

## Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-115/24 – 1

### Zaak C-115/24

#### Verzoek om een prejudiciële beslissing

**Datum van indiening:**

13 februari 2024

**Verwijzende rechter:**

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

25 januari 2024

**Verzoekster:**

Österreichische Zahnärztekammer

**Verweerster:**

UJ

---

[OMISSIS]

REPUBLIEK OOSTENRIJK

OBERSTER GERICHTSHOF

Het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) [OMISSIS] heeft in de zaak van de Österreichische Zahnärztekammer (Oostenrijkse vereniging van tandheelkundigen), [OMISSIS] Wenen [OMISSIS], verzoekster, tegen UJ, [OMISSIS] Klagenfurt am Wörthersee, [OMISSIS], verweerster, en de aan de zijde van verweerster interveniërende partijen 1. Urban Technology GmbH, [OMISSIS] Berlijn, Duitsland, 2. DZK Deutsche Zahnklinik GmbH, [OMISSIS] Düsseldorf, Duitsland [OMISSIS], betreffende een vordering tot staking van inbreuken en tot openbaarmaking van een beslissing (vordering in kort geding van 32 000 EUR), in het kader van verweersters beroep tot *Revision*

tegen de beslissing van 18 november 2022 die het Oberlandesgericht Graz (rechter in tweede aanleg Graz, Oostenrijk) heeft gewezen als appelrechter, [OMISSIS] en waarbij de beslissing van het Landesgerichts Klagenfurt (rechter in eerste aanleg Klagenfurt, Oostenrijk) van 26 september 2022, [OMISSIS] deels is gewijzigd, [OMISSIS] de volgende

## B e s l i s s i n g

gegeven:

I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1.1. Is artikel 3, onder d), van richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (patiëntenmobiliteitsrichtlijn), volgens hetwelk in het geval van telegeneeskunde de gezondheidszorg wordt geacht te zijn verstrekt in de lidstaat waar de zorgaanbieder is gevestigd, slechts vastgesteld ten behoeve van de vergoeding van kosten in de zin van artikel 7 van die richtlijn?

1.2. Voor het geval vraag 1.1. ontkennend wordt beantwoord: bevat artikel 3, onder d), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, een algemeen herkomstlandbeginsel voor telegeneeskundige diensten?

1.3. Bevat richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) een herkomstlandbeginsel voor telegeneeskundige diensten?

2.1. Verwijst de in artikel 3, onder d), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, bedoelde „gezondheidszorg in het geval van telegeneeskunde” uitsluitend naar afzonderlijke geneeskundige diensten die (grensoverschrijdend) worden verleend met behulp van informatie- en communicatietechnologieën (ICT), of naar de gehele behandelingsovereenkomst, die ook lichamelijk onderzoek in de woonstaat van de patiënt kan omvatten?

2.2. Indien die zorg lichamelijk onderzoek kan omvatten, moeten de ICT-gestuurde diensten dan de overhand hebben om te kunnen spreken van „gezondheidszorg in het geval van telegeneeskunde” en, indien dat het geval is, aan de hand van welke criteria moet dat worden getoetst?

2.3. Moet een geneeskundige behandeling in haar geheel als grensoverschrijdende gezondheidszorg in de zin van artikel 3, onder d) en e), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, worden aangemerkt, wanneer de uit het oogpunt van de patiënt in de andere lidstaat gevestigde zorgaanbieder, waarmee de patiënt een behandelingsovereenkomst heeft gesloten

(in casu: een tandheelkundige kliniek), de behandeling deels ICT-gestuurd uitvoert, maar voor de resterende zorg beroep doet op een in de lidstaat van de patiënt gevestigde zorgaanbieder (tandheelkundige)?

3.1. Moet artikel 2, onder n), gelezen in samenhang met artikel 3, onder d), en artikel 4, onder a), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, en met artikel 5, lid 3, van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (beroepskwalificatierichtlijn), aldus worden uitgelegd dat een in Duitsland gevestigde tandheelkundige kliniek die in Oostenrijk „gezondheidszorg via telegeneeskunde” verleent, moet voldoen aan de aldaar geldende professionele, wettelijke of administratieve beroepsregels [met name §§ 24, 26, 31 van het Oostenrijkse Zahnärztegesetz (Oostenrijkse wet op het beroep van tandheelkundige; hierna: „ZÄG”)]?

3.2. Moet artikel 5, lid 3, van de beroepskwalificatierichtlijn, richtlijn 2005/36/EG, aldus worden uitgelegd dat een zorgaanbieder zich naar een andere lidstaat begeeft wanneer hij zuiver op ICT gebaseerde geneeskundige diensten verleent? Indien dat niet het geval is: wordt hij geacht zich naar een andere lidstaat te hebben begeven wanneer hij voor lichamelijke onderzoeken of behandelingen een beroep doet op uitvoerende partners in de woonstaat van de patiënt?

4. Staat de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in de artikelen 56 en volgende VWEU in de weg aan de bepalingen van het ZÄG, waarvan §§ 24 e.v. primair bepalen dat het beroep rechtstreeks en persoonlijk moet worden uitgeoefend en diensten slechts in het kader van § 31 ZÄG „tijdelijk” door „EER-onderdanen” vrij kunnen worden verricht, en wel voor constellaties als de onderhavige, waarin een buitenlandse tandheelkundige – in beginsel permanent – in het kader van een enkele behandelingsovereenkomst diensten verleent en die deels vanuit het buitenland verricht met behulp van ICT (in de zin van grensoverschrijdende dienstverlening per correspondentie) en deels in Oostenrijk verricht met bijstand van een Oostenrijkse tandheelkundige die tot uitoefening van het beroep bevoegd is en als uitvoerende partner optreedt.

II. [OMISSIS] [informatie betreffende de nationale procedure]

#### M o t i v e r i n g:

I.:

A. feiten

- 1 Verzoekster, een publiekrechtelijk orgaan met zetel te Wenen, heeft als wettelijke opdracht de belangenbehartiging van Oostenrijkse tandheelkundigen en tandartsen. Verweerster is een in Oostenrijk gevestigde tandheelkundige, die onmiskenbaar bevoegd is om in Oostenrijk tanden van patiënten te onderzoeken en verzorgen op grond van een met hen gesloten behandelingsovereenkomst.

- 2 De twee interveniënten maken deel uit van een wereldwijd actieve onderneming in de dentale industrie. Eerste interveniënte is een in Duitsland gevestigde GmbH waarvan het maatschappelijk doel bestaat in „het verlenen van diensten op het gebied van lifestyleproducten voor eindgebruikers”. Zij promoot een tandheelkundige mondcorrectiemethode met behulp van doorzichtige beugels, die wordt aangeboden onder de merknaam „DrSmile”. Via haar website [www.drsmile.at](http://www.drsmile.at) kunnen (potentiële) klanten de gewenste locatie in Oostenrijk kiezen en met de desbetreffende „partnertandarts” (zoals verweerster) een afspraak maken. Indien een dergelijke afspraak plaatsvindt, neemt verweerster in haar eigen praktijk een anamnese af, voert zij een voorlichtingsgesprek, maakt zij een 3D-scan van het gebit en voert zij de eventueel voor de beugelbehandeling noodzakelijke voorbehandelingen uit. Vervolgens doet verweerster het beeldmateriaal en een advies over de mondcorrectiemethode toekomen aan tweede interveniënte. Laatstgenoemde is eveneens een in Duitsland gevestigde GmbH. De vennoten van interveniënten zijn geen tandheelkundigen. Tweede interveniënte is evenwel erkend en beschikt over de andere noodzakelijke vergunningen uit hoofde van het Duitse Krankenanstaltenrecht (wetgeving inzake zorginstellingen) om een tandheelkundig zorgcentrum („tandheelkundige kliniek”) te exploiteren op een locatie in Duitsland.
- 3 Voor onderhavige zaak moet ervan worden uitgegaan dat (alleen) tweede interveniënte met de patiënt een behandelingsovereenkomst sluit, waaronder alle diensten vallen die met een gebitscorrectie „DrSmile” samenhangen. Zij koopt de beugels bij eerste interveniënte, die dan weer bestellingen daarvoor plaatst bij derden. Verdere bijstand door tweede interveniënte wordt verleend via haar app, waarmee patiënten haar regelmatig foto’s van hun gebit sturen. Voorts heeft tweede interveniënte een contractuele relatie met verweerster en betaalt zij haar voor de diensten die zij in het kader van de „DrSmile-behandeling” voor de respectieve patiënten verricht.

#### B. Argumenten van partijen

- 4 Verzoekster vordert staking van inbreuken als bedoeld in het Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (federale wet tegen oneerlijke mededinging; hierna: „UWG”), categorie wetsovertredingen. Zij wil (voor zover nog van belang in het kort geding in derde aanleg) verweerster bij voorlopige voorziening laten verbieden om, tot de beslissing over de vordering tot staking in de bodemprocedure in kracht van gewijsde is getreden, aan in Oostenrijk verrichte tandheelkundige activiteiten van buitenlandse ondernemingen die niet bevoegd zijn tot uitoefening van het beroep van tandheelkundige als bedoeld in het ZÄG, noch beschikken over een vergunning voor de exploitatie van een zorginstelling naar Oostenrijks recht, rechtstreeks of indirect deel te nemen door bijvoorbeeld voor eerste of tweede interveniënte afdrukken van scheefstaande tanden te nemen, ook al is het digitaal met behulp van een intraorale scanner.
- 5 Verweerster werpt tegen dat tweede interveniënte, waarmee zij samenwerkt, een naar Duits recht erkende particuliere zorginstelling is, waarvan de activiteiten in

Oostenrijk in het kader van de telegeneeskunde zijn toegestaan. Hetzelfde kan gezegd worden van de op taakverdeling gebaseerde samenwerking met verweerster voor orthodontische behandelingen. Verweerster voert haar werkzaamheden rechtstreeks, persoonlijk en onafhankelijk uit.

### C. Voorafgaande procedure

- 6 De rechter in eerste aanleg heeft de vordering in kort geding afgewezen. Verweerster neemt volgens hem niet deel aan tandheelkundige activiteiten van interveniënten. Er is sprake van twee los van elkaar te beschouwen behandelingsovereenkomsten, zodat verweerster niet als uitvoerende partner kan worden aangemerkt en dus ook niet deelneemt aan tandheelkundige activiteiten van derden in Oostenrijk.
- 7 De rechter in tweede aanleg heeft de vordering in kort geding grotendeels – met uitzondering van de exemplarische verwijzing naar de deelname aan tandheelkundige activiteiten van eerste interveniënte – toegewezen. Volgens die rechter treedt verweerster op als uitvoerende partner van tweede interveniënte in het kader van de tussen laatstgenoemde en de patiënten gesloten behandelingsovereenkomsten. Tweede interveniënte is niet bevoegd om in Oostenrijk tandzorg te verlenen. Haar door verweerster als uitvoerende partner in Oostenrijk verstrekte behandelingsdiensten worden rechtstreeks en zonder gebruikmaking van informatie- en communicatieapparatuur of -technologie uitgevoerd. Verweerster neemt derhalve deel aan tandheelkundige activiteiten die door een buitenlandse vennootschap in Oostenrijk worden verricht, zonder dat laatstgenoemde bevoegd is tot uitoefening van het beroep van tandheelkundige als bedoeld in het ZÄG of beschikt over een vergunning voor de exploitatie van een zorginstelling naar Oostenrijks recht. Aldus schendt zij ten eerste de samenwerkingsvoorschriften van § 24 ZÄG en neemt zij ten tweede als medeplichtige deel aan een door een buitenlandse GmbH begane inbreuk op de aan tandheelkundigen voorbehouden bevoegdheid als bedoeld in §§ 3, 4, lid 3, ZÄG en derhalve aan een inbreuk op de eerlijke mededinging in de zin van § 1 UWG. Gelet op beslissing 4 Ob 158/20v kan verweerster zich niet op de redelijkheid van haar rechtsopvatting beroepen.
- 8 Het Oberste Gerichtshof moet thans beslissen op verweersters beroep tot *Revision*, waarmee zij verzoekt om verzoeksters verzoek om een voorlopige voorziening in zijn geheel af te wijzen.

### D. Toepasselijke Unierechtelijke bepalingen

- 9 1.1. Volgens artikel 56 VWEU zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

- 10 1.2. Op grond van artikel 62 VWEU zijn de artikelen 51 tot en met 54 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging ook van toepassing op de vrijheid van dienstverrichting.
- 11 1.3. In artikel 54 VWEU worden vennootschappen met zetel in de Unie in beginsel gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.
- 12 2.1. Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (patiëntenmobiliteitsrichtlijn) bevat overeenkomstig artikel 1, lid 1 ervan
- voorschriften ter vergemakkelijking van de toegang tot veilige en hoogwaardige grensoverschrijdende gezondheidszorg en bevordert samenwerking op het gebied van de gezondheidszorg tussen de lidstaten, met volledige eerbiediging van de nationale bevoegdheden voor het organiseren en verstrekken van gezondheidszorg. Deze richtlijn heeft tevens tot doel de relatie met het bestaande kader inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, verordening (EG) nr. 883/2004, te verduidelijken met het oog op de toepassing van de rechten van patiënten.*
- 13 In artikel 4 van die richtlijn worden de verantwoordelijkheden van de lidstaten met betrekking tot de grensoverschrijdende gezondheidszorg vastgesteld. Daarin staat:
- Grensoverschrijdende gezondheidszorg wordt verleend met inachtneming van de beginselen van universaliteit, toegang tot kwaliteitsvolle zorg, rechtvaardigheid en solidariteit en overeenkomstig: a) de wetgeving van de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt; [...]*
- 14 Volgens de definities in artikel 3, onder e), is
- „grensoverschrijdende gezondheidszorg”: gezondheidszorg die wordt verleend of voorgeschreven in een andere lidstaat dan de lidstaat van aansluiting.*
- 15 2.2. Overeenkomstig artikel 3, onder d), wordt verstaan onder
- „lidstaat waar de behandeling plaatsvindt”: de lidstaat op het grondgebied waarvan de gezondheidszorg feitelijk aan de patiënt wordt verleend. In het geval van telegeneeskunde wordt de gezondheidszorg geacht te zijn verstrekt in de lidstaat waar de zorgaanbieder is gevestigd.*
- 16 „Telegeneeskunde” wordt in de patiëntenmobiliteitsrichtlijn niet verder omschreven en geregeld.



17 2.3. De patiëntenmobiliteitsrichtlijn bevat wel bepalingen over de terugbetaling van kosten van telegeneeskundige diensten.

18 Zo staat in overweging 26:

*Het recht op terugbetaling van de kosten van in een andere lidstaat verleende gezondheidszorg door het wettelijk sociaalzekerheidsstelsel van patiënten als verzekerde, is door het Hof van Justitie in diverse arresten erkend. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de Verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van dienstverrichting de vrijheid omvatten van ontvangers van gezondheidszorg, waaronder zij die geneeskundige behandeling behoeven, om zich met het oog daarop naar een andere lidstaat te begeven. Hetzelfde moet gelden voor ontvangers van gezondheidszorg die op een andere wijze, bijvoorbeeld via diensten op het gebied van e-gezondheidszorg, gezondheidszorg willen ontvangen die in een andere lidstaat wordt verleend.*

19 Dienovereenkomstig wordt in artikel 7, lid 7, bepaald:

*De lidstaat van aansluiting kan ten aanzien van de verzekerde die om terugbetaling verzoekt van grensoverschrijdende gezondheidszorg, inclusief door middel van telegeneeskunde ontvangen gezondheidszorg, de voorwaarden, de criteria om in aanmerking te komen en reglementaire en administratieve formaliteiten, ongeacht of die op lokaal, nationaal of regionaal niveau zijn vastgesteld, toepassen die hij zou toepassen indien de zorg op zijn grondgebied zou zijn verleend. [...]*

20 2.4. Ten slotte zijn er in de patiëntenmobiliteitsrichtlijn nog algemene regels voor telegeneeskundige diensten terug te vinden:

21 Overweging 56 luidt:

*Technologische ontwikkelingen op het gebied van de grensoverschrijdende verlening van gezondheidszorg met behulp van ICT's kunnen tot gevolg hebben dat de uitoefening van de toezichthoudende taak door de lidstaten onduidelijk wordt, en zo het vrije verkeer van gezondheidszorg belemmeren en mogelijk verdere risico's voor de bescherming van de gezondheid opleveren. Voor de verlening van gezondheidszorg met behulp van ICT's worden in de Unie zeer uiteenlopende en onverenigbare indelingen en normen gehanteerd, waardoor belemmeringen voor deze wijze van verlening van grensoverschrijdende gezondheidszorg, alsmede mogelijke risico's voor de bescherming van de gezondheid ontstaan. De lidstaten dienen er derhalve naar te streven hun ICT-systemen interoperabel te maken. Voor de invoering van ICT-systemen voor de gezondheidszorg zijn evenwel uitsluitend de lidstaten bevoegd. Derhalve dient in deze richtlijn rekening te worden gehouden zowel met het belang van de werkzaamheden betreffende interoperabiliteit als met de verdeling van bevoegdheden, zulks door de Commissie en de lidstaten te doen samenwerken bij het ontwikkelen van*

*niet-bindende maatregelen om de keuze aan instrumenten waarover de lidstaten beschikken voor het bevorderen van de interoperabiliteit van ICT-systemen in de gezondheidszorgsector te verruimen en de toegang van patiënten tot e-gezondheidstoepassingen te steunen, wanneer lidstaten besluiten om deze in te voeren.*

22 Dienovereenkomstig bevatten de artikelen 14 en 15 betreffende „E-gezondheid” respectievelijk „Samenwerking bij de evaluatie van gezondheidstechnologie” (enkel) regels over een vrijwillig netwerk.

23 2.5. Overeenkomstig artikel 2, onder n), is de patiëntenmobiliteitsrichtlijn bovendien van toepassing „onverminderd” richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (beroepskwalificatierichtlijn).

24 3. In artikel 5 van de beroepskwalificatierichtlijn, richtlijn 2005/36/EG, wordt het „beginsel van het vrij verrichten van diensten” geregeld en wordt bepaald:

*(1) Onverminderd specifieke bepalingen van het communautaire recht en de artikelen 6 en 7 van deze richtlijn, kunnen de lidstaten niet om redenen van beroepskwalificatie beperkingen stellen aan het vrij verrichten van diensten in een andere lidstaat:*

*a) indien de dienstverrichter op wettige wijze is gevestigd in een lidstaat [...] om er hetzelfde beroep uit te oefenen, en*

*b) [...].*

*(2) De bepalingen van deze titel zijn uitsluitend van toepassing wanneer de dienstverrichter zich naar het grondgebied van de ontvangende lidstaat begeeft om er tijdelijk en incidenteel het in lid 1 bedoelde beroep uit te oefenen.*

*Het tijdelijke en incidentele karakter van de dienstverrichting wordt per geval beoordeeld, met name in het licht van de duur, frequentie, regelmaat en continuïteit van de verrichting.*

*(3) Als de dienstverrichter zich naar een andere lidstaat begeeft, valt hij onder de professionele, wettelijke of administratieve beroepsregels die rechtstreeks verband houden met beroepskwalificaties, zoals de definitie van het beroep, het gebruik van titels en de ernstige wanprestatie bij de uitoefening van het beroep die rechtstreeks en specifiek verband houdt met de bescherming en de veiligheid van consumenten, alsook de tuchtrechtelijke bepalingen, die in de ontvangende lidstaat van toepassing zijn op de personen die er hetzelfde beroep uitoefenen.*



25 Krachtens artikel 7 kunnen de lidstaten kennisgevings- en bewijsverplichtingen opleggen wanneer een dienstverrichter zich voor het verrichten van diensten van de ene naar de andere lidstaat begeeft.

26 Voorts staat in overweging 4:

*Wat op afstand verrichte diensten van de informatiemaatschappij betreft, zijn ook de bepalingen van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt [...] van toepassing.*

27 4. Ook voor de uitlegging van het begrip „telegeneeskunde” is het voor de hand liggend om zich te beroepen op richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”).

28 Een *dienst van de informatiemaatschappij* is overeenkomstig artikel 2, onder a), ervan, gelezen in samenhang met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG,

*elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt. In deze definitie wordt verstaan onder „op afstand”: een dienst die geleverd wordt zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn.*

29 Overeenkomstig artikel 2, onder ii), omvat het gecoördineerde gebied niet vereisten met betrekking tot diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.

30 In overweging 18 staat:

*[...] Activiteiten die van nature niet op een afstand en met behulp van elektronische middelen kunnen worden verricht, zoals [...] of een medisch consult waarbij een lichamelijk onderzoek van de patiënt vereist is, zijn geen diensten van de informatiemaatschappij.*

#### E. Toepasselijke nationaalrechtelijke bepalingen

31 1. De Oostenrijkse wet tot omzetting van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, het EU-Patientenmobilitätsgesetz (EU-patiëntenmobiliteitswet) (EU-PMG, BGBl. I nr. 32/2014), en het regeringsvoorstel daartoe (33 dB XXV GP) bevatten even weinig regels of bijzonderheden omtrent telegeneeskundige diensten als het ZÄG.

- 32 2. Volgens § 3, lid 1, ZÄG mag het beroep van tandheerkundige alleen worden uitgeoefend in overeenstemming met die federale wet.
- 33 Het beroep van tandheerkundige omvat volgens § 4, lid 2, ZÄG elke medische handeling die rechtstreeks bij mensen wordt uitgevoerd of indirect voor mensen wordt verricht op grond van wetenschappelijke kennis op tandheerkundig gebied, met inbegrip van aanvullende en alternatieve geneeswijzen.
- 34 Volgens § 4, lid 3, ZÄG omvat het exclusieve werkterrein van tandheerkundigen onder andere het onderzoek naar de aan- of afwezigheid van ziekten en anomalieën van het gebit, de behandeling daarvan, waartoe ook cosmetische en esthetische tandheerkundige ingrepen behoren, voor zover hiervoor een tandheerkundig onderzoek en een tandheerkundige diagnose vereist zijn, alsmede het voorschrijven van geneesmiddelen, medische accessoires en hulpmiddelen voor tandheerkundige diagnostiek.
- 35 Overeenkomstig § 24 lid 1, ZÄG moeten tandheerkundigen hun beroep persoonlijk en rechtstreeks uitoefenen, eventueel in samenwerking met andere tandheerkundigen of met andere beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg, met name in de vorm van gezamenlijke praktijkruimten en apparatuur (§ 25) of groepspraktijken (§ 26). Voorts mogen zij in het kader van hun beroepsuitoefening gebruikmaken van de hulp van assistenten, indien deze volgens hun precieze instructies en onder hun voortdurende toezicht handelen (§ 24, lid 2, ZÄG).
- 36 Een groepspraktijk kan overeenkomstig § 26 lid 1, punt 2, ZÄG worden geëxploiteerd in de rechtsvorm van een Gesellschaft mit beschränkter Haftung (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; hierna: „GmbH”). Eén van de voorwaarden is evenwel dat alle vennoten tandheerkundigen zijn die bevoegd zijn om dat beroep zelfstandig uit te oefenen (§ 26, lid 3, punt 1, ZÄG).
- 37 § 31 ZÄG, waarin het „vrij verrichten van diensten” wordt geregeld, bepaalt onder meer:
- (1) *Onderdanen van een EER-land of de Zwitserse Bondsstaat die het beroep van tandheerkundige rechtmatig uitoefenen in een van de andere EER-landen of in de Zwitserse Bondsstaat, mogen in het kader van het vrij verrichten van diensten tijdelijk vanuit hun buitenlandse praktijk of standplaats in Oostenrijk tandheerkunde beoefenen zonder op de lijst van tandheerkundigen te worden ingeschreven.*
- (2) *Alvorens voor het eerst tandzorg in Oostenrijk aan te bieden waarvoor een tijdelijk verblijf op het federale grondgebied vereist is, moet de zorgaanbieder via de Landes Zahnärztekammer (deelstatelijke vereniging van tandheerkundigen) van de deelstaat waar de dienst zal worden verricht, de Österreichische Zahnärztekammer schriftelijk in kennis stellen onder overlegging van de volgende stukken: [...]*

- 38 In de rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht is reeds geoordeeld dat die bepaling enkel bedoeld is voor tot uitoefening van het beroep bevoegde natuurlijke personen, doch niet voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, laat staan wanneer hun aandeelhoudersstructuur niet voldoet aan § 26 ZÄG (zie 4 Ob 158/20v).
- 39 3. Een inbreuk op de aan tandheekkundigen voorbehouden bevoegdheid (zogenaamde Zahnärztevorbehalt) van het ZÄG leidt niet enkel tot bestuursrechtelijke sancties. Volgens vaste rechtspraak van de Oostenrijkse rechters handelt immers eenieder die zich als concurrent begeeft op een terrein dat wettelijk gezien uitsluitend valt onder andermans handelsvergunning of is voorbehouden aan een bepaald beroep (zoals artsen, tandheekkundigen, advocaten, civiel ingenieurs) in strijd met eerlijke mededinging in de zin van § 1 UWG, wanneer zijn gedrag de mededinging in meer dan geringe mate kan beïnvloeden ten nadele van rechtsgetrouwe concurrenten (RS0077985 [T14]).
- 40 In de rechtspraak is bovendien reeds geoordeeld dat degene die een vrij beroep uitoefent en in het buitenland is gevestigd, moet voldoen aan de in Oostenrijk geldende beroeps- en ethische regels, zodra hij ook in Oostenrijk werkzaam is (RS0051613 [T2]).
- 41 Volgens de rechtspraak kunnen niet alleen de rechtstreekse dader, maar ook mededaders, uitlokkers of medeplichtigen – waaronder ook onafhankelijke contractanten kunnen vallen wanneer zij zich ertoe verbonden hebben om voor een opdrachtgever bepaalde diensten te verrichten – tot staking veroordeeld worden, voor zover zij kennis hebben van de feitelijke omstandigheden die hun gedrag onrechtmatig maken. Het schuldig niet-kennen van die omstandigheden moet worden gelijkgesteld aan het kennen ervan (zie RS0079765 [T28], RS0031329).

#### F. Motivering van de prejudiciële vragen

- 42 1. Om te beginnen moet worden verduidelijkt of verweerster überhaupt in de zin van verzoeksters vordering deelneemt aan tandheekkundige activiteiten die in Oostenrijk worden verricht door buitenlandse ondernemingen
- 43 1.1. Op basis van de door de rechter in tweede aanleg als bewezen geachte feiten moet worden aangenomen dat sprake is van een enkele behandelingsovereenkomst en dat verweerster slechts optreedt als uitvoerende partner van tweede interveniënte in het kader van de contractuele relatie die hen bindt, zodat laatstgenoemde juridisch gezien de dienst ten aanzien van de patiënt verricht.
- 44 1.2. Vanuit het oogpunt van de verwijzende rechter is de eerste vraag derhalve waar de tandzorg rechtens worden „verleend”, met name of het beginsel van het land van herkomst van toepassing is en of de plaats van de dienst derhalve Duitsland is, waar tweede interveniënte rechtmatig een tandheekkundige kliniek exploiteert.

- 45 1.3. De inleidende vraag is dus (1) of artikel 3, onder d), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn, richtlijn 2011/24/EU, volgens hetwelk in het geval van telegeneeskunde de gezondheidszorg wordt geacht te zijn verstrekt in de lidstaat waar de zorgaanbieder is gevestigd, slechts is vastgesteld ten behoeve van de vergoeding van kosten in de zin van artikel 7 van die richtlijn, dan wel of het een algemeen herkomstlandbeginsel bevat voor telegeneeskundige diensten, dan wel of een dergelijk beginsel kan worden afgeleid uit de richtlijn inzake elektronische handel.
- 46 2.1. Ter verduidelijking van de toepassing van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn op het onderhavige geval moet ook de vraag worden beantwoord (2) of de in artikel 3, onder d), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn bedoelde „gezondheidszorg in het geval van telegeneeskunde” uitsluitend verwijst naar afzonderlijke geneeskundige diensten die (grensoverschrijdend) worden verleend met behulp van informatie- en communicatietechnologieën (ICT), of naar de gehele behandelingsovereenkomst, die ook lichamelijk onderzoek in de woonstaat van de patiënt kan omvatten, en of de ICT-gestuurde diensten de overhand moeten hebben om te kunnen spreken van „gezondheidszorg in het geval van telegeneeskunde”. In het geval van samenhang tussen deze twee soorten diensten (zoals in casu) moet worden verduidelijkt of zij in hun geheel moeten worden aangemerkt als grensoverschrijdende gezondheidszorg in de zin van artikel 3, onder d) en e), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn.
- 47 2.2. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bijvoorbeeld reeds vastgesteld dat een bemiddelingsdienst kan worden aangemerkt als een „dienst van de informatiemaatschappij”, maar dat dit anders ligt wanneer blijkt dat deze bemiddelingsdienst integrerend deel uitmaakt van een dienst die onder een andere juridische kwalificatie valt (C-390/18, *Airbnb Ireland*, punt 50).
- 48 3.1. Voor de vraag naar het op „telegeneeskunde” toepasselijke recht is in casu bovendien de wisselwerking tussen de patiëntenmobiliteitsrichtlijn en de beroepskwalificatierichtlijn van groot belang, met name (wat „telegeneeskunde” betreft) de verhouding tussen artikel 2, onder n), artikel 3, onder d), en artikel 4, onder a), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn en artikel 5, lid 3, van de beroepskwalificatierichtlijn, volgens hetwelk de dienstverrichter die zich naar een andere lidstaat „begeeft”, onder de professionele, wettelijke of administratieve beroepsregels van de ontvangende lidstaat valt, maar ook de verhouding tussen de richtlijn inzake elektronische handel – met name artikel 2, onder a), ii), en overweging 18 ervan – en de beroepskwalificatierichtlijn, met name artikel 5 en overweging 4 ervan, en artikel 2, onder n), artikel 3, onder d), en artikel 4, onder a), van de patiëntenmobiliteitsrichtlijn.
- 49 3.2. In een andere context heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds geoordeeld dat de beroepsmatige bijstand in belastingzaken, die grensoverschrijdend wordt verleend zonder dat de handelende personen zich naar de andere lidstaat begeven, niet onder artikel 5 van de beroepskwalificatierichtlijn, richtlijn 2005/36/EG valt, aangezien die bepaling uitsluitend van toepassing is

wanneer de dienstverrichter zich naar het grondgebied van de ontvangende lidstaat begeeft (C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft/FA*, punten 34 e.v.).

- 50 3.3. Met name in het geval van gezondheidszorg kan ter bescherming van patiënten evenwel worden aangevoerd dat zelfs in het geval van loutere (grensoverschrijdende) dienstverlening per correspondentie, en ongeacht het herkomstlandbeginsel, aanvullend de beroepsregels van de woonstaat van de patiënt moeten worden nageleefd.
- 51 4.1. Ervan uitgaande dat de door verweerster verleende tandzorg niet alleen feitelijk, maar ook rechtens in Oostenrijk wordt „verleend”, zal vervolgens moeten worden nagegaan of verweerster, doordat zij niet uit hoofde van een eigen behandelingsovereenkomst, doch enkel als uitvoerende partner van tweede interveniënte optreedt, deelneemt aan inbreuken op de eerlijke mededinging in de zin van een wetsovertredingen, door inbreuk te maken op de aan tandheelkundigen voorbehouden bevoegdheid.
- 52 4.2. Tweede interveniënte is in Duitsland weliswaar erkend als privékliniek, maar beschikt in Oostenrijk niet over een vergunning voor de exploitatie van een zorginstelling, noch is zij bevoegd in de zin van het ZÄG. Ook haar aandeelhoudersstructuur druist in tegen de voorschriften van het ZÄG.
- 53 4.3. Bijgevolg rijst de vraag of de regeling van het ZÄG, waarvan §§ 24 e.v. primair bepalen dat het beroep rechtstreeks en persoonlijk moet worden uitgeoefend en diensten slechts in het kader van § 31 ZÄG „tijdelijk” door „EER-onderdanen” (natuurlijke personen volgens de rechtspraak) vrij kunnen worden verricht, verenigbaar is met de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in de artikelen 56 e.v. VWEU, en wel voor constellaties als de onderhavige, waarin een buitenlandse tandheelkundige deels vanuit het buitenland met behulp van ICT (in de zin van grensoverschrijdende dienstverlening per correspondentie) en deels in Oostenrijk met bijstand van een Oostenrijkse tandheelkundige die tot uitoefening van het beroep bevoegd is en als uitvoerende partner optreedt, in beginsel permanent diensten verricht in het kader van een enkele behandelingsovereenkomst.
- 54 4.4. Specifiek met betrekking tot tweede interveniënte rijst bovendien de vraag of ook een (analoge) toepassing van de regeling inzake groepspraktijken van § 26 ZÄG, volgens welke enkel tandheelkundigen vennoot mogen zijn, tegen de vrijheid van dienstverrichting indruist.
- 55 Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-158/96, punt 51), volgens welke het de lidstaten slechts is toegestaan de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen te beperken, voor zover de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking (zie ook C-385/99) is dit onzeker, temeer daar natuurlijke personen niet altijd een hogere standaard kunnen garanderen dan rechtspersonen.

II.

56 [OMISSIS] [informatie betreffende de nationale procedure]

[OMISSIS]

WERKDOCUMENT