Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
V. TRSTENJAK
fremsat den 18. april 2012 [1]

Sag C-562/10

Europa-Kommissionen
mod

Forbundsrepublikken Tyskland

»Traktatbrudssøgsmål — artikel 56 TEUF — fri udveksling af tjenesteydelser — selvstændigt socialt sikringssystem til dækning af risikoen for plejebehov — naturalydelser ved plejebehov — den plejekrævendes midlertidige ophold i en anden medlemsstat — national plejeforsikringsordning, som ikke for naturalplejeydelser, der er erlagt i opholdsmedlemsstaten, fastsætter refusion af udgifter i samme størrelsesorden som for de i forsikringsstaten ydede naturalplejeydelser«

I – Indledning

1. Efter Domstolens afgørelser i Molenaar-sagen [2] og Chamier-Gliszinski-sagen [3] skal der nu endnu engang tages stilling til, hvorvidt Forbundsrepublikken Tysklands sociale plejeforsikring er i overensstemmelse med EU-retten. Den sociale plejeforsikring blev ved »Elftes Buch Sozialgesetzbuch« (11. bog i den tyske sociale lovbog, herefter »SGB XI«) [4] indført som en tvungen forsikringsordning fra den 1. januar 1995 og har til formål at dække risikoen for plejebehov. EU-retligt klassificeres den sociale plejeforsikring, der yder kontant- og naturalydelser til de forsikrede, i Domstolens retspraksis under ydelser i anledning af sygdom [5].

2. Genstanden for sagen er endnu engang SGB XI's § 34 stk. 1, nr. 1, hvorefter retten til naturalydelser fra plejeforsikringen, bortset fra visse snævre undtagelser, principielt er suspenderet, så længe den forsikrede person opholder sig i udlandet.

3. Den praktiske betydning af denne begrænsning er betydelig, fordi forsikrede tyskere ikke sjældent opholder sig i udlandet, hvilket kan have den konsekvens, at vedkommende er afskåret fra at modtage bestemte ydelser fra den tyske plejeforsikring.

1 — Originalsprog: tysk. Processprog: tysk.

2 — Domstolens dom af 5.3.1998, sag C-160/96, Sml. I, s. 843.

3 — Domstolens dom af 16.7.2009, sag C-208/07, Sml. I, s. 6095.

4 — Ellevte bog i den sociale lovbog – social plejeforsikring – (artikel 1 i lov af 26.5.1994, BGBl. I, s. 1014), som senest er blevet ændret ved artikel 4 i lov af 22.12.2011, BGBl. I, s. 2983.

5 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 30.6.2011, sag C-388/09, da Silva Martins, Sml. I, s. 5737, præmis 38 og 42. For fuldstændighedens skyld skal det bemærkes, at den sociale plejeforsikring principelt ikke henhører under anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/24/EU af 9.3.2011 om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser (EUT L 88, s. 45), der skal gennemføres senest den 25.10.2013. I henhold til 14. betragtning til og artikel 1, stk. 3, litra a), i direktivet finder dette nemlig ikke anvendelse på »ydelser på området langtidspleje, hvis formål er at støtte personer, der har brug for hjælp til at klare rutinemæssige, dagligdags opgaver«. Desuden er det nævnte direktiv heller ikke i *tidsmæssig henseende* relevant i den foreliggende sag. Som følge af den tomånedersfrist, som er blevet fastsat i den begrundede udtalelse, som tilgik sagsøgte den 23.11.2009, er det nemlig retsstillingen, som den var den 23.1.2010, der er afgørende, og det nævnte direktiv, som først trådte i kraft i 2011, kan følgelig ikke inddrages.

4. Dette har for det første betydning, for så vidt som der inden for den senere tid har været en tendens til, at navnlig personer, der er meget plejekrævende, varigt tager ophold uden for Forbundsrepublikken Tysklands område i håb om at opnå bedre eller billigere forsorgsmuligheder [6].

5. For det andet opstår spørgsmålet om, hvorvidt sociale plejeforsikringsydelser også kan »eksporteres« [7] til udlandet, imidlertid også, når plejekrævende tyskere som følge af ferie eller erhverv blot opholder sig midlertidigt i udlandet.

6. Domstolen har allerede flere gange haft lejlighed til at efterprøve, hvorvidt reglerne i den tyske sociale plejeforsikring er i overensstemmelse med EU-retten.

7. I Molenaar-dommen [8] udtalte Domstolen – på baggrund af princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed og forordning nr. 1408/71 – at den tyske plejegodtgørelse (»Pflegegeld«) er en kontantydelse, som den forsikrede uden tidsmæssige begrænsninger også skal kunne kræve udbetalt i en anden medlemsstat end Tyskland [9]. Den tyske lovgiver har i mellemtiden taget denne dom til efterretning og således anerkendt, at plejegodtgørelsen kan »eksporteres« til en anden medlemsstat i EU.

8. Ud fra EU-rettens synsvinkel er situationen en anden for så vidt angår naturalplejeydelser. Dette emne var genstand for Chamier-Glisczinski-dommen [10], der vedrørte fuld pleje på et plejecenter i Østrig. Domstolen besvarede spørgsmålet, om en tysk forsikret set i lyset af artikel 18 EF (nu artikel 21 TEUF) kan gøre krav på naturalplejeydelser i et andet EU-land på samme måde som i Tyskland, benægtende og begrundede dette med, at spørgsmålet, om naturalydelsen kan oppebæres, afhænger af lovgivningen i opholdsmedlemsstaten [11], og at det må accepteres, at de forsikrede eventuelt er dårligere stillet end efter lovgivningen i forsikringsstaten, da der ikke er sket en EU-retlig harmonisering af socialsikringsretten [12].

9. I modsætning til Chamier-Glisczinski-sagen omhandler det foreliggende traktatbrudssøgsmål ikke fuld pleje på et plejecenter, men derimod ret til plejetjenester og plejeudstyr til en forsikret, der plejes i hjemmet, og som midlertidigt, f.eks. på grund af ferie, opholder sig i en anden medlemsstat.

10. Da SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1, for så vidt er til hinder for, at den pågældende kan benytte sig af den sociale plejeforsikring, påstår Europa-Kommission, at artikel 56 TEUF er tilsidesat.

6 — For nylig rapporterede SPIEGEL online om såkaldte »demens-centre« i Thailand; artiklen kan findes på: http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,773044-3,00.html

7 — Jf. om det plastiske udtryk »eksport af ydelser« »Den fælles rundskrivelse fra plejeforsikringsinstitutionernes centralorganisationer om plejeforsikringsydelser under ophold i udlandet« af 13.9.2006, nr. 1.2, der kan findes på: http://www.sindbad-mds.de/infomed/sindbad.nsf/002568A2003D5BAE/B6FAF6382466683E00256C72005C0D2C?OpenDocument, samt A. Bassen, »Export von Sachleistungen der Pflegeversicherung nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache von Chamier-Glisczinski«, *NZS* 2010, s. 479 ff.

8 — Molenaar-dommen, præmis 36-39.

9 — Jf. desuden nærmere om spørgsmålet angående indbetaling af pensionsforsikringsbidrag for en person, der yder pleje til en plejekrævende person i hjemmet, Domstolens dom af 8.7.2004, forenede sager C-502/01 og C-31/02, Gaumain-Cerri og Barth, Sml. I, s. 6483, præmis 36.

10 — Dommens præmis 24-28, 63-65 og 83-88 samt punkt 2 i domskonklusionen.

11 — Dommens præmis 65.

12 — Dommens præmis 84 og 85.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

1. Forordning (EØF) nr. 1408/71

11. Artikel 22, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet[13], bestemmer følgende om det tilfælde, at der tages ophold uden for den kompetente stat:

»En arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, som opfylder de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser for ret til ydelser [...], og

a) hvis tilstand kræver naturalydelser, der fra et medicinsk synspunkt bliver nødvendige under et ophold på en anden medlemsstats område, under hensyntagen til ydelsernes art og opholdets forventede varighed

[…]

har ret til:

i) naturalydelser, der for den kompetente institutions regning ydes af opholds- eller bopælsstedets institution efter den lovgivning, der gælder for denne institution, som om han var forsikret dér […]

ii) kontantydelser, der udbetales af den kompetente institution efter den for denne institution gældende lovgivning. Efter aftale mellem den kompetente institution og opholds- eller bopælsstedets institution kan disse ydelser dog udbetales af den sidstnævnte institution for den førstnævnte institutions regning efter bestemmelserne i den kompetente stats lovgivning.

[…]«

12. Artikel 31 i forordning nr. 1408/71 indeholder en lignende bestemmelse om »pensionistens (rentemodtagerens) og/eller hans familiemedlemmers ophold i en anden stat end den, hvor de er bosat«.

13. Artikel 36, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 bestemmer følgende:

»De naturalydelser, der udredes af en medlemsstats institution for en anden medlemsstats institutions regning i medfør af bestemmelserne i dette kapitel, refunderes fuldt ud.«

2. Forordning (EF) nr. 883/2004

14. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger[14] har, som omhandlet i forordningens artikel 90, afløst forordning nr. 1408/71 med virkning fra den 1. maj 2010[15].

13 — EFT 1971 II, s. 366, senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 592/2008 af 17.6.2008 (EUT L 177, s. 1).

14 — EUT L 166, s. 1, seneste ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1244/2010 af 9.12.2010, EUT L 338, s. 35.

15 — Jf. artikel 91 i nævnte forordning.

15. Artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 883/2004 bestemmer følgende om den situation, at der er tale om ophold uden for den kompetente medlemsstat:

»En forsikringstager eller hans familiemedlemmer, som opholder sig i en anden medlemsstat end den kompetente medlemsstat, har ret til de naturalydelser, der fra et medicinsk synspunkt bliver nødvendige under opholdet under hensyn til ydelsernes art og opholdets forventede varighed, jf. dog stk. 2. Naturalydelserne udredes for den kompetente institutions regning af institutionen på opholdsstedet efter den for denne institution gældende lovgivning, som var de pågældende forsikret i henhold til denne lovgivning.«

16. Artikel 27 og 35 i forordning nr. 883/2004 svarer i det væsentlige til artikel 31 og 36 i forordning nr. 1408/71.

B – *National ret*

17. SGB XI's § 34 lyder i sin nugældende affattelse – efter at bestemmelsen er blevet udvidet med stk. 1a [16]– som følger:

»(1) Retten til ydelser suspenderes:

1. så længe den forsikrede opholder sig i udlandet. Er der tale om et midlertidigt udlandsophold på op til seks uger i et kalenderår, udbetales der fortsat plejegodtgørelse i henhold til § 37 eller delvis plejegodtgørelse i henhold til § 38. For så vidt angår naturalplejeydelser er der kun ret til refusion heraf, såfremt den person, der sædvanligvis yder plejen, ledsager den forsikrede under udlandsopholdet

[…]

(1a) Retten til plejegodtgørelse i henhold til § 37 eller delvis plejegodtgørelse i henhold til § 38 suspenderes ikke, når plejekrævende forsikrede opholder sig i en medlemsstat i Den Europæiske Union, i en kontraherende stat i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde eller i Schweiz.

[…]«

18. SGB XI's § 36, stk. 1, bestemmer følgende om »naturalplejeydelser«:

»Plejekrævende har for så vidt angår pleje i hjemmet ret til grundlæggende pleje (»Grundpflege«) og hjemmehjælp til rengøring i form af naturalydelser (»häusliche Pflegehilfe«, hjemmepleje). [...] Hjemmepleje præsteres af egnede plejere, der enten er ansat af plejeforsikringsinstitutionen (»Pflegekasse«) eller hos udkørende tjenester, som har indgået en forsorgsaftale med plejeforsikringsinstitutionen. Hjemmepleje i form af naturalydelser kan også præsteres af enkeltpersoner, som plejeforsikringsinstitutionen har indgået aftale med. [...]«

16 — Indført ved artikel 7 i Gesetz zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa und zur Änderung anderer Gesetze af 22.6.2011 (BGBl. I, s. 1202). Som begrundelse for lovændringen henviste den tyske Forbundsdag i tryksag 17/4978 udtrykkeligt til Molenaar-dommen og til, at »ordlyden af SGB XI's § 34 [nu] er i overensstemmelse med EU-rettens krav«.

19. SGB XI's § 37 regulerer »plejegodtgørelse til plejehjælp, som den plejekrævende selv skaffer sig«, og bestemmer følgende:

»(1) Plejekrævende kan anmode om en plejegodtgørelse i stedet for hjemmepleje. Dette forudsætter, at den plejekrævende selv ved hjælp af plejegodtgørelsen sikrer, at han svarende til plejegodtgørelsens omfang modtager den nødvendige grundlæggende pleje og hjemmehjælp til rengøring på egnet vis. […]«

20. I henhold til SGB XI's § 38 er det muligt at vælge at kombinere kontantydelse og naturalydelse (»kombinationsydelse«). Den plejekrævende er principielt bundet af sin beslutning om, hvilket forhold der skal være mellem den kontantydelse og den naturalydelse, som han modtager, i seks måneder. Hvis der sker en væsentlig ændring af den plejekrævendes forhold, er det dog muligt at tilpasse afgørelsen den nye plejesituation som omhandlet i SGB X's § 48, stk. 1 [17], f.eks. hvis det faktiske behov eller det omfang, hvori plejerne står til rådighed, ændrer sig.

21. SGB XI's § 40 regulerer spørgsmålet om tilrådighedsstillelse af plejeudstyr og bestemmer følgende:

»(1) Plejekrævende har ret til at modtage plejeudstyr, der kan lette plejens udførelse, lindre den plejekrævendes smerter eller øge vedkommendes selvstændighed, i det omfang det pågældende udstyr ikke skal stilles til rådighed af sygeforsikringen eller en anden kompetent institution som følge af sygdom eller handicap. Plejeforsikringsinstitutionen efterprøver under medvirken af en sagkyndig plejer eller lægetjenesten, om det er nødvendigt at stille det plejeudstyr, der anmodes om, til rådighed. […]

(2) […]

(3) I de relevante tilfælde skal plejeforsikringsinstitutionerne fortrinsvis stille det tekniske plejeudstyr til rådighed til låns. De kan betinge lånet med, at den plejekrævende lader plejeudstyret tilpasse eller lader sig selv eller plejeren uddanne i brugen af udstyret […]«

III – Administrativ procedure

22. Baggrunden for traktatbrudssagen var den situation, at en tysker i to måneder om året opholdt sig på et kurhotel i en anden EU-medlemsstat sammen med sin plejekrævende hustru. I forbindelse med plejen af sin hustru i udlandet fik han støtte fra en udenlandsk ambulant plejetjenesteyder og måtte desuden leje en plejeseng dér. Den sociale plejeforsikring ydede imidlertid kun en plejegodtgørelse på et beløb, der var væsentligt lavere end værdien af de naturalplejeydelser, han kunne have krævet ved et ophold i Tyskland. Udgifterne til leje af plejesengen blev ikke refunderet.

23. Efter at Kommissionen havde fået kendskab til dette, anmodede den ved skrivelse af 19. september 2007 om supplerende oplysninger angående den relevante retlige ordning, og disse blev også stillet til Kommissionens rådighed ved skrivelse af 7. januar 2008. Ved en yderligere skrivelse af 17. oktober 2008 henviste Kommissionen derefter bl.a. til, at den sociale plejeforsikringsordning om refusion af omkostninger til ambulant pleje, der er opstået i et andet EU-land, muligvis var uforenelig med den frie udveksling af tjenesteydelser, og fastsatte en frist på to måneder til at tage stilling hertil. Den 17. december 2008 fremsatte Forbundsrepublikken Tyskland sin stillingtagen, hvori den modsatte sig Kommissionens retsopfattelse, og den uddybede sin holdning i yderligere skrivelser af henholdsvis 16. juli 2009 og 18. september 2009. Ved skrivelse af 23. november 2009 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse over for Forbundsrepublikken Tyskland.

17 — Denne bestemmelse regulerer spørgsmålet om ophævelse af en forvaltningsakt, der har permanent virkning, i det tilfælde, at forholdene ændrer sig.

24. Som svar på den begrundede udtalelse meddelte Forbundsrepublikken Tyskland, at der ville blive foretaget en lovændring vedrørende fortsat betaling af plejegodtgørelse ved ophold i et andet EU-land, men den fastholdt i øvrigt sin retsopfattelse.

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

25. Ved stævning af 29. november 2010, indgået til Domstolen den 30. november 2010, nedlagde Kommissionen i første omgang følgende påstande:

»1) Det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 TEUF, idet den

— i henhold til ordlyden af SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1), kun giver ret til plejegodtgørelse i højest seks uger under den plejekrævendes midlertidige ophold i et andet EU-land

— for plejetjenester, der gøres brug af under den plejekrævendes midlertidige ophold i et andet EU-land, og som leveres af en tjenesteyder, der er etableret i et andet EU-land, ikke fastsætter eller endog ved SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1, udelukker en refusion af udgifter i samme størrelsesorden som for plejetjenester, der ydes i Tyskland

— ikke refunderer udgifter til leje af plejeudstyr ved den plejekrævendes midlertidige ophold i et andet EU-land eller ved SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1, udelukker en refusion af udgifter, selv om disse ville blive refunderet i Tyskland, eller udstyr ville blive stillet til rådighed, og refusionen ikke ville have en fordobling eller en anden forhøjelse af de i Tyskland tildelte ydelser til følge.

2) Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

26. Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om frifindelse og om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27. Efter at Forbundsrepublikken Tyskland har ændret SGB XI's § 34 med henblik på i fremtiden at gøre det muligt at oppebære en plejegodtgørelse i et andet EU-land uden tidsbegrænsning, har Kommissionen ved et skriftligt indlæg af 2. december 2011 frafaldet den første påstand, mens den hvad angår de øvrige påstande fastholdt stævningen.

28. Forbundsrepublikken Tyskland har bifaldet, at den første påstand er blevet frafaldet, men har for så vidt angår de øvrige påstande, som Kommissionen fortsat gør gældende, fastholdt sin påstand om frifindelse og om, at Kommissionen skal tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V – Parternes væsentlige anbringender

29. *Kommissionen* er af den opfattelse, at de regler, der finder anvendelse ved midlertidige ophold i et andet EU-land om naturalplejeydelser som omhandlet i SGB XI's § 36 og om plejeudstyr som omhandlet i SGB XI's § 40, der fastsætter væsentlig lavere ydelser end ved pleje i Tyskland, ikke er forenelige med den frie udveksling af tjenesteydelser, som sikres ved artikel 56 TEUF. Ifølge Kommissionen fremgår det af Domstolens praksis, at medlemsstaterne skal overholde EU-retten ved udøvelsen af beføjelsen til at udforme deres sociale sikringssystemer. Artikel 56 TEUF kræver, at alle begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser ophæves, også hvis de måtte gælde ens for indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater, såfremt disse begrænsninger kan

være til hinder for lignende tjenesteyderes aktivitet i udlandet. Den tyske ordning gør det sværere at benytte sig af udenlandske tjenesteydere end af lignende tjenesteydere i indlandet. Også for så vidt angår ydelse af plejeudstyr ligger der en begrænsning deri, at udgifter til leje af sådant udstyr i udlandet ikke refunderes, selv hvis de ville kunne refunderes i indlandet.

30. Det kan heller ikke ses, at de førnævnte begrænsninger er begrundede. Den begrænsende ordning går videre end nødvendigt for at beskytte kvaliteten af de omhandlede tjenesteydelser eller beskyttelsen af sundheden, da den udelukker en refusion af udgifter, der er opstået i et andet EU-land, uafhængigt af nogen som helst kvalitetskontrol. Det kan endvidere ikke ses, at den førnævnte ordning er nødvendig for at sikre plejeforsikringens finansielle balance, eftersom der i Tyskland uden videre erstattes større beløb, og det heller ikke kan ses, hvorfor plejekrævende, der f.eks. kun modtager plejegodtgørelse i indlandet, i udlandet skulle gå over til at modtage de mere omkostningskrævende naturalplejeydelser.

31. Ifølge Kommissionen kan principperne fra Chamier-Glisczinski-dommen ikke overføres til den foreliggende sag, da den nævnte dom for det første ikke omhandlede artikel 56 TEUF og for det andet vedrørte et tilfælde, hvor bopælen var flyttet varigt.

32. *Forbundsrepublikken Tyskland* har gjort gældende, at der for så vidt angår refusion af udgifter til ambulante plejeydelser som omhandlet i SGB XI's § 36 ikke er tale om nogen begrænsning, allerede fordi der heller ikke i indlandet er noget krav på refusion af udgifter, når der modtages tjenesteydelser fra personer, som ikke har indgået nogen aftale med plejeforsikringsinstitutionen. Det fritager ganske vist ikke en medlemsstat for at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, at staten overholder de sekundærretlige regler, men ved en samlet betragtning må man ikke helt undlade at tage hensyn til de krav, som den socialforsikrede har i henhold til sekundærretten. Kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne begrunder derfor, at visse ydelser ikke gives i udlandet, selv hvis ydelsesniveauet i opholdsstaten muligvis er lavere end i forsikringsstaten.

33. Hvis der i det hele taget foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, er denne begrundet. Allerede beskyttelsen af den offentlige sundhed kræver en ordning som den, der er tale om her, da formålet med ordningen er at sikre sygepleje på højt niveau. Kvalitetssikringen kræver en streng kontrol med plejeinstitutionerne, og der indgås kun aftaler med personer eller institutioner, der garanterer den krævede kvalitet. Den nuværende retsstilling giver ikke mulighed for at indgå forsorgsaftaler med udenlandske tjenesteydere, fordi det ikke blot er ydelse af lægehjælp og pleje, men derimod også den personlige kontakt, og i denne forbindelse også den plejekrævendes sprog og kulturelle baggrund, der spiller en væsentlig rolle. Foranstaltninger til kvalitetssikring kan ikke garanteres i udlandet.

34. Det er desuden umuligt at opretholde et plejesystem med tilstrækkelig ydeevne og at strukturere dette organisatorisk, hvis et stort antal patienter i bestemte rejseperioder lader sig pleje i udlandet, og de indenlandske plejeres kapacitet samtidig ikke udnyttes fuldt ud. Netop dette aspekt tages der også hensyn til i artikel 22 i forordning nr. 1408/71.

35. Endelig bringes plejeforsikringens finansielle balance også i fare, hvis det er muligt at eksportere naturalplejeydelser.

36. Domstolens praksis i Kohll-dommen [18] om udgifter til behandling, der opstår i et andet EU-land, kan, allerede da der med hensyn til behandlingsudgifter ikke er nogen fare for, at der opstår et hul i forsorgen, ikke overføres til den sociale plejeforsikring; for så vidt udgør plejeforsikringen et særtilfælde i forhold til sygeforsikringen. Dette bekræftes af Domstolens redegørelse i Chamier-Glisczinski-dommen, hvori det endnu engang blev fremhævet, at kompetencen for så vidt

18 — Domstolens dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Sml. I, s. 1931.

angår sundhedsvæsenet er forbeholdt medlemsstaterne. Som følge heraf er forsikringsstaten ikke forpligtet til at stille ydelser til rådighed, der ikke engang findes i den forsikredes bopælsstat. Når den plejekrævende opgiver sin bopæl eller beslutter sig til at skifte opholdssted i længere tid, beslutter vedkommende sig også for at underkaste sig bestemmelserne i opholdsstaten.

37. Endelig er ordningen om tilrådighedsstillelse af plejeudstyr heller ikke udtryk for nogen begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser; for så vidt angår tilrådighedsstillelse af sådanne ydelser i udlandet gælder derimod 19, stk. 1, i forordning nr. 883/2004.

VI – Retlig bedømmelse

38. I det følgende redegøres der indledningsvis for systematikken bag den sociale plejeforsikring. Derefter præciseres det, hvad genstanden for traktatbrudssagen er, og efter dette, hvilken målestok der skal anvendes ved efterprøvelsen. Derefter skal det undersøges, om der *i det konkrete tilfælde* sker en tilsidesættelse af de forpligtelser, som følger af artikel 56 TEUF. Afslutningsvis omtales Kommissionens påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

A – *Grundlæggende træk ved den social plejeforsikring*

39. De grundlæggende træk ved den sociale plejeforsikring i tilfælde af ikke-stationær pleje kan – i det omfang de er relevante i den foreliggende sag og vedrører et midlertidigt udlandsophold – sammenfattende beskrives som følger.

40. Forbundsrepublikken Tysklands sociale plejeforsikring fastsætter forskellige ydelser til fordel for plejekrævende personer. I kataloget over ydelser fra plejeforsikringen for så vidt angår ikke-stationær pleje kan den plejekrævende vælge enten at modtage en fast »plejegodtgørelse«[19], hvis størrelse afhænger af den grad, plejebehovet har, eller at modtage konkrete naturalplejeydelser som »hjemmepleje«[20]. Herudover kan der under visse omstændigheder stilles plejeudstyr til rådighed[21].

1. Naturalplejeydelser

41. Inden for rammerne af pleje i hjemmet har plejekrævende i henhold til SGB XI's § 36 ret til grundlæggende pleje og hjemmehjælp til rengøring i form af naturalydelser, idet hjemmeplejen skal præsteres af egnede plejere fra plejeforsikringsinstitutionen eller bestemte tjenester, som plejeforsikringsinstitutionen har indgået en aftale med. Afhængigt af, hvilken plejekategori den plejekrævende henhører under, betales der på nuværende tidspunkt en plejesats på mellem 450 EUR og 1 550 EUR om måneden. I januar 2010, der er det relevante tidspunkt på baggrund af den frist, som blev fastsat i den begrundede udtalelse, lå satserne på mellem 440 EUR og 1 510 EUR. I forholdet mellem plejeforsikringsinstitutionen og de plejekrævende erlægges der naturalydelser, som plejeforsikringsinstitutionen afregner direkte med tjenesteyderne.

42. Retten til naturalplejeydelser i henhold til SGB XI's § 36 suspenderes i henhold til SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1, principielt i den periode, hvor den plejekrævende opholder sig i udlandet. Naturalplejeydelsen kan kun fortsat også oppebæres i udlandet i en periode på seks uger i et kalenderår, hvis en plejer, der erlægger naturalydelsen, ledsager den plejekrævende til udlandet. Den plejer, som ledsager den plejekrævende til udlandet, skal være en plejer, der er berettiget til at erlægge ydelsen, som omhandlet i SGB XI's § 36.

19 — SGB XI's § 37.
20 — SGB XI's § 36.
21 — SGB XI's § 40.

2. Plejegodtgørelse

43. Alternativt kan man i henhold til SGB XI's § 37 også anmode om at modtage en plejegodtgørelse i stedet for naturalplejeydelsen, for ved hjælp af denne selv at sikre den grundlæggende pleje og hjemmehjælp til rengøring på egnet vis. Den faste plejegodtgørelse udgør, ligeledes afhængigt af den plejekategori, den plejekrævende henhører under, på nuværende tidspunkt mellem 235 EUR og 700 EUR og ligger dermed væsentligt under satserne for naturalplejeydelser. På det relevante tidspunkt for den begrundede udtalelse lå satserne på mellem 225 EUR og 685 EUR. I henhold til SGB XI's § 38 kan naturalydelse og plejegodtgørelse også kombineres, idet der kun gøres krav på en del af hver af disse ydelser, i hvilken forbindelse den berørte principielt er bundet af sin beslutning i en periode på seks måneder.

44. Som en konsekvens af Molenaar-dommen og nu udtrykkeligt i henhold til SGB XI's § 34, stk. 1a, betales plejegodtgørelsen i henhold til SGB XI's § 37, lige som den kun delvise plejegodtgørelse i henhold til SGB XI's § 38, også fortsat som fast refusion, hvis den plejekrævende opholder sig i en medlemsstat i Den Europæiske Union, i en kontraherende stat i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde eller i Schweiz.

3. Plejeudstyr

45. Endelig har den plejekrævende desuden i henhold til SGB XI's § 40 ret til at modtage plejeudstyr, der kan lette plejens udførelse eller lindre den plejekrævendes smerter, under forudsætning af, at dette udstyr ikke skal stilles til rådighed af andre institutioner.

46. Også denne ret suspenderes i tilfælde af, at den plejekrævende opholder sig i udlandet.

B – *Genstanden for traktatbrudssagen*

47. Efter Kommissionens delvise ophævelse af sagen er dens kritik for det første rettet mod den tyske ordning om refusion af udgifter ved plejetjenester, der »erlægges af en tjenesteyder, der er etableret i et andet EU-land«, mens den plejekrævende midlertidigt opholder sig i en anden medlemsstat, og for det andet mod de tilsvarende bestemmelser om refusion af udgifter til leje af plejeudstyr.

48. Sagen vedrører altså udelukkende retten til at gøre krav på ydelser, når den forsikrede midlertidigt opholder sig i en anden medlemsstat. Kommissionen kritiserer ikke, at udenlandske tjenesteydere generelt er udelukket fra den sociale plejeforsikrings naturalydelsessystem, fordi de ikke har indgået nogen forsorgsaftaler med plejeforsikringsinstitutionen. De udenlandske tjenesteydere kan derfor heller ikke markedsføre deres tjenester via plejeforsikringsinstitutionen i Tyskland, men kan kun tilbyde dem direkte over for de plejekrævende, som så må bruge deres egne finansielle midler og i givet fald plejegodtgørelsen til at dække omkostningerne.

49. Kommissionen har desuden kun stillet spørgsmålstegn ved de tyske retsregler set ud fra synspunktet om den frie udveksling af tjenesteydelser og kommer ikke ind på andre aspekter, der muligvis berøres, som f.eks. unionsborgerskabet og den frie bevægelighed for personer. Da søgsmålets genstand i henhold til artikel 38, stk. 1, i Domstolens procesreglement angives i stævningen, og Domstolen ikke skal træffe afgørelse *ultra petita* [22], skal jeg ikke komme nærmere ind på denne problematik.

22 — Domstolens dom af 15.6.2010, sag C-211/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5267, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

50. Inden for denne ramme skal det i det følgende overvejes, om, og ud fra hvilken målestok, princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser kan blive relevant for så vidt angår ordningerne i medlemsstaternes socialforsikringssystemer.

C – *Den relevante målestok for efterprøvelsen af spørgsmålet om den frie udveksling af tjenesteydelser*

51. I henhold til Domstolens faste praksis [23] skal retten til at modtage sundhedsydelser i et andet EU-land ikke kun måles ud fra forordning nr. 1408/71 (eller nu forordning nr. 883/2004) [24]; der skal derimod også tages hensyn til de grundlæggende friheder og navnlig den frie udveksling af tjenesteydelser.

52. Det kan således tænkes, at der som følge af de grundlæggende friheder skal bevilges sundhedsydelser til unionsborgerne, der går videre end det, som sekundærretten bestemmer inden for det sociale sikringsområde, konkret forordning nr. 1408/71 og den forordning, som afløste denne [25].

53. I litteraturen er denne holdning blevet kritiseret. I det væsentlige fremføres det, at en direkte anvendelse af de grundlæggende friheder er udelukket som følge af de sekundærretlige bestemmelser, idet de må være den målestok, der har forrang for så vidt angår spørgsmål om de forsikredes rettigheder, da det velafvejede system til koordinering af de sociale sikringssystemer ellers bringes ud af balance, og der opstår en konflikt i forhold til medlemsstaternes lovgivningskompetence. Primærretten kan kun anvendes, såfremt en sekundærretlig norm er ugyldig [26].

54. Denne kritik i litteraturen har imidlertid ikke fået Domstolen til at foretage et grundlæggende holdningsskift. Domstolen er dog i høj grad opmærksom på de forgrenede kompetencer inden for sundhedsvæsenet – og det heraf følgende spændingsfelt mellem medlemsstaternes beføjelse til at organisere sundhedsvæsenet på den ene side [27] og de grundlæggende friheder på den anden side – og Domstolen har i sin faste praksis fremhævet, at EU-retten ikke berører medlemsstaternes kompetence til at udforme deres sociale sikringssystemer. Da reglerne ikke er harmoniseret på EU-retligt plan, er lovgivningen i hver enkelt medlemsstat altså stadigvæk afgørende for, under hvilke betingelser der ydes sociale sikringsydelser. Alligevel skal medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence, og generelt når de organiserer sundhedsvæsenet, overholde EU-retten, herunder navnlig reglerne om den frie udveksling af tjenesteydelser [28], den frie bevægelighed for varer [29] og etableringsfriheden [30].

23 — jf. f.eks. Domstolens dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 16, af 28.4.1998, sag C-120/95, Decker, Sml. I, s. 1831, præmis 27, Kohll-dommen, præmis 20, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

24 — Jf. om medlemsstaternes mulighed for at yde en mere omfattende social beskyttelse Chamier-Glisczinski-dommen, præmis 56.

25 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 12.7.2001, sag C-368/98, Vanbraekel m.fl., Sml I, s. 5363, præmis 42, 45 og 51-53. I denne dom anså Domstolen i forbindelse med spørgsmålet om, i hvilket omfang den forsikrede skal have refunderet udgifter til en hospitalsbehandling i et andet EU-land, allerede »den omstændighed, at en socialt forsikret opnår et mindre fordelagtigt dækningsniveau, når han modtager hospitalsbehandling i en anden medlemsstat, end når han modtager samme behandling i den medlemsstat, hvori han er forsikret«, for at udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser.

26 — Et kort overblik over diskussionen giver Bassen, s. 480, navnlig i fodnote 12 og 13.

27 — Jf. artikel 168, stk. 7, TEUF.

28 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 53.

29 — Jf. herom for så vidt angår lægemiddelydelser Domstolens dom af 11.9.2008, sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6935, præmis 22-26 og den deri nævnte retspraksis.

30 — Jf. herom Domstolens dom af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

55. Konkret betyder dette, at de grundlæggende friheder skal overholdes på sundhedsvæsenets område, men at disse friheder ikke påvirker medlemsstaternes kompetence til selv at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås [31]. Den frie udveksling af tjenesteydelser giver således ikke noget principielt [32] krav på, at det nationale sundhedssystem udformes på en bestemt måde og på, at der stilles et bestemt katalog af ydelser til rådighed.

56. Efter at det ovenfor er blevet fastlagt, hvilken specifik målestok der skal anvendes med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, når der er tale om sundhedsydelser, skal det herefter undersøges, om den tyske ordning, i henhold til hvilken der kun er begrænset mulighed for eksport af naturalydelser for så vidt angår plejeforsikringens forsikringsydelser, strider imod artikel 56 TEUF.

D – *Udgør begrænsningen af eksport af naturalydelser fra den sociale plejeforsikring en tilsidesættelse af artikel 56 TEUF?*

1. Grænseoverskridende faktiske omstændigheder ved den begrænsede eksport af naturalydelser fra den sociale plejeforsikring

57. Den foreliggende sag vedrører beskyttelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser. Sagen adskiller sig for så vidt fra Chamier-Glisczinski-dommen [33], hvor den relevante ydelse kun vedrørte Østrig, fordi den berørte person havde bosat sig varigt i Østrig og gjorde krav på ydelser dér.

58. I det foreliggende tilfælde er der derimod tale om, at en ydelsesmodtager opholder sig midlertidigt i et andet EU-land, altså om en konstellation, hvor yderen og modtageren af tjenesteydelsen er etableret i forskellige medlemsstater. Den frie udveksling af tjenesteydelser omfatter ikke kun det tilfælde, at der er tale om en grænseoverskridende tjenesteydelse uden skift af leveringssted, men beskytter også en ydelsesmodtager, der, sådan som det er tilfældet her, tager til en anden medlemsstat for at modtage en bestemt tjenesteydelse dér, dvs. at den frie udveksling af tjenesteydelser navnlig også omfatter en ret for en forsikret, der er etableret i en anden medlemsstat, til f.eks. som turist at tage til en anden medlemsstat og dér modtage sundhedsydelser fra en tjenesteyder, som er etableret i denne stat, når vedkommendes helbredstilstand kræver dette [34].

59. Tjenesteydelser inden for sundhedssektoren falder i øvrigt heller ikke uden for beskyttelsesområdet for artikel 56 TEUF, blot fordi ydelsesmodtageren, efter at have betalt for behandlingen til den udenlandske tjenesteyder, efterfølgende anmoder om refusion af omkostningerne til denne behandling i henhold til et nationalt socialsikringssystem [35].

2. Begrænses den frie udveksling af tjenesteydelser som følge af begrænsningen af eksport af naturalydelser fra den sociale plejeforsikring?

60. I henhold til fast retspraksis er artikel 56 TEUF til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, som bevirker, at levering af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat [36].

31 — Dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Den frie udveksling af tjenesteydelser kan imidlertid i konkrete tilfælde kræve, at udgifterne til en behandling i udlandet også skal dækkes, hvis socialsikringssystemet i hjemlandet udtrykkeligt bestemmer, at udgifterne til bestemte behandlinger i udlandet ikke dækkes. Jf. herom Domstolens dom af 19.4.2007, sag C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185.

33 — Jf. præmis 75-77 i denne dom.

34 — Jf. herom dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 47-52 og den deri nævnte retspraksis.

35 — Jf. herom dommen i sagen Kommission mod Spanien, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Kohll-dommen, præmis 33, dom af 12.7.2001, sag C-157/99, Smits og Peerbooms, Sml. I, s. 5473, præmis 61, samt Stamatelaki-dommen, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis.

a) Plejetjenester i hjemmet set i lyset af artikel 56 TEUF

61. Først skal det undersøges, om der foreligger en sådan vanskeliggørelse, i og med at Forbundsrepublikken Tyskland ikke giver ret til, eller endog gennem SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1, udelukker, at udgifter til plejetjenester, der modtages under den plejekrævendes midlertidige ophold i et andet EU-land og erlægges af en tjenesteyder, der er etableret i dette land, refunderes i samme størrelsesorden som for de i Tyskland ydede naturalplejeydelser. Hvis dette er tilfældet, skal det derefter undersøges, om en sådan begrænsning kan være begrundet.

i) Foreligger der en begrænsning?

62. Set ud fra den tyske plejeforsikredes synsvinkel er retsstillingen for denne – i sin egenskab af en person, der efterspørger plejetjenester – i henhold til SGB XI som følger for så vidt angår bevilling af ydelser i et andet EU-land.

63. For det første kan den forsikrede som omhandlet i SGB XI's § 34, stk. 1, i seks uger fortsat gøre krav på plejetjenester fra en egnet plejer, der ledsager ham. Plejeren skal have de kvalifikationer, der er fastsat i SGB XI's § 36, og vil dermed som regel være en plejer fra en tysk plejetjenesteyder [37]. Det kommer for så vidt ikke på tale at benytte udenlandske udbydere.

64. Hvad angår plejeydelser, som den forsikrede modtager i et andet EU-land fra tjenesteydere, der er etableret dér, kan vedkommende imidlertid ikke opnå en »en refusion af udgifter i samme størrelsesorden som for plejetjenester, der ydes i Tyskland«, i henhold til SGB XI. Han er ganske vist frit stillet til at benytte sig af udenlandske tjenester, men han bevilges ikke de tyske satser for naturalydelser, fordi den udenlandske tjenesteyder ikke har tilsluttet sig det tyske plejeforsikringssystem ved en forsorgsaftale. Med henblik på refusion af udgifter kan den forsikrede dog bruge sin plejegodtgørelse (der er mindre end satserne for naturalydelser), hvis han har valgt at modtage plejegodtgørelse i stedet for naturalplejeydelse.

65. Ud fra en første betragtning taler dette forhold for at bekræfte, at den frie udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår plejetjenester i et andet EU-land er begrænset. Hvis man nemlig udelukkende ser på bestemmelserne i SGB XI, taler alt ved første øjekast for, at den tyske plejekrævende, når han efterspørger plejeydelser i et andet EU-land, finansielt set er dårligere rustet end i Tyskland, hvor han kan benytte sig af plejeforsikringens naturalydelsessystem, der opererer med højere satser end plejegodtgørelsen. Det virker derfor som om, det er sværere at modtage tjenesteydelserne i et andet EU-land, og man har nået tærsklen for, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.

66. Den faktiske og retlige situation er dog mere kompliceret, end det virker i første omgang, når man kun ser på reglerne i SGB XI. Der skal nemlig, sådan som den tyske forbundsregering flere gange har henvist til, tages hensyn til, at der i det andet EU-land muligvis også står naturalydelser fra opholdsstatens socialforsikringssystem til rådighed for den plejekrævende. I henhold til henholdsvis artikel 22 i forordning nr. 1408/71 og artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 883/2004 bestod og består der stadig en ret til at modtage sådanne naturalydelser »for den kompetente institutions regning« i den plejekrævendes forsikringsstat. I det omfang lovgivningen i opholdsstaten tillader det, kan den plejekrævende altså inden for denne ramme også benytte sig af tjenesteyderne dér.

37 — I betragtning af de store omkostninger, som en sådan ledsager forårsager, og som næppe refunderes helt, men kun inden for rammerne af den pågældende plejeforsikringsinstitutions satser, vil en sådan model nok sjældent blive benyttet i praksis.

67. Som det fremgår, er det ikke garanteret, men heller ikke udelukket, at den tyske plejekrævende i et andet EU-land får dækket udgifterne til en plejeydelse, f.eks. hjemmehjælp, der ydes af en plejer, i samme omfang, som det ville ske i Tyskland i henhold til SGB XI's satser for naturalplejeydelser. Man kan tænke sig tre forskellige konstellationer afhængigt af, hvordan det udenlandske socialsikringssystems katalog over ydelser er udformet. Der kan for det første være tale om, at den plejekrævende, når han efterspørger plejetjenester i udlandet, finansielt er dårligere stillet end i Tyskland, hvis han i det andet EU-land alene kan bruge plejegodtgørelsen, og det udenlandske socialforsikringsnet ikke bevilger nogen form for ydelser i form af hjemmepleje. Det kan for det andet dog også tænkes, at den plejekrævende finansielt er bedre stillet end i Tyskland, når han modtager plejetjenester i udlandet, nemlig hvis socialforsikringsydelserne er udformet mere generøst dér. Den tredje konstellation indebærer, at samspillet mellem de eksisterende krav på ydelser medfører, at den plejekrævende finansielt befinder sig i nøjagtigt den samme situation i udlandet som i Tyskland.

68. I sidste ende er det altså samspillet mellem de tyske og de udenlandske socialsikringsretlige bestemmelser, der er afgørende for, om den tyske plejekrævende i et andet EU-land har så meget sværere ved at ved at gøre krav på tjenesteydelserne dér, at disse tjenesteydelser bliver mindre attraktive for vedkommende [38] end dem, der tilbydes på det tyske marked for plejetjenester. Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, kan således ikke besvares med fuld sikkerhed. Svaret afhænger af omstændighederne i den konkrete sag.

69. Det kan således indledningsvis konstateres, at Kommissionen på dette punkt har fremsat sine påstande upræcist og navnlig ikke konkludent og detaljeret har omtalt samspillet mellem de forskellige socialforsikringsretlige bestemmelser i medlemsstaterne for så vidt angår bestemmelserne i SGB XI.

70. I henhold til fast retspraksis påhviler det imidlertid Kommissionen også faktisk at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger. Det er Kommissionen, som skal fremføre de omstændigheder, der er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud. Kommissionen kan ikke påberåbe sig nogen formodning herom [39]. På baggrund heraf påhviler det Kommissionen at fremføre forhold, der er tilstrækkelige til at godtgøre, at der foreligger et traktatbrud. Herefter påhviler det medlemsstaten konkret og detaljeret at gendrive de forelagte forhold og de heraf følgende virkninger [40].

71. Denne bevisbyrde har Kommissionen ikke løftet i det foreliggende tilfælde, og den anden påstand kan allerede derfor ikke tages til følge.

ii) Subsidiært: mulig begrundelse

72. Såfremt Domstolen i modsætning til min ovenstående analyse måtte bekræfte, at der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, skal det i anden omgang undersøges, om begrænsningen er begrundet. For en sikkerheds skyld omtaler jeg kort dette spørgsmål i det følgende.

73. En eventuel begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår naturalplejeydelser i et andet EU-land, til dækning af hvilke kun plejegodtgørelsen stilles til rådighed, ville muligvis kunne begrundes med henvisning til beskyttelsen af den offentlige sundhed [41], der er et af de tvingende almene hensyn, som kan begrunde begrænsninger af de grundlæggende friheder, når proportionalitetsprincippet overholdes [42].

38 — Jf. Domstolens dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

39 — Dom af 29.10.2009, sag C-246/08, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 10605, præmis 52, af 6.10.2009, sag C-438/07, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 9517, præmis 49, og af 6.12.2007, sag C-401/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10609, præmis 27.

40 — Jf. blot dom af 22.9.1988, sag 272/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 4875, præmis 21.

41 — Jf. herom artikel 62 TEUF, sammenholdt med artikel 52 TEUF, og Kohll-dommen, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis.

42 — Jf. herom Apothekerkammer des Saarlandes-dommen, præmis 25-28 og den deri nævnte retspraksis.

74. Efter at jeg allerede har henvist til den enkelte medlemsstats spillerum ved udformningen af dets sundhedssystem, skal det i det følgende undersøges, hvorledes det tyske plejeforsikringssystem fremstår med hensyn til beskyttelsen af de forsikrede personers sundhed. Det skal derefter undersøges, om lovgivers beslutning om at anvende en forskellig målestok for forskellige plejetjenester, alt efter om ydelserne erlægges gennem plejeforsikringsinstitutionens aftaleparter eller frie udbydere, er forholdsmæssig.

– Territorialt koncept til sikring af plejeforsikringsinstitutionens høje kvalitetsstandarder

75. I henhold til Forbundsrepublikken Tysklands angivelser [43] findes der på nuværende tidspunkt ikke nogen plejetjenesteydere, der har indgået en aftale med plejeforsikringsinstitutionen om ydelse af hjemmepleje, og som kan levere naturalplejeydelser til den forsikrede i udlandet, og den forsikrede er dermed afskåret fra at modtage naturalplejeydelser fra den tyske plejeforsikringsinstitution [44] i udlandet.

76. Denne udformning af det tyske system må accepteres, da hver medlemsstat i henhold til artikel 168, stk. 7, TEUF frit på eget ansvar kan organisere sit sundhedsvæsen. Det tilkommer principielt medlemsstaten selv at bestemme, om, hvor og i hvilket omfang den tildeler rettigheder. Der er ikke nogen EU-retlig forpligtelse for en medlemsstat til at stille et selvstændigt naturalydelsessystem for sine plejeforsikrede personer til rådighed i enhver anden medlemsstat: i Chamier-Glisczinski-dommen [45] understregede Domstolen udtrykkeligt, at de sociale sikringssystemer ikke er harmoniserede, men kun samordnede i Unionen, og at navnlig en flytning til en anden medlemsstat ikke skal have »neutrale virkninger« hvad angår den sociale sikring, men kan være mere eller mindre »fordelagtig eller bebyrdende« for den forsikrede person.

– Dette koncepts forholdsmæssighed på baggrund af valgmuligheden mellem plejegodtgørelse og naturalplejeydelse

77. Baggrunden for det territorialprincip, som den tyske lovgiver bruger for så vidt angår plejeforsikringens naturalydelser, er bl.a., at de høje kvalitetsstandarder, som de tyske plejetjenesteydere har, og som kræver varig kontrol, som følge af de komplekse kontrolprocesser og henset til, at plejetjenesteydelseserhvervene ikke er harmoniseret i hele Europa, ikke kan opnås ved rimelige anstrengelser [46].

78. Da den sociale plejeforsikring i sit katalog over ydelser for det første anfører naturalplejeydelser, som principielt ikke kan eksporteres til udlandet, og for det andet en plejegodtgørelse, som den forsikrede principielt kan gøre krav på både i ind- og udlandet, fremstår den sociale plejeforsikringsordning dog for det første som egnet og nødvendig for at opretholde den tilstræbte høje kvalitetsstandard i indlandet og medfører for det andet heller ikke nogen uforholdsmæssig forskelsbehandling af de forsikrede, der af den ene eller anden grund selv organiserer deres pleje uden for det sociale plejeforsikringssystem ved hjælp af plejegodtgørelsen.

79. Det ligger i systemet, at der ikke kan fremsættes krav på naturalydelser i et andet EU-land, og dette fører ikke til en urimelig forskelsbehandling ved ophold i et andet EU-land.

43 — Jf. punkt 45 i svarskriftet.

44 — Dette gælder bortset fra den konstellation, at vedkommende ledsages af sin plejer, jf. SGB XI's § 34, stk. 1 nr. 1), men denne model har næppe rigtigt nogen vægt i praksis.

45 — Jf. præmis 84 og 85 i denne dom.

46 — Jf. herom på s. 15-17 i Forbundsrepublikken Tysklands svarskrift.

80. Den forsikrede kan nemlig heller ikke i Tyskland gøre krav på »en refusion af udgifter i samme størrelsesorden som for plejetjenester, der ydes i Tyskland« til brug af en plejetjeneste, som han selv har valgt, og som ikke har en aftale med forsikringsinstitutionen. Bevæger han sig uden for grænserne for det naturalydelsessystem, som plejeforsikringen på nuværende tidspunkt kun stiller til rådighed for ham i Tyskland, sker dette, både i Tyskland og i udlandet, på egen risiko, og han har kun plejegodtgørelsen tilbage til at dække sit plejebehov med. I sidste ende er det afgørende altså den plejekrævendes eget valg om, hvorvidt han lader hjemmeplejen arrangere af plejeforsikringssystemet, der er stramt organiseret og underlagt strenge kvalitets- og kontrolstandarder [47], eller om han i vidt omfang ved brug af den plejegodtgørelse, han har fået tildelt [48], på eget ansvar selv organiserer sin pleje uden for dette system. Vælger han at organisere plejen selv, må han nøjes med den (lavere) plejegodtgørelse både i Tyskland og i udlandet.

81. Den dualistiske opbygning af den sociale plejeforsikrings ydelsessystem, der på den ene side kun stiller systeminterne naturalydelser til rådighed i indlandet, og på den anden side bevilger en fast plejegodtgørelse, kan heller ikke kritiseres set i lyset af Domstolens praksis.

82. På denne baggrund kan der ikke udledes noget EU-retligt påbud af Vanbraekel-dommen om, at udenlandske tjenesteydere i tilfælde af midlertidige udlandsophold skal have godtgjort deres ydelser i henhold til den sociale plejeforsikrings satser for naturalydelser. I denne dom bedømmes »den omstændighed, at en socialt forsikret opnår et mindre fordelagtigt dækningsniveau, når han modtager hospitalsbehandling i en anden medlemsstat, end når han modtager *samme behandling* i den medlemsstat, hvori han er forsikret« [49], ganske vist sådan, at den udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, men det må være nok at henvise til, at Vanbraekel-dommen bygger på en forudsætning om, at der er tale om »samme behandling«, dvs. en identisk ydelse i begge stater. Dette kan der ikke uden videre være tale om for så vidt angår den sociale plejeforsikrings naturalydelsessystem sammenholdt med ydelser fra selvstændige udbydere, som ikke er tilsluttet den sociale plejeforsikring, eftersom selvstændige udbydere af tjenesteydelser ikke er underlagt de strenge kvalitets- og kontrolstandarder, der kendetegner den sociale plejeforsikring, som den tyske forbundsregering uden at blive modsagt har betegnet som et »system, der er enestående i Europa« [50].

83. Også set i lyset af punkt 2 i konklusionen i Chamier-Glisczinski-dommen er det i EU-retlig henseende uproblematisk, at tysk ret for så vidt ikke giver mulighed for at eksportere naturalplejeydelser. Det ville desuden være svært at forstå, hvorfor meget plejekrævende personer, der har bopæl i et andet EU-land, nægtes mulighed for at foretage en sådan eksport af naturalydelser, der dog ville skulle godkendes ad omveje, nemlig som følge af princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser, når der er tale om midlertidige udlandsophold. Hvis en unionsborger beslutter sig for midlertidigt eller varigt at flytte sit opholdssted til en anden medlemsstat, må han ud over at nyde godt af de hermed forbundne fordele også affinde sig med de tilsvarende ulemper, der opstår ved samspillet mellem de samordnede, men ikke harmoniserede socialsikringssystemer.

84. På baggrund af disse overvejelser er den tyske ordning, der har til formål at sikre, at plejetjenesterne har en høj kvalitetsstandard, som bygger på permanent kontrol og brug af særligt kvalificerede faguddannede medarbejdere, i hvert fald begrundet af hensyn til sundhedsbeskyttelsen. Ordningen er egnet til at sikre formålet om pleje af høj kvalitet for de plejekrævende, idet de højere ydelsessatser er forbeholdt tjenesteydere, der har underkastet sig plejeforsikringsinstitutionens kvalitetssikringsprogram helt og fuldt. Det kan heller ikke påstås, at ordningen ikke er nødvendig, da der på sundhedsbeskyttelsesområdet skal indrømmes den nationale lovgiver et meget vidt spillerum for

47 — Jf. nærmere herom f.eks. den tyske forbundsregerings meddelse af 17.12.2008, s. 3-7, der er vedlagt stævningen som bilag 4. Plejeinstitutionernes kvalitetsstandarder, der er relevante ved indgåelse af en forsorgsaftale, fremgår af SGB XI's § 71 og 72.

48 — I henhold til SGB XI's § 37, stk. 3, er modtagere af plejegodtgørelse imidlertid også underlagt regelmæssig rådgivning og kvalitetskontrol fra en godkendt plejetjeneste.

49 — Vanbraekel-dommen, præmis 45; min fremhævelse.

50 — Jf. den allerede ovenfor i fodnote 47 nævnte meddelelse fra forbundsregeringen af 17.12.2008, s. 3.

så vidt angår spørgsmålet om, hvilket kvalitetsniveau der skal tilstræbes. Der skal i denne forbindelse *mutatis mutandis* henvises til de domme om apoteker, der er nævnt ovenfor i fodnote 29 og 30. Endelig virker ordningen også rimelig, fordi den f.eks. sammenlignet med et obligatorisk naturaldelsessystem fra plejeforsikringsinstitutionen giver de plejekrævende en større fleksibilitet, idet de har mulighed for frit at vælge at efterspørge ydelser uden for naturaldelsessystemet og kan bruge plejegodtgørelsen i denne forbindelse.

85. På denne baggrund kan det ikke ses, at der foreligger en ulovlig hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser og dermed en overtrædelse af artikel 56 TEUF, og Kommissionens anden påstand kan derfor ikke tages til følge.

86. I det følgende skal jeg omtale den tredje påstand.

b) Leje af plejeudstyr under midlertidige udlandsophold set i lyset af artikel 56 TEUF

87. Det skal først undersøges, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi Forbundsrepublikken Tyskland ikke refunderer udgifterne til leje af plejeudstyr under en plejekrævendes midlertidige ophold i et andet EU-land eller udelukker en udgiftsrefusion ved SGB XI's § 34, stk. 1, nr. 1), også selv om disse udgifter ville blive refunderet i Tyskland, eller der ville blive stillet plejeudstyr til rådighed dér, og refusionen ikke ville medføre en fordobling eller anden forhøjelse af de ydelser, som bevilges i Tyskland. For det andet er spørgsmålet, om en sådan begrænsning eventuelt kan være begrundet.

i) Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning

88. Det forhold, at der stilles plejeudstyr til rådighed, skal ligeledes kvalificeres som en naturaldelse og følgelig bedømmes efter samme målestok som omtalt ovenfor for så vidt angår plejetjenester.

89. Den tyske lovgivers grundlæggende indstilling angående den sociale plejeforsikring er klar og tydelig: I et andet EU-land skal plejeforsikringen virke på grundlag af plejegodtgørelsen, og i indlandet skal de forsikrede have valget mellem plejegodtgørelse og naturaldelser, og naturaldelserne skal også for så vidt angår plejeudstyr være underlagt en streng kvalitetskontrol[51], som giver bevillingen af naturaldelser i Tyskland et særligt præg. Også for så vidt angår plejeudstyr gælder dette ens for tyske og udenlandske udbydere. Derudover kan de forsikrede, som beskrevet ovenfor, gøre krav på naturaldelser i et andet EU-land, såfremt opholdsstaten stiller sådanne til rådighed, i henhold til forordning nr. 1408/71 eller forordning nr. 883/2004, og i overensstemmelse med denne medlemsstats lovgivning og for den kompetente institutions regning.

90. Spørgsmålet, om der overhovedet foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser hvad angår leje af plejeudstyr i et andet EU-land, former sig således på samme måde, som når der gøres krav på plejetjenesterne: om en plejekrævende, der modtager tysk plejegodtgørelse, ved leje af plejeudstyr er bedre eller ringere stillet i et andet EU-land end i Tyskland, kan ikke besvares på generel vis, men afhænger af omstændighederne i den konkrete sag. Det samme gælder for spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, og også her må Kommissionen kritiseres, fordi dens anbringender burde have været mere nøjagtige, idet de ikke indeholder en præcis bedømmelse af alle tænkelige konstellationer.

51 — SGB XI's § 40 opstiller en formel procedure, under hvilken plejeforsikringsinstitutionen medvirker.

91. Man ville velsagtens skulle antage, at der forelå en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis SGB XI's § 40 helt udelukkede udenlandske udbydere af plejeudstyr, og der f.eks. kun måtte anvendes produkter, der blev stillet til rådighed af indenlandske udbydere. Dette har Kommissionen dog ikke påstået, det er heller ikke genstand for den foreliggende sag, og der er ingen holdepunkter herfor i SGB XI's § 40.

92. Da Kommissionen følgelig ikke har løftet bevisbyrden, kan den tredje påstand allerede af denne grund ikke tages til følge.

ii) Subsidiært: mulige begrundelser

93. Såfremt Domstolen i modsætning til min ovenstående analyse måtte bekræfte, at der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, skal det i anden omgang undersøges, om begrænsningen er begrundet; for en sikkerheds skyld omtaler jeg kort dette spørgsmål i det følgende.

94. For så vidt angår plejeudstyr skal der ligeledes henvises til Chamier-Glisczinski-dommen, der i sidste ende afviser en ret til eksport af naturalydelser fra den sociale plejeforsikring med henvisning til, at socialsikringsretten ikke er harmoniseret, og det skal bemærkes, at den tyske ordning vedrørende plejeudstyr, såfremt den i det hele taget måtte skulle opfattes som en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, ville være begrundet som følge af de ovenfor skitserede overvejelser.

95. Følgelig skal den tredje påstand i sidste ende heller ikke tages til følge, eftersom det ikke kan konstateres, at artikel 56 TEUF er tilsidesat.

E – *Resumé og sagens omkostninger*

96. Eftersom ingen af Kommissionens påstande kan tiltrædes, skal Tyskland frifindes.

97. Det virker imidlertid ikke rimeligt at pålægge Kommissionen at betale alle sagens omkostninger. Hvis Kommissionen havde holdt fast i sin første påstand, skulle denne nemlig være taget til følge, da SGB XI's § 34 for så vidt angår plejegodtgørelsen på det tidspunkt, der er relevant i henhold til den begrundede udtalelse, endnu ikke var i overensstemmelse med Molenaar-dommen, og det derfor også skulle have været bekræftet, at der forelå en tilsidesættelse af artikel 56 TEUF, i og med at plejegodtgørelsen ikke kunne oppebæres i et andet EU-land.

98. Det forekommer mig derfor passende i henhold til artikel 69, stk. 5, i Domstolens procesreglement at pålægge Kommissionen at betale to tredjedele og Forbundsrepublikken Tyskland at betale en tredjedel af omkostningerne.

VII – Forslag til afgørelse

99. På baggrund af ovenstående overvejelser foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler to tredjedele af Forbundsrepublikken Tysklands omkostninger og bærer to tredjedele af sine egne omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland betaler en tredjedel af Kommissionens omkostninger og bærer en tredjedel af sine egne omkostninger.«