

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremsat den 10. november 2005¹

1. En enhed skal for at være omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler kunne kvalificeres som en virksomhed. Selv om der i EF-traktaten er mange henvisninger til begrebet virksomhed, mangler der en definition. Retspraksis har præciseret begrebet, der har fået et funktionelt indhold. Det er fastslået, at en enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset dens retlige status og dens finansieringsmåde, skal anses for en virksomhed i henhold til artikel 81 EF — 86 EF². Selv om det er accepteret, at visse opgaver af generel interesse, som f.eks. opretholdelse og forbedring af flysikkerheden³ eller miljøbeskyttelse⁴, ikke har økonomisk karakter, er det vanskeligere at fastslå, hvornår aktiviteter, der er knyttet til det nationale socialsikringssystems funktion, kan kvalificeres som ikke-økonomiske. Dette skyldes, at retspraksis i disse tilfælde kræver, at det i de enkelte konkrete tilfælde skal undersøges, om solidaritetsprincippet bør udelukke en anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler. Det er imidlertid vanskeligt at fastlægge betingelserne for, nøjagtig

hvornår solidaritetsprincippet fratager en aktivitet dens økonomiske karakter.

2. Det centrale spørgsmål i denne sag vedrører køb af medicinske instrumenter foretaget af en offentlig enhed, der administrerer det nationale sundhedsvæsen i Spanien (herefter »NSS«). To punkter har særlig interesse. Det skal for det første afgøres, om den omstændighed, at denne enhed er underlagt solidaritetsprincippet, er til hinder for, at den kan kvalificeres som en virksomhed, og for det andet, om det er muligt at adskille enhedens købsaktiviteter fra dens aktiviteter som leverandør af sundhedstjenester.

3. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (herefter »Fenin«) har appelleret dommen af 4. marts 2003, sag T-319/99, Fenin mod Kommissionen, Sml. II, s. 357, herefter »den appellerede dom«, hvorved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans stadfæstede Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers beslutning om at afvise en klage. I beslutningen har

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979.

3 — Dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft (»Euro-control«), Sml. I, s. 43.

4 — Dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Cali & Figli, Sml. I, s. 1547.

Kommissionen konkluderet, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse på den berørte enhed, fordi denne ikke kan anses for en virksomhed. Med denne appel er Domstolen anmodet om at afgøre, om denne konklusion er forenelig med den definition af begrebet virksomhed, der fremgår af Domstolens praksis.

I — Baggrunden for appellen

4. Det fremgår af den appellerede dom, at tvistens baggrund er en kommissionsbeslutning af 26. august 1999 (herefter »den anfægtede retsakt«) om at afvise en klage fra Fenin. Fenin ønskede at få fastslået, at 26 offentlige organer, herunder tre ministerier under den spanske regering, der administrerer NSS, havde tilsidesat artikel 82 EF ved at betale deres gæld til Fenin med store forsinkelser, dvs. 300 dage i gennemsnit.

5. Fenin er en sammenslutning, hvis medlemmer er hovedparten af de virksomheder, der sælger de hygiejneprodukter, der anvendes i hospitalssektoren i Spanien. Den 12. december 1997 indgav Fenin en klage til Kommissionen, hvori den hævdede, at de organer, der administrerer NSS, har en dominerende stilling på det spanske marked for hygiejneprodukter og har misbrugt denne stilling ved at betale deres gæld med store forsinkelser. Fenin tilsendte Kommissionen en supplerende skrivelse den 12. maj 1998. Ved skrivelse af 2. december 1998 oplyste

Kommissionen Fenin om sin foreløbige beslutning om at afvise klagen. Fenin fremsendte den 10. februar 1999 yderligere bemærkninger som svar på Kommissionens skrivelse. Ved den anfægtede retsakt afviste Kommissionen endeligt Fenins klage med to begrundelser, nemlig for det første, at »de pågældende 26 ministerier og organer ikke er virksomheder, når de administrerer udførelsen af offentlige sundhedstjenester«, og for det andet, at »de pågældende 26 ministerier og organers stilling som aftagere ikke kan adskilles fra de efterfølgende tjenesteydelser«. Kommissionen udledte heraf, at de pågældende organer ikke handlede som virksomheder og derfor ikke var omfattet af artikel 82 EF.

6. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. november 1999 anlagde Fenin sag med påstand om annullation af den anfægtede retsakt, idet det bl.a. anførtes, at Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved anvendelsen af artikel 82 EF og 86 EF. Kommissionen fastholdt, at den ved vurderingen af NSS' situation havde anvendt det funktionelle kriterium, der var benyttet i definitionen af begrebet virksomhed, og som Domstolen havde anvendt i Poucet og Pistre-dommen⁵.

7. Retten frifandt Kommissionen i den appellerede dom, idet den bemærkede, at Kommissionen havde anvendt begrebet virksomhed i artikel 82 EF's og 86 EF's forstand korrekt. Retten nåede frem til denne konklusion ad tre veje. I dommens præmis 36

⁵ — Dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637.

sondrede Retten først mellem købsvirksomhed og udbudsvirksomhed, idet den bemærkede, at »[det er] den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed, og ikke den virksomhed, der består i køb af varer som sådan«. Retten fastslog videre, at »den virksomhed, der består i køb af produkter, således ikke [kan] adskilles fra erhververens senere brug af produkterne med henblik på at vurdere erhververens rolle«. Det måtte derfor undersøges, om anvendelsen af det købte produkt har økonomisk karakter. Efter sin gennemgang af dette spørgsmål fandt Retten under henvisning til Poucet og Pistredommen og dommen i sagen FFSA m.fl.⁶, at »NSS, som administreres af ministerier og andre organer, som er omfattet af sagsøgerens klage, fungerer i overensstemmelse med solidaritetsprincippet for så vidt angår dets finansieringsmåde gennem sociale bidrag og andre statslige bidrag, og dets gratis levering af tjenesteydelser til sine medlemmer på grundlag af en universel dækning« (den appellerede doms præmis 39). Den købsaktivitet, som udøves i forbindelse med en ikke-økonomisk aktivitet, får således også ikke-økonomisk karakter. Retten konkluderede, at de enheder, Fenin havde klaget over, ikke er virksomheder i henhold til artikel 82 EF og 86 EF.

anset købsaktiviteten for en økonomisk aktivitet, dels, at Retten fejlagtigt har fastlagt købsaktivitetens karakter ud fra karakteren af den efterfølgende tjenesteydelse. Med anbringendets andet led har Fenin subsidiært gjort gældende, at Retten burde have kvalificeret købsaktiviteten som en økonomisk aktivitet, fordi den efterfølgende aktivitet, nemlig leveringen af sundhedstjenester, har økonomisk karakter. Kommissionen har i svarskriftet gjort gældende, at Rettens analyse i den appellerede dom er i overensstemmelse med den fortolkning af begrebet virksomhed i EF-konkurrencereglernes forstand, der fremgår af retspraksis. I øvrigt finder Kommissionen, at anbringendets andet led skal afvises, fordi det først er blevet fremført i appelfasen. Hertil kommer, at anbringendet indebærer en anfægtelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, en vurdering, som ikke kan appelleres. Det Forenede Kongerige og Kongeriget Spanien er intervereret til støtte for Kommissionens påstande. De finder, at hverken købet som sådant eller leveringen af lægeydelser kan anses for en økonomisk aktivitet.

8. Fenins appel vedrører denne del af den appellerede dom. Fenin har med sit eneste anbringende gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig fortolkning af begrebet virksomhed i Fællesskabets konkurrenceregler. Med anbringendets første led har Fenin hævdet, dels, at Retten med urette ikke har

9. Jeg vil nedenfor gennemgå de to led af det eneste anbringende hver for sig, men først har jeg nogle kommentarer til begrebet virksomhed i EF-konkurrencereglernes forstand, således som begrebet er blevet præciseret i Domstolens praksis. Jeg vil ligeledes gennemgå de nationale retters og konkurrencemyndigheders praksis.

6 — Dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Sml. I, s. 4013.

II — Indledende spørgsmål: begrebet virksomhed

10. Som nævnt ovenfor afhænger en enheds kvalificering som virksomhed i EF-rettens forstand af, om enheden udøver erhvervs-mæssig virksomhed. Da de aktiviteter, der udøves af en enhed, skal analyseres hver for sig, er det ikke umuligt, at en og samme enhed anses for at være en virksomhed, når det drejer sig om nogle af dens aktiviteter, mens enheden, når det drejer sig om andre aktiviteter, ikke er omfattet af konkurrence-reglerne⁷. Ved sondringen mellem økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet baserer retspraksis sig på konkurrerende kriterier, som anvendes kumulativt eller alternativt, og som det er nødvendigt at redegøre for, idet Fenin til støtte for appellen påberåber sig, at Retten har anvendt denne retspraksis forkert.

A — Retspraksis vedrørende begrebet virksomhed

11. Det komparative kriterium, som har ført til en funktionel og bred definition af begrebet virksomhed, blev anvendt for første gang i Höfner og Elser-dommen. Domstolen fastslog her, at den pågældende aktivitet

havde økonomisk karakter, idet »arbejdsfor-midlingsvirksomhed [ikke altid har været] og [ikke nødvendigvis bliver] udøvet af offentlige enheder«⁸. Generaladvokat Tesauro fulgte samme ræsonnement i sit forslag til afgørelse i Poucet og Pistre-sagen, hvor han anførte, at den pågældende virksomhed kun kunne udøves af et offentligt organ og ikke kunne sammenlignes med private virksomheders forsikringsvirksomhed. Han konkluderede herefter, at den pågældende enhed ikke var en virksomhed⁹. Ambulanz Glöckner-dommen er endnu en illustration af Domstolens brug af det komparative kriterium. Sanitetsorganisationer, der udfører tjenesteydelser på markedet for udryknings-kørsel og sygetransport, blev således anset for virksomheder, idet »[s]ådan virksomhed [ikke altid er blevet] og [ikke nødvendigvis bliver] udført af sådanne organisationer eller af offentlige myndigheder«¹⁰.

12. Når der ikke findes et konkurrencepræget marked, hvor flere virksomheder konkurrerer mod hinanden, bliver spørgsmålet om, hvorvidt en aktivitet har økonomisk karakter, og anvendelsen af det komparative kriterium vanskeligere. For at undgå, at en manglende effektiv konkurrence på et marked automatisk fører til, at markedet udelukkes fra konkurrencereglernes anvendelsesområde, synes det komparative kriterium at udvide begrebet erhvervs-mæssig virksomhed til at omfatte enhver aktivitet, der kan

7 — Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, hvor det i præmis 7 hedder, at »staten kan optræde enten som udøver af offentlig myndighed eller som udøver af erhvervs-mæssig virksomhed af en industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet«.

8 — Höfner og Elser-dommen, præmis 22.

9 — Punkt 12 i forslaget til afgørelse i Poucet og Pistre-sagen.

10 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Sml. I, s. 8089, præmis 20.

udøves af en enhed, som udøver økonomisk virksomhed¹¹. Selv om Domstolen ikke systematisk foretager denne sammenligning, henviser den i næsten samtlige domme vedrørende begrebet virksomhed til Höfner og Elser-dommen, som er og bliver udgangspunktet for dens stillingtagen. Anvendes dette komparative kriterium imidlertid helt bogstaveligt, kan enhver aktivitet være omfattet af konkurrencereglerne¹². Næsten samtlige aktiviteter kan nemlig udøves af private erhvervsdrivende. Teoretisk er intet således til hinder for, at en stats forsvar udliciteres, og dette er der mange eksempler på gennem tiden. Dette er årsagen til, at Domstolen i sine senere domme har uddybet begrebet og knyttet det til markedsdeltagelse.

13. Det andet kriterium, der af retspraksis kan udledes for, om en aktivitet har økonomisk karakter, er, om udøveren af aktiviteten er markedsdeltager, eller om aktiviteten udøves på markedsvilkår. Selv om det i Höfner og Elser-dommen fastslås, at aktivitetens økonomiske karakter kun implicit kan udledes af udøverens markedsdeltagelse, idet

den pågældende medlemsstat også tillod private virksomheder at deltage på markedet, har Domstolen i andre domme klart kædet markedsdeltagelse sammen med udøvelse af en økonomisk aktivitet. Til støtte for sin konklusion, hvorefter italienske toldklarerere skal anses for virksomheder, har Domstolen beskrevet deres aktiviteter således: »Disse tilbyder nemlig mod vederlag tjenesteydelser, der består i at udføre toldformaliteter, navnlig med hensyn til indførsel, udførsel og transit af varer, samt andre komplementære tjenesteydelser som f.eks. tjenesteydelser på det monetære, handelsmæssige samt skatte- og afgiftsmæssige område.«¹³ I senere domme har Domstolen klart sat lighedstegn mellem markedsdeltagelse og den udøvede aktivitetens økonomiske karakter. Domstolen fastslog således i dommen i sagen Pavlov m.fl. og i Ambulanz Glöckner-dommen, at »enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervmæssig virksomhed«¹⁴. Det, der betyder noget, er ikke, at aktiviteten teoretisk kan udøves af private erhvervsdrivende, men at den udøves på markedsvilkår. Markedsvilkår er kendetegnet ved en adfærd, der har vinding for øje, i modsætning til solidaritetsprincippet. Dette er afgørende for, om der er tale om et marked, også selv om gældende ret forhindrer en reel konkurrence på dette marked. Så snart staten derimod tillader, at der opstår delvis konkurrence, indebærer

11 — Jf. punkt 67 og 27 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i henholdsvis Ambulanz Glöckner-sagen og forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK-Bundesverband m.fl. (dom af 16.3.2004, Sml. I, s. 2493).

12 — J.Y. Chérot, »Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?«, i *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, 2003, kritiserer denne sammenligningsmetode og påpeger, at »dels kan enhver aktivitet teoretisk udøves på privat initiativ, dels viser erfaringen, at samtlige aktiviteter på et eller andet tidspunkt er blevet udøvet på privat initiativ« (s. 569). Jf. tillige L. Idot, »La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel« i samme værk, hvori det hedder, at »med en sådan definition kan alt med tiden udvikle sig til en »økonomisk aktivitet« (s. 528).

13 — Dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 37. Jf. tillige en ældre dom, nemlig ovennævnte dom af 16.6.1987 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 3, hvor Domstolen bemærkede, at »[d]et er ubestridt, at Amministrazione autonoma dei monopoli di stato udøver erhvervmæssig virksomhed, idet dette organ udbyder varer og tjenesteydelser på markedet for forarbejdede tobaksvarer«.

14 — Dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 75, og Ambulanz Glöckner-dommen, præmis 19. Jf. tillige dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 47, og af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. I, s. 9297, præmis 79.

den pågældende aktivitet nødvendigvis markedsdeltagelse.

14. Det er på denne baggrund, at man kan forstå henvisningerne i retspraksis til muligheden for, at der sker overtrædelser af konkurrencereglerne, som argument for at kvalificere en enhed som virksomhed¹⁵. Også selv om der ikke arbejdes med vinding for øje, kan der være tale om en markedsdeltagelse, som kan undergrave konkurrencereglernes mål. Det fremgår ikke af Domstolens praksis, at dette kriterium er tilstrækkeligt til, at en enhed kan kvalificeres som en virksomhed, men det støtter den konklusion, at konkurrencereglerne finder anvendelse.

15. Ud over ovennævnte kriterier, som har fået Domstolen til i forskellige sager at konkludere, at der er tale om en virksomhed, er det ligeledes nyttigt at undersøge den retspraksis, hvor Domstolen kvalificerer visse aktiviteter som »ikke-økonomiske«. Denne kvalificering gør det muligt modsætningsvis at afgrænse anvendelsesområdet for Fællesskabets konkurrenceregler. Domstolen undersøger en aktivitets art og formål samt

15 — Dommen i sagen FFSA m.fl., præmis 21, hvorefter »[d]en omstændighed i sig selv, at CCMSA ikke har vinding for øje, [ikke er] til hinder for, at den virksomhed, organet udøver, er af økonomisk karakter, når denne [...] kan medføre en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre«. Jf. tillige generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Cissal-sagen (dom af 22.1.2002, sag C-218/00, Sml. I, s. 691), hvor det i punkt 71 hedder, at »[d]et underliggende spørgsmål er, om INAIL er i stand til at udløse de virkninger, som konkurrencereglerne søger at forhindre«.

de regler, den er undergivet¹⁶. Efter denne undersøgelse har Domstolen udelukket visse opgaver af generel interesse, som f.eks. opretholdelse af flysikkerheden¹⁷ og miljøbeskyttelse¹⁸, der anses for at henhøre under statens væsentlige opgaver¹⁹, fra konkurrencereglernes anvendelsesområde. Mere generelt er alle de former for udøvelse af offentlig myndighed, der tager sigte på at regulere markedet og ikke på markedsdeltagelse, udelukket fra konkurrencereglernes anvendelsesområde²⁰.

16. Selv om sundhedsområdet åbner sig mere og mere for konkurrence, som regel på den nationale lovgivers initiativ²¹, er der fortsat store dele af sundhedssektoren, der alene er et statsligt anliggende. Hvorom alting er, er denne sektor kun omfattet af konkurrencereglerne, såfremt solidaritetsprincippet ikke er fremherskende. Domstolen har i sine domme om dette emne vurderet solidaritetsgraden ud fra en række indikatorer med henblik på at undersøge, om obligatorisk medlemskab af pensionsfonde,

16 — Domstolen fastslog i Eurocontrol-dommens præmis 30, at »[ud] fra en helhedsbetragtning er Eurocontrol's virksomhed som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet«, ikke økonomisk virksomhed. Jf. tillige præmis 23 i Diego Calí & Figli-dommen, hvor det understreges, at et sådant arbejde »som følge af sin art, sit formål, og de regler, det er undergivet«, er knyttet til udøvelsen af beføjelser, der hører under offentlig myndighed.

17 — Eurocontrol-dommen.

18 — Diego Calí & Figli-dommen vedrørte forebyggelse af forurening i Genuas havn.

19 — Hvis en aktivitet er optaget på listen over forfatningsmæssige principper i den berørte medlemsstat, kan dette være et bevis på, at aktiviteten indgår blandt de opgaver, der har generel interesse. Jf. præmis 22 i Diego Calí & Figli-dommen.

20 — Rettens dom af 30.9.2004, sag T-313/02, Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, Sml. II, s. 3291, præmis 41.

21 — Jf. f.eks. de faktiske omstændigheder i dommen i sagen AOK-Bundesverband m.fl. og i T. Hervey og J. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, s. 136.

forsikringsordninger eller pensionsordninger er foreneligt med konkurrencereglerne. I to tilfælde har Domstolen fundet, at den pågældende aktivitet ikke havde økonomisk karakter, mens den i tre tilfælde er nået frem til den modsatte konklusion.

17. Spørgsmålet i Poucet og Pistre-sagen var, om obligatorisk medlemskab af en socialsikringsordning var foreneligt med konkurrencereglerne. Da der ikke var tale om nogen bestemt aktivitet, henviste Domstolen til de pågældende enheders art. I domskonklusionen hedder det således, at »[b]jegrebet virksomhed i traktatens artikel 85 og 86 omfatter ikke de organer, som de i forelæggelsesdommene beskrevne, der varetager administrationen af socialsikringsordninger«. For at nå frem til denne konklusion og uden at angive den betydning, den tillagde de enkelte elementer, bemærkede Domstolen, at »[d]isse ordninger forfølger et socialt formål og bygger på solidaritetsprincippet²². Kvalificeringen skal ske på baggrund af solidaritetsprincippet, som kommer til udtryk på forskellige måder²³, mens den omstændighed, at de aktiviteter, der udøves af disse organer, »har en ren social funktion«, kan udledes af, at de »bygger på princippet om national solidaritet og [ikke drives] med vinding for øje«. Domstolen tilføjede, at »[d]e udbetalte ydelser er fastlagt i lovgivningen og er uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag«²⁴.

18. I Cisal-sagen skulle Domstolen tage stilling til, om en lovpligtig tilslutning til en national forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervs sygdomme var foreneligt med artikel 82 EF og artikel 86 EF. I dommen fastslog Domstolen, at det pågældende organ, Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (den italienske statsanstalt for ulykkesforsikring, herefter »INAIL«), fungerer efter solidaritetsprincippet²⁵ og kontrolleres af staten, som fastsætter bidragenes størrelse og kræver obligatorisk tilslutning. På denne baggrund afviste Domstolen, at INAIL udøvede erhvervs mæssig virksomhed, hvilket forhindrede en anvendelse af konkurrencereglerne.

19. Dommen i sagen FFSA m.fl. vedrørte en gensidig forsikringskasses monopol på forvaltning af en alderdomsforsikringsordning. Domstolen konkluderede, at organer, der forvalter en frivillig og supplerende alderdomsforsikringsordning, er virksomheder. Domstolen understregede, at tilslutningen til alderdomsforsikringsordningen var frivillig, at ordningen byggede på et kapitaliseringsprincip, og at ydelserne blev beregnet i forhold til bidragene. Domstolen anerkendte således implicit, at organerne konkurrerede med livsforsikringsselskaberne. Endelig fandt Domstolen, at selv om ordningen indeholdt

22 — Poucet og Pistre-dommen, præmis 8.

23 — Poucet og Pistre-dommen, præmis 13.

24 — Poucet og Pistre-dommen, præmis 18.

25 — Af Cisal-dommens præmis 38-40 fremgår det, at solidariteten kommer til udtryk ved, at bidragene ikke er strengt proportionale med den sikredes risiko, og at de udbetalte ydelser heller ikke er strengt proportionale med den sikredes indkomst.

elementer af solidaritet, »fratager dette ikke« organets virksomhed dens økonomiske karakter.

20. Albany-sagen²⁶ vedrørte en nederlandsk erhvervspensionsfond, der ligeledes blev anset for en virksomhed i konkurrencereglerne forstand. Tre forhold blev trukket frem, nemlig den frivillige tilslutning til fonden, fondens forvaltning efter kapitaliseringsprincippet og den omstændighed, at ydelsernes størrelse afhang af de indbetalte bidrag. Det blev heraf udledt, at der er en vis konkurrence mellem fonden og private livsforsikringselskaber. Det sociale formål, det forhold, at fonden ikke handlede med vinding for øje, og de i loven fastsatte restriktioner kunne ikke ændre noget ved, at fonden udøvede erhvervsmæssig virksomhed. Den ved fonden indførte solidaritet var nemlig begrænset, idet den kun var til gavn for de personer, der var tilsluttet fonden.

21. Domstolen fulgte nogenlunde samme ræsonnement i dommen i sagen Pavlov m.fl. Domstolen påviste først lighederne mellem de nederlandske lægers tillægspensionsfond og en privat livsforsikringsvirksomhed og udelukkede derefter, at de solidaritetskrav, organet var underlagt, kunne ændre noget ved organets karakter af virksomhed.

22. Endelig skal dommen i sagen AOK-Bundesverband m.fl. nævnes. Her skulle Domstolen ikke tage stilling til spørgsmålet om tilslutningen til en pensionskasse eller en fond, men til de tyske sygekassers fastsættelse af faste maksimumsbeløb for sygekassernes afholdelse af udgifter til medicin og hjælpemidler. Selv om muligheden stod åben, udelukkede Domstolen ikke sygekassernes kvalificering som virksomheder med den begrundelse, at deres funktion bl.a. var at regulere markedet. Den valgte begrundelse har noget at gøre med det af staten indførte solidaritetsbegreb, idet de konkurrenceelementer, der findes i sygeforsikringssektoren, ikke er tilstrækkelige til at skabe markedsvilkår. Dog nævnte Domstolen i dommens præmis 58 udtrykkeligt muligheden for, at de pågældende enheder handler som virksomheder, når de »udøver anden virksomhed, som har et andet formål end et socialt formål«.

B — De kriterier, der anvendes på nationalt plan

23. En sammenlignende undersøgelse viser, at de kriterier, der anvendes i medlemsstaternes nationale ret, ligner Domstolens. Jeg vil gennemgå en række eksempler, der viser, hvorledes nationale myndigheder og retsinstanter har fortolket begrebet virksomhed. De kriterier, der anvendes af Fællesskabets

26 — Dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751.

retsinstanser, anvendes ligeledes i tyske²⁷ og spanske²⁸ afgørelser. Det fremgår, at et statsligt organ anses for en virksomhed, der er underlagt konkurrencereglerne, når det udøver aktiviteter, der kan have konkurrencebegrænsende virkninger, på et marked.

udledes, at N&W's aktiviteter har økonomisk karakter. Retten fastslog tillige, at det var private virksomheder, der drev plejehjemmene og leverede plejeydelser, og at N&W således konkurrerede med private erhvervsdrivende. Endelig fremhævede retten, at N&W var i en position, hvor den kunne overtræde konkurrencereglerne.

24. Opmærksomheden skal især henledes på den dom, der er afsagt af den engelske Competition Commission Appeal Tribunal i sagen *BetterCare c/ The Director of Fair Trading*²⁹. North & West Belfast Health & Social Services Trust (herefter »N&W«) var ved lov forpligtet til at levere plejeydelser og hjemmehjælp til ældre. N&W ejer en række plejehjem, hvoraf nogle administreres af private virksomheder. En af disse virksomheder, BetterCare, beskyldte N&W for at misbruge en dominerende stilling, idet N&W som den eneste aftager af BetterCare's ydelser havde tvunget BetterCare til at forlange alt for lave priser. Ifølge den engelske ret var det afgørende, at N&W havde indgået kommercielle tjenesteydelsesaftaler med de private virksomheder, som administrerer plejehjem, hvoraf det kunne

25. Den omstændighed, at en aktivitet udøves af en statslig enhed i henhold til lov, kan efter finsk ret være med til at fratage aktiviteten dens økonomiske karakter. Den finske konkurrencemyndighed har ikke desto mindre fastslået, at et offentligt hospital, der udbyder sine laboratorie- og radiologiydelser til underpris på det private marked, kan anses for at være omfattet af konkurrencereglerne³⁰. Heller ikke efter svensk retspraksis er udøvelse af offentlig myndighed omfattet af konkurrencereglerne, forudsat at myndighedsudøvelsen har hjemmel i en lov³¹. De irske myndigheder sonderer derimod blot mellem økonomiske aktiviteter og udøvelse af regulerende funktioner eller funktioner knyttet til organiseringen af industrielle forhold. Den irske konkurrencemyndighed har således fundet, at en sundhedsmyndighed, der har ansvaret for administrationen af sundhedsydelser og levering af hospitalstjenester i et bestemt geografisk område, og som udlejer fast ejendom, udøver en økonomisk aktivitet³².

27 — Jf. J.W. Van de Gronden, »Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?«, ECLR, 2004, nr. 2, s. 87, især s. 90. Sygekasserne står i en anden situation, idet de siden ikrafttrædelsen den 1.1.2004 af en lov om modernisering af sygeforsikringen ikke længere er omfattet af konkurrencereglerne. Jf. herom W. Jaeger, »Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb«, ZWR, 2005, nr. 1, s. 31.

28 — Konkurrencedomstolen fandt i en afgørelse af 29.1.1997, »Cruz Roja Española« (Expte R 179/96), at det spanske Røde Kors optræder som virksomhed, når det udøver sygetransportvirksomhed med ambulance, idet det udbyder disse ydelser på et marked med fri konkurrence og ikke blot forvalter offentlige tilskud til velgørende formål.

29 — Sag nr. 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

30 — Kilpailuvirasto, 17.3.2000, dno 343/61/1997.

31 — Den nationale konkurrencestyrelse har således fastslået, at den nationale lægemiddelstyrelses godkendelse af et lægemiddel falder ind under denne kategori.

32 — Konkurrencemyndighedens afgørelse nr. 358 af 12.10.1994, FDB/Southern Health Board.

C — *Det kriterium, der finder anvendelse*

26. Når Domstolen forsøger at afgøre, om en aktivitet udøvet af staten eller af et statsligt organ har økonomisk karakter, betræder den et farligt område, idet den skal finde en balance mellem nødvendigheden af at beskytte den frie konkurrence på fællesmarkedet og respekten for medlemsstaternes kompetencer³³. Statens magtudøvelse på det politiske område er underlagt demokratisk kontrol. Erhvervsdrivende, der er aktive på et marked, er underlagt en anden form for kontrol, idet deres adfærd er reguleret af konkurrencereglerne. Når staten optræder som virksomhed, synes det dog urimeligt at fritage dens økonomiske aktiviteter fra kontrol. Tværtimod skal staten i så fald respektere de samme regler. Det er derfor absolut nødvendigt at fastlægge et klart kriterium for, hvornår konkurrencereglerne finder anvendelse. I princippet finder konkurrencereglerne alene anvendelse på erhvervsdrivende, der er aktive på et marked, og ikke på stater, bortset fra de tilfælde, hvor de yder støtte til

virksomheder (artikel 88 EF — 92 EF). Kravet om konsekvens indebærer imidlertid, at hvis staten stadfæster beslutninger truffet af virksomheder³⁴, eller hvis den faktisk handler som erhvervsdrivende, er den omfattet af artikel 81 EF — 86 EF. Det skal tilføjes, at artikel 86, stk. 2, EF ville være formålsløs, hvis man udelukkede en anvendelse af konkurrencereglerne, så snart staten optræder på et marked³⁵.

27. Ganske vist vil det være meningsløst at indføre konkurrencemæssige krav for sektorer, der ikke har et markeds kendetegn. Dette vil kunne føre til, at medlemsstaterne tvinges til systematisk at begrunde deres handlinger med udgangspunkt i artikel 86, stk. 2, EF, og vil svare til en ubegrænset udvidelse af konkurrencereglernes anvendelsesområde. Det skal især fremhæves, at staten ikke først og fremmest optræder som markedsdeltager, idet en af dens vigtigste roller er at sikre en omfordeling. Statens indsats i denne forbindelse, som alene bygger på solidaritetsprincippet, er ikke underlagt markedsvilkår. Staten er kun omfattet af konkurrencereglerne, såfremt de enheder, der skal opfylde solidaritetsmålene, anses for virksomheder. Hvis staten derimod under udøvelsen af aktiviteten ikke har vinding for øje og således ikke er underlagt markedsvilkår, finder konkurrencereglerne ikke anvendelse. Staten vil imidlertid stadig være underlagt et krav om konsekvens, idet den kun kan fritage visse

33 — Det hedder i artikel 152, stk. 5, EF: »Fællesskabets indsats på folkesundhedsområdet respekterer fuldt ud medlemsstaternes ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling.« For så vidt angår tilrettelæggelsen af socialsikringen bestemmer artikel 137, stk. 4, EF: »Bestemmelser, som vedtages i henhold til denne artikel, anfægter ikke medlemsstaternes mulighed for at fastlægge de grundlæggende principper i deres sociale sikringsordninger og må ikke i væsentligt omfang berøre den økonomiske balance i disse ordninger.« [Jf. tillige dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 16, og af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 41. Artikel 36 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (EFT 2000, C 364, s. 1) bestemmer ligeledes: »Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som fastsat i medlemsstaternes lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med det formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen.«

34 — Dom af 3.12.1987, sag 136/86, BNIC, Sml. s. 4789, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851.

35 — Selv om artikel 16 EF fremhæver nødvendigheden af, at det sikres, at tjenesteydelser af almen økonomisk interesse fortsat kan bestå, udgør den ikke en begrænsning af anvendelsesområdet for artikel 86, stk. 2, EF, men snarere en rettesnor for fortolkningen af bestemmelsen.

aktiviteter fra markedsvilkårene, såfremt den reelt følger solidaritetsprincippet og indfører en omfordelingspolitik. Staten har således to adskilte roller, alt efter om den optræder som markedsdeltager eller følger en politik baseret på solidaritet. Staten kan imidlertid ikke under foregivende af solidaritetshensyn holde erhvervsdrivende uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde.

28. Der må sondres mellem to tilfælde. For det første, hvis private og offentlige enheder udøver samme aktivitet, vil man, i hvert fald til en vis grad, kunne tale om indbyrdes konkurrence. Sammenfaldet mellem de to typer enheders aktiviteter indebærer, at de leverede tjenesteydelser ligner hinanden og opfylder den samme efterspørgsel på et marked. Domstolen anvender ikke det komparative kriterium for at gennemtvinge en liberalisering af enhver aktivitet, som staten deltager i, men sørger ikke desto mindre for at undgå, at offentlige enheder konkurrerer mod virksomheder, men samtidig hævder at være udelukket fra konkurrencereglernes anvendelsesområde. Höfner og Elser-dommen kan fortolkes i lyset heraf. Domstolen synes at have fundet det afgørende, at staten ikke var i stand til at dække efterspørgslen på markedet, men faktisk tolererede, at private

firmaer gjorde indgreb i dens eneret til arbejdsformidling³⁶. Staten kan fortsat supplere markedsvilkårene i denne sektor med restriktioner som f.eks. pligten til at levere en forsyningspligtigydelse³⁷. Statskontrollerede enheder vil da blive anset for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som defineret i artikel 86, stk. 2, EF. Det skal kontrolleres, om de i denne artikel fastsatte betingelser er opfyldt, dvs. at anvendelsen af konkurrencereglerne ikke hindrer enhederne i at udføre den opgave, de har fået pålagt. Det er på dette stadium, at der vil blive taget hensyn til sociale krav i bestræbelserne for at opfylde målet, nemlig fri konkurrence³⁸.

29. For det andet, når staten ved lov har sikret sig monopol på udøvelse af en aktivitet, hvilket indebærer, at der ikke vil kunne opstå effektiv konkurrence, kan det dog ikke udelukkes, at staten optræder som markedsdeltager, idet eksistensen af et sådant monopol ikke kan ændre den pågældende aktivitets art³⁹. På denne baggrund skal det ud fra relevante indicier undersøges,

36 — Höfner og Elser-dommen, præmis 25.

37 — Jf. dom af 24.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, hvor det i præmis 48 hedder, at »en sådan virksomhed på hele koncessionsområdet uafbrudt skal sikre elforsyningen til samtlige forbrugere, lokale elforsyningsvirksomheder eller endelige brugere i de til enhver tid ønskede mængder, til ensartede priser og på betingelser, som kun kan variere på grundlag af objektive kriterier, der gælder for samtlige kunder«, og af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533.

38 — Jf. J. Baquero Cruz, »Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law«, i *Collected Courses of the Academy of European Law*, bind XIV/2, EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, redigeret af G. de Burca, Oxford, 2005.

39 — Udsendelsen af audiovisuelle programmer var f.eks. tidligere forbeholdt statslige organer, men varetages i dag ligeledes af private erhvervsdrivende.

om aktiviteten er organiseret på en sådan måde, at den i overvejende grad tager hensyn til solidaritetskravene, eller om den udøves på markedsvilkår og med vinding for øje. Hvis den pågældende enhed ikke kan opnå økonomisk balance uden statslige bidrag til budgettet, kan dette være et indicium for, at det især er solidaritetsprincippet, der følges.

30. Uanset hvilket område der er tale om, kan solidaritetsaspektet være mere eller mindre fremtrædende. På forsikringsområdet er det ifølge Domstolens praksis vedrørende tilslutningen til fonde eller pensions- eller sygekasser muligt at måle solidaritetsgraden på tre måder, nemlig ved at se på, om tilslutningen er obligatorisk, om der er en sammenhæng mellem de bidrag, der skal betales, og den sikredes risiko, eller, hvis derimod solidaritetsprincippet følges, mellem bidragene og den sikredes indkomst, og endelig forholdet mellem de ubetalte ydelser og de betalte bidrag⁴⁰.

31. Når solidaritetsgraden i forbindelse med levering af en tjenesteydelse skal måles, er der forskellige relevante parametre. En garanti for brugernes universelle adgang til forskellige tjenester, hvad enten der er tale om sundheds-, telekommunikations- eller energitjenesteydelser, bygger på solidaritetsprincippet, idet der ses bort fra forskellene i

de reelle omkostninger for at sikre en ensartet pris. De krav, der er knyttet til den universelle adgang, kan dog ikke i sig selv fratage den pågældende aktivitet dens økonomiske karakter. Der opnås en højere solidaritetsgrad, hvis den pågældende tjenesteydelse er gratis, idet der så ikke vil være nogen sammenhæng mellem omkostningerne ved ydelsen og brugerens betaling. Endelig skal jeg nævne et sidste kriterium, der er afgørende for, at en sektor ikke er underlagt markedskræfterne. Hvis offentlige og private enheder udbyder de samme tjenester, skal vurderingen ske i henhold til artikel 86, stk. 2, EF. Hvis sundhedstjenesteydelser derimod kun kan leveres af statskontrollerede enheder, som har pligt til gratis at pleje alle de patienter, de får, kan der derimod ikke længere tales om markedskræfter, idet aktiviteten i så fald udelukkende bygger på solidaritetsprincippet.

32. Selv om den foreliggende sag vedrører sundhedssektoren, adskiller den sig alligevel fra ovennævnte sager. Det fremgår således af den appellerede dom, at NSS, selv om det forvalter sygeforsikringsordningen i Spanien, også har til opgave at levere sundhedstjenesteydelser til sine medlemmer. Hvis den foreliggende sag vedrørte forbindelserne mellem modtagerne af sundhedstjenesteydelserne og det organ, der har ansvaret for det nationale sundhedssystem, ville det være relevant at anvende de kriterier, der gør det muligt at vurdere ordningens solidaritetsgrad, således som Domstolen har præciseret dem siden Poucet og Pistre-dommen. Det er imidlertid et andet spørgsmål, der er genstand for appelsagen, idet det er den økonomiske karakter af dels de gratis sund-

40 — Jf. herom A. Winterstein, »Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law«, [1999] ECLR, nr. 6, s. 324, E. Mossialos og M. McKee, *EU Law and the Social Character of Health Care*, Bruxelles, P.L.E.-Peter Lang, 2002, s. 34.

hedstjenesteydelser til medlemmerne, dels købet af hygiejnisk materiale fra leverandørerne (den appellerede doms præmis 40), der skal behandles. For at besvare dette spørgsmål skal det i lyset af ovenstående gennemgang afgøres, om det er med rette, at det i den appellerede dom er fastslået, at disse aktiviteter ikke har økonomisk karakter.

III — Stillingtagen til anbringendet i appelsagen

33. Efter at have afvist Kommissionens formalitetsindsigelser vil jeg for det første behandle anbringendets andet led, idet Retten, hvis den med urette har kvalificeret NSS' gratis sundhedstjenesteydelser som ikke-økonomiske, ville være nået frem til en anden konklusion. Derefter vil jeg behandle sammenhængen mellem den aktivitet, der består i køb, og den efterfølgende anvendelse af det købte (anbringendets første led).

A — Formaliteten

34. Kommissionen har gjort gældende, at det andet led af Fenins anbringende skal afvises, idet dette led ikke er blevet påberåbt for Retten og vedrører bedømmelsen af faktiske omstændigheder.

35. Ifølge Kommissionen har Fenin i sine processkrifter indgivet til Retten ikke gjort gældende, at den aktivitet, der udøves af de enheder, der administrerer NSS i deres egenskab af leverandører af sundhedstjenesteydelser, ikke er en økonomisk aktivitet.

36. Jeg vil dog påpege, at appellanten i sin besvarelse af et spørgsmål stillet af Retten den 8. februar 2002 om Smits- og Peerbooms-dommen⁴¹ har skullet udtale sig om gratis sundhedstjenesteydelsers økonomiske karakter. Da kvalificeringen af denne aktivitet, der udøves af NSS, er blevet drøftet under retsforhandlingerne for Retten, må denne kvalificering anses for at udgøre en del af genstanden for den tvist, Retten behandlede.

37. Retten har endvidere taget stilling til dette spørgsmål i dommens præmis 40 og fastslået, at denne aktivitet ikke har økonomisk karakter. Det er imidlertid ubestridt, at en part kan anfægte de præmisser, som domskonklusionen er baseret på⁴². Anbringendets andet led skal derfor antages til realitetsbehandling.

41 — Dom af 12.7.2001, sag C-157/99, Sml. I, s. 5473.

42 — Artikel 113 i Domstolens procesreglement. Anbringender, der anfægter overflødige bemærkninger, må derimod afvises, jf. dom af 18.3.1993, sag C-35/92 P, Parlamentet mod Frederiksen, Sml. I, s. 991, af 22.12.1993, sag C-244/91 P, Pincherle mod Kommissionen, Sml. I, s. 6965, præmis 25, og af 16.6.1994, sag C-39/93 P, SFEI m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 2681, præmis 23.

38. Den kvalificering af en aktivitet som økonomisk eller ikke-økonomisk, der er foretaget i den appellerede doms præmis 39 vedrørende den gratis levering af sundhedstjenesteydelser, er noget, Domstolen skal tage stilling til i appelsagen, og ikke en bedømmelse af de faktiske omstændigheder⁴³. Ingen af Kommissionens formalitetsindsigelser kan således medføre en afvisning af anbringendets andet led.

B — Karakteren af den aktivitet, der indebærer tilbud af gratis sundhedstjenesteydelser til NSS' medlemmer

39. I den appellerede doms præmis 39 har Retten fastslået, at »NSS, som administreres af ministerier og andre organer, som er omfattet af sagsøgerens klage, fungerer i overensstemmelse med solidaritetsprincippet for så vidt angår dets finansieringsmåde gennem sociale bidrag og andre statslige bidrag, og dets gratis levering af tjenesteydelser til sine medlemmer på grundlag af en universel dækning«. Retten har heraf på grundlag af Domstolens praksis med hensyn til begrebet virksomhed udledt, at »[d]isse organer [således ikke handler] som virksomheder i forbindelse med deres administration af NSS«.

40. Ifølge appellantens har Retten begået to retlige fejl, nemlig dels ved ikke at fortolke begrebet økonomisk aktivitet funktionelt, dels ved at anlægge en vid fortolkning af solidaritetsprincippet.

41. Ifølge appellantens skyldes den første fejl, at Retten ikke har kvalificeret hver af NSS' aktiviteter for sig. Retten har således kvalificeret samtlige NSS' aktiviteter under ét uden at tage hensyn til, at NSS dels sikrer sine medlemmer den lovpligtige sygeforsikring, dels er forpligtet til at levere gratis sundhedstjenesteydelser til dem. Selv om medlemmerne ved at være forsikret opnår gratis sundhedstjenesteydelser, kan leveringen af sundhedstjenesteydelser betragtes uafhængigt af forsikringspligten. Den lovpligtige forsikring kan meget vel bygge på solidaritetsprincippet, selv om leverandørerne af sundhedstjenesteydelser konkurrerer indbyrdes, idet de sikrede frit kan vælge, hvem de vil behandles af.

42. Det fremgår af den appellerede dom, at NSS faktisk udøver begge disse aktiviteter. Det er ligeledes ubestridt, at Retten i stedet for at kvalificere hver aktivitet for sig har kvalificeret hele NSS under ét.

43. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at der for hver enkelt aktivitet, der udøves af et

⁴³ — Kendelse af 11.7.1996, sag C-325/94 P, An Taise og WWF UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 3727, præmis 28, og dom af 15.5.1997, sag C-278/95 P, Siemens mod Kommissionen, Sml. I, s. 2507, præmis 44.

organ, skal foretages en nærmere undersøgelse med henblik på at afgøre, om den kan kvalificeres som erhvervsmaessig⁴⁴. Det er så meget mere nødvendigt at kvalificere hver aktivitet for sig, som det drejer sig om en offentlig enhed, idet denne enhed kan handle som virksomhed i forbindelse med den ene aktivitet, mens den i øvrigt kun udøver ikke-økonomiske funktioner.

44. Retten har således ved at kvalificere NSS under ét uden at foretage en særskilt undersøgelse af den aktivitet, der består i at levere gratis sundhedstjenesteydelser, begået en retlig fejl. Denne fejl ville imidlertid ikke få konsekvenser for den appellerede doms konklusion, hvis også den aktivitet, der består i gratis levering af sundhedstjenesteydelser, skulle kvalificeres som ikke-økonomisk⁴⁵.

45. Ifølge appellanten har Retten imidlertid med urette kvalificeret den aktivitet, der består i levering af gratis sundhedstjenesteydelser, som ikke-økonomisk på grundlag af en vid fortolkning af solidaritetsbegrebet. Denne del af appelsagen berører det væsentligste punkt, Domstolen skal tage stilling til i den foreliggende sag, nemlig om det er med rette, at NSS' gratis levering af sundhedstjenesteydelser er blevet kvalificeret som en ikke-økonomisk aktivitet.

44 — Dommen i sagen AOK-Bundesverband m.fl., præmis 58, dommen af 16.6.1987, Kommissionen mod Italien, præmis 7, og punkt 114 i generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i Ferlini-sagen (dom af 3.10.2000, sag C-411/98, Sml. I, s. 8081).

45 — Dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, og af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 46 og 47.

46. Retten er nået frem til den konklusion, at NSS udøver en ikke-økonomisk aktivitet, på grundlag af en fortolkning af dommene i sagerne Poucet og Pistre, FFSA m.fl. og Albany, jf. den appellerede doms præmis 38, hvor det hedder, at »de organer, der medvirkede ved administrationen af de pågældende sygekasser [...] havde en rent social funktion, at denne virksomhed byggede på princippet om national solidaritet, og endelig, at denne virksomhed ikke blev drevet med vinding for øje, idet de udbetalte ydelser var fastlagt i lovgivningen og var uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag«.

47. Det kriterium, Domstolen har udviklet i ovennævnte domme, kan imidlertid ikke anvendes ved kvalificeringen af den aktivitet, der består i at levere sundhedstjenesteydelser. I de domme, Retten har påberåbt sig, undersøgte Domstolen nemlig som nævnt ovenfor foreneligheden med Fællesskabets konkurrenceregler af den lovpligtige tilslutning til en syge- eller forsikringskasse. Det er imidlertid ubestridt, at den aktivitet, der skal kvalificeres, ikke er den lovpligtige sygeforsikring, en aktivitet, der også udøves af NSS, men leveringen af sundhedstjenester. Solidaritetsgraden i denne sektor skal derfor vurderes ud fra andre parametre end dem, der gælder for en syge- eller forsikringskasses aktivitet⁴⁶.

46 — Jf. punkt 30 og 31 ovenfor.

48. Da Domstolen ofte har taget stilling til lægelig virksomhed som led i den frie udveksling af tjenesteydelser, kan det være nyttigt at drage en parallel til denne retspraksis for at vurdere karakteren af NSS' levering af gratis sundhedstjenesteydelser til sine medlemmer.

49. Artikel 50 EF bestemmer: »Som tjenesteydelser i denne traktats forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«⁴⁷. Mere generelt har Domstolen fastslået, at »lægelig virksomhed henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 60«⁴⁸. Jeg vil i denne forbindelse henvise til, at generaladvokat Tesauo har påpeget, at socialsikringsområdet ikke udgør »en enklave, hvor fællesskabsretten ikke kan komme ind«⁴⁹, således at nationale ordninger på dette område ikke falder uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. Ifølge Domstolen udelukker det forhold, at medlemsstaterne selv kan bestemme, hvorledes deres socialsikringsystem skal organiseres, ikke anvendelsen af bestemmelserne om de grundlæggende friheder⁵⁰. Dog tilkommer det hver medlemsstat i lovgivningen »dels at fastsætte vilkå-

rene for retten eller forpligtelsen til at blive tilsluttet en social sikringsordning, dels de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser«⁵¹.

50. Statens medfinansiering af lægelige ydelser udelukker ikke, at lægelig virksomhed kan kvalificeres som en tjenesteydelse⁵². Det fremgår ligeledes af retspraksis, at den omstændighed, at en lægelig ydelse kan være gratis for patienten, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udelukke denne aktivitet fra anvendelsesområdet for artikel 49 EF. Domstolen har således i Smits og Peerbooms-dommen udtrykkeligt fastslået, at gratis hospitalsydelser er tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand. Det har ingen betydning, at tjenesteydelsen ikke betales af modtagerne af ydelsen, idet »de betalinger, der foretages af sygekasserne [...] [udgør] det økonomiske modstykke til hospitalsydelser og har utvivlsomt karakter af betaling«⁵³.

51. Umiddelbart synes det ønskeligt at vælge en lignende løsning i forbindelse med den

47 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 9, af 13.5.2003, sag C-385/99, Müller-Fauré og van Riet, Sml. I, s. 4509, præmis 38, og af 23.10.2003, sag C-56/01, Inizan, Sml. I, s. 12403, præmis 16.

48 — Dom af 4.10.1991, sag C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, den såkaldte »Grogan-dom«, Sml. I, s. 4685, præmis 18.

49 — Punkt 17 i forslaget til afgørelse i Kohll-sagen og i Decker-sagen (dom af 28.4.1998, sag C-120/95, Sml. I, s. 1831).

50 — Kohll-dommen, præmis 21, Smits og Peerbooms-dommen, præmis 54, Müller-Fauré og van Riet-dommen, præmis 39, og Inizan-dommen, præmis 17.

51 — Kohll-dommen, præmis 18.

52 — Punkt 41 i generaladvokat Tesauos forslag til afgørelse i sagerne Decker og Kohll samt Smits og Peerbooms-dommen, præmis 58. Et andet synspunkt kommer til udtryk i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i Smits og Peerbooms-sagen, punkt 42-49.

53 — Smits og Peerbooms-dommen, præmis 58.

frie udveksling af tjenesteydelser og den frie konkurrence, idet disse fællesskabsretlige bestemmelser forfølger det samme grundlæggende mål, nemlig oprettelse af et fælles marked⁵⁴. Dog er der ikke helt sammenfald mellem anvendelsesområdet for bestemmelserne om den frie konkurrence og for bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser. Der er således intet til hinder for, at en transaktion, som indebærer en udveksling, kvalificeres som tjenesteydelse, selv om de enheder, der deltager i udvekslingen, ikke er virksomheder i konkurrenceretts forstand⁵⁵. Som nævnt ovenfor⁵⁶ kan medlemsstaterne holde visse aktiviteter uden for konkurrence, hvis de organiserer dem således, at solidaritetsprincippet er fremherskende, hvilket medfører udelukkelse fra konkurrencereglernes anvendelsesområde. Derimod har det ingen betydning for anvendelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, hvorledes en aktivitet organiseres på national plan. Selv om levering af gratis sundhedstjenesteydelser således utvivlsomt er en økonomisk aktivitet i artikel 49 EF's forstand⁵⁷, indebærer dette ikke nødvendigvis, at de enheder, der udøver aktiviteten, er underlagt konkurrencereglerne.

52. I den foreliggende sag synes den aktivitet, der består i NSS' levering af sundheds-

tjenesteydelser til medlemmerne, ikke at adskille sig fra den, der udøves af de offentlige hospitaler i Smits og Peerbooms-sagen. Selv om NSS' aktivitet ikke udelukkende omfatter hospitalsydelser, indgår der dog hospitalsydelser i aktiviteten. Hvis patienterne ikke betaler prisen for de sundhedstjenesteydelser, de modtager fra sundhedsmedarbejdere, modtager disse dog alligevel et vederlag. For at afgøre, om aktiviteten skal være omfattet af konkurrencereglerne, skal det imidlertid undersøges, om staten med henblik på at gennemføre en omfordelingspolitik kun har betroet opgaven til statslige enheder, der alene styres af solidaritetshensyn, og således helt har villet se bort fra markedshensyn.

53. Det fremgår af den appellerede dom, at NSS skal sikre samtlige sine medlemmer en gratis universel dækning. Retten har imidlertid ikke gjort det klart, om de offentlige enheder selv kan dække hele efterspørgslen på markedet, eller om private enheder, der har karakter af virksomheder, også er med til at dække efterspørgslen. Der mangler således nogle af de oplysninger, der er nødvendige for at konkludere, at NSS' levering af sundhedstjenesteydelser ikke er en økonomisk aktivitet.

54 — K. Mortelmans, »Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?«, CMLRev., 2001, s. 613, punkt 22 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse i B & Q-sagen (dom af 23.11.1989, sag C-145/88, Sml. I, s. 3851) og Rettens dom i sagen Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, præmis 42.

55 — De enheder, der administrerer sygeforsikringen, som f.eks. dem, der var tale om i Cisal-sagen, er ikke virksomheder i konkurrenceretts forstand, men de regler, de er omfattet af, kan alligevel ikke udelukke forsikring af ansatte fra andre medlemsstater uden at være i strid med princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed.

56 — Jf. punkt 27-29.

57 — Smits og Peerbooms-dommen.

54. Det fremgår af sagen, at lov nr. 15/1997 af 25. april om nye former for forvaltning af den nationale sikringsordning (ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud)⁵⁸ tillader

58 — Nævnt i note 17 i bilag V til stævningen (BOE nr. 100 af 26.4.1997, s. 13449).

NSS at udlicitere leveringen af sundhedstjenesteydelser til private enheder. Det fremgår ligeledes af den spanske regerings svar på Rettens spørgsmål af 15. januar 2002, at en del af sundhedstjenesteydelserne leveres af den private sektor. Sagen bør derfor hjemvises til Retten, der skal undersøge de faktiske omstændigheder, således at det kan afgøres, om den offentlige og private sundhedssektor i Spanien sameksisterer, eller om den aktivitet, der består i at levere gratis sundhedstjenesteydelser, hovedsageligt bygger på solidaritetsprincippet.

55. Under alle omstændigheder vil det, hvis det konkluderes, at NSS udøver en økonomisk aktivitet, ikke være tilstrækkeligt til at drage NSS' sociale mål i tvivl, idet en sådan konklusion ikke udelukker en anvendelse af solidaritetsprincippet for så vidt angår finansieringsmåden gennem sociale bidrag og andre statslige bidrag og den gratis levering af tjenesteydelser til medlemmerne på grundlag af en universel dækning. Anvendelsen af konkurrencereglerne udelukker nemlig ikke en anerkendelse af, at visse sektorer skal være underlagt særlige regler. Tværtimod tager artikel 86, stk. 2, EF specifikt sigte på at give mulighed for, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, indrømmes enerettigheder⁵⁹. De forventede virkninger af, at visse aktiviteter udøvet af virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, underlægges konkurrencereglerne,

medfører lige så lidt som virkningerne af, at princippet om fri bevægelighed anvendes over for sundhedssektoren, en begrænsning af den sociale beskyttelse. I begge tilfælde søger fællesskabsretten at indføre åbenheds- og gennemsigtighedsprincipper i de sundhedsordninger, der oprindeligt blev iværksat på nationalt plan⁶⁰.

56. Selv om det i den foreliggende sag står helt klart, at NSS har fået overdraget at levere gratis sundhedstjenesteydelser til sine medlemmer på grundlag af en universel dækning (den appellerede doms præmis 39 og 40), savner man dog en klar definition af den rolle, som ministerier og andre organer, som er omfattet af sagsøgerens klage, spiller i administrationen af NSS. En enhed kan nemlig kun kvalificeres som virksomhed som følge af de økonomiske aktiviteter, den udøver, hvis den er det reelle fundament for udøvelsen af de pågældende aktiviteter⁶¹. Selv om det således antages, at NSS skal anses for en virksomhed i konkurrenceretlig forstand, må det alligevel undersøges, om de organer, Fenin klager over, er fundamentet for udøvelsen af aktiviteterne. Det påhviler Retten at undersøge dette, hvis den måtte nå frem til, at NSS' levering af sundhedstjenesteydelser er en økonomisk aktivitet.

57. Af ovennævnte grunde foreslår jeg Domstolen at tage anbringendets andet led

60 — G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, Haag, 2003, kapitel 9, *Free Movement of Welfare*, især s. 183 og 184.

61 — Jf. i analogi hermed mit forslag til afgørelse i BBL-sagen (dom af 21.10.2004, sag C-8/03, Sml. I, s. 10157, punkt 16).

59 — *Ambulanz Glöckner-dommen*.

til følge og hjemvise sagen til Retten, der skal undersøge de faktiske omstændigheder, således at det kan afgøres, om de enheder, der administrerer NSS, udøver økonomiske aktiviteter eller ej, og om Kommissionens afvisning af Fenin's klage er begrundet.

C — Sammenhængen mellem den aktivitet, der består i køb, og karakteren af de aktiviteter, som varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til

58. Hvis Domstolen måtte gå imod mit forslag og beslutter at stadfæste den appellerede dom, for så vidt som den kvalificerer gratis levering af sundhedstjenesteydelser som en ikke-økonomisk aktivitet, vil det stadig være nødvendigt at behandle anbringendets første led, hvorved sammenkædnin-gen mellem køkets karakter og den senere anvendelse af det købte kritiseres.

59. Med anbringendets første led har Fenin kritiseret den appellerede doms præmis 36, hvori det hedder, at »det er den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervs-mæssig virksomhed, og ikke den virksomhed, der består i køb af varer som sådan«. Retten udtaler videre, at »den virksomhed, der består i køb af produkter, [kan således] ikke adskilles fra erhververens senere brug af produkterne«, således at »det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb«.

60. Fenin har anfægtet Rettens sammenkædning af køkets karakter med produktets senere anvendelse. Denne sammenkædning bygger ifølge Fenin på en urigtig fortolkning af retspraksis, rejser praktiske vanskeligheder og mindsker den effektive virkning af Fælleskabets konkurrenceregler.

61. Fenin har for det første anført, at den retspraksis, Retten henviser til i sin argumentation, dvs. dommen i sagen Kommissionen mod Italien⁶² og i sagen Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen⁶³, blot kvalificerer udbydel-sen af varer eller tjenesteydelser på et marked som en økonomisk aktivitet, men ikke tager stilling til karakteren af købsaktiviteten. Ifølge appellanten kan således ikke ud fra disse domme udelukke, at et køb er en økonomisk aktivitet.

62. Ganske vist er et af de kriterier, på grundlag af hvilket en enhed kan kvalificeres som en virksomhed, enhedens markedsdeltagelse. Et marked er imidlertid kendetegnet ved udvekslinger mellem erhvervsdrivende, som konkret har form af udbud og køb. Det er vanskeligt at se, hvorledes det ene kan være omfattet af konkurrencereglerne, men ikke det andet, idet de to begreber er gensidige. Dette kritikpunkt kan imidlertid ikke i sig selv afsvække Rettens synspunkt,

62 — Dom af 18.6.1998, nævnt ovenfor i fodnote 13.

63 — Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/93, Sml. II, s. 1807.

hvorefter kvalificeringen af købet afhænger af den efterfølgende anvendelse af det købte.

63. Fenin har for det andet gjort opmærksom på, at den appellerede dom og dommen i sagen Pavlov m.fl. modsiger hinanden. I dommen i sagen Pavlov m.fl. fastslog Domstolen, da den skulle afgøre, om lægers tilslutning til en pensionskasse havde erhvervmæssig karakter, at tilslutningen havde tæt sammenhæng med lægernes erhvervsudøvelse og derfor måtte anses for at være en del af denne aktivitet, der har erhvervmæssig karakter⁶⁴. Som foreslået af generaladvokat Jacobs⁶⁵ sondrede Domstolen mellem aktiviteter, der vedrører lægers personlige sfære, og aktiviteter, der vedrører deres erhvervssfære. Det er nemlig kun den mellemliggende efterspørgsel, men ikke slutefterspørgslen, der kan anses for at høre til erhvervssfæren⁶⁶. Efterspørgslen fra forbrugere som privatpersoner, som altid er en slutefterspørgsel, er derimod ikke omfattet af konkurrencereglerne.

64. Dette modsiges ikke af den appellerede dom. Når der er tale om offentlige organer, der både udøver økonomiske aktiviteter og

andre former for aktiviteter, er det nemlig alene efterspørgslen i forbindelse med deres økonomiske aktiviteter, der kan være omfattet af konkurrencereglerne. Køb bestemt til ikke-økonomiske aktiviteter kan derimod sammenlignes med forbrugernes slutefterspørgsel og er ikke omfattet af konkurrencereglerne. I den foreliggende sag er købet af hygiejneprodukter dog unægtelig forbundet med NSS' levering af sundhedstjenesteydelser.

65. Ifølge appellanten burde Retten for at afgøre, om NSS' købsaktivitet havde økonomisk karakter, have undersøgt, om aktiviteten kunne have konkurrencebegrænsende virkninger, således at der ikke blev skabt »uberettigede immunitetszoner«. Dette kriterium kan imidlertid ikke anvendes, idet det ville bevirke, at ethvert køb foretaget af staten, en statslig enhed eller forbrugere ville blive omfattet af konkurrencereglerne. Som det med rette fremgår af den appellerede dom, er et køb tværtimod kun omfattet af konkurrencereglerne, såfremt det er et led i udøvelsen af en økonomisk aktivitet. Dertil kommer, at hvis man accepterer appellants synspunkt, ville udbudsbestemmelsernes effektive virkning blive formindsket⁶⁷. Den sammenhæng, der er påvist mellem den af klagerne kritiserede adfærd og det berørte organs ikke-økonomiske aktiviteter, er også et centralt element i Eurocontrol-dommens begrundelse for, at konkurrencereglerne ikke kunne anvendes. Det blev i den dom fastslået, at Eurocontrols opkrævning af en afgift ikke havde erhvervmæssig karakter,

64 — Dommen i sagen Pavlov m.fl., hvor det i præmis 79 hedder, at »[e]n speciallæges tilslutning til en sådan ordning har sin oprindelse i udøvelsen af erhvervet«. I præmis 80 hedder det endvidere, at »[f]or en selvstændig speciallæge er der en endnu tættere sammenhæng mellem det at bidrage til en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning og udøvelsen af erhvervmæssig virksomhed, idet ordningen er kendetegnet ved en høj grad af solidaritet mellem alle læger«.

65 — Punkt 115 i forslaget til afgørelse i sagen Pavlov m.fl.

66 — L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, s. 223.

67 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357.

idet opkrævningen var led i ikke-økonomiske aktiviteter.

66. Ambulanz Glöckner-dommen, som appellanten har nævnt til støtte for sine argumenter, bekræfter derimod Rettens holdning, idet Domstolen her udelukkede, at en offentlig myndigheds nægtelse af at give en transportvirksomhed en tilladelse kunne prøves med udgangspunkt i artikel 81 EF, idet den offentlige myndigheds beslutning om at nægte tilladelsen ikke kan anses for en økonomisk aktivitet, men derimod har til formål at regulere og organisere den økonomiske aktivitet. Et køb kan således, hvis det er knyttet til udøvelsen af ikke-erhvervs-mæssige funktioner, falde uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde. Denne konklusion er i overensstemmelse med den økonomiske teori, hvorefter tilstedeværelsen af et købermonopol kun udgør en mindre fare for konkurrencen, idet et købermonopol ikke nødvendigvis har følger for nedstrømsmarkedet. Endvidere har en virksomhed, der udgør et købermonopol, ingen interesse i at lægge et sådant pres på sine leverandører, at disse tvinges væk fra opstrømsmarkedet⁶⁸. Den appellerede dom skal således ikke ophæves med den begrundelse, at den indeholder en fejlfortolkning af retspraksis vedrørende kvalificering af et køb som økonomisk aktivitet.

67. Endelig har Fenin gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig fortolkning, idet fortolkningen vil medføre mange praktiske

vanskeligheder. Fenin har hævdet, at det på købstidspunktet vil være stort set umuligt at adskille køb beregnet til økonomiske aktiviteter fra køb, der anvendes til ikke-økonomiske aktiviteter.

68. Det er rigtigt, at det kan være vanskeligt at adskille økonomiske aktiviteter fra ikke-økonomiske aktiviteter, når de udøves af samme organ. Imidlertid kan denne vanskelighed i modsætning til, hvad appellanten har hævdet, ikke ændre noget ved kriteriet for anvendelse af konkurrencereglerne, nemlig kriteriet om udøvelse af en økonomisk aktivitet. Dette kriterium indebærer nemlig nødvendigvis, at enheder, der udøver blandede funktioner, kun er underlagt konkurrencereglerne for den del af deres aktiviteter, der har økonomisk karakter⁶⁹. Hvis man følger appellantens tankegang, vil et organ, der udøver en økonomisk aktivitet, være omfattet af konkurrencereglerne for samtlige aktiviteter vedkommende. Dette vil være i strid med den funktionelle definition af begrebet virksomhed, der er fastlagt i retspraksis.

69. Da ingen af de argumenter, der er fremkommet under behandlingen af anbringendets første led, har godtgjort, at NSS' køb af hygiejneprodukter kan adskilles fra den aktivitet, der består i levering af sundheds-tjenesteydelser, bør den appellerede dom stadfæstes på dette punkt.

68 — Jf. F. Scherer og D. Ross, *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, s. 517, og R. Noll, »Buyer power« and economic policy«, *Antitrust Law Journal*, bind 72, 2005, s. 589.

69 — Jf. dommen af 16.6.1987 i sagen Kommissionen mod Italien, Eurocontrol-dommen, dommen i sagen AOK-Bundesverband m.fl. og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Ambulanz Glöckner-sagen, punkt 72.

IV — Forslag til afgørelse

70. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen

- 1) at tage appelanbringendets andet led til følge og hjemvise sagen til De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, der skal undersøge de faktiske omstændigheder, således at det kan afgøres, om de enheder, der administrerer det spanske sundhedsvæsen, udøver økonomiske aktiviteter eller ej, og følgelig om Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers afvisning af klagen fra Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) er berettiget, og

- 2) at forkaste appelanbringendets første led.