

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremsat den 22. maj 2003¹

1. Disse fire forenede sager rejser en række spørgsmål om, hvorvidt en lovbestemt ordning, i henhold til hvilken centralorganisationerne for sygekasserne i Tyskland i fællesskab fastsætter de højeste beløb (de såkaldte »faste beløb«), som sygekasserne betaler som hjælp til udgifterne til forskellige typer af lægemidler, er forenelig med Fællesskabets konkurrenceregler. Forsikrede personer skal for ordinerede lægemidler, hvis pris overstiger dette beløb, selv betale merudgiften.

2. Sag C-264/01 og sag C-306/01 er præjudicielle sager, som er forelagt af Afdelingen for Kartelsager under Oberlandesgericht Düsseldorf. Sag C-354/01 og sag C-355/01 er forelagt af Bundesgerichtshof. De spørgsmål, som de nationale retter hver især har forelagt, er i nogen grad forskellige hvad angår formulering og rækkevidde. Overordnet set vedrører de særligt spørgsmålet, om sygekasser er virksomheder og følgelig undergivet Fællesskabets konkurrenceregler, om deres centralorganisatio-

ners beslutninger om fastsættelse af faste beløb kan indebære en tilsidesættelse af artikel 81 EF, og om sådanne beslutninger i givet fald kan begrundes i henhold til artikel 86, stk. 2, EF.

3. Artikel 81, stk. 1, EF forbyder vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, og i henhold til artikel 81, stk. 1, litra a), EF navnlig sådanne, som består i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetragtninger.

4. Artikel 86, stk. 2, EF bestemmer:

»Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurren-

1 — Originalsprog: engelsk.

cereglernerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.«

Nationale retsregler

5. Arbejdstagere i Tyskland er for langt størstepartens vedkommende forpligtet til at være tilsluttet den lovbestemte sygesikringsordning, der er reguleret af Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (socialsikringsloven, herefter »SGB V«). Arbejdstagere er omfattet af den lovbestemte sygesikringsordning, medmindre deres indkomst overstiger en vis grænse, eller de er sikret en tilstrækkelig dækning fra en anden lovreguleret kilde, hvilket f.eks. er tilfældet for så vidt angår tjenestemænd. Arbejdstageres forsikring dækker også medlemmer af deres familie, som ikke er beskæftigede. Andre kan lade sig forsikre frivilligt, såfremt visse betingelser er opfyldt.

6. Ordningen finansieres af tvungne bidrag fra de forsikrede og deres arbejdsgivere, idet bidragenes størrelse fastsættes på grundlag af den forsikredes indkomst. I henhold til

§ 1, stk. 1, i SGB V er ordningen baseret på solidaritetsprincippet², og den har til formål at hjælpe de forsikrede til at bevare, genvinde eller forbedre deres sundhed.

7. Den lovbestemte sygesikring stilles til rådighed af sygekasserne, hvoraf de fleste er offentligretlige organer (§ 4, stk. 1, i SGB V). Sygekasserne indgår i sammenslutninger, som omfatter regioner og sektorer. Appellanterne i hovedsagerne befinder sig på delstatsplan og betegnes i § 213, stk. 1, i SGB V som centralorganisationerne for de lovbestemte sygekasser. De fleste af appellanterne repræsenterer et antal sygekasser. Bundesknappschaft (minearbejdernes sygekasse) og See-Krankenkasse (sømandenes sygekasse) er dog selv samtidig lovbestemte sygekasser.

8. Ved Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (lov om strukturreform af sundhedssektoren) af 1988 blev der indført bestemmelser om fastsættelse af faste beløb. Formålet hermed var at opnå besparelser på sygesikringsordningens udgifter ved at give sygekasserne mulighed for at øve indflydelse på lægernes og patienternes valg af lægemiddel og ved at skabe bevidsthed om priserne på lægemidler hos de forsikrede. Med henblik herpå har appellanterne som beskrevet i det

2 — Jf. hvad angår solidaritetsprincippet nedenfor i punkt 32.

følgende fået fælles ansvar for at fastsætte de faste beløb, som sygekasserne kan bidrage med til dækning af udgifterne til forskellige typer lægemidler.

9. Normalt skal sygekasserne i henhold til § 2, stk. 2, i SGB V købe lægelige ydelser og lægemidler direkte og levere dem som naturalydelser til de forsikrede, som har behov herfor (det såkaldte princip om naturalydelser). Imidlertid bestemmes det i § 12, stk. 2, i SGB V, at »er der fastsat et fast beløb for en ydelse, opfylder sygekassen sin forpligtelse ved at betale dette faste beløb«. I henhold til § 31, stk. 2, i SGB V skal den forsikrede selv betale merudgiften, hvis prisen på et ordineret lægemiddel overstiger det faste beløb. I en sådan situation skal den ordinerende læge på forhånd gøre den forsikrede bekendt med, at ordinationen medfører en pligt til at betale merudgiften (§ 73, stk. 5, i SGB V).

10. Lægemiddelproducenterne kan derfor i princippet frit fastsætte priser på deres produkter, som overstiger et eventuelt fast beløb. I praksis er salgsprisen for de lægemidler på det tyske marked, for hvilke der er fastsat et fast beløb, imidlertid kun i 7% af tilfældene højere end dette beløb.

11. Proceduren til fastsættelse af faste beløb er beskrevet i § 35 i SGB V og består af to trin. På det første trin udvælges de

kategorier af lægemidler, for hvilke der skal fastsættes faste beløb. Denne opgave udføres af Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen (forbundsudvalg for læger og sygekasser, herefter »Bundesausschuß«), der er et organ, hvori appellanterne og Kassenärztlichen Bundesvereinigung (sygekassernes forbundssammenslutninger) er repræsenteret. I henhold til § 35, stk. 1, i SGB V skal kategorierne bestå af præparater med samme aktivstoffer, med farmakologisk-terapeutisk tilsvarende aktivstoffer eller med sammenlignelig farmakologisk-terapeutisk virkning. Bundesausschuß skal forelægge sine udvælgelser for Forbundsundhedsministeriet. De træder kun i kraft, dersom Forbundsministeriet giver sin godkendelse eller ikke inden for to måneder afslår dem.

12. Under procedurens andet trin fastsætter sygekasseorganisationerne så et fast beløb for hver kategori af lægemidler. I henhold til § 35, stk. 3, i SGB V fastsætter de i fællesskab og på ensartet måde de pågældende faste beløb på grundlag af de gennemsnitlige dags- eller enkelt doseringer eller andre egnede sammenlignelige størrelser, som fastsættes af Bundesausschuß. I henhold til § 35, stk. 5, i SGB V skal de faste beløb fastsættes således:

»at de i almindelighed garanterer en forsyning, der er sikret i såvel kvantitativ, formålstjenlig og økonomisk som kvalitets-

mæssig henseende. De skal udnytte lønsomhedsreserver, udløse en effektiv pris-konkurrence og skal derfor rettes ind mod de mest prisgunstige forsyningsmuligheder. Der skal i videst muligt omfang sikres et for behandlingen tilstrækkeligt udvalg af lægemidler».

13. Da hovedsagerne blev anlagt i 1998, bestemte § 35, stk. 5, i SGB V endvidere, at der ved fastsættelsen af de faste beløb for lægemidler skulle »tages udgangspunkt i de laveste apotekersalgspriser i den sammenlignelige kategori«. Denne bestemmelse er siden blevet ændret, således at det kun kræves, at det faste beløb ligger inden for den nederste tredjedel af priserne i den pågældende sammenligningskategori.

14. Hvis sygekasseorganisationerne ikke kan nå til enighed om størrelsen af de faste beløb for en bestemt kategori af lægemidler, træffer Forbundssundhedsministeriet afgørelsen i samråd med Forbundsøkonomi-ministeriet. På tidspunktet for sagernes forelæggelse havde Sundhedsministeriet tilsyneladende endnu aldrig skullet træffe en afgørelse om fastsættelse af faste beløb.

15. Sagkyndige fra den medicinske og farmaceutiske videnskab og praksis skal på begge trin af proceduren have lejlighed til at udtale sig, og disse udtalelser skal medinddrages ved afgørelsen. De faste

beløb skal undersøges mindst en gang om året af sygekasseorganisationerne og tilpasses ændrede markedsforhold med passende mellemrum. De offentliggøres i Bundesanzeiger (det tyske lovtidende) og kan prøves ved domstolene.

Retsforhandlingerne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

16. Disse forenede sager vedrører hver deres faktiske omstændigheder, som dog ligner hinanden og rejser de samme grundlæggende retlige spørgsmål. De appelindstævnte i hovedsagerne er farmaceutiske virksomheder. De anfægter afgørelser truffet af appellanterne i henhold til § 35 i SGB V om ændring af niveauet for de faste beløb for de kategorier af lægemidler, som deres egne produkter tilhører. De appelindstævnte har alle fået medhold i første instans eller ved første appelinstant. Sygekasseorganisationerne har derfor iværksat appel ved de forelæggende retter, som har besluttet at udsætte sagerne og at forelægge Domstolen en række spørgsmål til præjudiciel afgørelse.

17. Efter forelæggelsen af sagerne har Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol) taget stilling til spørgsmålet, om fastsættelsen af faste beløb er forenelig med den tyske forfatning og navnlig farmaceutiske virksomheders ret til at udøve et

erhverv. Den tyske forfatningsdomstol har ved dom af 17. december 2002³ fastslået, at § 35 i SGB V er i overensstemmelse med forfatningen. Det er derfor fortsat nødvendigt at besvare de for Domstolen forelagte spørgsmål for at gøre det muligt for de forelæggende retter at træffe afgørelse i hovedsagerne.

18. Oberlandesgericht har i sag C-264/01 og sag C-306/01 forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 81, stk. 1, EF fortolkes således, at centralorganisationerne for de lovbestemte sygekasser i en medlemsstat skal anses for at være sammenslutninger af virksomheder — eller for en virksomhed, i det omfang en centralorganisation selv samtidig er en umiddelbar institution i henhold til den lovbestemte sygesikring — i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, når de i fællesskab fastsætter faste beløb for lægemidler, som finder ensartet anvendelse i hele denne medlemsstat, og som udgør maksimumsprisen for de lægemidler, som købes og betales af de lovbestemte sygekasser, der er undergives en forpligtelse til at levere naturalydelser til deres medlemmer, og således begrænser den ydelsesforpligtelse, der påhviler dem over for deres medlemmer?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

a) Skal fastsættelsen af faste beløb således som beskrevet i det første spørgsmål anses for aftaler (eller vedtagelser) mellem centralorganisationerne for de lovbestemte sygekasser, som, idet de begrænser konkurrencen i artikel 81, stk. 1, litra a), EF's forstand, er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF?

b) Skal andet spørgsmål, litra a), under alle omstændigheder besvares bekræftende, når formålet med fastbeløbsordningen bl.a. er at opnå, at lægemiddelproducenterens lønsomhedsreserver udtømmes med salgsprisen, og dens anvendelse i medlemsstaten hidtil har bevirket, at ca. 93% af de færdigproducerede lægemidler, som udbydes på markedet, og som er omfattet af fastbeløbsordningen, ikke (længere) overstiger det fastsatte beløb?

3) Såfremt det andet spørgsmål (eller ét af de heri indeholdte spørgsmål) ligeledes besvares bekræftende:

Kan en fastbeløbsordning som beskrevet ovenfor under første og andet

3 — Bundesverfassungsgerichts dom af 17.12.2002, 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 og 1 BvL 30/95.

spørgsmål i medfør af artikel 86, stk. 2, første punktum, EF undtages fra anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, uanset, at centralorganisationerne for de lovbestemte sygekasser ved fastsættelsen af de faste beløb repræsenterer de vigtigste — i fællesskab markedsdominerende — aftagere på markedet for lægemidler, og det også ved løsning af problemet med at begrænse udgifterne inden for sundhedsvæsenet kunne komme på tale at overlade fastsættelsen af disse faste beløb til en institution, der ikke er markedsdeltager på markedet for lægemidler, navnlig forbundsregeringen eller en forbundsminister?

punktum, EF på grund af fastbeløbsordningens virkning på samhandelen udelukket allerede i medfør af artikel 86, stk. 2, andet punktum, EF?»

19. Bundesgerichtshof har i sag C-354/01 og sag C-355/01 forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

4) Såfremt det tredje spørgsmål ligeledes besvares bekræftende:

a) Hvilke betingelser skal centralorganisationerne for de lovbestemte sygekasser opfylde og godtgøre som opfyldt for at kunne blive omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 86, stk. 2, første punktum, EF med hensyn til fastsættelsen af de faste beløb?

b) Eller er muligheden for undtagelse i henhold til artikel 86, stk. 2, første

»1) Skal artikel 81 EF og 82 EF fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter de nationale centralorganisationer for de lovbestemte sygekasser på vegne af alle lovbestemte sygekasser og hjælpekas-ser (»Ersatzkassen«) fastsætter de bindende maksimumsbeløb, inden for hvilke kasserne afholder udgifterne til lægemidler, for så vidt som lovgiver samtidig fastsætter kriterierne for, hvorledes beregningen af disse maksimumsbeløb skal ske, herunder navnlig bestemmer, at de faste beløb skal sikre medlemmerne en fuldstændig, kvalitetsmæssigt garanteret forsyning, og at der er sikret et tilstrækkeligt antal alternative behandlingsmuligheder, samt at fastsættelsen på foranledning af såvel medlemmerne som lægemiddelproducenterne er underkastet en omfattende domstolskontrol?

- 2) Dersom det første spørgsmål besvares bekræftende:

Er en sådan fastsættelse [af faste maksimumsbeløb] i medfør af artikel 86, stk. 2, EF undtaget fra anvendelsen af artikel 81 EF og 82 EF, såfremt formålet hermed, således som bestemt i § 35 i Sozialgesetzbuch, Bog V, er at sikre den sociale sygesikringsordnings fortsatte funktion, som der på grund af stærkt stigende omkostninger er rejst tvivl om?

- 3) Dersom det første spørgsmål besvares bekræftende og det andet spørgsmål benægtende:

Kan der på fællesskabsretligt grundlag rejses krav om erstatning og meddeles påbud til centralorganisationer som de sagsøgte i hovedsagerne, hvis de ved fastsættelsen opfylder en lovbestemt forpligtelse, selv om en afvisning af at medvirke ved denne fastsættelse ikke i henhold til national ret medfører en sanktion mod dem?»

20. Det første af de spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof, er meget generelt og dækker i virkeligheden de to første af de spørgsmål, der er forelagt af Oberlandesgericht. På grund af henvisningen til artikel 82 EF forekommer spørgsmålet ganske vist at have større rækkevidde, men forelæggelseskendelsen fra Bundesgerichtshof indeholder faktisk ikke nogen nærmere undersøgelse af, om denne bestemmelse finder anvendelse. Bundesgerichtshofs andet spørgsmål vedrører anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF, og det dækker derfor det samme område som Oberlandesgerichts tredje og fjerde spørgsmål. Bundesgerichtshofs tredje spørgsmål vedrørende retsmidler, der eventuelt kan anvendes over for sygekasserne, er kun blevet rejst af denne ret.

21. Af de forskellige forelæggelseskendelser kan følgende fem spørgsmål derfor udledes. Det første er, om Fællesskabets konkurrenceregler finder anvendelse på sygekasserne og deres centralorganisationer. Svaret på dette spørgsmål skal findes i retspraksis vedrørende betydningen af begreberne virksomhed og sammenslutning af virksomheder. Det andet spørgsmål går på, om sygekasseorganisationerne tilsidesætter artikel 81 EF, hvis de fastsætter faste beløb, uden at dette kan begrundes. Selv om Bundesgerichtshof nævner artikel 82 EF i sit første spørgsmål, vil det i betragtning af, at parterne i deres indlæg ikke kommer nærmere ind på, om denne bestemmelse finder anvendelse i forbindelse med fastsættelse af faste beløb, efter min opfattelse være rimeligt at begrænse det andet spørgsmål til kun at omfatte artikel 81 EF. Det tredje spørgsmål er, om sygekasseorganisationerne, hvis artikel 81 EF i princippet finder anvendelse på fastsættelsen af faste beløb, kan gøre gældende, at artikel 81 EF

kun finder anvendelse på selvstændig adfærd, og at den nationale lovgivning påtvang dem at handle, som de gjorde. For det fjerde skal det undersøges, om fastsættelsen af faste beløb eventuelt kan begrundes i artikel 86, stk. 2, EF som et nødvendigt led i udførelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. Endelig er der spørgsmålet, om der kan rejses krav om meddelelse af påbud til sygekasseorganisationerne, selv hvis det lægges til grund, at de blot har handlet i overensstemmelse med en lovmæssig bestemmelse, hvis manglende overholdelse dog ikke medfører nogen sanktion.

22. Der er indgivet skriftlige indlæg af appellanterne og de appelindstævnte i hovedsagerne og af Kommissionen, som alle var repræsenteret under retsmødet. Under retsmødet blev der endvidere afgivet mundtligt indlæg af den befuldmægtigede for den tyske regering.

Stillingtagen

Spørgsmålet, om sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af faste beløb må kvalificeres som sammenslutninger af virksomheder

23. Indledningsvis skal det undersøges, om Fællesskabets konkurrenceregler overhove-

det finder anvendelse på fastsættelsen af faste beløb. Dette spørgsmål, som går på, om appellanterne ved fastsættelsen af faste beløb handler som »sammenslutninger af virksomheder«, rejser Oberlandesgericht udtrykkeligt med sit første spørgsmål. Det skal også undersøges for at kunne besvare Bundesgerichtshofs første og mere generelle spørgsmål.

24. Der er tre trin i besvarelsen af dette spørgsmål. Først skal det undersøges, om de sygekasser, som appellanterne repræsenterer, er virksomheder, når de leverer sygesikringsydelser. Er dette tilfældet, skal det dernæst afgøres, om fastsættelsen af faste beløb som udgangspunkt er omfattet af sygekassernes økonomiske virksomhed. Endelig skal det undersøges, om appellanterne optræder som sammenslutninger af virksomheder, når de fastsætter de ensartede faste beløb, som sygekasserne derefter anvender.

Handler sygekasserne som virksomheder, når de leverer sygesikringsydelser?

25. Hvad angår sygekassernes status kan Domstolens generelle holdning til spørgs-

målet, om en enhed er en virksomhed i konkurrencereglernes forstand, beskrives som funktionsorienteret derved, at den fokuserer på den type af virksomhed, der udøves, snarere end på kendetegnene ved de aktører, som udøver den, dens sociale formål eller enhedens retlige status og finansieringsmåde i en bestemt medlemsstat⁴. Hvis en virksomhed er af økonomisk karakter, vil de, der udøver den, være undergivet de fællesskabsretlige konkurrenceregler.

26. Aktørernes status i henhold til national ret er derfor ikke relevant ved vurderingen af, om de udgør en virksomhed i fællesskabsrettens forstand. Det forhold, at sygekasser i henhold til tysk ret betragtes som offentligretlige organer eller som en del af statens administration, kan derfor ikke tillægges vægt. Tilsvarende vil den regulering og finansieringsmåde, som en medlemsstat fastsætter for et bestemt område, ikke være afgørende for, om Fællesskabets konkurrenceregler finder anvendelse. De valg, som medlemsstaterne træffer i denne henseende, kan selv være undergivet disse regler. Heller ikke det forhold, at der forfølges et socialt formål eller formål i almenhedens interesse i forbindelse med en bestemt virksomhed, kan bevirke, at virksomheden mister sin økonomiske karakter. Sådanne formål kan imidlertid udgøre en

begrundelse i henhold til artikel 86, stk. 2, EF for ordninger, som ellers ville stride mod Fællesskabets konkurrenceregler⁵.

27. Det afgørende kriterium ved vurderingen af, om en virksomhed er af økonomisk karakter, er efter min opfattelse, om den, i det mindste principielt, kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje⁶. Hvis der ikke er mulighed for, at en privat virksomhed udøver en bestemt virksomhed, ville der ikke være noget formål med at lade den være omfattet af konkurrencereglerne⁷.

28. Imidlertid er det i relation til visse aktivitetsområder slet ikke så lige til at anvende dette kriterium, og Domstolen har udviklet et mere detaljeret sæt kriterier til hjælp ved bedømmelsen. I forbindelse med sagen her er det navnlig relevant, at der nu findes en omfattende retspraksis vedrørende den rette klassificering af pensionsordninger og socialsikringsordninger.

4 — Jf. f.eks. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637, præmis 17, og af 22.1.2002, sag C-218/00, Cisal, Sml. I, s. 691, præmis 22.

5 — Jf. dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 85 og 86.

6 — Jf. Höfner og Elser-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 22 og 23. Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, nævnt i fodnote 5, punkt 311.

7 — Jf. dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl., Sml. I, s. 4013, præmis 21.

29. For nogle af disse ordningers vedkommende har Domstolen fundet, at de ikke indebærer økonomisk virksomhed og følgelig ikke er omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler.

30. I Poucet og Pistre-sagen⁸ undersøgte Domstolen, hvordan en ordning vedrørende aldersforsikring og en ordning vedrørende forsikring mod udgifterne ved sygdom og barsel skulle betragtes. Domstolen fastslog, at ingen af ordningerne indebar økonomisk virksomhed, fordi der var tale om obligatorisk forsikring, fordi der ikke var nogen forbindelse mellem de indbetalte bidrags størrelse og de udbetalte ydelser, fordi bidragenes og ydelsernes størrelse var fastlagt i lovgivningen, og fordi de aktuelle ydelser (for pensionsordningens vedkommende) blev finansieret direkte af de aktuelle bidrag og ikke på grundlag af indtægter fra en kapitalfond.

31. Tilsvarende fastslog Domstolen i Cisaldommen⁹, at en ordning vedrørende forsikring mod arbejdsskader ikke udgjorde økonomisk virksomhed, fordi der var tale om obligatorisk tilslutning, fordi de udbetalte ydelser kun i begrænset omfang stod i relation til størrelsen af de indbetalte bidrag, og fordi både bidragenes og ydelsernes størrelse skulle godkendes af ministeren.

32. Det forekommer mig indlysende, at obligatoriske, statslige socialsikringsordninger som de i Cisal-sagen og Poucet og Pistre-sagen omhandlede ikke betragtes som økonomisk virksomhed, eftersom der end ikke foreligger en teoretisk mulighed for, at de kan drives af en privat virksomhed. Disse ordninger medfører en omfordeling af ressourcerne i den sociale solidaritets navn i et sådant omfang, at der kun er lidt eller ingen plads til de forsikrings-, investerings- og formidlingsydelser, som private pensions- og forsikringsudbydere kan tilbyde og faktisk tilbyder på markedet¹⁰.

33. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen¹¹, kan jeg ikke se, hvordan en privat virksomhed skulle kunne tilbyde en pensionsordning, som ikke fungerer efter kapitaliseringsmetoden, men hvor de aktuelle bidrag finansierer de aktuelle udbetalinger. I en sådan ordning er omfordeling af ressourcerne ikke en underordnet funktion i forhold til en anden virksomhed, som eventuelt kunne udøves uafhængigt af denne. Der er snarere tale om, at ordningen alene udgøres af den af staten foreskrevne omfordeling af ressourcerne fra de aktuelt beskæftigede til de pensionerede. Ligeledes er det, som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Cisal-sagen¹², et væsentligt kendetegn ved pri-

8 — Forenede sager C-159/91 og C-160/91, nævnt ovenfor i fodnote 4.

9 — Sag C-218/00, nævnt i fodnote 4.

10 — Jf. hvad angår solidaritetsprincippet i forbindelse med socialsikringsordninger Poucet og Pistre-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 10 ff.

11 — Nævnt i fodnote 5, punkt 338.

12 — Nævnt i fodnote 4, punkt 62.

vate arbejdsulykkesforsikringer, at bidrag og ydelser er forbundet med hinanden ikke alene på det overordnede plan (summen af ydelser skal finansieres af summen af bidrag), men også på individuelt plan.

sikringsordninger i den ene ende af skalaen til individuelle private ordninger forvaltet af kommercielle forsikringsselskaber i den anden. Klassificeringen må derfor nødvendigvis blive et gradsspørgsmål.

34. I FFSA-dommen¹³ og Albany-dommen¹⁴ er det blevet fastslået, at pensionsordninger, som finansieres gennem forvaltning af en kapitalfond, hvortil bidragene betales, og hvor ydelserne står i direkte forhold til bidragene, derimod er underkastet Fællesskabets konkurrenceregler, selv om ordningen indeholder visse elementer af solidaritet. I sådanne ordninger er det omfordelende element ikke af en sådan karakter, at det står i vejen for de aktivitetsområder, som private forsikrings- og pensionselskaber normalt arbejder med, som f.eks. aktuarberegning og kapitalforvaltning.

35. Det er naturligvis vanskeligt at sige præcist, hvornår omfordelings-elementet i en pensions- eller forsikringsordning er så udtalt, at det overskygger de økonomiske aktiviteter, som private pensions- og forsikringsudbydere konkurrerer om at levere. Der findes ordninger i en lang række forskellige former, lige fra statslige social-

36. Appellanterne, den tyske regering og Kommissionen har under henvisning til Poucet og Pistre-dommen og Cisal-dommen¹⁵ anført, at sygekasserne ikke udøver økonomisk virksomhed og derfor ikke er virksomheder i EU-konkurrenceretens forstand. Sygekasserne bygger på princippet om social solidaritet. Alle tyskere er uanset indkomst, helbredstilstand og risikograd sikret det samme grundniveau for ydelser. Bidrag og ydelser er ikke forbundet med hinanden på det individuelle plan. For at bevare denne solidaritet er medlemskabet obligatorisk for de fleste arbejdstagere i Tyskland.

37. Den tyske lovbestemte sygesikringsordning har utvivlsomt en række træk til fælles med de ordninger, som var omhandlet i Poucet og Pistre-dommen og Cisal-dommen. Imidlertid adskiller den tyske ordning sig efter min opfattelse også fra disse på grund af nogle særlige træk, hvorved der indføres en vis konkurrence mellem syge-

13 — Nævnt i fodnote 7.

14 — Nævnt i fodnote 5.

15 — Begge nævnt i fodnote 4.

kasserne indbyrdes og mellem sygekasserne og private forsikringsselskaber, og som derved viser, at omfordelingselementet ikke er så udpræget, at det udelukker, at der kan være tale om økonomisk virksomhed.

tilfældet her, ikke i sig selv bevirke, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse. I flere økonomiske sektorer har lovgiver på forhånd fastsat bestemte obligatoriske egenskaber for de tjenesteydelser eller varer, der skal leveres af virksomhederne. Så længe de pågældende virksomheder kan konkurrere f.eks. på prisen for disse varer eller tjenesteydelser, udøver de økonomisk virksomhed.

38. For det første er der, som anført af Bundesgerichtshof i forelæggelseskendelsen og som anerkendt af appellanterne selv under retsmødet, en vis priskonkurrence mellem sygekasserne. Arbejdstagerne kan vælge, hvilken sygekasse de vil tilsluttes. Sygekasserne fastsætter selv størrelsen af de bidrag, de opkræver af de forsikrede. Der er derfor en vis forskel på bidragenes størrelse fra sygekasse til sygekasse. Solidariteten sikres tilsyneladende gennem en mekanisme (Risikostrukturausgleich), som skal udligne eventuelle forskelle i den risikograd, som de forskellige sygekasser bærer, således at de kan konkurrere uden herved at komme til at underminere ordningens omfordelingsfunktion. Hvis nogle sygekasser har en medlemssammensætning, som giver uforholdsmæssigt store medicinudgifter, skal de andre sygekasser bidrage til disse større udgifter.

40. Ifølge de appelindstævnte er der for det andet mulighed for en vis konkurrence mellem sygekasserne hvad angår de ydelser, de tilbyder. Grundniveauet for ydelserne er ganske vist fastsat ved lov, men ifølge de appelindstævnte kan sygekasserne i nogen grad selv bestemme, hvordan de vil opfylde deres forpligtelser. De kan for eksempel selv bestemme, om de vil tilbyde visse supplerende og forebyggende behandlinger. Hvis de appelindstævntes anbringende er korrekt, kan sygekasserne således differentiere sig for at forsøge at blive mere attraktive for de forsikrede.

39. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i *Cisal-sagen*¹⁶, kan det forhold, at størrelsen af ydelserne i henhold til en ordning fastsættes ved lov, som det er

41. Endelig konkurrerer sygekasserne og de private udbydere af sygeforsikringer som anerkendt af appellanterne under retsmødet, klart med hinanden om de arbejdstagere, som ikke skal være tilsluttet den lovbestemte sygeforsikring.

16 — Punkt 73.

42. Det fremgår derfor, at sygekasserne faktisk har mulighed for at konkurrere med hinanden og med private selskaber om at levere sygesikringsydelser, om end inden for visse fastlagte grænser. Når en sådan konkurrence findes, må Fællesskabets konkurrenceregler efter min opfattelse finde anvendelse.

Indgår fastsættelsen af faste beløb i den økonomiske virksomhed, som sygekasserne udøver?

43. Selv om det konkluderes, at sygekasserne optræder som virksomheder, når de udbyder sygeforsikring, skal det stadig undersøges, om den påståede konkurrencebegrænsende adfærd, nemlig fastsættelsen af faste beløb, indgår i den økonomiske virksomhed, som sygekasserne udøver.

44. Efter min opfattelse er der ikke hold i appellanternes argument om, at fastsættelsen af faste beløb på en eller anden måde kan adskilles fra sygekassernes hovedaktivitet, som er levering af sygeforsikringer, således at sidstnævnte aktivitet kan være

økonomisk virksomhed, mens førstnævnte ikke nødvendigvis er det.

45. Begrebet virksomhed er ganske vist relativt i den forstand, at en bestemt enhed kan anses for en virksomhed i relation til en del af dens aktiviteter, mens den resterende del af disse ikke er omfattet af konkurrencereglerne¹⁷. Efter min opfattelse er det dog åbenbart, at hvis leveringen af en tjenesteydelse udgør en økonomisk virksomhed, er dette også tilfældet for leverandørens beslutninger vedrørende parametrene for den ydelse, der skal tilbydes. Når sygekasserne fastsætter faste beløb, angiver de den højeste pris, til hvilken de vil købe en vigtig produktionsfaktor. De angiver også niveauet for den forsikringsdækning, de vil yde de forsikrede. Disse beslutninger kan således ikke adskilles fra kernevirksomheden sygeforsikring.

46. I lyset af denne konklusion er det ikke nødvendigt at undersøge, om fastsættelsen af faste beløb kan udgøre økonomisk virksomhed, selv om sygekassernes hovedaktivitet ikke kunne betegnes som en sådan. Oberlandesgericht har anført, at køb kan udgøre en økonomisk virksomhed, uanset om den enhed, som foretager købet, selv er aktiv på et andet marked, hvor de købte

17 — Jf. f.eks. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato i dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, og Bundesanstalt für Arbeit i Höfner og Elser-dommen, nævnt i fodnote 4.

varer eller tjenesteydelser udgør en produktionsfaktor. Kommissionen, appellerne og den tyske regering har alle gjort det modsatte gældende. Spørgsmålet er imidlertid ikke aktuelt, eftersom sygekasserne er aktive på et andet marked, og som led i deres virksomhed på dette marked er med til at betale for lægemidler¹⁸.

Optræder sygekasseorganisationerne som en sammenslutning af virksomheder, når de fastsætter faste beløb?

47. Det sidste trin, som indgår i bedømmelsen af appellanternes status i henhold til EU-konkurrenceretten, består i at undersøge, om de optræder som en sammenslutning af virksomheder, når de fastsætter de ensartede faste beløb, som sygekasserne derefter anvender.

48. Parterne er uenige om, hvorvidt appellanternes fastsættelse af faste beløb kan betragtes som vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder i artikel 81 EF's forstand. De appelindstævnte

har anført, at på procedurens første trin¹⁹ træffer sygekasseorganisationerne beslutninger sammen med Bundesaussschuß, som er et organ, der delvis består af repræsentanter for sygekasseorganisationerne selv, mens de på procedurens andet trin selv fastsætter de faste beløb. Hvis sygekasser er virksomheder, er deres centralorganisationer lige så klart sammenslutninger af virksomheder, og de beslutninger, som disse sammenslutninger træffer, er vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder.

49. Appellerne har anført, at selv hvis deres medlemskasser er virksomheder, handler de selv inden for retlige rammer ved fastsættelsen af de faste beløb, hvilket sikrer, at de handler uafhængigt og ud fra almene hensyn. De beslutninger, de træffer, kan således ikke betegnes som vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder.

50. Appellerne har for det første henvist til det forhold, at de ved fastsættelsen af faste beløb skal overholde de lovbestemte kriterier, som fremgår af § 35, stk. 5, i SGB V. De har for det andet fremhævet, at den procedure, som de skal overholde, sikrer, at der tages hensyn til en række forskellige interesser i forbindelse med både

18 — Denne faktor adskiller Rettens dom af 4.3.2003, sag T-319/99, FENIN, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser. Se præmis 38 og 40 heri.

19 — Jf. punkt 11-14.

udvælgelsen af de kategorier af lægemidler, for hvilke der skal gælde faste beløb, og det efterfølgende trin, hvor de faste beløb reelt fastsættes. Sagkyndige læger fra farmaceutiske virksomheder og apotekererhvervet får lejlighed til at udtale sig, og deres udtalelser skal tages i betragtning. Appellanterne har for det tredje langt vægt på de forskellige former for kontrol, de er undergivet. Beslutninger, som træffes på det første trin, skal godkendes af Forbunds-sundhedsministeriet. På det efterfølgende trin kan de prøves ved domstolene.

51. Jeg finder ikke appellanternes argumenter overbevisende.

52. Ifølge fast retspraksis udelukker den omstændighed, at medlemmerne af et organ, som skal fastsætte priser, er udnævnt af det offentlige, ikke automatisk, at der foreligger en aftale eller en vedtagelse som omhandlet i artikel 81 EF. Omvendt indebærer den omstændighed, at et organ består af medlemmer, som er hentet fra virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, ikke, at de beslutninger, det træffer, automatisk falder ind under denne artikel. I begge tilfælde skal det vurderes, om medlemmerne af organet optræder som repræsentanter for virksomheder og under hensyn til disses interesser, eller om de

handler uafhængigt i almenvellets interesse²⁰.

53. En vigtig faktor i forbindelse med denne vurdering vil være de kriterier, der tages hensyn til ved udpegningen af det pågældende organs medlemmer. Hvis medlemmerne vælges på grund af deres uafhængige sagkundskab, kan det almindeligvis antages, at de beslutninger, de træffer, ikke udgør vedtagelser i artikel 81 EF's forstand. En anden vigtig faktor at tage hensyn til er de materielle og proceduremæssige forpligtelser, som er pålagt det pågældende organ, når det træffer beslutninger. Hvis organet skal tage hensyn til almenvellet og høre forskellige interesserede parter, vil det normalt ikke blive anset for at udgøre en sammenslutning af virksomheder²¹.

54. Hvad angår fastsættelsen af faste beløb kan det efter min opfattelse gøres gældende, at det første trin af proceduren²² ikke resulterer i vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder. Det beslutningstagende organ er sammensat af repræsentanter for både læger og sygekasseorganisationerne. Ifølge de kriterier, som er opstillet i § 35, stk. 1, i SGB V, skal beslutningerne træffes udelukkende på

20 — Jf. f.eks. dom af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 16.

21 — Jf. dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 44.

22 — Jf. punkt 11 ovenfor.

grundlag af sagkundskaben. Desuden skal beslutningerne godkendes af Forbunds-sundhedsministeriet, inden de træder i kraft.

beslutninger, der træffes på grundlag heraf, ikke udgør vedtagelser inden for en sam-menslutning af virksomheder.

55. For så vidt angår procedures andet trin finder jeg imidlertid appellanternes argument om, at de handler uafhængigt og ud fra almene hensyn, langt mindre overbevisende. Det beslutningstagende organ er sammensat af medlemmer, som alle repræsenterer appellanterne. Dets beslutninger træder umiddelbart i kraft og skal ikke først igennem en godkendelses-procedure i Sundhedsministeriet. De syge-kasser, som sygekasseorganisationerne repræsenterer, konkurrerer med hinanden på forskellig måde og har som virksomheder en klar interesse i, at de faste beløb fastsættes på så lavt et niveau som muligt. Jo mindre disse beløb er, desto færre midler skal de afsætte til at sikre forsyningen af lægemidler, og desto flere midler vil de råde over til at sikre deres konkurrenceevne i andre henseender.

56. § 35 i SGB V fastsætter ganske vist kriterier, som sygekasseorganisationerne skal overholde ved fastsættelsen af faste beløb, og deres eventuelle skønsbeføjelser er således begrænsede. Dog er de kriterier, der skal anvendes, efter min opfattelse ikke så forskellige fra sygekasseorganisationernes egne interesser, at det kan bevirke, at de

57. Bestemmelsen i § 35, stk. 3, i SGB V om, at de faste beløb skal fastsættes på grundlag af de gennemsnitlige dags- eller enkelt doseringer eller andre egnede sammenlignelige størrelser, udgør et rent praktisk aspekt ved beregningen af de faste beløb, og de vil under alle omstændigheder være blevet fastsat under procedures første trin.

58. For så vidt angår kriterierne i § 35, stk. 5, i SGB V²³ er der lagt vægt på at sikre så lave priser på lægemidler som muligt i overensstemmelse med sygekasseorganisationernes fremmeste opgave, nemlig at sikre alle muligheder for en formålstjenlig og effektiv behandling af høj kvalitet. Dette mål skal nås ved at udnytte alle lønsomhedsreserver og sikre de mest prisgunstige forsyningsmuligheder. På sagstidspunktet bestemte § 35, stk. 5, i SGB V endvidere, at der ved fastsættelsen af de faste beløb skulle tages udgangspunkt i de laveste apotekersalgspriser i den sammenlignelige kategori. I den senere affattelse af bestemmelsen kræves det fortsat, at de faste beløb ikke fastsættes højere end den højeste salgspris, der ligger inden for den nederste tredjedel mellem den højeste og den laveste

23 — Jf. punkt 12 ovenfor.

pris for lægemidler i den pågældende sammenligningskategori.

59. Jeg mener heller ikke, at behovet for at sikre en effektiv priskonkurrence udgør nogen betydelig modvægt mod de forskellige kriterier, hvor vægten er lagt på, at de faste beløb skal fastsættes på et lavt niveau. Faste beløb kan modvirke de høje priser, der følger af manglende priskonkurrence på markedet for lægemidler, men de kan ikke i sig selv skabe priskonkurrence i den forstand, at priserne finder deres eget leje gennem en effektiv konkurrence mellem leverandørerne.

60. Det forhold, at sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af de faste beløb skal høre sagkyndige inden for medicin og farmakologi og tage hensyn til deres udtalelser ændrer ikke ved min opfattelse. Medicinsk og farmakologisk sagkundskab er kun et af de aspekter, der indgår ved sygekasseorganisationernes opfyldelse af deres forpligtelse til at fastsætte de faste beløb på så lavt et niveau som muligt, og et krav om, at de skal tage hensyn til denne sagkundskab, udelukker derfor ikke, at de optræder som repræsentanter for deres medlemskasser.

61. Endnu inden det er undersøgt, om sygekasseorganisationernes beslutninger om fastsættelse af faste beløb kan begrundes, må det efter min opfattelse således fastslås, at de ikke på overbevisende måde kan betegnes som beslutninger truffet af et offentligtretligt organ, som adskiller sig fra de virksomheder, sygekasseorganisationerne er sammensat af. Deres beslutninger skal i stedet anses for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

Spørgsmålet, om artikel 81 EF finder anvendelse på de beslutninger, hvorved sygekasseorganisationerne fastsætter faste beløb

62. Hvis det anerkendes, at der er tale om vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, når sygekasseorganisationerne fastsætter faste beløb, afhænger spørgsmålet om anvendelsen af artikel 81 EF på sådanne vedtagelser af, om det kan bevises, 1) at de har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, 2) at de kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og 3) at de har en mærkbar indvirkning på konkurrencen og handelen. Parternes uenighed med hensyn til anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF vedrører navnlig det første af disse tre punkter.

63. De appelindstævnte har anført, at sådanne beslutninger udgør en direkte eller indirekte fastsættelse af købspriserne for lægemidler, der i artikel 81, stk. 1, litra a), EF er nævnt som en af de former for praksis, for hvilke denne artikel skal gælde. De har henvist til den uomtvistelige kendsgerning, at mindst 93% af de lægemidler, for hvilke der gælder faste beløb, sælges på det tyske marked til en pris svarende til det pågældende faste beløb eller derunder. De faste beløb kan derfor anses for i praksis at fastsætte et loft for købspriserne for lægemidler i Tyskland.

64. De appelindstævnte har bemærket, at ifølge Domstolens praksis har en aftale mellem leverandører om fastsættelse af salgsprisen for varer eller tjenesteydelser til formål at fordreje konkurrencen, idet det er unødvendigt at tage hensyn til aftalens konkrete virkninger²⁴. Det samme må gælde for en aftale mellem købere om fastsættelse af købsprisen på et bestemt marked.

65. Appellanterne har bestridt, at de omhandlede beslutninger udgør en fastsættelse af købsprisen for lægemidler. I henhold til tysk ret købes lægemidlerne af patienterne og deres læger og ikke af sygekasserne. Ved hjælp af de faste beløb

fastsættes der ganske enkelt et maksimum for, hvor meget sygekasserne vil betale som hjælp til de forsikredes udgifter. I den forstand er de blot en naturlig og nødvendig følge af sygekassernes forpligtelse efter loven til at sikre forsyningen af den nødvendige lægehjælp til alle forsikrede på en økonomisk måde.

66. Appellanterne har desuden gjort gældende, at før fastbeløbsordningen blev indført, var der tendens til strukturelle skævheder på markedet for lægemidler i Tyskland, og priskonkurrencen fungerede derfor ikke. Hverken patienter eller læger skulle betale for de ordinerede lægemidler, og ingen af disse grupper havde derfor noget incitament til at købe de mest prisgunstige produkter på markedet, ligesom der ikke blev lagt noget pres på de farmaceutiske virksomheder, som tvang dem til at konkurrere på prisen. Det gøres derfor gældende, at fastsættelsen af faste beløb ikke kan siges at have haft en negativ indvirkning på konkurrencen.

67. Efter min opfattelse er det klart, at uanset om sygekasserne efter national ret er købere af lægemidler, fastsætter de forretningsbetingelser i artikel 81, stk. 1, litra a), EF's forstand, når de gennem fastsættelsen af faste priser koordinerer størrelsen af de beløb, de maksimalt bidrager med til dækning af udgifterne til disse produkter. Jeg mener også, at de appelindstævnte har ret i,

²⁴ — Dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC mod Clair, Sml. s. 391, præmis 22.

at en sådan praksis må betegnes som en fastsættelse af købspriser for lægemidler.

68. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, mener jeg ikke, at denne konklusion afhænger af, hvordan de aftalemæssige forhold, som ligger bag købet af lægemidler, bedømmes i henhold til national ret. Efter min opfattelse afhænger sygekassernes status som købere i stedet af, om det faktisk er dem, der finansierer købet af disse produkter og fastsætter prisen, hvortil de købes. For de fleste af de pågældende produkters vedkommende er det klart, at sygekasserne varetager begge disse funktioner. De forsikrede skal kun selv dække en del af udgiften til et lægemiddel, hvis det faste beløb overskrides. I betragtning af de forsikredes forståelige modvilje mod selv at skulle afholde udgifter afhænger efterspørgslen efter lægemidler i høj grad af de faste beløb, som sygekasseorganisationerne har fastsat. Denne økonomiske realitet bekræftes af det forhold, at kun en lille procentdel af de lægemidler, der sælges i Tyskland, er dyrere end det faste beløb, der gælder for det pågældende middel.

69. Jeg er ligeledes overbevist om, at en aftale eller vedtagelse fra købernes side om fastsættelse af købsprisen på et bestemt marked må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, uden at det er nødvendigt på dette stadium at undersøge aftalens eller vedtagelsens virkninger på

konkurrencen. Det fremgår udtrykkelig af artikel 81, stk. 1, litra a), EF, at købspriskarteller er omfattet af forbuddet i artikel 81 EF. Den særlige opmærksomhed, der er rettet mod disse, er forståelig i betragtning af, at de kan presse indkøbspriserne ned under det niveau, hvor de er konkurrence-dygtige, med negative følger for det relevante markeds udbudsside. Efter min opfattelse bør de derfor undergives den samme strenge kontrol, som i henhold til Fællesskabets konkurrenceret gælder for salgskarteller.

70. Jeg mener under alle omstændigheder, at fastsættelsen af faste beløb har til følge at begrænse konkurrencen på markedet for lægemidler i artikel 81, stk. 1, EF's forstand. Det fremgår af oplysningerne i forelæggelseskendelserne, at de faste beløb har haft en meget tydelig virkning på de priser, som de farmaceutiske virksomheder i Tyskland kræver. Jeg kan heller ikke godtage appellanternes argument om, at der ikke kan påvises konkurrencebegrænsende virkninger, fordi der inden indførelsen af fastbeløbsordningen fandtes strukturelle skævheder, som forhindrede priskonkurrence på markedet for lægemidler i Tyskland. Selv hvis det antages, at sådanne strukturelle skævheder fandtes, vil fastsættelsen af faste beløb ikke fjerne disse ved at indføre priskonkurrence. I stedet opstår der gennem samordning af en stor del af efterspørgslen på det tyske marked for lægemidler en anden form for konkurrencebegrænsning, som ikke tidligere er set på dette marked.

71. Hvad angår de øvrige betingelser, som skal være opfyldt, for at artikel 81, stk. 1, EF finder anvendelse, er det for mig at se klart — selv om dette dog i sidste instans skal afgøres af den nationale ret — at de omhandlede vedtagelser kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, og at de også kan indvirke mærkbart på konkurrencen. Ingen af parterne har forsøgt at modbevise dette.

72. Jeg er derfor af den opfattelse, at beslutninger om fastsættelse af faste beløb som udgangspunkt er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF. Hvis dette er tilfældet, afhænger spørgsmålet, om sygekasserne ifalder ansvar, af, om de kan gøre et såkaldt »state action defence« (herefter »princippet om straffrihed som følge af statslig regulering«) gældende eller begrunde deres beslutninger i henhold til artikel 86, stk. 2, EF.

Spørgsmålet, om princippet om straffrihed som følge af statslig regulering finder anvendelse på de beslutninger, hvorved sygekasseorganisationerne fastsætter faste beløb

73. Artikel 81 EF tager kun sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ. Såfremt

virksomhederne påødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder artikel 81 EF ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i denne bestemmelse, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side²⁵. For at kunne påberåbe sig princippet om straffrihed som følge af statslig regulering skal virksomhederne derfor godtgøre, at der efter den nationale lovgivning ikke er mulighed for en konkurrence, som kan begrænses ved en selvstændig adfærd fra deres side²⁶. Som det fremgår af Domstolens praksis, skal dette kriterium anvendes restriktivt²⁷.

74. Inden det undersøges, om appellanterne virkelig er berøvet enhver mulighed for selvstændig adfærd på grund af den retlige ramme, inden for hvilken de arbejder, skal der tages stilling til tre indledende argumenter, som er fremført af de appelindstævnte til støtte for, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering ikke finder anvendelse i sagen her.

25 — Dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml. I, s. 6265, præmis 33.

26 — Dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, nævnt i fodnote 25, præmis 34.

27 — Jf. præmis 60 i Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, Sml. II, s. 1807, præmis 60 og den deri anførte retspraksis.

75. De appelindstævnte har for det første gjort gældende, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering kun kan påberåbes i tilfælde, hvor der har været tale om en klageprocedure ved Kommissionen. Jeg mener ikke, at der gælder en sådan begrænsning af princippet anvendelse. I forbindelse med Domstolens bekræftelse af dette princip i præmis 33 og 34 i dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing²⁸ henvises der ikke til en sådan begrænsning. De appelindstævnte hævder, at alle de domme, som Domstolen henviser til i denne doms præmis 33, vedrører klageprocedurer ved Kommissionen, men faktum er, at Domstolen til støtte for sin bekræftelse af princippet henviser til præmis 20 i GB-Inno-BM-dommen²⁹, som vedrørte en anmodning om en præjudiciel afgørelse. Under alle omstændigheder står det klart, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering gælder generelt, eftersom det bygger på grundlæggende principper i fællesskabsretten, navnlig retssikkerhedsprincippet og det dertil knyttede princip om forbud mod at straffe en adfærd med tilbagevirkende kraft (*nulla poena sine lege*)³⁰.

76. De appelindstævnte har for det andet anført, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering ikke bør kunne påberåbes i situationer, hvor en medlemsstat fratager sine egne bestemmelser deres

statslige karakter ved at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til virksomhederne. Jeg er enig i, at hvis der i en konkret sag faktisk er sket en sådan uddelegering af beslutningskompetencen, vil de pågældende virksomheder næsten med sikkerhed nyde en så tilstrækkelig stor grad af selvstændighed, at de ikke kan påberåbe sig princippet om straffrihed som følge af statslig regulering. I sagen her er det imidlertid nødvendigt at undersøge de retlige rammer, som gælder for sygekasseorganisationerne, før det kan afgøres, om de rent faktisk er blevet tildelt en sådan grad af selvstændighed.

77. De appelindstævnte har for det tredje anført, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering ikke kan påberåbes af appellanterne, der opfatter sig selv som organisationer, der indirekte udgør en del af statsadministrationen. Hvis appellanternes adfærd, som objektivt set er konkurrencebegrænsende, skal anses for en form for statslig gennemførelse af lovgivningen, må de ifølge de appelindstævnte anerkende den forpligtelse til loyalt samarbejde, som påhviler staten i medfør af fællesskabslovgivningen. Dette argument er efter min opfattelse forkert. Virksomheder, som påberåber sig princippet om straffrihed som følge af statslig regulering, vil altid operere inden for den nationale lovgivnings rammer. Hvis de af den grund blev anset for at udgøre en del af staten, ville princippet om straffrihed som følge af statslig regulering aldrig finde anvendelse.

28 — Nævnt i fodnote 25.

29 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, Sml. I, s. 5941.

30 — Jf. punkt 48-50 i mit forslag til afgørelse af 30.1.2003 i sag C-198/01, Sml. I, s. 8055, s. 8058 (CIF, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

78. De forelæggende retters vurderinger af, i hvor høj grad sygekasseorganisationernes selvstændighed ved fastsættelsen af de faste beløb begrænses af den nationale lovgivning, er forskellige. Oberlandesgericht Düsseldorf er af den opfattelse, at appellanterne har en betydelig grad af handlefrihed. For det første indeholder lovgivningen ikke bindende bestemmelser hvad angår tidspunktet for førstegangsfastsættelserne af de faste beløb og senere tilpasninger. For det andet overlader loven appellanterne et vist skøn ved fastsættelsen af de faste beløbs størrelse. Dette gælder så meget desto mere, som kriterierne i § 35, stk. 5, i SGB V kan være modsatrettede.

79. Bundesgerichtshof har derimod antydnet, at appellanterne ikke har nogen handlefrihed ved fastsættelsen af faste beløb. De er pålagt en forpligtelse til at fastsætte faste beløb, og opfylder de ikke denne forpligtelse, foretager Forbundssundhedsministeriet i stedet fastsættelsen. Fastsættelsen af faste beløb er undergivet de betingelser, som er fastsat i loven, og underkastet en omfattende domstolskontrol.

80. Det tilkommer naturligvis de nationale retter at bedømme, om lovgivningen faktisk udelukker enhver mulighed for selvstændig adfærd fra appellanternes side ved fastsættelsen af faste beløb. Det kan dog være nyttigt at fremhæve to spørgsmål, som efter

min opfattelse nødvendigvis må besvares i forbindelse med en sådan bedømmelse.

81. Det skal for det første undersøges, om sygekasseorganisationerne helt kan undgå at skulle fastsætte faste beløb i henhold til SGB V. Kan de ikke det, er det klart, at de i en konkret sag ikke kan stilles til ansvar for blot at have fastsat det faste beløb. Ved besvarelsen af dette spørgsmål vil de nationale retter måske kunne nøjes med at undersøge det andet trin af proceduren for fastsættelse af faste beløb. Som anført ovenfor³¹ er det meget muligt, at det første trin af proceduren helt falder uden for anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, når henses til det beslutningstagende organs sammensætning og dets medlemmers sagkundskab. Hvad angår mulighederne for selvstændig adfærd på procedurens andet trin ser det afgjort ud til, at appellanterne ved § 35, stk. 3, i SGB V er pålagt en klar og ubetinget handleforpligtelse. Efter min opfattelse ville denne forpligtelse ikke blive mindre bindende, selv hvis der ikke var fastsat nogen sanktion for manglende opfyldelse heraf. Med hensyn til valget af tidspunkt har appellanterne uden tvivl en vis frihed til selv at bestemme, hvornår de faste beløb skal fastsættes, men det fremgår klart, at de skal foretage en fornyet vurdering af deres størrelse mindst en gang årligt og tilpasse dem markedsituationen, når dette er nødvendigt. Det er

31 — Punkt 54.

derfor ikke sandsynligt, at appellanterne ville kunne udnytte denne frihed hvad angår valget af tidspunkt til helt at undlade at fastsætte faste beløb.

82. Det skal for det andet undersøges, om sygekasseorganisationerne har nogen reel selvstændighed ved fastsættelsen af de faste beløbs størrelse. Hvis dette ikke er tilfældet, kan princippet om straffrihed som følge af statslig regulering påberåbes. Hvis de derimod har en sådan selvstændighed, må det undersøges, om en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, hvis en sådan umiddelbar tilsidesættelse foreligger, alene skyldes måden, hvorpå de har udøvet deres skønsbeføjelser, eller om den i det mindste kan være blevet forværret på grund af de valg, de har foretaget³².

83. Med hensyn til fastsættelsen af faste beløb kan førstnævnte mulighed, nemlig at tilsidesættelsen af artikel 81 EF helt og holdent kan tilskrives appellanterne, efter min opfattelse udelukkes. Eftersom appellanterne på sagstidspunktet var forpligtede til at fastsætte faste beløb med udgangspunkt i de laveste apotekersalgspriser i den sammenlignelige kategori, har de ikke haft nogen realistisk mulighed for at vælge et fast beløb, som ikke havde en mærkbar konkurrencebegrænsende virkning på markedet for lægemidler i Tyskland.

84. I forbindelse med besvarelsen af det andet spørgsmål kan de nationale retter derfor efter al sandsynlighed nøjes med at undersøge, om det af sagens omstændigheder fremgår, at appellanterne i det konkrete tilfælde har udøvet et dem tillagt skøn på en sådan måde, at det har medført en mærkbart større begrænsning af konkurrencen end tilfældet ville have været, hvis de havde valgt et andet beløb inden for det spillerum, de havde.

85. Hvis princippet om straffrihed som følge af statslig regulering kan påberåbes, ifalder appellanterne ikke ansvar i den foreliggende sag. Det skal dog erindres, at de bestemmelser i tysk ret, der finder anvendelse, måske i sig selv kan anfægtes under henvisning til, at de indebærer en tilsidesættelse af den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), EF samt artikel 10 EF og 81 EF³³, idet de dog eventuelt kan begrundes med henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. Ifølge Domstolens faste praksis må en medlemsstat ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 EF eller forstærke sådanne aftalers virkninger, eller berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention³⁴.

32 — Jf. punkt 69 i mit forslag til afgørelse i CIF-sagen, nævnt i fodnote 30.

33 — Jf. punkt 51 i mit forslag til afgørelse i CIF-sagen, nævnt i fodnote 30.

34 — Jf. den i fodnote 21 nævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 54 og den deri anførte retspraksis.

Anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF

ringsordning, som er i fare på grund af stærkt stigende omkostninger.

86. Hvis det antages, at appellanterne har handlet selvstændigt ved fastsættelsen af faste beløb i strid med artikel 81, stk. 1, EF og følgelig ikke kan påberåbe sig princippet om straffrihed som følge af statslig regulering, foreligger stadig den mulighed, at de kan begrunde deres adfærd under henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. Oberlandesgericht har i denne forbindelse forelagt Domstolen en række spørgsmål. Med det tredje spørgsmål ønsker retten oplyst, om anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF er udelukket på grund af den omstændighed, at fastsættelsen af de faste beløb kunne overlades til en institution, der ikke er markedsdeltager på markedet for lægemidler, navnlig forbundsregeringen eller en forbundsminister i stedet for appellanterne. Med det fjerde spørgsmåls første led ønsker retten oplyst, hvilke betingelser appellanterne skal opfylde og godtgøre som opfyldt for at kunne blive omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 86, stk. 2, første punktum, EF. Med det fjerde spørgsmåls andet led spørger retten, om muligheden for undtagelse er udelukket i medfør af artikel 86, stk. 2, andet punktum, EF på grund af fastbeløbsordningens virkning på samhandelen. Bundesgerichtshof ønsker (med sit andet spørgsmål) blot oplyst, om fastsættelsen af faste beløb i medfør af artikel 86, stk. 2, EF er undtaget fra anvendelsen af artikel 81 og 82 EF, såfremt denne fastsættelse tjener til at sikre en sygesik-

87. For at kunne påberåbe sig artikel 86, stk. 2, EF skal appellanterne først godtgøre, at de har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at de tyske sygekasser er pålagt at udføre en sådan tjenesteydelse, nemlig at tilvejebringe en lovbestemt og solidarisk sygeforsikring. Dette har hverken sagens parter eller de forelæggende retter bestridt.

88. Appellanterne skal desuden godtgøre, at fastsættelsen af faste beløb er nødvendig, for at de kan udføre den pågældende opgave af almindelig interesse korrekt³⁵. Som det fremgår af Domstolens praksis, går bevisbyrden ikke så vidt, at de skal påvise, at det ville blive umuligt for dem at udføre deres opgave, hvis de ikke kunne fastsætte faste beløb³⁶. Det er tilstrækkeligt, at deres opgave ikke ville kunne udføres under

35 — Dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 14.

36 — Dom af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, præmis 43.

acceptable økonomiske vilkår³⁷ eller uden at bringe den økonomiske ligevægt i fare³⁸.

89. Der kan derfor ikke være tvivl om, at appellanterne i princippet ville kunne forsvare fastsættelsen af faste beløb efter de retningslinjer, Bundesgerichtshof foreslår i sit andet spørgsmål. Det er naturligvis de nationale retter, der i hovedsagerne skal tage stilling til, om fastsættelsen af faste beløb virkelig er nødvendig for at sikre de tyske sygekassers økonomiske ligevægt.

90. Den vigtigste meningsforskel med hensyn til spørgsmålet om anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF vedrører forholdsmæssigheden af den nuværende ordning for fastsættelse af faste beløb.

91. De appelindstævnte har anført, at artikel 86, stk. 2, EF ikke kan påberåbes som begrundelse for en aftale eller vedtagelse omfattet af artikel 81, stk. 1, EF, som ikke er blevet anmeldt til Kommissionen med henblik på fritagelse i medfør af artikel 81, stk. 3, EF. De har gjort gældende, at en sådan anmeldelse udgør

en mere forholdsmæssig metode til at sikre, at den pågældende aftale eller vedtagelse er forenelig med Fællesskabets konkurrenceregler. Eftersom der ikke er sket anmeldelse af beslutninger om fastsættelse af faste beløb, kan appellanterne ifølge de appelindstævnte ikke påberåbe sig artikel 86, stk. 2, EF.

92. Jeg mener ikke, at der skal være foretaget anmeldelse til Kommissionen med henblik på at opnå fritagelse i medfør af artikel 81, stk. 3, EF, for at artikel 86, stk. 2, EF kan påberåbes som begrundelse for en aftale eller vedtagelse, der strider mod artikel 81, stk. 1, EF. I Almelo-sagen³⁹ fandt Domstolen, at artikel 86, stk. 2, EF fandt anvendelse på de omhandlede aftaler⁴⁰, selv om de ikke var anmeldt til Kommissionen⁴¹.

93. De appelindstævnte er, i lighed med Oberlandesgericht, endvidere af den opfattelse, at appellanternes fastsættelse af faste beløb ikke er begrundet, eftersom der findes andre institutionelle ordninger til kontrol af lægemiddeludgifterne. Appellanterne og Kommissionen er af den modsatte opfattelse.

37 — Corbeau-dommen, jf. fodnote 35, præmis 16.

38 — Corbeau-dommen, præmis 17 og domskonklusionen.

39 — Dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477.

40 — Præmis 49-51.

41 — Jf. punkt 108 i generaladvokat Darmons forslag til afgørelse.

94. I denne forbindelse skal det for det første erindres, at Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene har fastslået, at for at en medlemsstat kan påberåbe sig artikel 86, stk. 2, EF, og få medhold, kræves det ikke, at medlemsstaten, »når den detaljeret redegør for grundene til, at en opfyldelse på økonomisk acceptable vilkår af de opgaver af almindelig økonomisk interesse, som den har overdraget en virksomhed, efter dens opfattelse ville blive hindret, såfremt de anfægtede foranstaltninger blev ophævet, derudover positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning, som i sagens natur er teoretisk, kan gøre det muligt at sikre opfyldelsen af disse opgaver på de samme vilkår«⁴². Efter min opfattelse skal appelleranterne i deres egenskab af virksomheder, der selv forsøger at begrunde deres adfærd, heller ikke pålægges en sådan bevisbyrde.

95. For det andet er det efter min opfattelse vigtigt, at det ved anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF i den foreliggende sag også tages i betragtning, at fællesskabsretten giver medlemsstaterne frihed til selv at udforme deres sociale sikringsordninger⁴³. På baggrund af de vide skønsebeføjelser, som de nationale myndigheder derfor har⁴⁴, mener jeg, at det kun kan være udelukket at anvende artikel 86, stk. 2, EF, hvis det kan godtgøres, at fastsættelsen af faste beløb er en åbenbart uforholdsmæssig metode til kontrol af sygekassernes udgifter til lægemidler.

96. Efter min opfattelse er dette ikke muligt i sagen her. Som anført af Kommissionen er den tyske ordning med fastsættelse af faste beløb en betydeligt mindre indgribende metode til at kontrollere udgifterne til lægemidler end visse mekanismer, som er indført i andre medlemsstater. For eksempel indebærer fastsættelsen af faste beløb i modsætning til den ordning med negativlister, som Domstolen undersøgte og kendte principielt forenelig med fællesskabsretten i Duphar-sagen⁴⁵, ikke et direkte forbud mod at ordinere bestemte lægemidler til de forsikrede.

97. Jeg kan heller ikke være enig med Oberlandesgericht i, at den omstændighed, at muligheden for at overlade fastsættelsen af de faste beløb til forbundsregeringen eller en forbundsminister foreligger, er tilstrækkelig til at vise, at den eksisterende ordning for fastsættelse af faste beløb er åbenbart uforholdsmæssig.

98. Som Domstolen fastslog i Albanydommen kan en national foranstaltning inden for socialsikringsområdet være begrundet efter artikel 86, stk. 2, EF, selv om den indebærer, at en virksomhed overlades beslutningskompetence og derved

42 — Nævnt i fodnote 36, præmis 58.

43 — Jf. dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar, Sml. s. 523, præmis 16.

44 — Jf. præmis 122 i Albanydommen, nævnt i fodnote 5.

45 — Jf. fodnote 43.

skaber en interessekonflikt⁴⁶. Domstolen tog navnlig hensyn til følgende fire faktorer. For det første var der fastsat kriterier, som virksomheden skulle overholde ved udøvelsen af sin beslutningskompetence. I sagen her skal appellanterne også overholde visse kriterier ved fastsættelsen af faste beløb. Det forekommer mig alt andet end klart, hvorfor en forbundsminister, som ville skulle overholde de samme lovbestemte kriterier som appellanterne, skulle være udsat for et mindre stærkt pres end appellanterne for at fastsætte de faste beløb på et så lavt niveau som muligt.

99. Den anden faktor, som havde betydning for Domstolens afgørelse i Albany-sagen, var, at det er vanskeligt at vurdere virkningen af bestemte beslutninger på en virksomheds økonomiske ligevægt. Hvad angår denne faktor er sygekasseorganisationerne utvivlsomt i den rette position til at vurdere både de forsikredes medicinske behov og lægemiddeludgifternes indvirkning på deres egen økonomiske ligevægt.

100. Den tredje faktor var medlemsstaternes vide skønsmargen på socialsikringsområdet. Denne faktor skal naturligvis i lige så høj grad tages i betragtning i den foreliggende sag.

101. Den fjerde faktor var, at der fandtes en tilstrækkelig domstolskontrol til at sikre, at den erhvervsdrivende ikke udøvede sin beslutningskompetence på en vilkårlig

måde. Hvad angår anvendelsen af denne faktor på omstændighederne i sagen her er parterne uenige om, hvorvidt den efterfølgende domstolskontrol af fastsættelsen af faste beløb er tilstrækkelig. I lyset af Albany-dommen kræves det, at de nationale domstole foretager en prøvelse, der gør det muligt at kontrollere, at de faste beløb ikke fastsættes vilkårligt eller på en måde, der er udtryk for forskelsbehandling, og at fastsættelsen sker i overensstemmelse med de kriterier og procedurer, der er angivet i § 35. Det tilkommer de forelæggende retter at afgøre, om denne betingelse er opfyldt.

102. Hvad angår Oberlandesgerichts fjerde spørgsmål mener jeg, at den del af spørgsmålet, der vedrører de betingelser, som appellanterne skal opfylde for at kunne blive omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 86, stk. 2, EF med hensyn til fastsættelsen af de faste beløb, allerede er fyldestgørende besvaret under ovenstående gennemgang. Med hensyn til det fjerde spørgsmåls andet led, som vedrører spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 86, stk. 2, andet punktum, EF, er jeg af den opfattelse, at selv hvis det lægges til grund, at denne bestemmelse har direkte virkning, giver de indlæg, der er indgivet til Domstolen, ikke grund til at tro, at fastsættelsen af faste beløb påvirker udviklingen af samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. Oberlandesgericht henviser til størrelsen af de besparelser, der er opnået som følge af fastbeløbsordningen, men nævner ingen oplysninger, som viser en heraf følgende

46 — Nævnt i fodnote 5, præmis 116-122.

væsentlig påvirkning af strømmen af medicinalvarer til eller fra Tyskland eller nogen anden påvirkning af udviklingen af samhandelen. I mangel af mere konkrete argumenter for eller imod anvendelsen af artikel 86, stk. 2, andet punktum, EF på den foreliggende sag finder jeg ikke anledning til at undersøge spørgsmålet nærmere.

skal være forenelige med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Som Domstolen har fastslået, ville den fulde virkning af artikel 81 EF, og navnlig den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning ved en national ret for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen⁴⁷. Det samme må efter min opfattelse gælde for meddelelse af påbud.

Spørgsmålet, om der på fællesskabsretligt grundlag mod sygekasserne kan rejses krav om erstatning eller meddeles påbud til sygekasserne

103. Tilbage står kun det tredje spørgsmål, som Bundesgerichtshof har forelagt, nemlig spørgsmålet, om der kan meddeles påbud til appellanterne for så vidt angår en beslutning om fastsættelse af faste beløb, hvis de har fulgt en lovmæssig bestemmelse, selv om en afvisning af at medvirke ved denne fastsættelse ikke i henhold til national ret medfører en sanktion mod dem.

104. Hvis det kunne godtgøres, at appellanterne har handlet selvstændigt ved fastsættelsen af faste beløb og dermed har tilsidesat artikel 81 EF, og hvis de ikke kan begrunde deres adfærd under henvisning til artikel 86, stk. 2, EF, er jeg ikke i tvivl om, at enhver, der har lidt et tab som følge af denne adfærd, på fællesskabsretligt grundlag kan kræve både erstatning, og at der meddeles påbud, i overensstemmelse med de nationale processuelle regler, som dog

105. Imidlertid synes Bundesgerichtshofs spørgsmål at bygge på den antagelse, at lovgivningen pålægger sygekasseorganisationerne at fastsætte faste beløb i strid med artikel 81 EF. Som det allerede fremgår klart af min gennemgang vedrørende princippet om straffrihed som følge af statslig regulering vil appellanterne, hvis de er blevet påtvunget denne adfærd, ikke selv være underlagt bestemmelserne i artikel 81 EF og ikke kunne stilles til ansvar for en tilsidesættelse heraf, heller ikke selv om en afvisning af at opfylde deres forpligtelser i henhold til national ret ikke medfører nogen sanktion. Jeg mener derfor, at Bundesgerichtshofs sidste spørgsmål er fyldestgørende besvaret i forbindelse med den anden af mine foreslåede besvarelser af de forelagte spørgsmål.

⁴⁷ — Dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 26.

Forslag til afgørelse

106. Jeg mener således, at Domstolen bør besvare de spørgsmål, der er forelagt af Oberlandesgericht Düsseldorf og Bundesgerichtshof, på følgende måde:

- »1) Centralorganisationer for lovbestemte sygekasser i en medlemsstat som de i hovedsagerne omhandlede skal ved den fælles fastsættelse af den maksimumspris, til hvilken sygekasserne køber og betaler lægemidler, hvorved de begrænser deres ydelsesforpligtelse over for de forsikrede, anses for sammenslutninger af virksomheder i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

- 2) En sådan fælles fastsættelse udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

Når sygekasseorganisationerne træffer beslutning om en sådan fastsættelse, handler de imidlertid ikke i strid med artikel 81 EF, i det omfang den begrænsning af konkurrencen, der følger heraf, ikke skyldes selvstændig adfærd fra deres side, men snarere et krav i den nationale lovgivning, uanset om manglende overholdelse af den pågældende nationale lovgivning medfører en sanktion.

- 3) En sådan fælles fastsættelse er i henhold til artikel 86, stk. 2, EF ikke omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler, medmindre det kan godtgøres, at den udgør en åbenbart uforholdsmæssig metode til at sikre, at sygekasserne er i stand til at udføre deres opgave af almindelig økonomisk interesse uden at bringe den økonomiske ligevægt i fare. Det tilkommer de nationale retter at afgøre, om denne betingelse er opfyldt.«