogmerk. [17] Tot slot overwoog hij nog, dat „aangezien uitsluitend deze vennootschappen in aanmerking komen voor financiering door de overheid, degenen die gebruik maken van de diensten van een vennootschap met winstoogmerk, kosten moeten dragen die zij niet zouden hebben indien dezelfde dienst werd verleend door een vennootschap zonder winstoogmerk".

17 — Dit standpunt komt sterker tot uiting in de tweede vraag, waar wordt gesproken van een hele categorie diensten die aan vennootschappen zonder winstoogmerk is voorbehouden.

12. De nationale rechter heeft het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Moet een nationale bepaling die een ‚binnen de werkingssfeer' van de communautaire verdragen vallende materie regelt, doch volstrekt niet gemotiveerd is, naar gemeenschapsrecht wegens strijd met artikel 190 EG-Verdrag onwettig worden geacht, zodat de nationale rechter die bepaling buiten toepassing moet laten, zij het alleen in gevallen waarin — zoals kennelijk in casu — de nationale bepaling tot een onduidelijke feitelijke situatie leidt, omdat de betrokken justitiabelen in onzekerheid worden gelaten omtrent hun mogelijkheden om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen?

[Het gaat om gevallen waarin op de Lid-Staat een ‚verplichting' (volgens de Italiaanse Corte costituzionale een ‚welbepaalde verplichting'; zie arrest Corte costituzionale [4 juli], 11 juli 1989, nr. 389, r. o. 4, laatste alinea) rust om met het gemeenschapsrecht strijdige bepalingen uit zijn nationale rechtsorde te weren (zie in verband met die verplichting het arrest van het Hof van 24 maart 1988, zaak 104/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 1799). Deze verplichting is door het Hof ‚meermaals' bevestigd.]

2) Verdraagt een nationale bepaling die (zonder motivering) een gehele, ook uit financieel oogpunt belangwekkende categorie diensten voorbehoudt aan ‚vennootschappen' zonder winstoogmerk, zich met artikel 58 van het Verdrag, voor zover in die bepaling een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen ‚vennootschappen' met en ‚vennootschappen zonder winstoogmerk'?

3) Verzetten de artikelen 52, 58 en 59 van het Verdrag zich tegen een nationale regeling die de uitoefening van een ondernemersactiviteit belemmert doordat zij een in een Lid-Staat gevestigde onderneming die zich in een andere Lid-Staat wenst te vestigen in de zin van het Verdrag, voor de keuze stelt, deze activiteit ofwel in niet-economische vorm uit te oefenen — in welk geval zij een uitdrukkelijk voorgeschreven rechtsvorm dient aan te nemen, niet behorende tot die welke een vestiging toelaten — ofwel in economische vorm, in welk geval zij de kosten van de prestaties dient te dragen, die op zich ten laste van de openbare gezondheidszorg zouden moeten komen?

4) Verzet artikel 59 van het Verdrag zich tegen een nationale regeling die de gebruikers van sociale-bijstandsvoorzieningen, die naar nationaal recht mogen kiezen tot wie zij zich voor dergelijke diensten wenden, volgens de in dit recht bepaalde modaliteiten uitsluitend verwijst naar ondernemingen waaraan de staat enkel op grond van hun rechtsvorm de kosten vergoedt van gezondheidszorg die alle erkende ondernemingen moeten verlenen, waardoor de vraag naar de betrokken diensten naar bepaalde dienstverrichters wordt geleid en de gebruiker geen echt vrije keuze meer heeft?

5) Verzetten de artikelen 3, sub f [18], 5, 85 en 86, eventueel juncto artikel 90, van het Verdrag, zich tegen de onderhavige regeling, die volgens het in de nationale rechtsorde neergelegde mechanisme

a) alleen vennootschappen met een bepaalde rechtsvorm toestaat, zonder kosten voor de onderneming diensten te verlenen die een aanvulling vormen op de diensten welke die onderneming tegen vergoeding aanbiedt,

b) deze vennootschappen toestaat, zich op de markt te profileren als een categorie van ondernemingen die, aangezien zij nagenoeg dezelfde kwalitatieve en kwantitatieve kenmerken hebben, zich jegens de gebruikers in grote mate als een eenheid presenteren,

18 — Artikel 3, sub f, EEG-Verdrag is thans artikel 3, sub g, EG-Verdrag.

c) toestaat, dat de vraag naar diensten in de sector van de bejaardenzorg naar de sub b) bedoelde ondernemingen wordt geleid,

d) ondernemingen verplicht, op eigen kosten diensten te verrichten die een aanvulling vormen op de diensten die zij tegen vergoeding aanbieden,

e) leidt tot afspraken die niet-aangesloten ondernemingen dwingen, op eigen kosten aanvullende prestaties op de door hen aangeboden diensten te leveren en de kosten daarvan op de gebruikers af te wentelen,

f) aldus ertoe leidt, dat de gebruikers de economische last van dergelijke diensten gaan dragen, die kosteloos zijn wanneer zij worden verleend door ondernemingen die aan de overeenkomst deelnemen?"

III — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

13. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeksters in het hoofdgeding, Femarbel, de Italiaanse en de Nederlandse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Mondelinge opmerkingen zijn gemaakt door verzoeksters, de Italiaanse regering en de Commissie.

IV — Analyse

14. Ik zal mij eerst buigen over de door de Italiaanse regering aan de orde gestelde ontvankelijkheidsvraag. Vervolgens zal ik de vragen van de nationale rechter in de boven aangegeven volgorde bespreken. De tweede en de derde vraag zal ik evenwel, om redenen die ik hieronder zal uiteenzetten, gezamenlijk behandelen.

A — *Ontvankelijkheid*

15. De Italiaanse regering betoogt, dat de derde, de vierde en de vijfde vraag niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, omdat de nationale rechter onvoldoende (derde en vierde vraag) dan wel in het geheel niet (vijfde vraag) heeft gemotiveerd waarom hij een prejudiciële beslissing noodzakelijk acht. In plaats daarvan heeft hij verwezen naar de stellingen van partijen in het hoofdgeding, die niet in de verwijzingsbeschikking zijn opgenomen. Volgens de Italiaanse regering belemmert dit de Lid-Staten om opmer-

kingen te maken. [19] Dit argument snijdt volgens mij geen hout. De reden van de nationale rechter om de derde vraag aan het Hof te stellen, is dezelfde als die aan de tweede vraag ten grondslag ligt, dat wil zeggen dat de nationale rechter wenst te vernemen of de toekenning van voordelen aan ondernemingen zonder winstoogmerk een beperking oplevert van het recht van vestiging van ondernemingen met winstoogmerk. De nationale rechter zet in de verwijzingsbeschikking uiteen, dat de vierde vraag betrekking heeft op potentiële bewoners die in andere Lid-Staten zijn gevestigd en wier keuze voor een bepaald tehuis naar bepaalde aanbieders kan worden gestuurd door de zwaardere financiële last die zij moeten dragen wanneer zij voor een vennootschap met winstoogmerk kiezen. Ofschoon de nationale rechter geen expliciete afzonderlijke motivering heeft gegeven voor de vijfde vraag, blijkt uit de in de vraag zelf uiteengezette voorwaarden, gelezen in het licht van de feiten van de zaak, duidelijk dat hij twijfelt over de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels op de beschreven situatie.

B — *De eerste vraag*

16. Uit de verwijzingsbeschikking komt duidelijk naar voren, dat deze vraag betrekking heeft op nationale normatieve maatregelen en, in het bijzonder, op de bepalingen van de wet van 1980. [20] Verzoeksters in het hoofdgeding, de Italiaanse regering en de Commissie erkennen allen, dat de Lid-Staten handelingen die de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten raken, slechts behoeven te motiveren, wanneer het om individuele handelingen gaat. Verzoeksters betogen evenwel, dat de bepalingen van de wet van 1980 een besluit van individuele strekking vormen, omdat hun werking zich in feite niet uitstrekt tot de gemeenschap in haar geheel, doch slechts tot een beperkt aantal personen die tehuizen voor bejaarden exploiteren. Ter staving van deze stelling beroepen verzoeksters zich op een analogie met artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag.

17. De verplichting om nationale besluiten te motiveren die de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten raken, vloeit niet voort uit een extensieve interpretatie van artikel 190 van het Verdrag, doch uit het algemene beginsel van gemeenschapsrecht — dat op zijn beurt weer voortvloeit uit het constitutionele erfgoed der Lid-Staten — dat in dergelijke gevallen beroepsmogelijkheden moeten openstaan voor de particulieren. [21]

18. Het is zaak onderscheid te maken tussen normatieve maatregelen van algemene strekking en uitvoeringsbesluiten die particulieren raken. Mijns inziens zou een niet-gerechtvaardigde en onnodige inbreuk op de

19 — Zie arrest van 1 april 1982 (gevoegde zaken 141/81, 142/81 en 143/81, Holdijk, Jurispr. 1982, blz. 1299, r. o. 6).

20 — In deze conclusie worden onder nationale maatregelen tevens verstaan de maatregelen van lagere overheden, zoals de regionale, provinciale of plaatselijke autoriteiten.

21 — Arrest van 15 oktober 1987 (zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097, r. o. 14 en 15). Zie ook arresten van 19 maart 1991 (zaak C-249/88, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-1275, r. o. 25); 7 mei 1991 (zaak C-340/89, Vlassopoulou, Jurispr. 1991, blz. I-2357, r. o. 22), en 31 maart 1993 (zaak C-19/92, Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, r. o. 40).

bevoegdheid van de Lid-Staten worden gemaakt, indien elke nationale regeling, ook al raakt deze de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten slechts potentieel, zou moeten worden gemotiveerd. Of nationale normatieve maatregelen al dan niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, wordt vastgesteld aan de hand van objectieve criteria. Uit niets blijkt, dat door deze opvatting wordt afgedaan aan de doeltreffendheid van de rechtsbescherming.

19. De wet van 1980 is geen besluit van individuele strekking. De categorie personen die tehuizen voor bejaarden in de Regione Lombardia exploiteren, is een open categorie. [22] Immers, de thans voorliggende zaak heeft grotendeels betrekking op de voorwaarden voor toelating tot die categorie van potentiële leden die reeds in andere Lid-Staten zijn gevestigd.

20. Ik concludeer mitsdien, dat Lid-Staten niet verplicht zijn normatieve handelingen van algemene strekking te motiveren, ook niet wanneer deze handelingen de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten potentieel raken.

22 — Zie artikel 5, lid 1, van de wet van 1986, dat is gebaseerd op artikel 38 van de Italiaanse Grondwet. Ten aanzien van het onderscheid tussen open en gesloten categorieën in de context van artikel 173 van het Verdrag, zie bijvoorbeeld arresten van 15 juli 1963 (zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 95), en 7 december 1993 (zaak C-6/92, Federmineraria e. a., Jurispr. 1993, blz. I-6357).

C — *De tweede en de derde vraag*

Het belang van artikel 58 van het Verdrag

21. Teneinde de juiste benadering voor de beantwoording van deze vragen te vinden, dient de betekenis van artikel 58 van het Verdrag, als enige in de tweede vraag vermeld en mede vermeld in de derde vraag, te worden verduidelijkt. Ik ben van mening, dat artikel 58 slechts betrekking heeft op de personele werkingssfeer van hoofdstuk 2 van titel III van het Verdrag. Het strekt ertoe, vennootschappen en andere rechtspersonen, met uitzondering van vennootschappen die geen winst beogen (hierna: „vennootschappen met winstoogmerk"), voor de toepassing van het hoofdstuk inzake het vestigingsrecht gelijk te stellen met natuurlijke personen die onderdaan van de Lid-Staten zijn. [23] Vennootschappen en andere rechtspersonen die geen winst beogen, genieten derhalve geen vrijheid van vestiging. Artikel 58 is niet van invloed op de materiële reikwijdte van die vrijheid. Laten wij de omstandigheden van de onderhavige zaak als voorbeeld nemen. Nationale regelingen die vennootschappen zonder winstoogmerk anders behandelen dan natuurlijke personen of vennootschappen met winstoogmerk zijn, indien zij de vrijheid van vestiging van de laatstgenoemden beperkten, niet reeds op grond van artikel 58 uitgesloten van de werkingssfeer van hoofdstuk 2 van titel III van het Verdrag. Ware dit wel het geval, dan zou de enkele

23 — Arrest van 6 november 1984 (zaak 182/83, Fearon, Jurispr. 1984, blz. 3677, r. o. 8).

uitsluiting van een categorie rechtspersonen van het genot van de uit het Verdrag voortvloeiende rechten doorwerken op de omvang van de bestaande rechten van andere categorieën. Wat de onderhavige zaak betreft, verleent artikel 58 geen andere materiële rechten dan die de andere bepalingen van hoofdstuk 2, in het bijzonder artikel 52, garanderen. Ik zal mij in dit gedeelte van mijn analyse daarom uitsluitend concentreren op de beantwoording van de derde vraag.

Het belang van artikel 59 van het Verdrag

22. De derde vraag verwijst naar de artikelen 52, 58 en 59 van het Verdrag. Of er sprake is van vestiging van een onderneming of een zelfstandige in een Lid-Staat, wordt beoordeeld aan de hand van de duurzaamheid van de werkzaamheden ten opzichte van die van een dienstverlener die zich slechts tijdelijk naar een andere Lid-Staat begeeft om daar zijn werkzaamheden uit te oefenen. Vestiging wordt gekenmerkt door een bestendige duurzame deelname van een onderneming of zelfstandige aan het economisch leven van een andere Lid-Staat dan de staat van herkomst. [24] Sodemare en haar dochterondernemingen moeten dan ook, gezien hun deelname aan de economische bedrijvigheid via de duurzame exploitatie van bejaardentehuizen in de Regione Lombardia, geacht worden hun recht van vestiging aldaar te hebben uitgeoefend en niet tijdelijk diensten in de Regione Lombardia te hebben verricht vanuit een andere Lid-Staat, zoals Luxemburg. Bijgevolg zal ik bij de beantwoording van deze vraag alleen de artikelen 52 en 58 van het Verdrag onderzoeken. De mogelijke toepasselijkheid van artikel 59 van het Verdrag op de betrekkingen van Sodemare met haar (potentiële) bewoners uit andere Lid-Staten dan Italië zal ik in het kader van de vierde vraag bespreken. [25]

Stelsels van sociale bijstand en het Verdrag

23. Alvorens mijn betoog te vervolgen, moet ik nagaan, of het in de Regione Lombardia geldende conventionele stelsel, als onderdeel van een stelsel van sociale bijstand, buiten de reikwijdte van de aangehaalde verdragsbepalingen valt. Zowel de Italiaanse als de Nederlandse regering beroepen zich dienaangaande op de uitspraak van het Hof in de zaak Poucet en Pistre. [26] De Nederlandse regering benadrukt inzonderheid, dat het Hof in de zaak Duphar [27] het beginsel heeft bekrachtigd, dat het gemeenschapsrecht geen inbreuk maakt op de bevoegdheid van de Lid-Staten om hun eigen sociale-zekerheidsstelsels in te richten.

24. In de zaak Höfner en Elser [28] heeft het Hof verklaard, dat het begrip „onderne-

24 — Arrest van 30 november 1995 (zaak C-55/94, Gebhard, Jurispr. 1995, blz. I-4165, r. o. 25-27).

25 — Zie punt 43 hieronder.

26 — Arrest van 17 februari 1993 (gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, blz. I-637).

27 — Arrest van 7 februari 1984 (zaak 238/82, Jurispr. 1984, blz. 523).

28 — Arrest van 23 april 1991 (zaak C-41/90, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 21).

ming" in de context van het mededingingsrecht elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. In de zaak Poucet en Pistre eisten twee onder overheidstoezicht werkzame instellingen zonder winstoogmerk betaling van verplichte bijdragen aan de socialezekerheidskassen die onder hun beheer stonden. Poucet en Pistre weigerden dit, op grond dat het stelsel in strijd zou zijn met het communautaire mededingingsrecht; zij eisten het recht op om een soortgelijke particuliere verzekering af te sluiten. Het Hof herhaalde evenwel het in het arrest Duphar geformuleerde beginsel en oordeelde dat de instellingen geen economische activiteit uitoefenden. Het stelsel van verplichte bijdragen was onmisbaar voor de verwezenlijking van het solidariteitsbeginsel en voor de zuiver sociale taak die de stelsels vervulden. Bij het ene stelsel kwam dit tot uiting in een herverdeling van inkomens en bij het andere in de financiering van de pensioenen door degenen die actief aan het arbeidsproces deelnemen, terwijl er ook tussen de twee stelsels solidariteit bestond, in zoverre overschotten zo nodig van de een naar de andere werden overgedragen. Het concrete beheer van de kassen was wat de hoogte van de premies en de prestaties betreft, in detail bij wet geregeld. [29]

25. Ofschoon het arrest Poucet en Pistre uitdrukkelijk betrekking had op mededingingsregels, is het duidelijk dat de daarin gemaakte analyse een ruimere strekking heeft. In het arrest García e. a. [30] nam het Hof de conclusie van advocaat-generaal Tesauro over, dat de derde richtlijn schadeverzekering [31] niet de materie van de sociale zekerheid kon regelen, omdat deze richtlijn was „vastgesteld op basis van de verdragsbepalingen die de vrijheid van vestiging en de vrijheid van het verrichten van diensten beogen te verwezenlijken (artikelen 57, lid 2, en 66); de materie van de sociale zekerheid daarentegen wordt in andere, specifieke bepalingen geregeld". [32]

26. Het solidariteitsbeginsel vormde een wezenlijk element in de zaken die ik zo-even heb aangehaald. In tegenstelling tot de zaak Poucet en Pistre verklaarde het Hof in een andere zaak, dat een orgaan zonder winstoogmerk, belast met het beheer van een facultatief aanvullend, bij wet ingevoerd stelsel van ouderdomsverzekering voor zelfstandigen in agrarische beroepen, welk stelsel slechts in zeer beperkte mate solidariteitselementen bevatte, een economische activiteit uitoefent waarbij het concurreert met levensverzekeringsmaatschappijen. [33]

27. Bijgevolg zijn de Lid-Staten vrij hun stelsels van sociale zekerheid in te richten, en het feit dat „de medische kosten

29 — Advocaat-generaal Jacobs paste de benadering van het arrest Poucet en Pistre op een geheel ander stelsel toe in de gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jurispr. 1995, blz. I-4705, punten 62-64 van zijn conclusie. Het Hof sprak zich hierover niet uit.

30 — Arrest van 26 maart 1996 (zaak C-238/94, Jurispr. 1996, blz. I-1673, r. o. 13).

31 — Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (derde richtlijn schadeverzekering) (PB 1992, L 228, blz. 1).

32 — Punt 9 van de conclusie.

33 — Arrest van 16 november 1995 (zaak C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, Jurispr. 1995, blz. I-4013).

worden gedragen door de sociale-zekerheidsinstellingen in plaats van door de verbruikers", zodat dergelijke instellingen in hoge mate de verkoopmogelijkheden voor geneesmiddelen bepalen, kan „niet worden beschouwd als een beperking van de door artikel 30 EEG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van invoer, *mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan*". [34]

28. Hieruit volgt evenwel niet, dat de sociale-zekerheidsstelsels van de Lid-Staten die op basis van solidariteit zijn ingericht, niet de verdragsregels in acht behoeven te nemen. Lid-Staten mogen bij de keuze van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen niet discrimineren ten nadele van ingevoerde geneesmiddelen. [35] Even zo mag een regeling die bepaalt, welke laboratoria voor vergoeding van de kosten van klinische analyses in aanmerking komen [36], of een regeling die bepaalt, welke vennootschappen mogen inschrijven op een aanbesteding voor de levering van systemen voor automatische gegevensverwerking aan overheidsinstanties, met inbegrip van de instanties op het gebied van de volksgezondheid, niet discrimineren op grond van nationaliteit. [37] Hetzelfde geldt voor de regels die van toepassing zijn op de werkgelegenheid in de openbare gezondheidszorg. [38] Uitvoeringsregelingen van nationale sociale-zekerheidsstelsels ten aanzien van bijdragen of uitkeringen mogen, voor zover zij de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten raken, niet discrimineren op grond van nationaliteit [39] of het vrije verkeer van werknemers beperken. [40]

29. Uit deze zeer gevarieerde rechtspraak kan een aantal algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van de toepassing van artikel 52 van het Verdrag. In de eerste plaats vormt het bestaan van stelsels van sociale bijstand die door de Lid-Staten zijn ingericht op basis van het solidariteitsbeginsel, als zodanig geen economische activiteit, zodat de aan die stelsels inherente beperkingen van

34 — Arrest Duphar, reeds aangehaald, r. o. 16 en 20, cursivering van mij. Om soortgelijke redenen heeft het Hof voor recht verklaard, dat cursussen gegeven in het kader van het nationale onderwijsstelsel van een Lid-Staat dat door de staat wordt georganiseerd en gehandhaafd, niet om tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch om haar sociale, culturele en opvoedkundige taak ten behoeve van de bevolking te vervullen, welk onderwijsstelsel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, niet zijn aan te merken als diensten in de zin van artikel 59 van het Verdrag: arresten van 27 september 1988 (zaak 263/86, Humbel, Jurispr. 1988, blz. 5365, r. o. 17-20); en 7 december 1993 (zaak C-109/92, Wirth, Jurispr. 1993, blz. I-6447, r. o. 15).

35 — Arrest Duphar (reeds aangehaald, r. o. 16 en 21), en arrest Commissie/België (reeds aangehaald, r. o. 31).

36 — Arrest van 12 februari 1987 (zaak 221/85, Commissie/België, Jurispr. 1987, blz. 719, r. o. 9-11.

37 — Arrest van 5 december 1989 (zaak C-3/88, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 4035, r. o. 2 en 9).

38 — Arresten van 3 juni 1986 (zaak 307/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 1725), ten aanzien van verplegend personeel in de openbare gezondheidszorg, en 2 juli 1996 (zaak C-473/93, Commissie/Luxemburg, Jurispr. 1996, blz. I-3207), ten aanzien van functies in de openbare gezondheidszorg en het openbaar onderwijs.

39 — Zie arresten van 14 januari 1988 (zaak 63/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 29), en 14 november 1995 (zaak C-484/93, Svensson en Gustavsson, Jurispr. 1995, blz. I-3955), ten aanzien van het recht op sociale steun voor huisvesting; zie ook arrest van 2 februari 1989 (zaak 186/87, Cowan, Jurispr. 1989, blz. 195), betreffende de schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven. In al deze drie zaken deden de betrokken overheidsinstanties tevergeefs een beroep op de sociale doelstellingen van de litigieuze regeling of het daaraan ten grondslag liggende solidariteitsbeginsel: zie respectievelijk r. o. 11, 13 en 16 van de arresten.

40 — Deze voorwaarde is in artikel 51 van het Verdrag specifiek opgenomen ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers. Het Hof heeft deze voorwaarde echter tevens toegepast op de vrijheid van vestiging: zie arresten van 10 juli 1986 (zaak 79/85, Segers, Jurispr. 1986, blz. 2375, r. o. 17), 7 juli 1988 (zaak 143/87, Stanton, Jurispr. 1988, blz. 3877) en gevoegde zaken 154/87 en 155/87, Wolf e. a., Jurispr. 1988, blz. 3897). In r. o. 10 van de laatstgenoemde twee arresten verklaart het Hof, dat ofschoon de Lid-Staten, bij afwezigheid van een gemeenschapsregeling, hun wetgevende bevoegdheid hebben behouden op het gebied van de sociale zekerheid voor zelfstandigen, zij desalniettemin het vereiste van artikel 52 van het Verdrag dat beperkingen van de vrijheid van vestiging moeten worden opgeheven, in acht moeten nemen.

het vrije verkeer van goederen, diensten of personen niet tot toepasselijkheid van de verdragsbepalingen leiden. Bij sociale solidariteit gaat het om onvrijwillige subsidiëring van de ene sociale groepering door de andere, een van nature niet-commerciële handelwijze. Regels die nauw verbonden zijn met de financiering van dergelijke stelsels vallen eerder dan andere regels buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake vestiging en dienstverrichting. Het nastreven van sociale doeleinden op basis van solidariteit kan derhalve aanleiding zijn voor een Lid-Staat om particuliere aanbieders uit te sluiten van alle of een deel van de dienstverrichtingen van sociale-zekerheidsstelsels.

30. In de tweede plaats kunnen de betrekkingen tussen andere, als aanbieders van goederen of diensten optredende personen en dergelijke stelsels van sociale bijstand desalniettemin van economische aard zijn. Het gemeenschapsrecht vereist, dat deze stelsels in overeenstemming zijn met de verdragsregels, voor zover zij de economische activiteiten van anderen raken op een wijze die niet van essentieel belang is voor de verwezenlijking van hun sociale doelstellingen. In de zaken besproken in punt 28, waren de in geding zijnde specifieke uitvoeringsbepalingen van dien aard, dat zij zonder het functioneren van het stelsel in het gedrang te brengen aan de verdragsregels inzake het vrije verkeer konden worden onderworpen. Voor zover de Lid-Staten derhalve particuliere aanbieders tot hun stelsel van sociale zekerheid toelaten, de verrichting van bepaalde prestaties contractueel overdragen aan dergelijke aanbieders dan wel de sociale activiteiten van die aanbieders subsidiëren, moeten zij in beginsel de verdragsregels inzake onder meer de vrijheid van vestiging in acht nemen.

31. Naar mijn mening zijn de verdragsregels in deze zaak van toepassing. De kosten die voor toegelaten tehuizen ontstaan bij het verlenen van sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied, worden door openbare fondsen vergoed op een grondslag van solidariteit tussen enerzijds de bevolking in het algemeen en anderzijds de bejaarde leden van de gemeenschap. Anders dan in de zaak Poucet en Pistre evenwel zou het toepassen van de verdragsbepalingen inzake vestiging op de regels betreffende de toelating om overeenkomsten met de USSL te sluiten, niet van invloed zijn op de financiering van dit onderdeel van het sociale-bijstandsstelsel of op de kwaliteitseisen die aan de dienstverrichting door toegelaten tehuizen worden gesteld. Het al dan niet verkrijgen van een vergunning om een tehuis te exploiteren hangt ervan af, of aan de door overheidsinstanties vastgestelde normen ten aanzien van verpleging, faciliteiten en vakbekwaamheid van het personeel wordt voldaan, ongeacht of de eigenaar van het tehuis nu wel of geen winst nastreeft. Dat voor toegelaten tehuizen strengere normen gelden, doet hier niet aan af. Afgezien van de verplichting om aan deze basisvoorschriften te voldoen, worden toegelaten tehuizen die buiten de publieke sector in enge zin vallen, onafhankelijk bestuurd. Daarnaast zij opgemerkt, dat de gezondheidszorg slechts een deel van de activiteiten van deze tehuizen vormt. Zoals ik reeds heb uiteengezet, valt het gedeelte van hun activiteiten, bestaande in het verschaffen van woonruimte, onder een ander stelsel van sociale bijstand, gebaseerd op het inkomen; dit betekent, dat niet-behoeftige bewoners

van toegelaten tehuizen de volledige kosten van de geboden verblijfsfaciliteiten moeten dragen.

Is er sprake van een ongelijke behandeling?

32. Ik zal thans onderzoeken, of de beperking van de toelating om overeenkomsten te sluiten met de USSL voor het verlenen van sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied tot particuliere organen zonder winstoogmerk (artikel 18, lid 3, van de wet van 1980) een discriminatie op grond van nationaliteit vormt die in strijd is met de vrijheid van vestiging. Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling neutraal, daar zij geen verwijzing bevat naar de nationaliteit of (in het geval van vennootschappen) de statutaire zetel [41] van de eigenaren van toegelaten tehuizen. Het beginsel van gelijke behandeling, waarvan artikel 52 een bijzondere uitdrukking vormt, verbiedt evenwel niet alleen zichtbare discriminatie op grond van nationaliteit, doch ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden. [42] Het Hof heeft bij talrijke gelegenheden overwogen, dat de artikelen 48, 52 en 59 van het Verdrag op dezelfde beginselen zijn gebaseerd voor wat betreft het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Ik zal dan ook aan de hand van de rechtspraak op al deze gebieden nagaan, wat onder verkapte of indirecte discriminatie wordt verstaan. [43]

33. In de zaak O'Flynn [44] had het Hof gelegenheid, de verschillende typen feitelijke omstandigheden te analyseren die zich in de arresten hadden voorgedaan waarin een indirecte discriminatie van werknemers op grond van nationaliteit aanwezig werd geacht:

„18 Zo moeten als indirect discriminerend worden beschouwd de voorwaarden van nationaal recht die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, hoofdzakelijk [45] of in de meeste gevallen [46] migrerende werknemers treffen, alsook de zonder onderscheid van toepassing zijnde voorwaarden waaraan nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers [47], of die in het bijzonder voor migrerende werknemers nadelig kunnen uitvallen. [48]

41 — Ofschoon de statutaire zetel van een vennootschap in de meeste gevallen de „nationaliteit" van die vennootschap aangeeft, kan deze in sommige omstandigheden eerder op één lijn worden gesteld met de woonplaats van natuurlijke personen, welke laatste een gerechtvaardigde grond kan zijn om onderscheid te maken op, bijvoorbeeld, het gebied van de belastingen. Zie arrest van 28 januari 1986 (zaak 270/83, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 273, r. o. 18 en 19).

42 — Arrest van 29 oktober 1980 (zaak 22/80, Boussac, Jurispr. 1980, blz. 3427, r. o. 9); arrest Commissie/Italië (reeds aangehaald, r. o. 8), en arrest van 12 april 1994 (zaak C-1/93, Halliburton Services, Jurispr. 1994, blz. I-1137, r. o. 15).

43 — Arresten van 8 april 1976 (zaak 48/75, Royer, Jurispr. 1976, blz. 497, r. o. 23); 20 mei 1992 (zaak C-106/91, Ramrath, Jurispr. 1992, blz. I-3351, r. o. 17), en 27 juni 1996 (zaak C-107/94, Asscher, Jurispr. 1996, blz. I-3089, r. o. 29).

44 — Arrest van 23 mei 1996 (zaak C-237/94, Jurispr. 1996, blz. I-2617). De voetnoten in het hiernavolgende citaat zijn verwijzingen naar de rechtspraak in de originele tekst.

45 — Arresten van 15 januari 1986 (zaak 41/84, Pinna, Jurispr. 1986, blz. 1, r. o. 24); 30 mei 1989 (zaak 33/88, Allué e. a. Jurispr. 1989, blz. 1591, r. o. 12), en 21 november 1991 (zaak C-27/91, Le Manoir, Jurispr. 1991, blz. I-5531, r. o. 11).

46 — Arresten van 17 november 1992 (zaak C-279/89, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1992, blz. I-5785, r. o. 42), en 20 oktober 1993 (zaak C-272/92, Spotti, Jurispr. 1993, blz. I-5185, r. o. 18).

47 — Arresten van 10 maart 1993 (zaak C-111/91, Commissie/Luxemburg, Jurispr. 1993, blz. I-817, r. o. 10), en 4 oktober 1991 (zaak C-349/87, Paraschi, Jurispr. 1991, blz. I-4501, r. o. 23).

48 — Arresten van 8 mei 1990 (zaak C-175/88, Biehl, Jurispr. 1990, blz. I-1779, r. o. 14), en 28 januari 1992 (zaak C-204/90, Bachmann, Jurispr. 1992, blz. I-249, r. o. 9).

19 Dit is slechts anders wanneer die bepalingen worden gerechtvaardigd door objectieve overwegingen die los staan van de nationaliteit van de betrokken werknemers, en zij evenredig zijn aan het rechtmatig door het nationale recht nagestreefde doel. [49]

20 Uit al deze rechtspraak volgt dat een bepaling van nationaal recht als indirect discriminerend moet worden beschouwd, wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen, tenzij zij objectief is gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel.

21 Dienaangaande behoeft niet te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, doch het volstaat om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben. Daaraan moet worden toegevoegd dat de redenen waarom een migrerend werknemer gebruik wenst te maken van zijn recht op vrij verkeer binnen de Gemeenschap, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling, of een nationale bepaling discriminerend is. De mogelijkheid zich op een zo fundamentele vrijheid als het vrije verkeer van personen te beroepen kan immers niet door zulke overwegingen van zuiver subjectieve aard worden beperkt."

34. Op het gebied van de vestiging heeft het Hof als potentieel discriminerend aangemerkt een regeling die „voornamelijk ongunstig [kan] werken voor onderdanen van andere Lid-Staten" [50] en een regeling die „in wezen [nationale] vennootschappen begunstigt". [51] Het oordeelde, dat aan deze laatste voorwaarde werd voldaan door een nationale regel die een vennootschapstype begunstigde dat hoofdzakelijk van nationale herkomst was, ook al genoten niet alle nationale vennootschappen die in de aan de orde zijnde sector werkzaam waren voordeel van de betrokken maatregel. [52] Hetzelfde geldt bij een variant hierop, te weten ingeval de begunstigde nationale vennootschappen zijn geconcentreerd in een deel van de betrokken Lid-Staat. [53] Criteria die als mogelijke bron van indirecte discriminatie zijn aangemerkt, zijn onder meer de woonplaats van zelfstandigen of de plaats van de hoofdvestiging van vennootschappen [54], de staatseigendom van het kapitaal van ondernemingen [55] en het bezit van door een bepaalde Lid-Staat toegekende diploma's die gelijkwaardig zijn aan

49 — Zie in deze zin arresten Bachmann, reeds aangehaald, r. o. 27, en Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, r. o. 12, en arrest van 2 augustus 1993 (gevoegde zaken C-259/91, C-331/91 en C-332/91, Allué e. a., Jurispr. 1993, blz. I-4309, r. o. 15).

50 — Arrest Asscher (reeds aangehaald, r. o. 38).

51 — Arrest C-3/88 (Commissie/Italië, reeds aangehaald, r. o. 9).

52 — Zie arrest C-3/88 (Commissie/Italië, reeds aangehaald) waarin Italiaanse vennootschappen die werkzaam waren op het gebied van de informatica en wier kapitaal niet in handen van de staat was, evenals niet-Italiaanse vennootschappen geen overeenkomsten met de staat mochten sluiten; zie eveneens arrest van 25 juli 1991 (zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069, r. o. 25).

53 — Arrest van 3 juni 1992 (zaak C-360/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1992, blz. I-3401, r. o. 8 en 9).

54 — Arrest Halliburton (reeds aangehaald); arresten van 13 juli 1993 (zaak C-330/91, *Commerzbank*, Jurispr. 1993, blz. I-4017); en 11 augustus 1995 (zaak C-80/94, Wielockx, Jurispr. 1995, blz. I-2493), en arrest Asscher (reeds aangehaald).

55 — Zaak C-3/88 (Commissie/Italië, reeds aangehaald).

die verkregen in sommige andere Lid-Staten. [56] In deze zaak is niet zozeer het onderscheid tussen aanbieders met en aanbieders zonder winstoogmerk van belang, als wel de vraag, of de begunstigde categorie aanbieders, in vergelijking tot andere categorieën aanbieders, hoofdzakelijk nationale aanbieders zijn. Indien een Lid-Staat uit de vele rechtsvormen die ondernemingen kunnen hebben — lichamen met en zonder rechtspersoonlijkheid, samenwerkingsverbanden, publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vennootschappen, besloten of naamloze vennootschappen — er een of meer zou uitzonderen met het doel deze te bevoordelen of te benadelen, dan zou die staat ook een objectieve rechtvaardiging van deze uitzondering moeten verstrekken, indien het resultaat daarvan feitelijk een bevoordeling van de eigen onderdanen betekent.

35. In zijn verwijzingbeschikking merkt de nationale rechter op, dat artikel 18 van de wet van 1980 er in hoofdzaak toe leidt, dat het verlenen van de in het geding zijnde diensten op gezondheidsgebied is voorbehouden aan vennootschappen zonder winstoogmerk en dat de capaciteit van de tehuizen van verzoeksters verre van optimaal worden benut. Dit effect strookt met het zeer geringe aantal niet-toegelaten commercile bejaardentehuizen. Mijns inziens bevoordeelt deze wetgeving derhalve noodzakelijkerwijs nationale aanbieders. Zeker bestaan er internationale liefdadigheidsinstellingen, en wellicht zijn sommige daarvan actief in de sector bejaardenzorg, maar „liefdadigheid begint thuis" en de meeste inspanningen op liefdadigheidsgebied vinden plaats op nationaal, regionaal of plaatselijk niveau. Dit is zeker het geval in de Regione Lombardia, aangezien alle toegelaten particuliere tehuizen worden geëxploiteerd door aanbieders die in de Regione zijn gevestigd. Wij mogen derhalve gevoeglijk aannemen, dat niet-Italiaanse vennootschappen er weinig voor voelen een rechtsvorm zonder winstoogmerk aan te nemen teneinde hun activiteiten in deze regio te kunnen uitoefenen. [57] Zoals in het arrest O'Flynn is uitgemaakt, doen de redenen waarom een vennootschap zich in een Lid-Staat wil vestigen niet ter zake, of zij nu winst nastreeft of niet. [58] Zoals wij hierboven hebben gezien, is evenmin relevant, dat Italiaanse vennootschappen met winstoogmerk geen overeenkomsten mogen sluiten met de USSL in de Regione Lombardia, of dat vennootschappen zonder winstoogmerk uit andere Italiaanse regio's wellicht niet méér worden aangemoedigd zich in de Regione Lombardia te vestigen dan vennootschappen uit andere Lid-Staten. [59]

Objectieve verschillen en rechtvaardigingsgronden

36. „Volgens vaste rechtspraak is er sprake van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt

56 — Arrest van 28 april 1977 (zaak 71/76, Thieffry, Jurispr. 1977, blz. 765). Dit blijkt impliciet uit de uitspraak van het Hof, dat de bestreden regel aanmerkte als een beperking van de vrijheid van vestiging, nadat het in r. o. 13 had verwezen naar titel III, letter B, van het algemeen programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging, vastgesteld door de Raad op 18 december 1961 ingevolge artikel 54 van het Verdrag (PB 1962, blz. 36), die betrekking heeft op indirecte discriminatie. Advocaat-generaal Mayras heeft deze regel op blz. 790 van zijn conclusie uitdrukkelijk aangemerkt als een „indirecte en verkapte discriminatie".

57 — Voorgaande overwegingen verschillen duidelijk van het door verzoeksters in het hoofdgeding naar voren gebrachte argument, dat de omstandigheid dat vennootschappen zonder winstoogmerk geen vrijheid van vestiging genieten betekent, dat elke niet-Italiaanse vennootschap die die rechtsvorm wenst aan te nemen, uit Italië zou kunnen worden geweerd. De Italiaanse wet lijkt feitelijk geen belemmeringen op te werpen voor de vestiging van buitenlandse vennootschappen zonder winstoogmerk.

58 — Zie r. o. 21 van het hierboven aangehaalde arrest.

59 — Zie arrest C-3/88 (Commissie/Italië, reeds aangehaald), en arrest C-360/89 (Commissie/Italië, reeds aangehaald) besproken in punt 34.

toegepast op verschillende situaties." [60] Een ongelijke behandeling van twee categorieën belastingplichtigen „kan worden aangemerkt als discriminatie in de zin van het Verdrag, wanneer er geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een verschillende behandeling van beide categorieën belastingplichtigen *op dit punt*". [61] Ofschoon er onmiskenbare verschillen bestaan tussen vennootschappen met en vennootschappen zonder winstoogmerk, moet dus worden vastgesteld, of er objectieve verschillen zijn die het in deze zaak aan de orde zijnde verschil in behandeling rechtvaardigen. [62]

37. Op het gebied van de verlening van door openbare middelen gefinancierde sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied kunnen vennootschappen met en vennootschappen zonder winstoogmerk naar mijn mening dezelfde functie vervullen. Beide behoeven toestemming om tehuizen voor bejaarden te exploiteren krachtens artikel 50 van de wet van 1986 en de meer gedetailleerde voorwaarden van de PSA. Deze bepalingen leggen het vereiste kwaliteitsniveau van de verpleging en de faciliteiten in tehuizen vast, ongeacht de aard van de eigenaar van die tehuizen. In tegenstelling tot de door de Italiaanse regering geponeerde stelling doet niet ter zake, dat toegelaten tehuizen aan strengere normen moeten voldoen op het gebied van de vakbekwaamheid van hun personeel in de gezondheidszorg. Ook al zou een vennootschap met winstoogmerk bereid zijn aan deze eisen te voldoen, dan nog zou deze geen toestemming krijgen om een overeenkomst te sluiten. In casu is geen sprake van objectieve verschillen tussen de betrokken partijen. Het verschil in het vereiste kwaliteitsniveau van de verpleging in toegelaten en niet-toegelaten tehuizen komt juist voort uit hetzelfde wettelijke stelsel dat tot de ongelijke behandeling leidt. Bovendien krijgen de toegelaten tehuizen de kosten van gezondheidszorg volledig, zij het tot een bepaald maximum, vergoed. Geen van de partijen heeft gesteld, dat er een verband bestaat tussen de extra kosten die de strengere normen ten aanzien van het personeel met zich brengen enerzijds en de vergoeding anderzijds. Er is geen wezenlijk verschil tussen de niet de gezondheidszorg betreffende sociale-bijstandsdiensten (dus de woonruimte) die door aanbieders met winstoogmerk en die door aanbieders zonder winstoogmerk worden verricht. Immers, beide moeten dezelfde taken uitvoeren en dezelfde normen in acht nemen en beide vallen onder hetzelfde vergoedingsstelsel voor behoeftige bewoners.

38. De Italiaanse regering heeft het verschil in behandeling getracht te rechtvaardigen met een beroep op de sociale solidariteit, waarbij zij onder meer verwees naar arti-

60 — Arresten Wielockx (reeds aangehaald, r. o. 17), en Asscher (reeds aangehaald, r. o. 40).

61 — Arrest Asscher (reeds aangehaald, r. o. 42, cursivering van mij). Zo kan ook een belastingvoordeel dat is voorbehouden aan vennootschappen die hun fiscale zetel op het grondgebied van een Lid-Staat hebben, discriminerend zijn ten opzichte van vennootschappen die hun zetel in een andere Lid-Staat hebben, omdat de laatstgenoemde categorie meestal ook een fiscale zetel buiten het grondgebied van de betrokken Lid-Staat heeft, tenzij een relevant objectief onderscheid kan worden gemaakt tussen beide categorieën vennootschappen: arrest Commerzbank (reeds aangehaald, r. o. 15 en 16).

62 — In arrest C-353/89 (Commissie/Nederland, reeds aangehaald) merkte het Hof een Nederlandse regel aan als een beperking van de vrijheid van dienstverlening, volgens welke regel derden geen winst mochten behalen uit reclameboodschappen die vanuit andere Lid-Staten in Nederland worden uitgezonden, omdat deze regel buitenlandse omroepinstellingen dwong het Nederlandse model over te nemen. Het Hof overwoog voorts: „Indien de Nederlandse regering dat pluriforme karakter in stand wenst te houden, kan zij er zeer wel mee volstaan, aan het statuut van haar eigen omroepinstellingen een passende vorm te geven" (r. o. 42). Ofschoon dit het beginsel weerspiegelt, dat Lid-Staten een grotere vrijheid hebben om de activiteiten van op hun grondgebied gevestigde ondernemingen te regelen dan de activiteiten van ondernemingen die diensten vanuit het buitenland leveren, in welker regeling in het algemeen belang zeer wel kan worden voorzien door de eigen staat, impliceert dit niet, dat een nationale regel die de nonprofitsector begunstigt, geen beperking kan opleveren van de vrijheid van vestiging.

kel 38 van de Italiaanse Grondwet en naar de discretionaire bevoegdheid van de Regioni om deelname aan het conventionele regime te beperken tot die organisaties wier hoogste prioriteit het nastreven van sociale doeleinden is. Aldus zouden de openbare middelen uitsluitend worden aangewend ter dekking van de basiskosten van de gezondheidszorg van de in tehuizen verblijvende bejaarden, zonder dat een deel daarvan werd gereserveerd als winst voor de eigenaren der tehuizen. Ter terechtzitting verwees de Italiaanse regering naar de traditioneel sociale taak van religieuze liefdadigheidsinstellingen, waarvan een grotere toewijding aan de hulpverlening aan armen mocht worden verwacht dan van commerciële bedrijven. Daar deze instellingen geen winstoogmerk hadden, vormden de door de Regione verstrekte subsidies een belangrijke bron van inkomsten voor hen, temeer daar de door hen verleende diensten op gezondheidsgebied niet konden worden gefinancierd uit winsten van andere door hen verrichte activiteiten.

39. Mijns inziens is de Italiaanse regering er niet in geslaagd aan te tonen, dat het besluit van de Regione Lombardia om commercieel geëxploiteerde tehuizen uit te sluiten van de vergoeding van de kosten van de gezondheidszorg gerechtvaardigd is. In de eerste plaats dient in herinnering te worden geroepen, dat tehuizen met winstoogmerk het recht hebben verblijfszorg aan bejaarden aan te bieden, met inbegrip van de in casu aan de orde zijnde diensten van de gezondheidszorg. Dit recht is, zoals de Italiaanse regering heeft benadrukt, vastgelegd in de Italiaanse Grondwet. Voorts zouden de strengere normen die, naar wordt beweerd, voor toegelaten tehuizen gelden, evenzeer van toepassing zijn op commercieel geëxploiteerde tehuizen, indien deze tot het conventionele stelsel worden toegelaten. In de derde plaats weerhoudt niets de Regione ervan om zodanige vergoedingen aan commerciële tehuizen te verstrekken, dat ieder winstelement bij het verlenen van diensten op gezondheidsgebied is uitgesloten, waardoor deze tehuizen in zoverre in dezelfde postitie komen als de bestaande tehuizen zonder winstoogmerk. Dit vereiste lijkt ook reeds impliciet te zijn opgenomen in de leden 10 en 11 van artikel 18 van de wet van 1980. Een dergelijke oplossing zou helderder zijn en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten minder beperken dan een volledige uitsluiting van het conventionele stelsel. Commerciële tehuizen zouden in dat geval nog steeds winst kunnen trachten te behalen uit het puur op de verblijfszorg betrekking hebbende onderdeel van hun activiteiten of door aanvullende, door de bewoners zelf te betalen diensten op het gebied van de gezondheidszorg te verstrekken. In de vierde plaats zou de toelating van vennootschappen met winstoogmerk tot het conventionele stelsel geen uitsluiting van traditionele liefdadigheidsinstellingen van dat stelsel tot gevolg hebben.

Het belang van artikel 90, lid 2, van het Verdrag

40. Het is noodzakelijk even kort stil te staan bij de mogelijke toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag in het kader van een beperking van de vrijheid van vestiging. Ook al werd aangenomen, dat ingevolge artikel 90, lid 2, mag worden afgeweken van alle verdragsregels [63], en ook al zouden toegela-

63 — Zie arresten van 19 maart 1991 (zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223, r. o. 12); 10 december 1991 (zaak C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Jurispr. 1991, blz. I-5889, r. o. 27); en 19 mei 1993 (zaak C-320/91, Corbeau, Jurispr. 1993, blz. I-2533, r. o. 14); zie ook arrest van 10 juli 1984 (zaak 72/83, Campus Oil, Jurispr. 1984, blz. 2727, r. o. 19). Deze rechtspraak is door advocaat-generaal Cosmas besproken in zijn conclusie van 26 november 1996 in de gevoegde zaken C-157/94-C-160/94, Commissie/Nederland, Italië, Frankrijk en Spanje, punten 86-90. Hij komt daarin tot de conclusie, dat artikel 90, lid 2, van toepassing zou moeten zijn op verdragsregels inzake het vrije verkeer van goederen.

ten tehuizen worden beschouwd als ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, dan nog zou dit mijns inziens niets veranderen aan de uitkomst van de hierboven door mij gemaakte analyse. Artikel 90, lid 2, staat een afwijking van de verdragsregels alleen toe, wanneer de toepassing van die regels de vervulling van de aan de betrokken ondernemingen toevertrouwde bijzondere taak feitelijk of rechtens zou verhinderen. Onder punt 31 merkte ik reeds op, dat de toepassing van de verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging in de Regione Lombardia geen afbreuk zou doen aan de financiering van sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied in bejaardentehuizen of aan de voorgeschreven kwaliteitsstandaard. Onder punt 37 heb ik uiteen gezet, dat er geen objectief verschil tussen vennootschappen met en vennootschappen zonder winstoogmerk ten aanzien van de uitvoering van de hun bij wet opgedragen taken bestaat dat de uitsluiting van de eerstgenoemden van het conventionele regime zou kunnen rechtvaardigen. In deze omstandigheden is niet voldaan aan de voorwaarde voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

Conclusie ten aanzien van de tweede en derde vraag

41. Uit de voorgaande analyse concludeer ik, dat een beperking van het recht om overeenkomsten met USSL te sluiten voor het verrichten van sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied, tot particuliere aanbieders zonder winstoogmerk, een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit vormt en dus een verboden beperking van de vrijheid van vestiging.

D — *De vierde vraag*

42. Teneinde de vierde vraag te beantwoorden, moet worden nagegaan, of verzoeksters in het hoofdgeding een beroep kunnen doen op de verdragsbepalingen inzake dienstverrichting. Volgens mij is dit niet het geval.

43. Uit onder meer de uitspraak van het Hof in de zaak Alpine Investments blijkt duidelijk, dat „de vrijheid van dienstverrichting door een onderneming [kan] worden ingeroepen tegenover de staat waar zij is gevestigd, wanneer de diensten worden verricht ten behoeve van in een andere Lid-Staat gevestigde personen". [64] Dit standpunt is geenszins onverenigbaar met de overweging in het arrest Gebhard, dat „(...) de bepalingen betreffende de diensten slechts van toepassing zijn, indien de bepalingen betreffende het recht van vestiging dat niet zijn". [65] Die overweging, die eveneens wordt weerspiegeld in hetgeen ik in punt 22 hierboven heb gezegd, houdt in, dat een onderneming die

64 — Arrest van 10 mei 1995 (zaak C-384/93, Jurispr. 1995, blz. I-1141, r. o. 30); zie ook arresten van 13 december 1989 (zaak C-49/89, Corsica Ferries France, Jurispr. 1989, blz. 4441, r. o. 10 en 11); 17 mei 1994 (zaak C-18/93 Corsica Ferries, Jurispr. 1994, blz. I-1783, r. o. 30); 14 juli 1994 (zaak C-379/92, Peralta, Jurispr. 1994, blz. I-3453, r. o. 40), en 5 oktober 1994 (zaak C-381/93, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1994, blz. I-5145, r. o. 14).

65 — Reeds aangehaald, r. o. 22.

geacht wordt zich in een andere Lid-Staat dan haar staat van herkomst te hebben gevestigd, niet tegelijkertijd geacht kan worden diensten in diezelfde Lid-Staat te verrichten. Wel kan de onderneming vanuit die Lid-Staat diensten gaan verrichten in een derde Lid-Staat (of zelfs in haar eigen staat van herkomst) dan wel ten behoeve van personen die in die derde Lid-Staat woonachtig zijn; alsdan zijn de artikelen 59 en 60 van toepassing.

44. Toch geloof ik niet, dat de activiteiten van verzoeksters kunnen worden aangemerkt als het verrichten van diensten ten behoeve van personen die in andere Lid-Staten dan Italië zijn gevestigd. Zij hebben gesteld, dat 2 % van hun bewoners niet-Italianen zijn die gewoonlijk één tot drie jaar in het tehuis verblijven, terwijl ongeveer 10 % van de jaarlijkse verzoeken om inlichtingen afkomstig zijn van personen die woonachtig zijn in andere Lid-Staten. In de redenering van verzoeksters verrichten zij diensten die vergelijkbaar zijn met die van een hotel. Personen die woonachtig zijn in andere Lid-Staten, hebben volgens hen op grond van het gemeenschapsrecht het recht om naar Italië te reizen teneinde aldaar deze diensten te ontvangen. [66] Ik acht deze vergelijking weinig overtuigend, daar het verblijf van de bewoners in de tehuizen van verzoeksters door een veel langere duur wordt gekenmerkt dan het verblijf in hotels.

45. Het Hof overwoog in het arrest Debauve [67], dat „(...) de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten niet van toepassing kunnen zijn op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten in één enkele Lid-Staat afspelen". [68] In het arrest Steymann [69] oordeelde het Hof, dat „uit de tekst van artikel 60 (...) immers [blijkt], dat een werkzaamheid die duurzaam wordt uitgeoefend of waarvan althans het einde niet valt te voorzien, niet onder de gemeenschapsbepalingen inzake dienstverrichting kan vallen. Zij kan echter, naar gelang het geval, wel vallen binnen de werkingssfeer van de artikelen 48 tot en met 51 en 52 tot en met 58 van het Verdrag". Het Hof concludeerde, dat „de artikelen 59 en 60 van het Verdrag niet van toepassing zijn op het geval waarin een onderdaan van een Lid-Staat zich naar het grondgebied van een andere Lid-Staat begeeft en er zijn hoofdverblijf vestigt, ten einde er gedurende onbepaalde tijd diensten te verrichten *of te ontvangen.*" [70]

46. Ik zie geen reden om van deze rechtspraak af te wijken. In de eerste plaats weerspiegelt zij de tekst van artikel 59 van het Verdrag, die van dienstverrichters spreekt die „in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht". Uitzonderingen op dit letterlijke voorschrift

66 — Arrest van 31 januari 1984 (gevoegde zaken 286/82 en 26/83, Luisi en Carbone, Jurispr. 1984, blz. 377, r. o. 10).

67 — Arrest van 18 maart 1980 (zaak 52/79, Jurispr. 1980, blz. 833).

68 — R. o. 9; zie ook arrest van 26 februari 1991 (zaak C-154/89, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1991, blz. I-659, r. o. 9). In zaak 186/87 (Cowan, reeds aangehaald) stelde advocaat-generaal Lenz onder punt 14 van zijn conclusie vast, dat „enkel [is vereist], dat de verlener en de ontvanger van de dienst niet op dezelfde plaats wonen".

69 — Arrest van 5 oktober 1988 (zaak 196/87, Jurispr. 1988, blz. 6159, r. o. 16).

70 — R. o. 17, die in het dictum is herhaald. Cursivering van mij.

zijn slechts toegestaan, voor zover alle relevante aspecten van de betrokken activiteit zich niet binnen één enkele Lid-Staat afspelen, zoals, bijvoorbeeld, ingeval iemand diensten van beperkte duur verricht in een andere Lid-Staat dan die waar hij is gevestigd, ten behoeve van een ontvanger die in dezelfde Lid-Staat als hijzelf is gevestigd. [71] Aldus blijft het element van grensoverschrijdend „verkeer" van „produkten" die niet als „goederen" kunnen worden aangemerkt, behouden. [72]

47. In de tweede plaats zou het niet te rijmen zijn met het in artikel 60 tot uitdrukking gebrachte secundaire karakter van het hoofdstuk betreffende de diensten ten opzichte van de hoofdstukken betreffende de werknemers en de vestiging, indien personen die hun recht op vrij verkeer krachtens de hierboven genoemde bepalingen hebben uitgeoefend, nog steeds als ontvangers van diensten zouden kunnen worden behandeld in de Lid-Staat waar zij zich hebben gevestigd. Inderdaad vallen onderdanen van een Lid-Staat die zich permanent of voor onbepaalde tijd in een andere Lid-Staat hebben gevestigd, doch daar geen economische activiteit uitoefenen (hetgeen hoogstwaarschijnlijk de situatie is van de bewoners in de tehuizen van verzoeksters), niet onder de werkingssfeer van de artikelen 48 tot en met 51 of de artikelen 52 tot en met 58 van het Verdrag. Ofschoon advocaat-generaal Lenz in de zaak Commissie/Frankrijk [73] op de noodzaak heeft gewezen om een leemte te voorkomen, zou het echter onlogisch zijn, dergelijke personen als ontvangers van diensten te behandelen, maar werknemers en zelfstandigen die eveneens permanent of voor onbepaalde tijd in de betrokken Lid-Staat verblijven, niet. [74] Het recht van permanent in een Lid-Staat woonachtige personen om in de hoedanigheid van ontvangers van diensten een beroep te doen op de verdragsbepalingen inzake dienstverrichting, zou anders namelijk variren al naargelang de betrokken persoon een economische activiteit heeft uitgeoefend, en zou derhalve in de loop van de tijd zelfs bij een en dezelfde persoon aan verandering onderhevig kunnen zijn.

48. Aan het begrip „diensten" in de zin van het Verdrag ligt de gedachte ten grondslag, dat het verblijf van ontvangers van diensten in een andere Lid-Staat niet van permanente of onbepaalde duur, doch slechts van tijdelijke of vooraf bepaalde duur is. [75] Om prak-

71 — Arrest in zaak C-154/89 (Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, r. o. 7 en 10).

72 — Deze ruime definitie van het begrip „diensten" werd door advocaat-generaal Lenz voorgesteld in de zaak Cowan (reeds aangehaald, punt 13 van zijn conclusie) alsmede in zaak C-154/89 (Commissie/Frankrijk, punt 17 van zijn conclusie).

73 — Zaak C-154/89 (reeds aangehaald, punt 19 van de conclusie).

74 — Een persoon die geen economische activiteit uitoefent, kan evenwel duurzaam verblijf houden in een andere Lid-Staat dan zijn staat van herkomst, indien hij voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB 1990, L 180, blz. 26) of van richtlijn 90/365/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd (PB 1990, L 180, blz. 28). Inmiddels is een verblijfsrecht voor onderdanen van de Unie gecreëerd bij artikel 8 A van het Verdrag, ingevoegd bij het Unieverdrag.

75 — Uit de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 73/148/EEG van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de Lid-Staten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten (PB 1973, L 172, blz. 14) opgenomen verplichting van Lid-Staten om een verblijfsvergunning af te geven ten bewijze van het verblijfsrecht van personen die diensten verrichten of ontvangen voor een periode langer dan drie maanden, blijkt dat de periode die door een ontvanger van diensten in een Lid-Staat wordt doorgebracht, niet van zeer geringe duur behoeft te zijn. Dit doet echter niet af aan mijn conclusie in deze zaak, dat het verblijf desondanks tijdelijk of aan een duidelijke termijn gebonden moet zijn, wil het verblijf binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake dienstverrichting vallen. Zie ook artikel 1 van richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (PB 1964, L 56, blz. 850).

tische redenen, althans in de omstandigheden van deze zaak, kan alleen aan de hand van de aard van het aangeboden „product" worden vastgesteld, of aan deze voorwaarde is voldaan. In casu spelen alle relevante aspecten van de werkzaamheden van verzoeksters zich af in Italië. Het enige grensoverschrijdende aspect is, dat sommige van hun potentiële bewoners niet de Italiaanse nationaliteit hebben. Men mag er evenwel van uitgaan, dat een persoon die zich van de ene naar de andere Lid-Staat begeeft om in een bejaardentehuis te verblijven, van meet af aan de intentie heeft daar permanent dan wel voor onbepaalde duur te verblijven, zelfs wanneer hij naderhand van gedachten verandert en naar zijn staat van herkomst terugkeert. [76] Dit geldt zeker, wanneer een beroep op de verdragsbepalingen inzake dienstverrichting wordt gedaan door een dienstverrichter die zijn diensten over de hele wereld aanbiedt — en aantoont, dat tevoren reeds een identificeerbare ontvanger bestond [77] — in plaats van door een bepaalde ontvanger die wat hem persoonlijk betreft zou kunnen aantonen, dat hij enkel plannen voor een tijdelijk verblijf had. Ter terechtzitting hebben verzoeksters in het hoofdgeding het geval aangehaald van een niet-Italiaanse gemeenschapsburger die tijdelijk in een van hun tehuizen in de Regione Lombardia had vertoefd om te herstellen van een operatieve ingreep. De aanwezige bewijsstukken tonen evenwel aan, dat verzoeksters aan bejaarden hoofdzakelijk verblijfsfaciliteiten op permanente basis of voor onbepaalde tijd aanbieden. Het lijkt mij dan ook niet zinvol, dergelijke op zichzelf staande gevallen, waaraan de nationale rechter in het geheel geen aandacht heeft besteed in zijn verwijzingsbeschikking, bij mijn analyse te betrekken.

49. Op grond van het voorgaande concludeer ik, dat verzoeksters in het hoofdgeding zich niet kunnen beroepen op de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening.

E — *De vijfde vraag*

50. Ingevolge de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 van het Verdrag mogen de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. [78] Nergens uit de verwijzingsbeschikking of uit andere elementen van het dossier blijkt, dat de publieke vennootschappen zonder winstoogmerk die een overeenkomst met de USSL

76 — Dit sluit aan bij het standpunt van advocaat-generaal Lenz in de punten 28 en 29 van zijn conclusie in de zaak Cowan (reeds aangehaald). Hij sprak in dat verband zijn voorkeur uit voor een redenering ex ante, waarbij de status van een ontvanger van diensten wordt bepaald bij aanvang van de reis, boven een redenering ex post waarbij de daadwerkelijk ontvangen diensten als uitgangspunt worden genomen.

77 — Zie arrest Alpine Investments (reeds aangehaald, r. o. 19).

78 — Arrest van 17 oktober 1995 (gevoegde zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, DIP e. a., Jurispr. 1995, blz. I-3257, r. o. 14). Ten aanzien van artikel 85 van het Verdrag, zie ook arresten van 21 september 1988 (zaak 267/86, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769, r. o. 16); 17 november 1993 (zaak C-185/91, Reiff, Jurispr. 1993, blz. I-5801, r. o. 14), en 9 juni 1994 (zaak C-153/93, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, Jurispr. 1994, blz. I-2517, r. o. 14); ten aanzien van artikel 86, zie arrest van 16 november 1977 (zaak 13/77, INNO, Jurispr. 1977, blz. 2115, r. o. 31).

hebben gesloten om bejaardentehuizen in de Regione Lombardia te exploiteren, afspraken ter beperking of ter uitsluiting van de mededinging hebben gemaakt of hun gedragingen onderling hebben afgestemd in strijd met artikel 85 van het Verdrag. Evenmin kan het bestaan van dergelijke afspraken of gedragingen worden afgeleid uit de regels die in casu aan de orde zijn. [79] Bijgevolg kan er geen sprake van zijn, dat de Regione Lombardia het tot stand komen van dergelijke afspraken of gedragingen heeft opgelegd of begunstigd dan wel de werking daarvan heeft versterkt. Bovendien blijkt nergens uit het dossier, dat de Regione Lombardia aan haar eigen regeling het wetskarakter heeft ontnomen door de publiekrechtelijke beslissingsbevoegdheid aan particuliere marktdeelnemers over te dragen. [80] Ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag wijst niets erop, dat een van de ondernemingen een machtspositie zou innemen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. [81]

51. Het Hof heeft duidelijk gemaakt, dat het creren van een machtspositie door de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag als zodanig nog niet onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag. [82] Desalniettemin kan het enkele bestaan van een monopolie misbruik opleveren van een machtspositie, wanneer de onderneming waaraan dit uitsluitend recht is toegekend, kennelijk niet in staat is aan de op de betrokken markt bestaande vraag te voldoen, ten nadele van hen die gebruik willen maken van de betrokken dienst. [83] Ook al zou echter het sluiten van een overeenkomst met de USSL in de Regione Lombardia worden aangemerkt als de toekenning van bijzondere rechten in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag, dan nog is in casu niet komen vast te staan, dat er sprake is van een dergelijk misbruik van de omstandigheden. In het kader van een stelsel van sociale bijstand kan het feit, dat alle verblijfscapaciteit in de toegelaten tehuizen is benut en dat er wachtlijsten in bepaalde gebieden bestaan, heel goed worden verklaard door de grenzen die nu eenmaal inherent zijn aan de publieke uitgaven, in plaats van een aanwijzing te vormen van een onvermogen om aan de vraag op de markt te voldoen (voor zover dit begrip al enige betekenis heeft bij de door de overheid gefinancierde dienstverrichtingen). Een vrije mededinging lijkt alleen te bestaan op het kleine deel van de markt voor verblijfszorg voor bejaarden, waar de sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied niet uit openbare middelen worden gefinancierd, en er dus ruimte is om te voldoen aan een aanvullende vraag naar diensten waarvan de kosten door particulieren worden gedragen.

52. Ik concludeer derhalve, dat de omstandigheden zoals omschreven in de vijfde vraag geen inbreuk op de artikelen 3, sub g, 5, 85, 86 of 90 van het Verdrag opleveren.

79 — Arresten Reiff (reeds aangehaald, r. o. 15), en Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (reeds aangehaald, r. o. 15).

80 — Arresten Van Eycke (reeds aangehaald, r. o. 16); Reiff (reeds aangehaald, r. o. 14), en Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (reeds aangehaald, r. o. 14).

81 — Overeenkomstig de arresten van het Hof van 27 april 1994 (zaak C-393/92, Almelo, Jurispr. 1994, blz. I-1477, r. o. 42), en in de zaak DIP (reeds aangehaald, r. o. 26), is voor het bestaan van een collectieve machtspositie vereist, dat de betrokken ondernemingen door zodanige banden met elkaar verenigd zijn, dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren. Dit laatste is niet komen vast te staan. In r. o. 27 van zijn arrest in de zaak DIP verklaarde het Hof voor recht, dat een collectieve machtspositie wordt gekenmerkt door de omstandigheid, dat onderlinge mededinging tussen de handelaars ontbreekt. Ten aanzien van de toegelaten tehuizen in de Regione Lombardia is dit laatste niet aangetoond.

82 — Arrest van 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 17), en arrest Höfner en Elser (reeds aangehaald, r. o. 29).

83 — Arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, r. o. 30 en 31.

V — Conclusie

53. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, als volgt te beslissen:

„1) De Lid-Staten zijn niet verplicht, normatieve handelingen van algemene strekking te motiveren, ook niet wanneer deze de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten kunnen raken.

2) Een nationale bepaling die het recht om overeenkomsten te sluiten met plaatselijke sociale-zekerheidsinstanties voor de verlening van door de overheid gefinancierde sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied, voorbehoudt aan particuliere aanbieders zonder winstoogmerk vormt een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit en daarmee een beperking van de vrijheid van vestiging, indien het hoogst waarschijnlijk is dat deze instellingen zonder winstoogmerk in de betrokken Lid-Staat gevestigde instellingen zijn.

3) Verzoeksters in het hoofdgeding kunnen zich niet beroepen op de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening.

4) De nationale regelgeving die in het hoofdgeding aan de orde is, is niet in strijd met de artikelen 3, sub g, 5, 85, 86 of 90 van het Verdrag."