

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARESA MADURA

przedstawiona w dniu 10 listopada 2005 r.¹

1. Podleganie danego podmiotu wspólnotowemu prawu konkurencji uzależnione jest od zakwalifikowania go jako przedsiębiorstwa. Mimo że traktat WE często odwołuje się do tego pojęcia, to jednak nie definiuje go, natomiast starało się je sprecyzować orzecznictwo, nadając mu znaczenie celowościowe. Utrwalił się pogląd, iż podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od jego formy prawnej i sposobu finansowania, stanowi przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 81 WE–86 WE². O ile przyjmuje się niegospodarczy charakter niektórych zadań użyteczności publicznej, takich jak utrzymanie i poprawa bezpieczeństwa nawigacji powietrznej³ czy ochrona środowiska⁴, o tyle trudniej jest określić, kiedy można zakwalifikować działalność jako niegospodarczą, gdy związana jest ona z funkcjonowaniem krajowego systemu ubezpieczeń społecznych, ponieważ orzecznictwo dokonuje w tym zakresie analizy każdego przypadku, badając, czy zasada solidarności powinna wyłączyć stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji. Trudno jest jednak sformułować warunki, w których zasada ta

pozbawia działalność jej gospodarczego charakteru.

2. Główna kwestia w niniejszej sprawie dotyczy zakupu sprzętu medycznego przez podmiot publiczny, którego zadaniem jest administrowanie krajowym systemem opieki zdrowotnej w Hiszpanii (zwanym dalej „SNS”). Skoncentruję się na dwóch zagadnieniach. Z jednej strony należało będzie określić, czy podporządkowanie działalności wykonywanej przez ten podmiot zasadzie solidarności uniemożliwia zakwalifikowanie go jako przedsiębiorstwa, a z drugiej strony, czy możliwe jest oddzielenie wykonywanych przezeń czynności zakupu od czynności polegających na świadczeniu usług medycznych.

3. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (zwana dalej „Fenin”) wniosła odwołanie od wyroku z dnia 4 marca 2003 r. w sprawie T-319/99 Fenin przeciwko Komisji, Rec. str. II-357 (zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem”), w którym Sąd Pierwszej Instancji utrzymał w mocy decyzję Komisji Wspólnot Europejskich oddalającą

1 — Język oryginału: portugalski.

2 — Wyrok z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser, Rec. str. I-1979.

3 — Wyrok z dnia 19 stycznia 1994 r. w sprawie C-364/92 SAT Fluggesellschaft, nazywanej „Eurocontrol”, Rec. str. I-43.

4 — Wyrok z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie C-343/95 Diego Cali & Figli, Rec. str. I-1547.

skargę do niej i stwierdzającą brak możliwości stosowania prawa konkurencji względem zainteresowanego podmiotu, gdyż nie ma on charakteru przedsiębiorstwa. Rozpatrując niniejsze odwołanie, Trybunał powinien wypowiedzieć się na temat zgodności tego rozstrzygnięcia z pojęciem przedsiębiorstwa takim, jak zostało ono zdefiniowane w jego orzecznictwie.

I — Okoliczności odwołania

4. Z zaskarżonego wyroku wynika, że początek sporowi dała decyzja Komisji z dnia 26 sierpnia 1999 r. (zwana dalej „zaskarżonym aktem”), w sprawie nieuwzględnienia złożonej przez Fenin skargi zmierzającej do stwierdzenia, że dwadzieścia sześć jednostek publicznych administrujących SNS, w tym trzy ministerstwa rządu hiszpańskiego, naruszyły art. 82 WE, opłacając faktury na rzecz Fenin ze znacznym opóźnieniem, wynoszącym średnio 300 dni.

5. Fenin jest związkiem, który zrzesza większość przedsiębiorstw sprzedających wyroby medyczne stosowane w szpitalach w Hiszpanii. W dniu 12 grudnia 1997 r. związek ten wniósł skargę do Komisji, podnosząc, że podmioty zarządzające SNS zajmują pozycję dominującą na hiszpańskim rynku wyrobów medycznych oraz że nadużywają one tej pozycji poprzez opóźnione regulowanie długów. W dniu 12 maja 1998 r. Fenin złożył do Komisji pismo uzupełniające. Pismem z dnia 2 grudnia 1998 r. Komisja

poinformowała skarżącego o swojej wstępnej decyzji oddalającej skargę. Fenin odpowiedział Komisji uwagami z dnia 10 lutego 1999 r. Zaskarżonym aktem skarga Fenin została ostatecznie oddalona, z jednej strony dlatego, że „dwadzieścia sześć badanych ministerstw i jednostek nie stanowi przedsiębiorstw, wówczas gdy uczestniczą one w administrowaniu publiczną służbą zdrowia”, a z drugiej strony dlatego, że „funkcji kupujących pełnionej przez dwadzieścia sześć badanych ministerstw i jednostek nie można oddzielić od oferowanych później świadczeń”. Komisja wywiodła z tego, że badane jednostki nie działają jako przedsiębiorstwa, a więc nie podlegają art. 82 WE.

6. Skargą złożoną w sekretariacie Sądu w dniu 10 listopada 1999 r. Fenin wniósł odwołanie zmierzające do stwierdzenia nieważności zaskarżonego aktu, zarzucając mu w szczególności to, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie przy stosowaniu art. 82 WE i 86 WE. Komisja podniosła, iż w celu oceny sytuacji SNS zastosowała kryterium celowościowe definicji przedsiębiorstwa, wyodrębnione przez Trybunał w wyroku w sprawie Poucet i Pistre⁵.

7. Zaskarżonym wyrokiem Sąd oddalił skargę wniesioną przez Fenin, orzekając, że Komisja prawidłowo zastosowała pojęcie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 82 WE i 86 WE. Sąd doszedł do tego wniosku w drodze trójetapowego rozumowania. W pkt 36 powyższego wyroku dokonał on

5 — Wyrok z dnia 17 lutego 1993 r. w sprawach C-159/91 i C-160/91, Rec. str. I-637.

najpierw rozdzielenia działalności polegającej na kupowaniu od oferowania, stwierdzając, że „to działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku jest charakterystyczna dla pojęcia działalności gospodarczej, a nie działalność polegająca na zakupie jako taka”. Sąd stwierdził następnie, iż „dla oceny charakteru tej działalności „nie należy rozdzielać działalności polegającej na zakupie towaru od późniejszego wykorzystania tego towaru”. W związku z tym należy badać charakter gospodarczy bądź niegospodarczy wykorzystania zakupionego wyrobu. I tak, na zakończenie swojej analizy, opierając się na wyrokach w powołanej wyżej sprawie Poucet i Pistre oraz FFSA i in.⁶, w pkt 39 zaskarżonego wyroku Sąd orzekł, że „SNS, administrowany przez ministerstwa i inne jednostki, przeciwko którym skierowana jest złożona skarga, funkcjonuje zgodnie z zasadą solidarności w zakresie sposobu jego finansowania ze składek na ubezpieczenie społeczne i innych danin państwowych, jak również w zakresie nieodpłatnego świadczenia usług na rzecz osób nim objętych na podstawie powszechnego ubezpieczenia”. W związku z tym działalność polegająca na dokonywaniu zakupów, związana z działalnością o niegospodarskim charakterze, ma również taki charakter. Wynika z tego, zdaniem Sądu, że podmioty, przeciwko którym skierowana jest skarga Fenin, nie są przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 82 WE i 86 WE.

podniósł z jednej strony, iż Sąd błędnie nie uznał działalności polegającej na kupowaniu za działalność gospodarczą, a z drugiej — że Sąd niesłusznie połączył charakter działalności polegającej na kupowaniu z charakterem świadczonej następnie usługi. W drugiej części odwołania Fenin posiłkowo podniósł, że Sąd powinien był uznać, iż działalność polegająca na kupowaniu stanowi działalność gospodarczą, ponieważ późniejsza działalność, świadczenie usług medycznych, ma charakter gospodarczy. W swoich wnioskach, przedstawionych w odpowiedzi, Komisja popiera punkt widzenia, zgodnie z którym analiza dokonana przez Sąd w zaskarżonym wyroku jest zgodna z orzecznictwem wykładnią pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji. Komisja twierdzi nadto, że druga część odwołania jest niedopuszczalna, ponieważ została przedstawiona po raz pierwszy na etapie odwołania. Ponadto zarzut ten jest równoznaczny z zakwestionowaniem ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd, co nie może stanowić przedmiotu odwołania. Zjednoczone Królestwo i Królestwo Hiszpanii wystąpiły jako interwenienci po stronie Komisji. Uznały one, że ani kupno jako takie, ani świadczenie usług medycznych nie stanowią działalności gospodarczej.

8. Wniesione przez Fenin odwołanie dotyczy tej części zaskarżonego wyroku. Jako jedyny zarzut Fenin podniósł, że Sąd dokonał błędnej wykładni pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji. W pierwszej części zarzutu Fenin

9. Przed przystąpieniem do sukcesywnej analizy dwóch części jedynego zarzutu, należy najpierw wrócić do pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji, wypracowanego przez orzecznictwo Trybunału. Wspomnę również o praktyce sądów i organów ochrony konkurencji państw członkowskich.

6 — Wyrok z dnia 16 listopada 1995 r. w sprawie C-244/94, Rec. str. I-4013.

II — Zagadnienie wstępne: pojęcie przedsiębiorstwa

10. Zgodnie z tym, co zostało powiedziane wyżej, zakwalifikowanie podmiotu jako przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa wspólnotowego zależy od charakteru gospodarczego prowadzonej przez ten podmiot działalności. Po dokonaniu analizy charakteru danego podmiotu z podziałem na poszczególne rodzaje działalności, jest zupełnie możliwe, iż ten sam podmiot będzie uznany za przedsiębiorstwo w odniesieniu do części swojej działalności, a w odniesieniu do innej części nie będzie on podlegał prawu konkurencji⁷. W celu dokonania rozróżnienia między działalnością o charakterze gospodarczym i niegospodarczym, orzecznictwo opiera się na zbiegających się kryteriach stosowanych łącznie lub oddzielnie, które należy przedstawić, ponieważ Fenin opiera swoją skargę na zarzucie, iż Sąd błędnie zastosował to orzecznictwo.

A — Orzecznictwo dotyczące pojęcia przedsiębiorstwa

11. Stosowanie kryterium porównawczego, będące źródłem celowościowej i rozszerzającej wykładni pojęcia przedsiębiorstwa, datuje się od powołanego wyżej wyroku w sprawie Höfner i Elser. Trybunał orzekł, że działalność miała charakter gospodarczy,

gdyż „działalność pośrednictwa nie zawsze była i nie jest koniecznie wykonywana przez podmioty publiczne”⁸. Zgodnie z tym samym tokiem rozumowania rzecznik generalny Tesauro, w opinii w powołanej wyżej sprawie Poucet i Pistre, uznał, że rozpatrywana działalność mogła być wykonywana wyłącznie przez jednostkę publiczną i nie była porównywalna z działalnością ubezpieczeniową przedsiębiorstw prywatnych, co doprowadziło go do wniosku, iż badany podmiot nie był przedsiębiorstwem⁹. Wyrok w sprawie Ambulanz Glöckner stanowi dodatkową ilustrację wykorzystania przez Trybunał kryterium porównawczego: jednostki medyczne świadczące usługi na rynku pogotowia medycznego i przewozu chorych zostały uznane za przedsiębiorstwa, gdyż „działalność taka nie zawsze była i nie jest koniecznie wykonywana przez takie jednostki lub przez władze publiczne”¹⁰.

12. Jeżeli nie istnieje rynek konkurencyjny, na którym współzawodniczy wiele przedsiębiorstw, kwestia gospodarczego charakteru działalności oraz stosowanie kryterium porównawczego stają się bardziej delikatne. Dlatego, aby nie dopuścić do tego, żeby brak rzeczywistej konkurencji na danym rynku prowadził automatycznie do wyłączenia go z zakresu stosowania prawa konkurencji, kryterium porównawcze zmierza do włączenia do pojęcia działalności gospodarczej

7 — Wyrok z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie 118/85 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 2599, w którego pkt 7 czytamy: „państwo może działać bądź wykonując władzę publiczną, bądź prowadząc działalność gospodarczą o charakterze przemysłowym lub handlowym, polegającą na oferowaniu towarów lub usług na rynku”.

8 — Punkt 22 powołanego wyżej wyroku w sprawie Höfner i Elser.

9 — Punkt 12 opinii wydanej w powołanej wyżej sprawie Poucet i Pistre.

10 — Wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. str. I-8089, pkt 20.

każdej działalności, która może być wykonywana przez podmiot w celu zarobkowym¹¹. Jeżeli nawet Trybunał nie dokonuje tego porównania systematycznie, to w prawie wszystkich wyrokach dotyczących pojęcia przedsiębiorstwa odwołuje się on do ww. wyroku w sprawie Höfner i Elser, będącego podstawą jego rozumowania. Jednakże kryterium porównawcze, stosowane w sposób literalny, umożliwia włączenie każdej działalności w zakres stosowania prawa konkurencji¹². Prawie każda działalność może być bowiem wykonywana przez podmioty prywatne. Na przykład teoretycznie nic nie stoi na przeszkodzie, aby obrona państwa była zlecana podwykonawcom, i są na to przykłady historyczne. Z tego powodu w późniejszych wyrokach Trybunał pogłębił to pojęcie, wiążąc je z uczestnictwem w rynku.

13. Drugim kryterium wypracowanym przez orzecznictwo w celu zakwalifikowania działalności jako gospodarczej jest kryterium uczestniczenia w rynku lub wykonywania działalności w kontekście rynkowym. Jeżeli nawet w ww. wyroku Höfner i Elser gospodarczy charakter działalności tylko pośrednio

wynika z uczestnictwa w rynku, ponieważ państwo akceptowało uczestniczenie w rynku prywatnych przedsiębiorstw, to w innych wyrokach Trybunał wykazał wyraźny związek pomiędzy uczestnictwem w rynku a prowadzeniem działalności gospodarczej. I tak, aby stwierdzić, że włoscy agenci celni są przedsiębiorcami, Trybunał w następujący sposób opisuje ich działalność: „oferują oni za wynagrodzeniem usługi polegające na dokonywaniu formalności celnych, dotyczących głównie przywozu, wywozu i tranzytu towarów, jak również inne usługi dodatkowe, takie jak usługi w dziedzinach monetarnej, handlowej i podatkowej”¹³. W późniejszych wyrokach Trybunał wyraźnie utożsamia udział w rynku z gospodarczym charakterem prowadzonej działalności. I tak w wyrokach w sprawach Pavlov i in. oraz Ambulanz Glöckner potwierdził on, że „działalnością gospodarczą jest każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku”¹⁴. Nie decyduje jednak sam fakt, że działalność może być teoretycznie prowadzona przez podmioty prywatne, lecz fakt, że działalność jest prowadzona w warunkach rynku. Dla warunków tych charakterystyczne są działania mające na celu osiągnięcie zysku, w przeciwieństwie do zasady solidarności. Właśnie to pozwala określić, czy istnieje rynek, nawet jeżeli obowiązujące normy prawne uniemożliwiają pojawienie się na tym rynku rzeczywistej konkurencji. Natomiast gdy państwo umożliwia częściowy

11 — Zobacz pkt 67 i 27 opinii wydanej przez rzecznika generalnego Jacobsa odpowiednio w sprawach: powołanej wyżej Ambulanz Glöckner oraz AOK-Bundesverband i in. (wyrok z dnia 16 marca 2004 r., C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, Rec. str. I-2493).

12 — J.Y. Chérot, „Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?”, *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, 2003, poddaje krytykę tej metodzie porównawczą, podkreślając, że „z jednej strony każda działalność może być wykonywana przez inicjatywę prywatną, a z drugiej doświadczenie pokazuje, że każda działalność była w takim czy innym momencie historii wykonywana przez inicjatywę prywatną” (str. 569). Zobacz również L. Idot, „La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel” w tym samym zbiorze, zgodnie z którym „z taką definicją, »działalnością gospodarczą« pewnego dnia może się stać wszystko” (str. 528).

13 — Wyrok z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/95 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-3851, point 37. Można również zacytować dawniejsze orzecznictwo, powołany wyżej wyrok z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 3, w którym Trybunał stwierdził, że „nie zostało zaprzeczone, iż Amministrazione autonoma dei monopoli di stato uczestniczy w działalności gospodarczej poprzez to, iż w branży produkcji wyrobów tytoniowych oferuje towary i usługi na rynku”.

14 — Wyroki z dnia 12 września 2000 r. w sprawach od C-180/98 do C-184/98 Pavlov i in., Rec. str. I-6451, pkt 75; ww. Ambulanz Glöckner, pkt 19. Zobacz również wyrok z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. str. I-1577, pkt 47 i wyrok z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C-82/01 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. str. I-9297, pkt 79.

rozwój konkurencji, rozpatrywana działalność niewątpliwie zakłada udział w rynku.

14. Właśnie w tym kontekście zrozumieć można odwoływanie się orzecznictwa do możliwości popełnienia naruszenia prawa konkurencji, jako argumentu przemawiającego za zakwalifikowaniem podmiotu jako przedsiębiorstwa¹⁵. Nawet jeżeli brak jest jakiegokolwiek celu zarobkowego, może istnieć uczestnictwo w rynku, które może sprawić, że zagrożone zostaną reguły prawa konkurencji. Z orzecznictwa Trybunału nie wynika, że kryterium to jest wystarczające dla zakwalifikowania jako przedsiębiorstwa, ale przemawia ono za wnioskiem, że prawo konkurencji powinno znaleźć zastosowanie.

15. Oprócz przedstawionych wyżej kryteriów, które w różnych sprawach doprowadziły Trybunał do wniosku, że miał on do czynienia z przedsiębiorstwem, użyteczna jest również analiza orzecznictwa, w którym określił on pewne rodzaje działalności jako „niegospodarcze”. Taka kwalifikacja pozwala a contrario określić zakres stosowania wspólnotowego prawa konkurencji. Trybunał bada naturę, przedmiot, jak również reguły, któ-

rym podlega dana działalność¹⁶. Po dokonaniu takiej analizy Trybunał wyłączył z zakresu stosowania prawa konkurencji zadania użyteczności publicznej, takie jak utrzymanie bezpieczeństwa lotniczego¹⁷ i ochrona środowiska¹⁸, uznawane za należące do głównych zadań państwa¹⁹. Generalnie, wszelkie przejawy wykonywania władzy publicznej mające na celu regulowanie rynku, a nie uczestniczenie w nim, są wyłączone z zakresu stosowania prawa konkurencji²⁰.

16. Mimo że ochrona zdrowia jest dziedziną coraz bardziej otwartą na konkurencję, najczęściej z inicjatywy prawodawcy krajowego²¹, to całe obszary tej dziedziny wciąż należą wyłącznie do działalności państwa. Jakkolwiek by było, prawo konkurencji może być do niej stosowane o tyle, o ile nie przeważa w niej zasada solidarności. Aby ocenić stopień solidarności w danej sprawie, Trybunał, w wydanych w tym przedmiocie wyrokach, opierał się na zespole wskazówek w celu określenia, czy obowiązkowa przynależność do funduszy rentowych lub do

15 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie FFSA i in., pkt 21, zgodnie z którym „sam fakt, że CCMSA nie działa w celu osiągnięcia zysku, nie pozbawia prowadzonej przez nią działalności charakteru gospodarczego, ponieważ [...] może ona dać sposobność do zachowań, których zwalczanie mają na celu reguły konkurencji”. Zobacz również opinię rzecznika generalnego Jacoba w sprawie C-218/00 Cisał (wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r., Rec. str. I-6911), która w pkt 71 precyzuje: „kwestią podstawową jest stwierdzenie, czy jednostka jest w stanie naruszyć zasady konkurencji”.

16 — W pkt 30 ww. wyroku w sprawie Eurocontrol Trybunał orzekł, że „ujęta całościowo działalność Eurocontrol, z uwagi na jej naturę, jej przedmiot i reguły, którym podlega, nie ma charakteru działalności gospodarczej. Zobacz również pkt 23 ww. wyroku w sprawie Diego Cali & Figli, w którym podkreślono, iż działalność taka „z uwagi na jej naturę, jej przedmiot i reguły, którym podlega”, wiąże się z wykonywaniem uprawnień władzy publicznej.

17 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Eurocontrol.

18 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Diego Cali & Figli dotyczył zapobiegania zanieczyszczeniom w porcie w Genui.

19 — Dowód na to, że dana działalność należy do zadań użyteczności publicznej, może zostać potwierdzony tym, że ma ona rangę zasady konstytucyjnej w danym państwie członkowskim. Zobacz pkt 22 ww. wyroku w sprawie Diego Cali & Figli.

20 — Wyrok Sądu z dnia 30 września 2004 r. w sprawie T-313/02 Meca-Medina i Majacen przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-3291, pkt 41.

21 — Zobacz na przykład stan faktyczny ww. wyroku w sprawie AOK-Bundesverband i in. oraz T. Hervey i J. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, str. 136.

systemów ubezpieczeń zdrowotnych bądź emerytalnych jest zgodna z prawem konkurencji. W dwóch przypadkach Trybunał uznał, iż rozpatrywana działalność nie miała charakteru gospodarczego, natomiast w trzech doszedł do przeciwnego wniosku.

17. W powołanej wyżej sprawie Poucet i Pistre chodziło o zgodność z prawem konkurencji obowiązkowej przynależności do systemu ubezpieczeń społecznych. Nie wskazując szczególnie żadnej działalności, Trybunał odwołał się do natury badanych podmiotów. Z sentencji wyroku wynika bowiem, iż „pojęcie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 85 i 86 traktatu nie obejmuje jednostek zobowiązanych do administrowania systemami ubezpieczeń społecznych, takich jak te opisane w orzeczeniach sądów krajowych”. Aby dojść do tego wniosku, Trybunał, nie wskazując znaczenia, jakie przypisuje każdemu elementowi z osobna, stwierdził, że „systemy te realizują cele socjalne i podporządkowane są zasadzie solidarności”²². Przegląd różnych przejawów zasady solidarności stanowi kontekst, w którym należy dokonywać kwalifikacji²³, podczas gdy charakter „wyłącznie socjalny” funkcji spełnianej przez te podmioty wynika z tego, że jest ona „oparta na zasadzie solidarności narodowej i pozbawiona jakiegokolwiek celu zarobkowego”. Trybunał dodaje, że „wypłacane świadczenia są świadczeniami ustawowymi i są niezależne od wysokości składek”²⁴.

18. W ww. sprawie Cisał chodziło o stwierdzenie, czy obowiązkowa przynależność do krajowego systemu ubezpieczeń od wypadków przy pracy i chorób zawodowych była zgodna z art. 82 WE i 86 WE. W rozstrzygnięciu wyroku Trybunał orzekł, iż badany podmiot, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (włoski krajowy instytut ubezpieczeń od wypadków przy pracy, zwany dalej „INAIL”) funkcjonuje zgodnie z zasadą solidarności²⁵ oraz że podlega on kontroli państwa, które określa wysokość składek i wymaga obowiązkowej przynależności. Z tych względów Trybunał wykluczył, aby INAIL prowadził działalność gospodarczą, co wyłączało stosowanie prawa konkurencji.

19. Pytanie przedstawione Trybunałowi w ww. wyroku w sprawie FFSA i in. dotyczyło monopolu na administrowanie systemem ubezpieczeń emerytalnych, powierzonego kasie ubezpieczeń wzajemnych. Po poddaniu ich analizie, jednostki administrujące uzupełniającym i nieobowiązkowym systemem ubezpieczeń emerytalnych zostały zakwalifikowane jako przedsiębiorstwa. Trybunał podkreślił fakt, że przynależność do systemu ubezpieczeń emerytalnych nie jest obowiązkowa, że system ten jest administrowany zgodnie z zasadą kapitalizacji oraz że kwota świadczeń jest obliczana w zależności od wysokości składek. W ten sposób dopuszczono pośrednio istnienie konkurencji z przedsiębiorstwami oferującymi ubezpieczenia na życie. Wreszcie, mimo że można

22 — Punkt 8 ww. wyroku w sprawie Poucet i Pistre.

23 — Punkt 16 ww. wyroku w sprawie Poucet i Pistre.

24 — Punkt 18 ww. wyroku w sprawie Poucet i Pistre.

25 — W pkt 38–40 ww. wyroku w sprawie Cisał sprecyzowano, że solidarność przejawia się w tym, iż składki nie są ściśle proporcjonalne do ryzyka ponoszonego przez ubezpieczonego oraz że świadczone usługi także nie są ściśle proporcjonalne do dochodów ubezpieczonego.

było wskazać elementy solidarności, Trybunał uznał, iż „nie są one takiej natury, aby uniemożliwić” uznanie za przedsiębiorstwo.

20. Branżowy holenderski fundusz ubezpieczeń rentowych, poddany analizie Trybunału w sprawie Albany²⁶, został również uznany za przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa konkurencji. Wymienione zostały trzy elementy, tj. nieobowiązkowy charakter przynależności do funduszu, administrowanie w myśl zasady kapitalizacji i proporcjonalność świadczeń do wpłaconych składek, co pozwoliło wywnioskować, że istnieje pewna konkurencja pomiędzy funduszem a prywatnymi towarzystwami ubezpieczeń na życie. Cel społeczny, brak celu zarobkowego, wymóg solidarności i ograniczenia prawne nie wystarczą, aby „pozbawić” wykonywaną działalność jej gospodarczego charakteru. Wprowadzona przez fundusz zasada solidarności jest bowiem ograniczona, gdyż działa ona jedynie na korzyść osób do niego przynależących.

21. Podobnie przebiegało rozumowanie w ww. wyroku w sprawie Pavlov i in. Przedstawiwszy elementy przybliżające uzupełniający fundusz rentowy holenderskich lekarzy do prywatnego przedsiębiorstwa administrującego ubezpieczeniami na życie, Trybunał wykluczył, aby wymogi solidarności ciążące na tym podmiocie pozbawiały go charakteru przedsiębiorstwa.

22. Wreszcie należy powołać ww. wyrok w sprawie AOK-Bundesverband i in., w którym Trybunał nie zajmuje się przynależnością do systemu emerytalnego lub funduszu, lecz wyznaczaniem przez niemieckie kasy chorych maksymalnych kwot refundacji leków. Mimo że Trybunał miał taką sposobność, to jednak nie odrzucił on możliwości zakwalifikowania tych kas jako przedsiębiorstw na tej podstawie, że spełniały one funkcję regulatora rynku. Wybrane uzasadnienie związane jest z pojęciem solidarności wdrażanej przez państwo, ponieważ elementy konkurencji obecne w dziedzinie ubezpieczeń zdrowotnych nie wystarczają, aby stworzyć warunki rynkowe. Trzeba jednak zauważyć, że w pkt 58 tego wyroku wyraźnie zastrzeżono, że możliwe jest, że omawiane podmioty działają jako przedsiębiorstwa wówczas, gdy „wykonują czynności mające cel inny niż społeczny”.

B — Kryterium wyodrębnione na poziomie krajowym

23. Analiza prawoporównawcza pozwala stwierdzić, że w prawie krajowym państw członkowskich stosowane są kryteria bliskie tym, które wypracował Trybunał. Kilka przykładów zasługuje na przedstawienie, ponieważ pokazują one, w jaki sposób organy i sądy krajowe interpretowały pojęcie przed-

26 — Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96, Rec. str. I-5751.

siębiorstwa. W niemieckiej²⁷ i hiszpańskiej²⁸ praktyce orzeczniczej odnajdujemy kryteria stosowane przez sądy wspólnotowe. Wydaje się bowiem, że podmiot państwowy będzie uznany za przedsiębiorstwo podlegające prawu konkurencji wówczas, gdy prowadzi on na rynku działalność mogącą mieć skutki antykonkurencyjne.

ma charakter gospodarczy. Tribunal stwierdza również, że administrowanie domami opieki i świadczenie usług pielęgnarskich wykonywane są w ramach sektora prywatnego i że w tym zakresie N&W konkuruje z podmiotami prywatnymi. Na zakończenie Tribunal podkreślił jeszcze, że N&W może naruszać prawo konkurencji.

24. Szczególnie zwraca uwagę wyrok wydany przez angielski Competition Commission Appeal Tribunal w sprawie *BetterCare c/ The Director of Fair Trading*²⁹. North & West Belfast Health & Social Services Trust (zwany dalej „N&W”) był zobowiązany przez prawo do zapewniania usług pielęgnarskich oraz domów opieki dla osób w podeszłym wieku. N&W jest właścicielem domów opieki, przy czym niektóre z nich są administrowane przez przedsiębiorstwa prywatne. Jedno z takich przedsiębiorstw podniosło zarzut nadużycia pozycji dominującej przez N&W, które będąc jedynym nabywcą jego usług, zmuszało je do akceptowania zbyt niskich cen. Zdaniem angielskiego sądu decydującym kryterium zdaje się być to, że N&W wchodzi w transakcje handlowe w dziedzinie usług z prywatnymi przedsiębiorstwami administrującymi domami opieki, z czego wynika, iż jego działalność

25. W prawie fińskim fakt, że działalność jest prowadzona przez podmiot państwowy na podstawie przepisu prawa, może przyczynić się do tego, że działalność ta utraci gospodarczy charakter. Organ ochrony konkurencji uznał jednak, że szpital publiczny oskarżony o stosowanie łupieżczych cen za usługi laboratoryjne i radiologiczne na rynku prywatnym mógł być uznany za podlegający prawu konkurencji³⁰. Także w orzecznictwie szwedzkim wykonywanie uprawnień władczych nie podlega prawu konkurencji pod warunkiem, że dokonuje się ono w oparciu o przepis prawa³¹. Natomiast władze irlandzkie zadowolają się rozróżnieniem między działalnością gospodarczą a sprawowaniem funkcji o charakterze regulacyjnym lub związanym z organizacją rynków przemysłowych. Irlandzki organ ochrony konkurencji uznał więc, że służby sanitarne obowiązane do administrowania usługami sanitarnymi i świadczenia usług hospitalizacyjnych w danym regionie geograficznym, które wynajmowały nieruchomości, prowadziły działalność gospodarczą³².

27 — Zobacz J.W. Van de Gronden, „Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?”. ECLR 2004, nr 2, str. 87, a szczególnie str. 90. Sytuacja kas chorych jest odmienna, ponieważ od wejścia w życie w dniu 1 stycznia 2004 r. ustawy reformującej ubezpieczenia zdrowotne, nie podlegają one już prawu konkurencji. Zobacz na ten temat W. Jaeger, „Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb”, ZWeR 2005, nr 1, str. 31.

28 — Orzeczeniem z dnia 29 stycznia 1997 r. w sprawie „Cruz Roja Española” (Expte R 179/96), Sąd ochrony konkurencji uznał, że Hiszpański Czerwony Krzyż działa jako podmiot gospodarczy wówczas, gdy przewozi chorych karetkami pogotowia, ponieważ oferuje on te usługi w warunkach wolnej konkurencji i nie ogranicza się do administrowania subwencjami publicznymi w celach charytatywnych.

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

30 — Kilpailuvirasto, 17 marca 2000 r., dnro 343/61/1997.

31 — Krajowa dyrekcja konkurencji uznała na przykład, że decyzje krajowego urzędu leków co do zezwolenia na dany lek mieszczą się w tych ramach.

32 — Decyzja organu ochrony konkurencji nr 358, FDB przeciwko Southern Health Board, z dnia 12 października 1994 r.

C — Właściwe kryterium

26. Kiedy Trybunał próbuje określić, czy działalność prowadzona przez państwo ma charakter gospodarczy, wchodzi on na niebezpieczny teren, gdyż powinien odnaleźć równowagę pomiędzy koniecznością ochrony niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku a poszanowaniem kompetencji państw członkowskich³³. Władza państwa wykonywana w sferze politycznej podlega demokratycznej kontroli. Innemu rodzajowi kontroli podlegają podmioty gospodarcze działające na rynku: ich zachowania regulowane są prawem konkurencji. Lecz gdy państwo działa jako podmiot gospodarczy, nie jest zasadne pozostawienie tych działań bez żadnej kontroli. Przeciwnie, w takim przypadku państwo zobowiązane będzie do przestrzegania tych samych reguł. Konieczne jest więc wyodrębnienie wyraźnego kryterium, aby określić, gdzie przebiega linia podziału dla stosowania prawa konkurencji. W zasadzie reguły prawa konkurencji mają zastosowanie jedynie względem podmiotów gospodarczych działających na rynku, a nie względem państw, chyba że przyznają one pomoc przedsiębiorstwom (art. 88 WE–92 WE). Jednak wymóg spójności nakazuje, aby w sytuacji, gdy państwo

zatwierdza decyzje podjęte przez przedsiębiorstwa³⁴ lub gdy działa faktycznie jako podmiot gospodarczy, możliwe było stosowanie wobec niego art. 81 WE–86 WE. Dodać należy, że art. 86 ust. 2 WE zostałby pozbawiony *effet utile*, jeżeli stosowanie prawa konkurencji byłoby zawieszane w momencie, gdy na rynku pojawia się państwo³⁵.

27. Oczywiście wprowadzanie wymogów konkurencji w dziedzinach, które nie mają cech rynku, byłoby pozbawione sensu. Groziłoby to nałożeniem na państwa członkowskie obowiązku regularnego usprawiedliwiania się pod kątem art. 86 ust. 2 WE i byłoby równoznaczne z rozszerzeniem zakresu stosowania prawa konkurencji. Przede wszystkim państwo zasadniczo nie działa jako podmiot rynkowy, bowiem jedną z jego najważniejszych funkcji jest wdrażanie mechanizmów redystrybucji. Ponieważ działalność państwa w tym zakresie dyktowana jest wyłącznie zasadami solidarności, to nie mieści się ona w logice rynku. Otóż prawo konkurencji dotyczy tej działalności o tyle, o ile podmioty obowiązane do wykonywania zadań zmierzających do osiągnięcia celu solidarności uznawane są za przedsiębiorstwa. Natomiast jeżeli wykonywanie tej działalności nie jest podporządkowane zasadzie kapitalizacji, co uniemożliwia pojawienie się logiki rynku, prawo to nie znajdzie zastosowania. Niemniej jednak państwo nie jest zwolnione z zachowania wymogu spój-

33 — Zgodnie z art. 152 ust. 5 WE „działanie Wspólnoty w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanuje odpowiedzialność państw członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej”. Jeśli chodzi o organizację ubezpieczeń społecznych, art. 137 ust. 4 WE stanowi, iż „przepisy uchwalone na mocy niniejszego artykułu nie naruszają prawa państw członkowskich do określenia podstawowych zasad ich systemów zabezpieczenia społecznego i nie mogą znacząco wpływać na ich równowagę finansową”. Zobacz również wyroki z dnia 7 lutego 1984 r. w sprawie 238/82 Duphar i in., Rec. str. 523, pkt 16 oraz z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, Rec. str. I-1931, pkt 41. Artykuł 36 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. 2000, C 364, str. 1) stanowi również, że „Unia uznaje i szanuje dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, przewidziany w ustawach i praktykach krajowych, zgodnie z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską, w celu wspierania spójności społecznej i terytorialnej Unii”.

34 — Wyroki z dnia 3 grudnia 1987 r. w sprawie 136/86 BNIC, Rec. str. 4789 oraz z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/96 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-3851.

35 — Artykuł 16 WE, kładący nacisk na konieczność zapewnienia funkcjonowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, nie stanowi o ograniczeniu zakresu stosowania art. 86 ust. 2 WE, lecz wskazuje raczej kierunek dla wykładni tego przepisu.

ności: może ono wyłączyć niektóre rodzaje działalności z rynku jedynie pod warunkiem, że skutecznie wdroży zasadę solidarności i zorganizuje system redystrybucji. Jest to równoznaczne z uznaniem, że państwo spełnia dwie odrębne funkcje, w zależności od tego, czy działa jako podmiot rynkowy, czy prowadzi działalność polityczną inspirowaną zasadą solidarności. Lecz nie może ono, pod pretekstem solidarności, umożliwiać podmiotom gospodarczym uniknięcia oddziaływania prawa konkurencji.

28. Należy odróżnić dwa przypadki. Z jednej strony, jeżeli podmioty prywatne i podmioty publiczne wykonują tę samą działalność, to konkurencja, jakkolwiek ograniczona i kontrolowana, może między nimi zaistnieć. Tożsamość działalności prowadzonej przez obydwa rodzaje przedsiębiorstw sprawia bowiem, że świadczone usługi są podobne i że odpowiadają one temu samemu zapotrzebowaniu rynkowemu. Trybunał nie stosuje kryterium porównawczego w celu narzucenia liberalizacji każdej działalności, w prowadzeniu której ma udział państwo, jednakże czuwa nad uniknięciem tego, by podmioty publiczne konkurowały z przedsiębiorstwami, utrzymując jednocześnie, że nie dotyczy ich prawo konkurencji. Powołany wyżej wyrok w sprawie Höfner i Elser może być odczytywany w taki sposób. Wydaje się bowiem, że elementem decydującym w rozumowaniu Trybunału była niezdolność państwa do zaspokojenia potrzeb rynku, ponieważ w istocie tolerowało ono

dokonane przez spółki prywatne³⁶ naruszenie swojego wyłącznego prawa do prowadzenia działalności pośrednictwa. Państwu wolno jest łączyć w tej dziedzinie warunki konkurencji z ograniczeniami, takimi jak na przykład obowiązek świadczenia usługi powszechnej³⁷. Poddane kontroli państwa podmioty będą wówczas uważane za przedsiębiorstwa obowiązane do administrowania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, o których mowa w art. 86 ust. 2 WE. Konieczne będzie sprawdzenie, czy spełnione zostały określone w tym przepisie warunki, to znaczy, czy zastosowanie reguł konkurencji nie stanowi przeszkody w wykonywaniu powierzonych im zadań. To właśnie na tym etapie uwzględnione zostaną wymogi społeczne z uwzględnieniem celu, jakim jest zachowanie niezakłóconej konkurencji³⁸.

29. Z drugiej strony, jeżeli państwo zastrzega dla siebie monopol ustawowy na wykonywanie danej działalności, przez co nie może się rozwinąć jakakolwiek rzeczywista konkurencja, to jednak nie jest wykluczone, że państwo to działa jako podmiot rynkowy, gdyż istnienie monopolu nie wpływa na zmianę charakteru tej działalności³⁹. W tych ramach, w oparciu o odpowiednie

36 — Punkt 25 ww. wyroku w sprawie Höfner i Elser.

37 — Zobacz wyroki z dnia 24 kwietnia 1994 r. w sprawie C-393/92 Almelo, Rec. str. I-1477, pkt 48: „przedsiębiorstwo takie musi zapewnić nieprzerwane dostawy energii elektrycznej na całym powierzonym terytorium wszystkim konsumentom, dystrybutorom lokalnym lub użytkownikom końcowym w żądanych ilościach w każdym czasie, po jednolitych cenach i na warunkach, które mogą różnić się wyłącznie ze względu na obiektywne kryteria mające zastosowanie do wszystkich klientów”, oraz z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie C-320/91 Corbeau, Rec. str. I-2533.

38 — Zobacz J. Baquero Cruz, „Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, w *Collected Courses of the Academy of European Law*, tom XIV/2, EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, wydane przez G. de Burca, Oxford 2005.

39 — Na przykład rozpowszechnianie programów audiowizualnych było niegdyś zastrzeżone dla podmiotów państwowych, a dzisiaj jest wykonywane również przez operatorów prywatnych.

wskazówki, należało będzie sprawdzić, czy ta działalność jest tak zorganizowana, że w przeważający sposób spełnia wymogi solidarności, czy też przeciwnie, podporządkowana jest logice rynku, z jej celem kapitalizacji. Fakt, że dany podmiot nie jest w stanie osiągnąć równowagi finansowej bez wsparcia swojego budżetu przez państwo, będzie wskazówką przemawiającą za pierwszą hipotezą.

30. Niezależnie od rozpatrywanej dziedziny, stopień solidarności wdrażanej przez państwo może być bardziej lub mniej intensywny. W sektorze ubezpieczeń, zgodnie z orzecznictwem Trybunału dotyczącym przynależności do funduszy lub kas emerytalnych bądź kas chorych, trzy elementy umożliwiają ocenę stopnia solidarności: obowiązkowy charakter przynależności, związek między płaconymi składkami a ryzykiem ubezpieczonego lub, przeciwnie, w przypadku solidarności, z jego dochodami, i wreszcie stosunek wypłacanych świadczeń do uiszczonych składek⁴⁰.

31. Jeżeli chodzi o ocenę stopnia solidarności w odniesieniu do świadczenia danej usługi, odpowiednie wskaźniki są różne. Zapewnienie powszechnego dostępu dla użytkowników, niezależnie, czy w dziedzinie ochrony zdrowia, telekomunikacji, czy energii, świadczy o wdrożeniu zasady solidarności o tyle, o ile różnice w rzeczywistych kosztach są niwelowane na rzecz ceny jednolitej. Jednakże wymóg związany z powszechnym dostępem nie wystarcza sam w sobie, aby

pozbawić badaną działalność jej gospodarczego charakteru. Wyższy stopień solidarności osiągnięty jest wtedy, gdy rozpatrywana usługa jest dostępna nieodpłatnie, ponieważ nie istnieje wówczas żaden związek między kosztem świadczenia a zapłaconą przez odbiorcę ceną. Ostatni warunek jest decydujący dla uznania, że dana dziedzina nie jest podporządkowana logice rynku. Jeżeli bowiem podmioty publiczne i prywatne świadczą te same usługi, to analiza powinna być prowadzona w ramach art. 86 ust. 2 WE. Natomiast jeżeli usługi medyczne mogą być świadczone wyłącznie przez zakłady kontrolowane przez państwo, zobowiązane do nieodpłatnego leczenia wszystkich pacjentów, którzy się do nich zgłaszają, wówczas brak jest jakiegokolwiek logiki rynku, a działalność jest całkowicie podporządkowana zasadzie solidarności.

32. Mimo że niniejsza sprawa dotyczy sektora ochrony zdrowia, to jednak różni się ona od powołanych wyżej wyroków. Z zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że SNS nie tylko administruje systemem ubezpieczeń zdrowotnych w Hiszpanii, lecz również odpowiada za świadczenie usług medycznych na rzecz osób do niego przynależących. Gdyby chodziło o relacje pomiędzy beneficjentami usług medycznych a podmiotem odpowiedzialnym za krajowy system ochrony zdrowia, właściwe byłoby odwołanie się do kryteriów umożliwiających ocenę stopnia solidarności systemu, opracowanych przez Trybunał od czasu ww. wyroku w sprawie Poucet i Pistre. Jednak pytanie postawione przez sąd krajowy jest inne, ponieważ sąd ten zastanawia się nad charakterem gospodarczym nieodpłatnego świadczenia usług medycznych na rzecz osób

40 — Zobacz na ten temat A. Winterstein, „Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law”, [1999] ECLR, nr 6, str. 324; E. Mossialos, i M. McKee, „EU Law and the Social Character of Health Care”, Bruksela, P.I.E.-Peter Lang, 2002, str. 34.

przynależących z jednej strony i zakupu wyrobów medycznych od dostawców z drugiej (pkt 40 zaskarżonego wyroku). Aby odpowiedzieć na to pytanie, trzeba będzie, w świetle przeprowadzonej wyżej analizy, określić, czy w zaskarżonym wyroku słusznie uznano, że działalność ta nie ma charakteru gospodarczego.

III — Ocena zarzutu podniesionego w odwołaniu

33. Po odparciu zastrzeżeń Komisji co do dopuszczalności, przeanalizuję w pierwszej kolejności drugą część odwołania, bowiem jeżeli Sąd błędnie zakwalifikował jako niegospodarczą działalność polegającą na nieodpłatnym świadczeniu usług medycznych prowadzoną przez SNS, to miałyby to wpływ na jego wnioski. Następnie skoncentruję się na będącym przedmiotem pierwszej części odwołania związku pomiędzy czynnością zakupu a celem, do jakiego jest wykorzystana.

A — Dopuszczalność

34. Komisja twierdzi, że druga część zarzutu podniesionego przez Fenin jest niedopuszczalna, z uwagi na to, że nie powołano się na nią w pierwszej instancji oraz że dotyczy ona ustaleń faktycznych.

35. Zdaniem Komisji w pismach złożonych przed Sądem Fenin nie podnosił, iż działalność prowadzona przez podmioty administrujące SNS, polegająca na świadczeniu usług medycznych, nie stanowi działalności gospodarczej.

36. Należy jednak zauważyć, że skarżąca, w odpowiedzi na pytanie postawione przez Sąd w dniu 8 lutego 2002 r. dotyczące wyroku Smits i Peerbooms⁴¹, wypowiedziała się na temat gospodarczego charakteru świadczonych nieodpłatnie usług medycznych. Z tego względu, ponieważ kwalifikacja tej działalności prowadzonej przez SNS była rozpatrywana przez Sąd, uznać należy, że stanowiła ona część przedmiotu sporu przed tym Sądem.

37. Ponadto Sąd rozstrzyga tę kwestię w pkt 40 wyroku, stwierdzając, że działalność ta nie ma charakteru gospodarczego. Otóż oczywiste jest, że strona może skarżyć motywy, na których oparte jest rozstrzygnięcie wyroku⁴². Dlatego druga część zarzutu odwołania powinna zostać uznana za dopuszczalną.

41 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99, Rec. str. I-5473.

42 — Artykuł 113 regulaminu Trybunału. Natomiast zarzuty dotyczące motywów dodatkowych są niedopuszczalne: wyroki z dnia 18 marca 1993 r. w sprawie C-35/92 P Parlament przeciwko Frederiksen, Rec. str. I-991; z dnia 22 grudnia 1993 r. w sprawie C-244/91 P Pincherle przeciwko Komisji, Rec. str. I-6965, pkt 25 i z dnia 16 czerwca 1994 r. w sprawie C-39/93 P SFEI i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-2681, pkt 23.

38. Zakwalifikowanie działalności jako gospodarczej bądź niegospodarczej dokonane w pkt 39 zaskarżonego wyroku w odniesieniu do nieodpłatnego świadczenia usług medycznych stanowi czynność podlegającą kontroli Trybunału w ramach odwołania, a nie ustalenie faktyczne⁴³. Wynika z tego, że żadna z podniesionych przez Komisję przyczyn niedopuszczalności nie stanowi podstawy do odrzucenia drugiej części zarzutu odwołania.

B — Charakter oferowania nieodpłatnych usług medycznych świadczonych osobom przynależącym do SNS

39. W pkt 39 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, że „SNS, administrowany przez ministerstwa i inne jednostki, przeciwko którym skierowana jest złożona skarga, funkcjonuje zgodnie z zasadą solidarności w zakresie sposobu jego finansowania ze składek na ubezpieczenie społeczne i innych danin państwowych, jak również w zakresie darmowego świadczenia usług na rzecz osób nim objętych na podstawie powszechnego ubezpieczenia”. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału dotyczącego pojęcia przedsiębiorstwa, Sąd wywiódł, że „podmioty te, w zakresie ich działalności polegającej na administrowaniu SNS, nie działają jako przedsiębiorstwa”.

40. Według odwołania, Sąd dwukrotnie naruszył prawo, po pierwsze poprzez to, że nie zastosował wykładni celowościowej pojęcia działalności gospodarczej, a po drugie poprzez zbyt szeroką wykładnię zasady solidarności.

41. Zdaniem skarżącej, pierwsze naruszenie wynika z tego, że Sąd nie zakwalifikował każdego rodzaju działalności SNS w sposób autonomiczny. Sąd bowiem zakwalifikował globalnie działalność SNS, nie biorąc pod uwagę, że z jednej strony zapewnia on obowiązkowe ubezpieczenie zdrowotne przynależącym do niego osobom, a z drugiej jest on zobowiązany do nieodpłatnego świadczenia usług medycznych na ich rzecz. Chociażby nawet z faktu bycia ubezpieczonym wynikała korzyść w postaci usług medycznych, to świadczenie usług medycznych można rozpatrywać niezależnie od obowiązku ubezpieczenia. Można założyć, że obowiązkowe ubezpieczenia podlegają zasadzie solidarności, podczas gdy rozwija się konkurencja między świadczącymi usługi medyczne, gdyż ubezpieczeni mają swobodę wyboru tego, kto ich leczy.

42. Z zaskarżonego wyroku wynika, że SNS rzeczywiście odpowiada za te dwa rodzaje działalności. Nie ulega również wątpliwości, że Sąd, zamiast zakwalifikować niezależnie każdy rodzaj działalności, dokonał kwalifikacji globalnej i jednorazowej SNS.

43. Otóż, jak wynika z orzecznictwa, autonomiczna analiza każdego rodzaju działal-

⁴³ — Postanowienie z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawie C-325/94 P An Taise i WWF UK przeciwko Komisji, Rec. str. I-3727, pkt 28; wyrok z dnia 15 maja 1997 r. w sprawie C-278/95 P Siemens przeciwko Komisji, Rec. str. I-2507, pkt 44.

ności prowadzonej przez jednostkę jest niezbędna w celu określenia, czy działalność ta powinna zostać zakwalifikowana jako gospodarcza⁴⁴. Autonomiczna kwalifikacja każdej działalności z osobna jest tym bardziej konieczna w przypadku podmiotu publicznego, że może on działać jako podmiot gospodarczy w ramach jednej działalności, podczas gdy dodatkowo pełni on funkcje o charakterze niegospodarczym.

44. Kwalifikując globalnie SNS, nie badając indywidualnie jego działalności polegającej na nieodpłatnym świadczeniu usług, Sąd naruszył więc prawo. Naruszenie to nie miałoby jednak wpływu na rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku, gdyby sama tylko działalność polegająca na nieodpłatnym świadczeniu usług miała być zakwalifikowana jako niegospodarcza⁴⁵.

45. Otóż według skarżącej, Sąd niesłusznie zakwalifikował jako niegospodarczą działalność polegającą na nieodpłatnym świadczeniu usług, dokonując wykładni rozszerzającej pojęcia solidarności. Ta część odwołania dotyczy najważniejszego zagadnienia, które Trybunał ma rozstrzygnąć w niniejszej sprawie, to znaczy, czy działalność SNS polegająca na nieodpłatnym świadczeniu usług medycznych została słusznie zakwalifikowana jako niegospodarcza.

44 — Powołany wyżej wyrok w sprawie AOK-Bundesverband i in., pkt 58 oraz wyrok z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 7; pkt 114 opinii rzecznika generalnego Cosmasa w sprawie Ferlini (wyrok z dnia 3 października 2000 r., C-411/98, Rec. str. I-8081).

45 — Wyroki z dnia 9 czerwca 1992 r. w sprawie C-30/91 P Lestelle przeciwko Komisji, Rec. str. I-3755, pkt 28 oraz z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. str. I-1719, pkt 46 i 47.

46. Aby dojść do wniosku, że SNS prowadziło działalność o charakterze niegospodarczym, Sąd dokonał wykładni ww. wyroków w sprawach Poucet i Pistre, FFSA i in. oraz Albany, stwierdzając w pkt 38 zaskarżonego wyroku, że „jednostki administrujące kasami chorych [...] pełniły funkcję o wyłącznie socjalnym charakterze, że działalność ta była oparta na zasadzie narodowej solidarności, a wreszcie że działalność powyższa pozbawiona była jakiegokolwiek celu zarobkowego, gdyż wypłacane świadczenia były przewidziane prawem i niezależne od wysokości składek”.

47. Jednakże kryterium wyodrębnione przez Trybunał w powołanych wyżej wyrokach nie jest odpowiednią podstawą dla zakwalifikowania charakteru działalności polegającej na świadczeniu usług medycznych. Jeżeli bowiem w powołanych przez Sąd wyrokach Trybunał, jak stwierdzono wyżej, badał zgodność obowiązkowej przynależności do kasy chorych lub kasy ubezpieczeniowej ze wspólnotowym prawem konkurencji, oczywiście jest, że działalność, którą należy zakwalifikować, to nie działalność związana z obowiązkowymi ubezpieczeniami zdrowotnymi, którą również prowadzi SNS, ale działalność polegająca na świadczeniu usług medycznych. Z tego względu stopień solidarności istniejący w tej dziedzinie powinien być oceniany z uwzględnieniem innych parametrów niż parametry odpowiednie do działalności kasy chorych lub kasy ubezpieczeń⁴⁶.

46 — Zobacz wyżej, pkt 30 i 31 opinii.

48. Ponieważ Trybunał wielokrotnie wypowiedział się na temat działalności medycznej w ramach swobody świadczenia usług, użyteczne może być porównanie z tym orzecznictwem dla oceny charakteru nieodpłatnego świadczenia usług przez SNS na rzecz przynależących do niego osób.

49. Zgodnie z art. 50 WE „[u]slugami w rozumieniu niniejszego traktatu są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób⁴⁷. Uogólniając, Trybunał orzekł, iż „działalność medyczna wchodzi w zakres stosowania art. 60 traktatu”⁴⁸. Można w tym względzie powtórzyć sformułowanie rzecznika generalnego Tesauro, który stwierdził, że sektor zabezpieczenia społecznego nie stanowi „wyspy odpornej na wpływ prawa wspólnotowego”⁴⁹, a związane z nim uregulowania krajowe nie znajdują się poza zasięgiem stosowania tego prawa. Zdaniem Trybunału, autonomia państw członkowskich w dziedzinie organizacji ich systemów zabezpieczenia społecznego nie sprzeciwia się stosowaniu swobód podstawowych⁵⁰. Jednak do ustawodawstwa krajowego należy zdefiniowanie „z jednej strony, warunków przy-

znania prawa lub nałożenia obowiązku przynależności do systemu zabezpieczenia społecznego, a z drugiej strony, warunków dających prawo do świadczeń”⁵¹.

50. Uczestniczenie państwa w finansowaniu świadczeń medycznych nie eliminuje możliwości zakwalifikowania działalności medycznej jako usługi⁵². Orzecznictwo ustaliło również, że sam fakt, iż świadczenie medyczne może być wykonywane na rzecz pacjenta nieodpłatnie, nie wystarczy, aby wyłączyć tę działalność z zakresu stosowania art. 49 WE. Trybunał stwierdził bowiem jednoznacznie w wyroku Smits i Peerbooms, że usługi medyczne świadczone nieodpłatnie przez szpitale stanowią usługi w rozumieniu art. 49 WE. Nie ma znaczenia, że usługa nie jest opłacana przez tych, którzy z niej korzystają, ponieważ „opłaty uiszczane przez kasy chorych [...] stanowią oczywiście ekonomiczne świadczenie wzajemne w zamian za usługi hospitalizacyjne i niewątpliwie mają charakter wynagrodzenia”⁵³.

51. Na pierwszy rzut oka wydaje się pożądane, aby przyjąć podobne rozwiązanie

47 — Wyroki z dnia 31 stycznia 1984 r. w sprawie 286/82 i 26/83 Luisi i Carbone przeciwko Ministero del Tesoro, Rec. str. 377, pkt 9; z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet, Rec. str. I-4509, pkt 38 oraz z dnia 23 października 2003 r. w sprawie C-56/01 Inizan, Rec. str. I-12403, pkt 16.

48 — Wyrok z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children Ireland, zwanej „Grogan”, Rec. str. I-4685, pkt 18.

49 — Punkt 17 jego opinii w ww. sprawie Kohll i Decker (wyrok z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-120/95, Rec. str. I-1831).

50 — Wyżej wymienione wyroki w sprawach Kohll, pkt 21, Smits i Peerbooms, pkt 54; Müller-Fauré i van Riet, pkt 39 oraz Inizan, pkt 17.

51 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Kohll, pkt 18.

52 — Punkt 41 opinii rzecznika generalnego Tesauro w ww. sprawach Decker i Kohll, ww. wyrok w sprawie Smits i Peerbooms, pkt 58. Odmienne zdanie, zobacz opinia wydana przez rzecznika generalnego Ruizja-Jaraba Colomera w ww. sprawie Smits i Peerbooms, pkt 42–49.

53 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Smits i Peerbooms, pkt 58.

w dziedzinie swobody świadczenia usług i wolnej konkurencji, ponieważ te przepisy prawa wspólnotowego zmierzają do osiągnięcia wspólnego celu, jakim jest ustanowienie rynku wewnętrznego⁵⁴. Jednakże zakresy stosowania wolnej konkurencji i swobody świadczenia usług nie pokrywają się całkowicie. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie, aby transakcja zawierająca w sobie element wymiany została zakwalifikowana jako świadczenie usług, nawet jeżeli podmioty biorące udział w wymianie nie są przedsiębiorstwami w rozumieniu prawa konkurencji⁵⁵. Zgodnie z tym, co powiedziano wyżej⁵⁶, państwa członkowskie mogą wyłączyć niektóre rodzaje działalności z zakresu konkurencji, jeżeli zorganizują je w taki sposób, że przeważać będzie zasada solidarności, co wyeliminuje działanie prawa konkurencji. Sposób, w jaki dana działalność jest zorganizowana na poziomie krajowym, nie ma natomiast żadnego wpływu na zasadę swobody świadczenia usług. Dlatego, mimo że nieodpłatne świadczenie usług medycznych jest niewątpliwie działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 49 WE⁵⁷, to nie wynika z tego koniecznie, że wykonujące je podmioty będą podlegały prawu konkurencji.

52. W niniejszej sprawie nie wydaje się, aby działalność polegająca na świadczeniu usług

medycznych, wykonywana przez SNS na rzecz przynależących do niego osób, była innego rodzaju niż ta, którą proponowały szpitale publiczne w ww. sprawie Smits i Peerbooms. Nawet jeżeli na działalność tę nie składa się wyłącznie leczenie szpitalne, to jednak leczenie takie jest częścią składową tej działalności. Analogicznie, jeżeli pacjenci nie płacą wynagrodzenia pracownikom ochrony zdrowia za otrzymane leczenie, to jednak pracownicy ci są opłacani. Lecz aby określić, czy ta działalność powinna podlegać prawu konkurencji, należy ustalić, czy państwo, w celu wprowadzenia polityki redystrybucji, poprzez powierzenie jej jedynie podmiotom państwowym kierującym się wyłącznie względami solidarności, zamierza wyłączyć ją spod działania rynku.

53. Z zaskarżonego wyroku wynika, że SNS ma za zadanie zapewnić nieodpłatnie powszechne ubezpieczenie wszystkim osobom do niego przynależącym. Jednakże Sąd nie sprecyzował, czy zapotrzebowanie rynkowe jest całkowicie zaspokojone przez podmioty publiczne, czy też podmioty prywatne o charakterze przedsiębiorstw również w tym uczestniczą. Nie zostały więc zgromadzone dane niezbędne w celu przyjęcia niegospodarczego charakteru działalności SNS polegającej na świadczeniu usług medycznych.

54. Wydaje się, że Ley 15/1997 z dnia 25 kwietnia sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud⁵⁸ pozwala, aby SNS podzlecał świadczenie usług medycznych podmiotom pry-

54 — K. Mortelmans, „Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, CMLRev. 2001, str. 613; pkt 22 opinii rzecznika generalnego Van Gervena w sprawie B & Q (wyrok z dnia 23 listopada 1989 r. w sprawie C-145/88, Rec. str. I-3851); ww. wyrok Sądu w sprawie Meca-Medina i Majcen przeciwko Komisji, pkt 42.

55 — Podmioty odpowiedzialne za administrowanie ubezpieczeniami zdrowotnymi, jak w ww. sprawie Cisał, nie są przedsiębiorstwami w rozumieniu prawa konkurencji, lecz mimo tego zasady, które nimi rządzą, nie mogłyby bez naruszenia zasady swobody przepływu pracowników zabraniać ubezpieczenia pracowników z innych państw członkowskich.

56 — Zobacz wyżej pkt 27–29 opinii.

57 — Wyżej wymieniony wyrok Smits i Peerbooms.

58 — Powołana w przypisie 17 załącznika V do odwołania (BOE nr 100 z dnia 26 kwietnia 1997 r., str. 13449).

watnym. Z odpowiedzi rządu hiszpańskiego na pytanie postawione mu przez Sąd w dniu 15 stycznia 2002 r. wynika również, że część usług medycznych jest wykonywana przez sektor prywatny. W związku z tym należy przekazać sprawę do Sądu, aby dokonał on ustaleń faktycznych niezbędnych w celu określenia, czy w hiszpańskim systemie ochrony zdrowia istnieją obok siebie sektor publiczny i prywatny, czy też przeważa zasada solidarności wyrażająca się w nieodpłatnym świadczeniu usług medycznych.

55. W każdym razie, nawet gdyby wniosek miał być taki, że SNS prowadzi działalność gospodarczą, to nie podważyłoby to celów społecznych realizowanych przez SNS, ponieważ działalność ta nie jest sprzeczna z wdrażaniem zasady solidarności ani w zakresie sposobu finansowania ze składek na ubezpieczenie społeczne i innych danin państwowych, ani w zakresie nieodpłatnego charakteru usług świadczonych osobom przynależącym do niego na podstawie powszechnego ubezpieczenia. Nie ma bowiem sprzeczności między stosowaniem prawa konkurencji a uznaniem, że niektóre dziedziny powinny podlegać regułom szczególnym. Przeciwnie, art. 86 ust. 2 WE ma właśnie na celu uzasadnienie przyznania szczególnych uprawnień przedsiębiorstwom zobowiązanym do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym⁵⁹. Możliwe skutki podporządkowania prawu konkurencji niektórych rodzajów działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwa zobowiązane do świadczenia usług o charakterze powszechnym nie prowadzą do ograniczenia ochrony socjalnej w większym stopniu niż skutki zastosowania zasady swobody przepływu w dziedzinie ochrony zdrowia.

W obydwu przypadkach prawo wspólnotowe zmierza do włączenia zasad otwartości i przejrzystości w systemy ochrony zdrowia, stworzone pierwotnie na miarę krajową⁶⁰.

56. Jednakże w niniejszej sprawie, nawet jeżeli nie ulega wątpliwości, że SNS rzeczywiście jest zobowiązany do nieodpłatnego świadczenia usług medycznych osobom przynależącym do niego na podstawie powszechnego ubezpieczenia (pkt 39 i 40 zaskarżonego wyroku), to funkcja polegająca na administrowaniu SNS pełniona przez ministerstwa i inne podmioty, przeciwko którym skierowana jest skarga, nie została jasno zdefiniowana. Otóż dany podmiot może zostać uznany za przedsiębiorstwo z powodu wykonywanej przezeń działalności wyłącznie wtedy, gdy rzeczywiście wspomaga on tę działalność⁶¹. Tak więc nawet gdyby zostało stwierdzone, że SNS powinien być uznany za przedsiębiorstwo dla celów stosowania prawa konkurencji, to należałoby jeszcze upewnić się, iż jednostki, przeciwko którym skierowana jest skarga Fenin, wspierają tę działalność. Sąd powinien dokonać tego ustalenia, o ile stwierdzi, że działalność polegająca na świadczeniu usług medycznych prowadzona przez SNS ma charakter gospodarczy.

57. Z przedstawionych wyżej powodów, proponuję, aby Trybunał uwzględnił drugą

60 — G. Davies, „Nationality Discrimination in the European Internal Market”, Kluwer, Haga 2003, Chapter 9, Free Movement of Welfare, szczególnie str. 183 i 184.

61 — Zobacz dla porównania moją opinię w sprawie C-8/03 BBL (wyrok z dnia 21 października 2004 r., Rec. str. I-10157, pkt 16).

59 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ambulanz Glöckner.

część zarzutu odwołania i przekazał sprawę Sądowi, aby ten dokonał ustaleń niezbędnych w celu ustalenia gospodarczego bądź niegospodarczego charakteru działalności podmiotów administrujących SNS, a w konsekwencji, zasadności oddalenia skargi Fenin przez Komisję.

C — Związek między działalnością polegającą na zakupie a charakterem działalności, do której przeznaczone są towary lub usługi

58. Gdyby Trybunał, przeciwnie do tego, co mu proponuję, zdecydował o utrzymaniu w mocy zaskarżonego wyroku w części, w jakiej kwalifikuje on nieodpłatne świadczenie usług jako działalność niegospodarczą, należałoby jeszcze zbadać pierwszą część sformułowanego w odwołaniu zarzutu, zawierającego krytykę dokonanego powiązania pomiędzy charakterem zakupu a późniejszym wykorzystaniem nabytych towarów.

59. W pierwszej części odwołania Fenin poddaje krytyce pkt 36 zaskarżonego wyroku, który stanowi, iż „to działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku charakteryzuje pojęcie działalności gospodarczej, a nie działalność polegająca na zakupie jako taka”. Sąd kontynuuje, stwierdzając, że „nie należy rozdzielać działalności polegającej na zakupie towaru od późniejszego wykorzystania tego towaru”, do tego stopnia, że „gospodarczy bądź niegospodarczy charakter późniejszego wykorzystania kupionego towaru bezwarunkowo determinuje charakter działalności polegającej na zakupie”.

60. Fenin sprzeciwia się dokonaniu przez Sąd powiązaniu między charakterem zakupu a charakterem późniejszego wykorzystania. Powiązanie to, oparte na błędnej wykładni orzecznictwa, jest przyczyną trudności praktycznych i ogranicza skuteczność wspólnotowego prawa konkurencji.

61. Po pierwsze Fenin uważa, że orzecznictwo, na którym oparł się w swoim rozumowaniu Sąd, to znaczy wyroki w sprawach Komisja przeciwko Włochom⁶² i Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali przeciwko Komisji⁶³, ogranicza się do zakwalifikowania jako działalności gospodarczej oferowania towarów lub usług na rynku, nie wypowiadając się na temat charakteru działalności polegającej na zakupie. Zdaniem skarżącej, wyroki te nie są więc relewantne w celu wykluczenia, iż zakup stanowi działalność gospodarczą.

62. Co prawda jednym z kryteriów użytecznych dla zakwalifikowania podmiotu jako przedsiębiorstwa jest jego udział w rynku. Lecz rynek charakteryzuje się istnieniem wymiany pomiędzy podmiotami gospodarczymi, konkretyzującej się w postaci oferowania i kupowania. W tym względzie nie jest jasne, jak można jedno poddać kontroli prawa konkurencji, a drugie spod niej wyłączyć, podczas gdy jedno jest uzupełnieniem drugiego. Krytyka ta nie jest jednak wystarczająca, aby obalić przeprowadzone

62 — Wyrok z dnia 18 czerwca 1998 r. powołany w przypisie 13.

63 — Wyrok Sądu z dnia 30 marca 2000 r. w sprawie T-513/93, Rec. str. II-1807.

przez Sąd rozumowanie uzależniające kwalifikację zakupu od jego późniejszego wykorzystania.

63. Po drugie Fenin wskazuje na sprzeczność pomiędzy zaskarżonym wyrokiem a ww. wyrokiem w sprawie Pavlov i in. W tym ostatnim wyroku Trybunał, w celu ustalenia gospodarczego charakteru przynależności lekarzy do systemu rentowego, stwierdził, że przynależność była ściśle związana z ich działalnością zawodową, a więc powinna być uznana za należącą do tej działalności mającej charakter gospodarczy⁶⁴. Zgodnie z tym, co proponował rzecznik generalny Jacobs⁶⁵, Trybunał przeprowadził rozróżnienie między działalnością lekarzy należącą do sfery osobistej a działalnością należącą do sfery gospodarczej. Bowiem tylko popyt pośredni, w przeciwieństwie do popytu finalnego, może zostać uznany za przynależny do sfery gospodarczej⁶⁶. Popyt ze strony konsumentów będących osobami prywatnymi, który zawsze stanowi popyt finalny, nie podlega natomiast prawu konkurencji.

64. Zaskarżony wyrok nie jest w żadnym punkcie sprzeczny z tym rozumowaniem. Jeżeli bowiem chodzi o podmioty publiczne

prowadzące jednocześnie działalność gospodarczą i działalność innego rodzaju, to jedynie popyt związany z ich działalnością gospodarczą może wchodzić w zakres prawa konkurencji. Natomiast zakupy przeznaczone do działalności niegospodarczej są porównywalne z popytem finalnym konsumentów i nie dotyczą ich prawo konkurencji. Jednakże w niniejszej sprawie zakup sprzętu medycznego jest niewątpliwie związany z działalnością SNS polegającą na świadczeniu usług medycznych.

65. Według odwołania Sąd, aby określić, czy działalność SNS polegająca na dokonywaniu zakupów miała charakter gospodarczy, powinien był zbadać, czy działalność ta mogła mieć skutki antykonkurencyjne, tak aby nie stwarzać „stref nieuzasadnionego wyłączenia”. Nie można jednak przyjąć takiego kryterium, gdyż doprowadziłoby to do podporządkowania prawu konkurencji każdego zakupu dokonanego przez państwo, jednostkę państwową lub konsumentów. Przeciwnie, jak zostało słusznie wskazane w zaskarżonym wyroku, zakup wchodzi w zakres stosowania prawa konkurencji wyłącznie wtedy, gdy stanowi on część prowadzonej działalności gospodarczej. Nadto przyjęcie tezy sformułowanej w odwołaniu doprowadziłoby do ograniczenia skuteczności reguł dotyczących zamówień publicznych⁶⁷. Związek istniejący pomiędzy zakwestionowanym przez skarżących postępowaniem i niegospodarczą działalnością jednostki, przeciwko której skierowana jest skarga, znajduje się również w centrum przedstawionego w ww. wyroku w sprawie Eurocontrol uzasadnienia wyłączenia stosowania prawa konkurencji. Try-

64 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Pavlov i in. precyzuje w pkt 79, że „przynależność lekarza specjalisty do takiego systemu ma swój początek w wykonywaniu zawodu”. W pkt 80 dodano, że „Fakt, iż każdy lekarz będący niezależnym specjalistą odprowadza składki do tego samego branżowego uzupełniającego systemu ubezpieczeń rentowych, jest tym bardziej związany z jego działalnością zawodową, iż system ten charakteryzuje się wysokim stopniem solidarności między wszystkimi lekarzami”.

65 — Punkt 115 opinii w ww. sprawie Pavlov i in.

66 — L. Arcelin, „L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire”, Litec 2003, str. 223.

67 — Wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. str. I-5357.

bunał orzekł, że pobieranie przez Eurocontrol opłaty nie miało charakteru gospodarczego, ponieważ było ono dokonywane w ramach działalności niegospodarczej.

z przedstawioną argumentacją praktycznie niemożliwe jest dokonywanie w chwili zakupu rozróżnienia między zakupami przeznaczonymi do działalności gospodarczej i tymi wykorzystywanymi w działalności niegospodarczej.

66. Wyrok w sprawie *Ambulanz Glöckner*, powoływany przez skarżącego na poparcie jego argumentacji, potwierdza — przeciwnie — stanowisko Sądu, ponieważ w wyroku tym Trybunał orzekł, że odmowa przez organ władzy publicznej udzielenia zezwolenia przewoźnikowi nie może być rozpatrywana pod kątem art. 81 WE, jeżeli decyzja ta nie łączy się z prowadzeniem działalności gospodarczej, lecz przeciwnie, zmierza do reglamentowania i uregulowania tej działalności. Tak więc zakup, jeżeli jest związany z pełnieniem funkcji niegospodarczych, może być wyłączony z zakresu stosowania prawa konkurencji. Wniosek ten jest zbieżny z teorią ekonomiczną, która podkreśla, że istnienie monopsonu nie jest dużym zagrożeniem dla konkurencji, ponieważ nie musi ono mieć wpływu na rynek stanowiący następne ogniwo. Poza tym w interesie przedsiębiorstwa mającego pozycję monopsonu nie jest wywieranie na jego dostawców presji, która zmusiłaby ich do wyjścia z rynku stanowiącego poprzednie ogniwo⁶⁸. Zaskarżony wyrok nie powinien więc zostać uchylony na tej podstawie, że dokonano w nim błędnej wykładni orzecznictwa dotyczącego zakwalifikowania zakupu jako działalności gospodarczej.

68. Istotnie, często trudno jest oddzielić działalność gospodarczą od tej, która nią nie jest, jeżeli wykonuje ją ten sam podmiot. Jednakże, wbrew twierdzeniom skargi, trudność ta nie może zmieniać kryterium stosowania prawa konkurencji, którym jest prowadzenie działalności gospodarczej. Nieuniknioną konsekwencją stosowania tego kryterium jest to, że podmioty prowadzące działalność mieszaną podlegają prawu konkurencji wyłącznie w zakresie tej części ich działalności, która ma charakter gospodarczy⁶⁹. Gdyby podążyć torem rozumowania skargi, o ile dany podmiot prowadziłby jeden rodzaj działalności gospodarczej, to podlegałby prawu konkurencji w zakresie wszystkich rodzajów swojej działalności. Taki wniosek byłby sprzeczny z celowościowym kryterium przedsiębiorstwa wypracowanym przez orzecznictwo.

67. Na końcu Fenin zarzuca, iż dokonana przez Sąd błędna wykładnia jest przyczyną wielu trudności praktycznych. Zgodnie

69. Ponieważ żaden z argumentów przedstawionych w pierwszej części odwołania nie wykazał, że zakup wyrobów medycznych przez SNS powinien być oddzielony od działalności polegającej na świadczeniu usług medycznych, zaskarżony wyrok w tym zakresie powinien zostać utrzymany w mocy.

68 — Zobacz F. Scherer i D. Ross, *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin 1990, str. 517 i R. Noll „Buyer power« and economic policy”, *Antitrust Law Journal*, tom 72, 2005, str. 589.

69 — Zobacz ww. wyroki z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom; *Eurocontrol*; *AOK-Bundesverband* i in. oraz opinię rzecznika generalnego Jacobso w sprawie *Ambulanz Glöckner*, pkt 72.

IV — Wnioski

70. W świetle poprzedzających rozważań, proponuję, aby Trybunał:

- 1) uwzględnił drugą część zarzutu i przekazał sprawę Sądowi Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich, aby ten dokonał ustaleń faktycznych niezbędnych dla określenia gospodarczego bądź niegospodarczego charakteru działalności podmiotów administrujących hiszpańskim krajowym systemem ubezpieczeń zdrowotnych, a przez to zasadności oddalenia przez Komisję Wspólnot Europejskich skargi wniesionej przez Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN);
- 2) oddalił drugą część odwołania.