

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 10 november 2005¹

1. För att en enhet skall omfattas av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna krävs att den anses vara ett företag. Trots att fördraget ofta hänvisar till detta begrepp, definieras det inte i EG-fördraget. Rättspraxis har använts för att precisera det, och det har givits ett funktionellt innehåll. Det har fastslagits att en enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett dess rättsliga form och sättet för dess finansiering, är ett företag i den mening som avses i artiklarna 81 EG–86 EG.² Även om vissa uppdrag av allmänintresse, som att upprätthålla och förbättra flygsäkerheten³ eller att skydda miljön⁴, har godtagits trots att de är av icke-ekonomisk karaktär, är det svårare att fastställa när verksamheter kan klassificeras som icke-ekonomiska när de är knutna till det nationella socialförsäkringssystemets funktion. I rättspraxis görs i dessa fall en prövning från fall till fall för att utröna om solidaritetsprincipen utesluter tillämpning av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna. Det är emellertid svårt att ange under vilka förutsättningar en verksamhet berövas sin

ekonomiska karaktär på grund av denna princip.

2. Kärnfrågan i förevarande mål gäller köp som ett offentligt organ med ansvar för driften av det spanska nationella hälso- och sjukvårdssystemet (nedan kallat SNS) har gjort av medicinska instrument. Två punkter skall uppmärksammas. Det skall fastställas dels om tillämpningen av solidaritetsprincipen på den verksamhet som detta organ har utövat hindrar att det anses som ett företag, dels om det är möjligt att skilja mellan inköpsverksamheten och de hälso- och sjukvårdstjänster som det tillhandahåller.

3. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (nedan kallad Fenin) har överklagat domen av den 4 mars 2003 i mål T-319/99, Fenin mot kommissionen (REG 2003, s. II-357, nedan kallad den överklagade domen), där Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt fastställde Europeiska gemenskapernas kommissions beslut att avslå ett klagomål. I beslutet slogs

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135).

3 — Dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft, kallat Eurocontrol (REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, volym 15, s. 1).

4 — Dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Cali & Figli (REG 1997, s. I-1547).

det fast att konkurrensrätten inte var tillämplig på det berörda organet på grund av att det inte ansågs vara ett företag. Genom förevarande överklagande skall domstolen avgöra huruvida denna slutsats överensstämmer med begreppet företag såsom det har definierats i rättspraxis.

I — Överklagandet

4. Det framgår av den överklagade domen att tvisten har sitt ursprung i ett beslut från kommissionen, av den 26 augusti 1999 (nedan kallat den ifrågasatta rättsakten), att inte utreda ett klagomål från Fenin som gällde att det skulle fastställas att 26 offentliga organ — däribland tre ministerier inom den spanska regeringen — med ansvar för SNS hade överträtt artikel 82 EG genom att endast betala sina fakturor till Fenin med betydande dröjsmål, i genomsnitt 300 dagar.

5. Fenin är en sammanslutning till vilken majoriteten av de företag som säljer sjukvårdsprodukter som används inom sjukhussektorn i Spanien är anslutna. Den 12 december 1997 inkom Fenin med ett klagomål till kommissionen och hävdade att de ansvariga SNS-organen har en dominerande ställning på den spanska marknaden för sjukvårdsprodukter och att de har missbrukat denna ställning genom att betala sina skulder för sent. Fenin gav in en kompletterande inlägga till kommissionen den 12 maj 1998. Kommissionen underrättade

sökanden om sitt preliminära beslut att avslå klagomålet i skrivelse av den 2 december 1998. Fenin svarade kommissionen i ett yttrande av den 10 februari 1999. Genom den ifrågasatta rättsakten avlog kommissionen slutgiltigt Fenins klagomål, dels därför att de 26 ministerier och organ som är i fråga inte utgör företag när de administrerar den offentliga hälso- och sjukvården, dels därför att de 26 ministeriernas och organens ställning som köpare inte kan ses separat från de tjänster som senare erbjuds. Av detta drog kommissionen slutsatsen att organen i fråga inte agerade som företag och således inte omfattades av artikel 82 EG.

6. Fenin har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 10 november 1999, väckt talan om ogiltigförklaring av den ifrågasatta rättsakten, särskilt på grund av att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning vid tillämpningen av artiklarna 82 EG och 86 EG. Kommissionen hävdade att den hade tillämpat det funktionella kriteriet för definitionen av ett företag vid bedömningen av SNS situation, såsom domstolen hade slagit fast i domen i målet Poucet och Pistre.⁵

7. I den överklagade domen ogillade förstainstansrätten Fenins talan och fastställde att kommissionen hade tillämpat begreppet företag i artiklarna 82 EG och 86 EG på ett riktigt sätt. Förstainstansrätten kom fram till denna slutsats genom ett

⁵ — Dom av den 17 februari 1993 i de förenade målen C-159/91 och C-160/91 (REG 1993, s. I-637; svensk specialutgåva, volym 14, s. 27).

resonemang i tre etapper. I punkt 36 i sin dom skiljer den först mellan inköpsverksamhet och tjänst genom att fastslå att "det är ... verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad som är utmärkande för begreppet ekonomisk verksamhet, ... och inte inköpsverksamhet som sådan". Den fastslår sedan att "vid bedömningen av verksamhetens art [finns det] inte någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat". Jag skall följaktligen undersöka om användningen av den förvärvade produkten är av ekonomisk karaktär eller inte. I slutet av bedömningen, där den stöder sig på domen i det ovannämnda målet Poucet och Pistre och domen i målet FFSA m.fl.⁶, anser förstainstansrätten emellertid i punkt 39 i den överklagade domen att "SNS, vilket administreras av de ministerier och andra enheter som sökandens klagomål avser, drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som är anslutna tillhandahålls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd". Den inköpsverksamhet som är knuten till en verksamhet som är av icke-ekonomisk karaktär har följaktligen samma karaktär. Av detta följer enligt förstainstansrätten att de organ som avses med Fenins klagomål inte är företag i den mening som avses i artiklarna 82 EG och 86 EG.

8. Fenins överklagande gäller denna del av den överklagade domen. Fenin har som enda grund åberopat att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av begreppet företag i den mening som avses i de gemenskaps-

rättsliga konkurrensreglerna. I den första delen av överklagandet har Fenin gjort gällande dels att förstainstansrätten felaktigt har underlåtit att beakta att inköpsverksamhet utgör en ekonomisk verksamhet, och dels att förstainstansrätten på ett felaktigt sätt har förknippat inköpsverksamhetens karaktär med karaktären hos den tjänst som senare tillhandahålls. I den andra delen av överklagandet har Fenin i andra hand gjort gällande att förstainstansrätten borde ha ansett att inköpsverksamhet är av ekonomisk karaktär på grund av att den efterföljande verksamheten, tillhandahållandet av sjukvård, är av sådan karaktär. I sin svarsskrivelse har kommissionen gjort gällande att förstainstansrättens bedömning i den överklagade domen överensstämmer med den tolkning av begreppet företag enligt de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna som gjorts i rättspraxis. Kommissionen anser för övrigt att den andra delen av överklagandet inte kan tas upp till sakprövning eftersom den har lagts fram för första gången i andra instans. Dessutom innebär denna grund ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna, vilken inte kan överklagas. Förenade kungariket och Konungariket Spanien har intervenerat till stöd för kommissionens inställning. De anser att varken köpet som sådant eller tillhandahållandet av sjukvård utgör en ekonomisk verksamhet.

9. Innan den enda grundens två delar prövas i tur och ordning är det lämpligt att först återgå till begreppet företag i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna, som det har utvecklats i domstolens rättspraxis. Praxis från medlemsstaternas domstolar och konkurrensmyndigheter kommer också att nämnas.

6 — Dom av den 16 november 1995 i mål C-244/94 (REG 1995, s. I-4013).

II — Den inledande frågan: begreppet företag

10. Enligt vad som har angetts ovan är en enhets klassificering som företag i den mening som avses i gemenskapsrätten beroende av vilken ekonomisk karaktär dess verksamhet har. Eftersom bedömningen av en enhets karaktär görs verksamhet för verksamhet är det fullt möjligt att samma enhet för viss verksamhet betraktas som ett företag, medan det för annan verksamhet undgår konkurrensreglerna.⁷ Rättspraxis grundar sig på konkurrerande kriterier som används kumulativt eller alternativt för att skilja mellan verksamhet av ekonomisk karaktär och av icke-ekonomisk karaktär. Det är nödvändigt att redogöra för dessa, eftersom grunden för Fenins överklagande är att förstainstansrätten har tillämpat denna rättspraxis på fel sätt.

A — Rättspraxis angående begreppet företag

11. Användningen av ett komparativt kriterium, ligger bakom den funktionella och vida definitionen av begreppet företag som går tillbaka till domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser. Domstolen fastslog

att verksamheten var av ekonomisk karaktär, eftersom "[a]rbeitsförmedlingsverksamhet [inte alltid har] utövats av offentliga organisationer och [inte nödvändigtvis behöver] utövas av sådana organisationer".⁸ Generaladvokaten Tesauro har i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Poucet och Pistre med stöd av samma resonemang hävdad att verksamheten i fråga endast kunde utföras av ett offentligt organ och inte var jämförbar med privata företags försäkringsverksamhet, vilket ledde honom till slutsatsen att enheten i fråga inte var ett företag.⁹ Domen i målet Ambulanz Glöckner är ytterligare ett exempel på domstolens användning av det komparativa kriteriet: sjukvårdsorganisationer som tillhandahöll akuttransporter och sjuktransporter ansågs som företag eftersom "[s]ådana tjänster [inte alltid har] tillhandahållits, och behöver inte nödvändigtvis tillhandahållas, av sjukvårdsorganisationer eller offentliga myndigheter".¹⁰

12. Om det inte finns en konkurrensutsatt marknad där flera företag konkurrerar, blir frågan om en verksamhets ekonomiska karaktär och tillämpningen av det komparativa kriteriet svårare. För att hindra att frånvaron av effektiv konkurrens på en marknad leder till att verksamheten automatiskt utesluts från konkurrensrättens tillämpningsområde, syftar det komparativa kriteriet till att i begreppet ekonomisk verksamhet inkludera all verksamhet som skulle kunna utövas av en enhet med ett

7 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2599), där det i punkt 7 fastställs att staten kan agera "antingen genom myndighetsutövning eller genom att bedriva ekonomisk verksamhet av industriell eller affärsmässig art genom att utbjuda varor och tjänster på marknaden".

8 — Punkt 22 i domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser.

9 — Punkt 12 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Poucet och Pistre.

10 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 20.

vinstdrivande syfte.¹¹ Även om domstolen inte alltid gör denna jämförelse, hänvisar den i nästan alla sina domar som gäller begreppet företag till domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, som utgör utgångspunkten för dess resonemang. Om det komparativa kriteriet tillämpas bokstavligen kan emellertid all verksamhet omfattas av konkurrensrättens tillämpningsområde.¹² Nästan all verksamhet skulle nämligen kunna utövas av privata aktörer. Teoretiskt finns det därför inget som hindrar att försvaret av en stat läggs ut på underleverantörer, och det finns historiska exempel på att så har skett. Domstolen har därför i senare domar fördjupat detta begrepp genom att knyta det till deltagandet på en marknad.

det på marknaden på grund av att staten accepterade att privata företag deltog på marknaden, har domstolen i andra domar fastslagit ett klart samband mellan deltagande på en marknad och utövande av en ekonomisk verksamhet. När den fastslog att italienska tullombud är företag beskrev domstolen deras verksamhet på följande sätt: "[deras] tjänster består i att fullgöra tullformaliteter, särskilt i fråga om import, export och transit av varor, samt i att utföra andra komplementära tjänster inom de finansiella, kommersiella eller fiskala områdena".¹³ I senare domar har domstolen klart likställt deltagande på en marknad och den utövade verksamhetens ekonomiska karaktär. I domarna i målen Pavlov m.fl. och Ambulanz Glöckner har den således hävdats att "all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad utgör ekonomisk verksamhet."¹⁴ Det är inte enbart den omständigheten att verksamheten teoretiskt kan utövas av privata aktörer som har betydelse, utan att verksamheten utövas under marknadsmässiga former. Dessa utmärks av ett beteende med kapitaliserings-syfte, i motsats till solidaritetsprincipen. Detta gör det möjligt att fastställa om det finns en marknad eller inte, även om gällande rättsliga bestämmelser hindrar att fungerande konkurrens uppstår på denna marknad. Från det ögonblick staten tillåter att en partiell konkurrens utvecklas medför

13. Det andra kriteriet som har utvecklats i rättspraxis för att klassificera en ekonomisk verksamhet är det som gäller deltagande på en marknad eller utövandet av en verksamhet i ett marknadssammanhang. Även om verksamhetens ekonomiska karaktär i domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser endast underförstått följer av deltagan-

11 — Se punkterna 67 och 27 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgöranden i det ovannämnda målet Ambulanz Glöckner respektive i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, AOK-Bundesverband m.fl. (dom av den 16 mars 2004, REG 2004, s. I-2493).

12 — Chérot, J.Y., "Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?", i *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*,

13 — Dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 37. Man kan även citera äldre rättspraxis, dom av den 16 juni 1987 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 3, där domstolen hävdade att "det inte har bestritts att Amministrazione autonoma dei monopoli di stato deltar i ekonomisk verksamhet när den i sektorn för tobaksvaror erbjuder varor och tjänster på marknaden".

14 — Dom av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98–C-184/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 75, och domen i det ovannämnda målet Ambulanz Glöckner, punkt 19. Se även dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577), punkt 47, och dom av den 24 oktober 2002 i mål C-82/01 P, Aéroports de Paris mot kommissionen (REG 2002, s. I-9297), punkt 79.

verksamheten i fråga däremot med nödvändighet deltagande på en marknad.

14. Det är i detta sammanhang man skall förstå de hänvisningar som i rättspraxis görs till möjligheten att det sker överträdelser av konkurrensrätten, som argument för att en enhet skall klassificeras som företag.¹⁵ Även om en enhet inte är vinstdrivande kan det föreligga ett marknadsdeltagande som kan göra att syftet med konkurrensrätten ifrågasätts. Det följer inte av domstolens rättspraxis att detta kriterium skulle räcka för att fastställa vad som är ett företag, men det förstärker slutsatsen att konkurrensrätten skall tillämpas.

15. Förutom de kriterier som har angetts ovan, vilka har lett domstolen till att i olika mål fastställa att det var fråga om ett företag, är det även lämpligt att undersöka den rättspraxis där domstolen har karakteriserat vissa verksamheter som icke-ekonomiska. Denna klassificering gör det möjligt att *e contrario* begränsa tillämpningsområdet för gemenskapens konkurrensrätt. Domstolen undersöker en verksamhets natur, syfte samt

15 — Domen i det ovannämnda målet FFSA m.fl., punkt 21, enligt vilken "[e]nbart den omständigheten att CCMSA inte är vinstdrivande kan inte frånta verksamheten dess ekonomiska karaktär, eftersom den ... kan ge upphov till handlingssätt som konkurrensreglerna syftar till att beivra". Se också generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet *Cisal* (dom av den 22 januari 2002 i mål C-218/00, REG 2002, s. I-691), där det i punkt 71 klargörs att "[d]en bakomliggande frågan är huruvida detta organ har möjlighet att skapa de effekter som konkurrensreglerna söker förhindra".

de regler som gäller för den.¹⁶ Efter denna undersökning har den från konkurrensrättens tillämpningsområde uteslutit uppdrag av allmänintresse, som att upprätthålla flygsäkerheten¹⁷ och att skydda miljön¹⁸, vilka anses tillhöra en stats grundläggande uppgifter.¹⁹ Mer allmänt är alla uttryck för offentlig myndighetsutövning, som syftar till att reglera marknaden och inte att delta på densamma, uteslutna från konkurrensrättens tillämpningsområde.²⁰

16. Även om hälso- och sjukvårdsområdet öppnas alltmer för konkurrens, oftast på initiativ av den nationella lagstiftaren,²¹ är det fortfarande stora delar av denna sektor som fortfarande uteslutande hör till statens verksamhet. Oavsett hur det förhåller sig med den saken, kan konkurrensrätten endast tillämpas på detta område när ett solidaritetstänkande inte dominerar. För att bedöma inslaget av solidaritet har domstolen, i de domar den har meddelat i denna fråga, grundat sig på ett antal indicier för att

16 — I punkt 30 i domen i det ovannämnda målet *Eurocontrol* har domstolen uttalat att "[u]tifrån en helhetsbedömning [är] *Eurocontrols* verksamhet, genom sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den" inte av ekonomisk natur. Se också punkt 23 i domen i det ovannämnda målet *Diego Cali & Figli*, där det påpekas att en sådan tjänst "genom sin art, sitt syfte och de regler den är underkastad" är nära förbunden med befogenheter som ingår i myndighetsutövning.

17 — Domen i det ovannämnda målet *Eurocontrol*.

18 — Domen i det ovannämnda målet *Diego Cali & Figli*, som gällde att förebygga föroreningar i Genuas hamn.

19 — Bevis på att en verksamhet utförs för att tillgodose allmänintresset kan utgöras av det faktum att verksamheten ingår bland de konstitutionella principerna i den berörda medlemsstaten. Se punkt 22 i domen i det ovannämnda målet *Diego Cali & Figli*.

20 — Förstainstansrättens dom av den 30 september 2004 i mål T-313/02, *Meca-Medina och Majcen* mot kommissionen (REG 2004, s. II-3291), punkt 41.

21 — Se till exempel omständigheterna i domen i det ovannämnda målet *AOK-Bundesverband m.fl. och Hervey, T. och McHale, J., Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, s. 136.

fastställa om obligatorisk anslutning till pensionsfonder eller till försäkrings- eller pensionssystem överensstämmer med konkurrensrätten. I två fall har den ansett att verksamheten i fråga inte hade ekonomisk karaktär, och i tre fall kommit till motsatt slut.

17. I det ovannämnda målet Poucet och Pistre skulle det undersökas huruvida obligatorisk anslutning till ett socialförsäkringssystem överensstämde med konkurrensrätten. Eftersom ingen särskild verksamhet avsågs, hänvisade domstolen till de ifrågavarande enheternas natur. I domslutet uttalas nämligen att "[b]egreppet företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget avser inte organ som ansvarar för förvaltningen av system för social trygghet såsom de som beskrivs i [besluten] om hänskjutande". För att komma fram till denna slutsats, och utan att ange vilken vikt den fäste vid varje del tagen för sig, noterade domstolen att "[d]essa system eftersträvar ett socialt mål och bygger på solidaritetsprincipen".²² Domstolen anger därefter att kvalificering skall ske mot bakgrund av de olika uttrycken som solidaritetsprincipen tar,²³ medan den uteslutande sociala karaktären hos den verksamhet som utövas av dessa organ följer av att den "bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte". Domstolen tillade att "[d]e utbetalade förmånerna är förmåner som är fastlagda i lag och som är oberoende av avgifternas storlek".²⁴

18. I det ovannämnda målet Cisol var det fråga om att fastställa om obligatorisk anslutning till ett nationellt försäkringssystem mot olycksfall i arbetet och yrkessjukdomar överensstämde med artiklarna 82 EG och 86 EG. I domen konstaterade domstolen att det berörda organet, Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Italiens nationella institut för försäkringar mot arbetsolyckor, nedan kallat INAIL), fungerade enligt solidaritetsprincipen²⁵ och stod under tillsyn av staten, vilken fastställde avgifternas storlek och ålade obligatorisk anslutning. Domstolen slog följaktligen fast att INAIL inte bedrev ekonomisk verksamhet, vilket uteslöt tillämpning av konkurrensrätten.

19. Frågan till domstolen i domen i det ovannämnda målet FFSA m.fl. gällde monopolen på att administrera ett pensionsförsäkringssystem, vilket hade anförtrots en ömsesidig försäkringskassa. Domstolen fann efter sin analys att organen som administrerade det kompletterande frivilliga pensionssystemet skulle anses som företag. Domstolen framhöll att anslutningen till pensionssystemet var frivillig, att detta förvaltades enligt kapitaliseringsprincipen och att förmånerna beräknades i förhållande till avgifterna. Det medgavs således underförstått att det förekom konkurrens med livförsäkringsföretag. Trots att det fanns faktorer som tydde på

22 — Punkt 8 i domen i det ovannämnda målet Poucet och Pistre.

23 — Punkt 16 i domen i det ovannämnda målet Poucet och Pistre.

24 — Punkt 18 i domen i det ovannämnda målet Poucet och Pistre.

25 — I punkt 38–40 i domen i det ovannämnda målet Cisol klargörs det att solidaritetsaspekten framgår genom att avgifterna inte är strikt proportionella i förhållande till risken för den försäkrade och de utbetalda förmånerna är inte heller strikt proportionella i förhållande till den försäkrades inkomst.

solidaritet, ansåg domstolen slutligen att dessa inte var av sådan beskaffenhet att de ändrade organens klassificering som företag.

20. Även en nederländsk tjänstepensionsfond, som var föremål för domstolens prövning i målet Albany,²⁶ ansågs som ett företag i den mening som avses i konkurrensrätten. Tre omständigheter nämndes, nämligen att anslutning till fonden var frivillig, att den förvaltades i enlighet med kapitaliseringsprincipen och att förmånerna var proportionella i förhållande till avgifterna. Av detta drog domstolen slutsatsen att det förelåg viss konkurrens mellan fonden och privata livförsäkringsföretag. Det sociala syftet, att det saknades vinstsyfte, kravet på solidaritet och de rättsliga begränsningarna medförde inte att den verksamhet som utövades förlorade sin ekonomiska karaktär. Solidariteten som inrättades genom fonden var begränsad eftersom det endast var de som var anslutna till den som gynnades.

21. I domen i det ovannämnda målet Pavlov m.fl. förs ett närliggande resonemang. Efter att ha påvisat de omständigheter som gjorde att den kompletterande pensionsfonden för nederländska läkare kunde jämföras med ett privat företag som administrerade livförsäkringar, fastställde domstolen att de krav på solidaritet som organet omfattas av inte kunde ändra dess karaktär av företag.

22. Jag vill slutligen nämna domen i det ovannämnda målet AOK-Bundesverband m.fl., där domstolen inte prövade anslutning till en pensionskassa eller en fond, utan att tyska sjukkassor hade fastställt maxbelopp för ersättning av läkemedel. Trots att den hade möjlighet uteslöt inte domstolen att kassorna kunde anses som företag med motiveringen att de hade en reglerande funktion på marknaden. Den valda motiveringen hänger samman med det solidaritetsbegrepp som använts av staten, eftersom de konkurrensaspekter som förekommer i sjukförsäkringssektorn är otillräckliga för att skapa marknadsförhållanden. Man skall dock komma ihåg att domstolen i punkt 58 i denna dom uttryckligen har framhållit möjligheten att enheterna i fråga agerar som företag för det fall de "ägnar sig åt aktiviteter som inte har ett socialt syfte".

B — Det kriterium som fastställts på nationell nivå

23. Vid en komparativ studie kan man konstatera att medlemsstaterna i sin nationella rätt använder kriterier som ligger nära dem som domstolen har utvecklat. Några exempel förtjänar att nämnas, eftersom de visar hur de nationella myndigheterna och domstolarna har tolkat begreppet företag. I

26 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96 (REG 1999, s. I-5751).

tysk²⁷ och spansk²⁸ beslutspraxis återfinns kriterier som används av gemenskapsdomstolarna. Det synes som om ett statligt organ anses som ett företag som omfattas av konkurrensrätten om det bedriver verksamhet på en marknad, vilken kan få konkurrensskadliga effekter.

24. Domen som meddelades av den engelska Competition Commission Appeal Tribunal i målet *BetterCare c/ The Director of Fair Trading*²⁹ är särskilt intressant. North & West Belfast Health & Social Services Trust (nedan kallad N&W) var enligt lag skyldig att tillhandahålla vårdtjänster och boende för äldre personer. N&W äger bostäderna, men vissa förvaltas av privata företag. Ett av dessa företag, BetterCare, hade anmält N&W för missbruk av dominerande ställning. N&W hade som enda köpare av dessa tjänster tvingat företaget att samtycka till för låga priser. Enligt den engelska domstolen verkar den avgörande frågan ha varit att N&W har ingått kommersiella avtal på tjänsteområdet med de privata företag som förvaltar bostäderna, vilket visar att dess verksamhet hade kommersiell karaktär. Den engelska domstolen konstaterade också att förvaltningen

av bostäderna och tillhandahållandet av vårdtjänsterna utövades inom den privata sektorn, och inom denna konkurrerade N&W med privata aktörer. Slutligen framhöll den engelska domstolen ännu en gång att N&W kunde åsidosätta konkurrensrätten.

25. Den omständigheten att en verksamhet har utövats av ett statligt organ med tillämpning av en rättslig bestämmelse kan enligt finsk rätt bidra till att den förlorar sin ekonomiska karaktär. Konkurrensmyndigheten ansåg likväl att ett allmänt sjukhus som hade anklagats för att tillämpa underpriser för laboratorie- och radiologitjänster på den privata marknaden kunde anses omfattas av konkurrensrätten.³⁰ Även i svensk rättspraxis undgår myndighetsutövning konkurrensreglerna, under förutsättning att den grundar sig på lag.³¹ De irländska myndigheterna har däremot nöjt sig med att skilja mellan ekonomisk verksamhet och utövande av reglerande funktioner eller funktioner som avser organisationen av industriella förhållanden. Den irländska konkurrensmyndigheten har således ansett att en hälsomyndighet, med ansvar för att administrera hälsovårdstjänster och tillhandahålla sjukhusjänster inom ett geografiskt område, som hyrde ut varor bedrev ekonomisk verksamhet.³²

27 — Se Van de Gronden, J. W., "Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?" ECLR 2004, n° 2, s. 87, särskilt s. 90. Sjukförsäkrings situation är annorlunda eftersom de inte längre omfattas av konkurrensrätten sedan en lag om modernisering av sjukförsäkringen trädde i kraft den 1 januari 2004. Se härvid Jaeger, W., "Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb", ZWeR 2005, n°1, s. 31.

28 — I ett beslut av den 29 januari 1997 "Cruz Roja Española" (Expte R 179/96), ansåg konkurrensdomstolen att det spanska Röda korset agerade som en ekonomisk aktör när det transporterade sjuka i ambulans, eftersom organisationen erbjuder dessa tjänster i fri konkurrens och inte endast administrerar statliga subventioner för välgörande ändamål.

29 — Mål n° 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

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

31 — Den nationella konkurrensmyndigheten har till exempel ansett att det nationella läkemedelsverkets beslut att godkänna ett läkemedel ingår i denna ram.

32 — Konkurrensmyndighetens beslut n 358, FDB/Southern Health Board, av den 12 oktober 1994.

C — *Det tillämpliga kriteriet*

26. När domstolen försöker fastställa om en verksamhet som bedrivs av staten eller ett statligt organ är av ekonomisk karaktär kommer den in på ett känsligt område, eftersom den måste hitta en balans mellan nödvändigheten av att skydda konkurrensen på den gemensamma marknaden från att snedvridas och nödvändigheten av att beakta medlemsstaternas behörighet.³³ Den statliga makten, som utövas på det politiska området, är föremål för demokratisk kontroll. De ekonomiska aktörer som agerar på en marknad står under en särskild slags kontroll: deras beteende regleras av konkurrensrätten. När staten agerar som ekonomisk aktör är det dock inte motiverat att dess handlande kan undgå all kontroll. Tvärtom är den i detta fall skyldig att respektera samma regler. Det är därför nödvändigt att klargöra ett tydligt kriterium för att fastställa var skiljelinjen för tillämpningen av konkurrensrätten går. De konkurrensrättsliga reglerna är i princip endast tillämpliga på ekonomiska aktörer som deltar på en marknad och inte på stater, utom när dessa betalar

ut stöd till företag (artiklarna 88 EG–92 EG). Ett krav på samstämmighet innebär emellertid att om staten bekräftar beslut som har fattats av företag³⁴ eller om den i verkligheten beter sig som en ekonomisk aktör, kan artiklarna 81 EG–86 EG bli tillämpliga på den. Det skall tilläggas att artikel 86.2 EG skulle berövas sin ändamålsenlig verkan om konkurrensrätten inte tillämpades så snart staten var närvarande på en marknad.³⁵

27. Att införa konkurrensrättsliga krav inom områden som inte har marknadsmässiga kännetecken skulle förvisso sakna mening. Det skulle riskera att leda till att medlemsstaterna ålades att systematiskt motivera sig med avseende på artikel 86.2 EG, och skulle motsvara en obegränsad utvidgning av konkurrensrättens tillämpningsområde. Framför allt agerar staten inte huvudsakligen som en aktör på marknaden, eftersom en av dess mest framträdande uppgifter är att genomföra omfördelningsmekanismer. Eftersom statens agerande i detta sammanhang endast styrs av ett solidaritets syfte är den främmande för marknadsrelaterade bedömningar. Den omfattas emellertid av konkurrensrätten endast när de organ, som ansvarar för att solidaritetsmålen uppfylls, betraktas som företag. Om det inte finns något kapitaliserings syfte vid verksamhetens bedrivande, vilket hindrar uppkomsten av marknadsrelaterade bedömningar, kan konkurrensrätten däremot inte tillämpas. Staten

33 — I artikel 152.5 EG föreskrivs följande: "När gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård." Vad gäller hur den sociala tryggheten organiseras föreskrivs i artikel 137.4 EG att "[d]e bestämmelser som antagits enligt denna artikel skall inte påverka medlemsstaternas erkända rätt att fastställa de grundläggande principerna för sina system för social trygghet och skall inte i väsentlig grad påverka den finansiella jämvikten i dessa". Se också dom av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar m.fl. (REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7, s. 505), punkt 16, och av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 41. I artikel 36 i utkastet till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EGT 2000, C 364, s. 1) föreskrivs även att "[u]nionen skall för att främja social och territoriell sammanhållning i unionen erkänna och respektera den tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis i enlighet med Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen".

34 — Dom av den 3 december 1987 i mål 136/86, BNIC (REG 1987, s. 4789), och av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851).

35 — Även om det i artikel 16 EG framhålls att det är nödvändigt att sörja för att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse fungerar, utgör den inte en inskränkning av tillämpningsområdet för artikel 86.2 EG, utan tillhandahåller istället riktlinjer för att tolka denna bestämmelse.

omfattas inte mindre av kravet på samstämmighet: den kan undanhålla vissa verksamheter från marknaden endast under förutsättning att den verkligen genomför solidaritetsprincipen och organiserar omfördelningspolitiken. Detta innebär att staten har två skilda roller, beroende av om den agerar som en aktör på marknaden eller genomför ett politiskt arbete som inspireras av solidaritet. Den kan dock inte gömma sig bakom solidariteten för att låta ekonomiska aktörer komma undan konkurrensrättens inflytande.

28. Man skall skilja på två fall. Om privata och offentliga enheter bedriver samma verksamhet kan de, även om den är begränsad och organiserad, således konkurrera med varandra. Att verksamheten som de båda enhetstyperna bedriver överensstämmer innebär nämligen att de tillhandahållna tjänsterna är liknande och att de möter samma efterfrågan på en marknad. Domstolen använder inte det komparativa kriteriet för att föreskriva en liberalisering av all verksamhet där staten ingriper, men ser likväl till att undvika att offentliga enheter kan konkurrera med företag, och samtidigt hävda att de inte omfattas av konkurrensrätten. Domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser kan tolkas mot bakgrund av denna tolkningsmall. Det verkar som om en avgörande omständighet i domstolens resonemang var statens oförmåga att tillgodose efterfrågan på marknaden, eftersom den faktiskt tolererade att privata företag gjorde

ett intrång i dess exklusiva rättighet i fråga om arbetsförmedling.³⁶ Det är tillåtet för staten att förse marknadsvillkoren i denna sektor med begränsningar, som till exempel skyldigheten att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst.³⁷ De enheter som står under statens kontroll anses således som företag som anförts trots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom har angetts i artikel 86.2 EG. Det måste kontrolleras om de villkor som föreskrivs i denna artikel är uppfyllda, det vill säga om tillämpningen av konkurrensreglerna inte gör att genomförandet av det uppdrag de har fått hindras. Det är i detta skede som de sociala kraven beaktas med hänsyn till syftet att upprätthålla en icke snedvriden konkurrens.³⁸

29. Å andra sidan, om staten i lag har förbehållit sig monopol på att bedriva viss verksamhet, vilket innebär att någon effektiv konkurrens inte kan utvecklas, är det emellertid inte uteslutet att den agerar som ekonomisk aktör, eftersom ett sådant monopol inte kan ändra karaktären på verksamheten ifråga.³⁹ Med utgångspunkt i relevanta uppgifter skall det i detta sammanhang

36 — Punkt 25 i domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser.

37 — Se dom av den 24 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-89), där det i punkt 48 uttalas att "ett sådant företag skall säkerställa oavbruten leverans av elektricitet, inom hela det territorium för vilket koncession beviljats, till alla förbrukare, lokala distributörer eller slutförbrukare, vid varje given tidpunkt i den mängd som efterfrågas till enhetliga priser och på villkor som inte varierar annat än i enlighet med objektiva kriterier som gäller för alla förbrukare" och dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77).

38 — Se Baquero Cruz, J., "Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law", i *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIV/2, EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, utgiven av G. de Burca, Oxford, 2005.

39 — Utsändningen av audiovisuella program var till exempel tidigare reserverad för statliga enheter, men ombesörjs i dag även av privata aktörer.

kontrolleras om verksamheten är organiserad på ett sådant sätt att den på ett avgörande sätt tillgodoser kraven på solidaritet, eller om den tvärtom styrs av marknadsrelaterade bedömningar med ett kapitaliseringssyfte. Att det är omöjligt för enheten i fråga att uppnå ekonomisk balans utan att staten bidrar till dess budget är en omständighet som pekar på att vi befinner oss i det första fallet.

30. Beroende på vilket område det gäller kan den solidaritet som staten genomför vara mer eller mindre stark. På försäkringsområdet är det tre faktorer som gör det möjligt att mäta inslaget av solidaritet, vilket domstolen har fastställt i rättspraxis angående anslutning till fonder eller till pensions- eller sjukkassor: huruvida anslutningen är obligatorisk, bandet mellan antingen de erlagda avgifterna och risken för den försäkrade, eller tvärtom, i ett solidaritetsperspektiv, mellan avgifterna och inkomsten, och slutligen förhållandet mellan de utbetalda förmånerna och de erlagda avgifterna.⁴⁰

31. När det är fråga om att mäta inslaget av solidaritet vid tillhandahållandet av en tjänst är de relevanta parametrarna annorlunda. Garantin för att användarna får universell tillgång, oavsett om det är på området för hälsa, telekommunikation eller energi, motsvarar införande av solidaritetstänkande i det fall skillnaderna i verkliga kostnader utplånas

till förmån för ett enhetligt pris. Enbart det tvång som universell tillgång är förenad med kan emellertid inte ta ifrån den berörda verksamheten dess ekonomiska karaktär. Ett större inslag av solidaritet uppnås om tjänsten i fråga kan disponeras gratis, eftersom det då inte finns något samband mellan kostnaden för tjänsten och det pris som användaren erlägger. Ett sista villkor är avgörande för att fastställa att en sektor inte omfattas av marknadsrelaterade bedömningar. Om offentliga och privata enheter tillhandahåller samma tjänster måste bedömningen nämligen göras inom ramen för artikel 86.2 EG. Om hälsovård däremot endast kan tillhandahållas av inrättningar som staten kontrollerar, vilka är skyldiga att gratis vårda alla patienter som kommer dit, föreligger därför inga marknadsrelaterade bedömningar och verksamheten styrs utslutande av solidaritetsprincipen.

32. Trots att förevarande mål gäller hälsosektorn skiljer det sig likväl från de domar som jag har erinrat om ovan. Det följer nämligen av den överklagade domen att SNS, även om den administrerar sjukförsäkringssystemet i Spanien, också ansvarar för att tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster till dem som är anslutna. Om det gällde förhållandet mellan dem som erhåller hälso- och sjukvård och det organ som ansvarar för det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, skulle det finnas skäl att använda de kriterier som gör det möjligt att bedöma inslaget av solidaritet i systemet, såsom det har utarbetats av domstolen sedan domen i det ovan nämnda målet Poucet och Pistre. Frågan som överklagandet gäller är emellertid annorlunda, eftersom den aller dels huruvida

40 — Se på denna punkt Winterstein, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", [1999] ECLR, nr 6, s. 324; Mossialos, E., och McKee, M., *EU Law and the Social Character of Health Care*, Bryssel, P.I.E.-Peter Lang, 2002, s. 34.

tillhandahållandet av gratis hälso- och sjukvårdstjänster till de anslutna, dels huruvida inköp av sjukvårdsmaterial från dess leverantörer (punkt 40 i den överklagade domen) har ekonomisk karaktär. För att besvara den frågan måste man, mot bakgrund av den bedömning som har utvecklats ovan, fastställa om förstainstansrätten i den överklagade domen med rätta har ansett att verksamheterna inte har ekonomisk karaktär.

III — Prövning av den grund som överklagandet gäller

33. Efter att ha avfärdat kommissionens invändningar om rättegångshinder kommer jag först att undersöka den andra delen av överklagandet, eftersom förstainstansrättens slutsats, om den felaktigt har klassificerat den av SNS bedrivna verksamheten att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster som icke-ekonomisk, kommer att ändras. Därefter kommer jag att ägna min uppmärksamhet åt sambandet mellan inköpsverksamheten och den användning som den inköpta varan är avsedd för, vilket är föremålet för den första delen av överklagandet.

A — Upptagande till sakprövning

34. Kommissionen har gjort gällande att den andra delen av Fenins grund skall avvisas, eftersom den aldrig åberopades i första instans och eftersom den gäller bedömningen av de faktiska omständigheterna.

35. Enligt kommissionen har Fenin i de handlingar som har givits in till förstainstansrätten inte ifrågasatt att den verksamhet som bedrivs av de enheter som administrerar SNS i egenskap av vårdgivare inte utgör en ekonomisk verksamhet.

36. Det skall emellertid påpekas att klaganden, som svar på en fråga från förstainstansrätten den 8 februari 2002 angående domen i målet Smits och Peerbooms⁴¹, var tvungen att yttra sig över den ekonomiska karaktären hos hälso- och sjukvård som tillhandahölls gratis. Eftersom klassificeringen av den verksamhet som SNS svarar för togs upp av förstainstansrätten måste den följaktligen anses ha ingått i tvisteföremålet där.

37. Förstainstansrätten har dessutom behandlat denna fråga i punkt 40 i sin dom och konstaterat att verksamheten är av icke-ekonomisk karaktär. Det är emellertid ostridigt att en part kan bestrida de domskäl som stöder utgången i målet.⁴² Den andra delen av grunden för överklagandet skall följaktligen tas upp till sakprövning.

41 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473).

42 — Artikel 113 i domstolens rättegångsregler. Grunder som gäller överflödiga domskäl skall däremot avvisas: dom av den 18 mars 1993 i mål C-35/92 P, parlamentet mot Fredriksen (REG 1993, s. I-991), av den 22 december 1993 i mål C-244/91 P, Pincherle mot kommissionen (REG 1993, s. I-6905), punkt 25, och av den 16 juni 1994 i mål C-39/93 P, SFEI m.fl. mot kommissionen (REG 1994, s. I-2681), punkt 23.

38. Klassificeringen av en verksamhet som ekonomisk eller icke-ekonomisk, vilken har gjorts i punkt 39 i den överklagade domen angående gratis tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster, är en bedömning som omfattas av domstolens kontroll inom ramen för överklagandet, och inte en bedömning av faktiska omständigheter.⁴³ Av detta följer att inget av de skäl för avvisning som kommissionen har åberopat gör att den andra delen av grunden för överklagandet skall avfärdas.

B — Karaktären på verksamheten att till dem som är anslutna till SNS erbjuda gratis hälso- och sjukvårdstjänster

39. I punkt 39 i den överklagade domen fann förstainstansrätten att "SNS, vilket administreras av de ministerier och andra enheter som sökandens klagomål avser, drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som är anslutna tillhandahålls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd". Med tillämpning av domstolens rättspraxis angående begreppet företag drog förstainstansrätten slutsatsen att "[d]essa organ [är inte] att anse som företag när de administrerar SNS".

40. Enligt överklagandet har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i två avseenden, för det första genom att försumma att tolka begreppet ekonomisk verksamhet funktionellt, och för det andra genom att tolka solidaritetsprincipen extensivt.

41. Enligt klaganden följer det första felet av att förstainstansrätten har försummat att klassificera varje verksamhet som SNS bedriver självständigt. Förstainstansrätten har nämligen klassificerat SNS verksamheter generellt, utan att beakta att SNS dels erbjuder en obligatorisk sjukförsäkring till de anslutna, och dels är skyldig att gratis tillhandahålla dem hälso- och sjukvårdstjänster. Även om den omständigheten att man är försäkrad ger hälso- och sjukvårdsförmåner, kan tillhandahållandet av hälso- och sjukvård beaktas oberoende av försäkringsskyldigheten. Man kan föreställa sig att den obligatoriska försäkringen styrs av solidaritetsprincipen, medan de som tillhandahåller hälso- och sjukvård konkurrerar med varandra och de försäkrade är fria att välja vem som skall behandla dem.

42. Det följer av den överklagade domen att SNS verkligen ansvarar för båda dessa verksamheter. Det är också ostridigt att förstainstansrätten har gjort en generell och enhetlig klassificering av SNS, i stället för att klassificera varje verksamhet självständigt.

⁴³ — Beslut av den 11 juli 1996 i mål C-325/94 P, An Taise och WWF UK mot kommissionen (REG 1996, s. I-3727), punkt 28, dom av den 15 maj 1997 i mål C-278/95 P, Siemens mot kommissionen (REG 1997, s. I-2507), punkt 44.

43. Det följer emellertid av rättspraxis att det är nödvändigt med en självständig prövning

av varje verksamhet som ett organ bedriver för att fastställa om verksamheten skall klassificeras som ekonomisk.⁴⁴ En självständig klassificering verksamhet för verksamhet är särskilt nödvändig när det är fråga om en offentlig enhet, eftersom den kan agera som ekonomisk aktör för en enda verksamhet, medan den i övrigt har funktioner av icke-ekonomisk karaktär.

44. Förstainstansrätten har därför gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att klassificera SNS generellt utan att undersöka verksamheten att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster för sig. Detta fel skulle dock inte ha någon inverkan på domslutet i den överklagade domen om även verksamheten att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster skulle klassificeras som icke-ekonomisk.⁴⁵

45. Enligt sökanden har förstainstansrätten emellertid felaktigt klassificerat verksamheten att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvård som icke-ekonomisk genom att göra en extensiv tolkning av begreppet solidaritet. Denna del av överklagandet rör huvudfrågan som domstolen skall avgöra i förevarande mål, vilken gäller huruvida SNS verksamhet att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster med rätta har klassificerats som icke-ekonomisk.

44 — Domarna i de ovannämnda målen AOK-Bundesverband m. fl., punkt 58, och kommissionen mot Italien, punkt 7, och punkt 114 i generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i mål C-411/98, Ferlini (dom av den 3 oktober 2000, REG 2000, s. I-8081).

45 — Dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, och av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France (REG 1998, s. I-1719), punkterna 46 och 47.

46. För att komma fram till slutsatsen att SNS bedriver en verksamhet av icke-ekonomisk karaktär tolkade förstainstansrätten domarna i de ovannämnda målen Poucet och Pistre, FFSA m.fl. och Albany genom att i punkt 38 i den överklagade domen ange att "de organ som ansvarade för ... sjukvårderna ... fyllde en funktion av uteslutande social karaktär, att denna verksamhet byggde på principen om nationell solidaritet och, slutligen, att denna verksamhet inte hade något som helst vinstsyfte eftersom de utbetalade förmånerna var fastlagda i lag och var oberoende av avgifternas storlek".

47. Det kriterium som fastställts av domstolen i domarna i de ovannämnda målen utgör emellertid inte en lämplig grund för att klassificera karaktären hos verksamheten att tillhandahålla hälso- och sjukvård. Medan domstolen i de domar som förstainstansrätten har åberopat, vilka jag har erinrat om ovan, prövade huruvida obligatorisk anslutning till en sjukförsäkring eller en försäkringskassa var förenlig med de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna, är det ostridigt att den verksamhet som nu skall klassificeras inte är den som består i obligatorisk sjukförsäkring, vilken SNS också bedriver, utan i stället den som gäller tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster. Inslaget av solidaritet i denna sektor måste följaktligen uppskattas med hänsyn till andra parametrar än dem som är relevanta för en sjuk- eller försäkringskassas verksamhet.⁴⁶

46 — Se punkterna 30 och 31 ovan i förslaget till avgörande.

48. Eftersom domstolen vid åtskilliga tillfällen har uttalat sig om medicinsk verksamhet inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster, kan det vara lämpligt att dra en parallell till denna rättspraxis för att bedöma vilken karaktär SNS verksamhet att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster till de anslutna har.

49. Enligt artikel 50 EG skall som "tjänster, i detta fördrags mening ... anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer".⁴⁷ Domstolen har mer allmänt fastslagit att "medicinsk verksamhet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 60 i fördraget".⁴⁸ Man kan i detta hänseende upprepa vad generaladvokaten Tesauro anförde, vilket bekräftade att sektorn för social trygghet inte utgör "en liten ö som är oemottaglig för inverkan från gemenskapsrätten".⁴⁹ Detta innebär att de nationella regleringarna som gäller denna sektor inte befinner sig utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Enligt domstolen hindrar medlemsstaternas självstyre vid organiseringen av sina system för social trygghet inte tillämpningen av de grundläggande friheterna.⁵⁰ Uppgiften att definiera "dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta

sig till ett system för social trygghet, dels villkoren som ger rätt till förmåner" har emellertid överlåtits åt nationell lagstiftning.⁵¹

50. Den omständigheten att staten deltar i finansieringen av medicinska tjänster innebär inte att det är uteslutet att klassificera den medicinska verksamheten som en tjänst.⁵² Det har även fastställts i rättspraxis att enbart den omständigheten att medicinska tjänster kan utföras gratis åt patienten inte räcker för att utesluta denna verksamhet från tillämpningsområdet för artikel 49 EG. Domstolen har nämligen i domen i målet Smits och Peerbooms uttryckligen uttalat att hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls gratis av sjukhus är tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG. Det saknar betydelse att tjänsten inte betalas av dem som utnyttjar den, eftersom "utbetalningarna av sjukförsäkringskassorna [utgör] den ekonomiska motprestationen för sjukhus-tjänsterna och [otvivelaktigt har] karaktären av ersättning".⁵³

51. Vid första anblicken förefaller det önskvärt att göra liknande bedömningar vad

47 — Dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone mot Ministero del Tesoro (REG 1984, s. 377), punkt 9, av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré och van Riet (REG 2003, s. I-4509), punkt 38, och av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan (REG 2003, s. I-12403), punkt 16.

48 — Dom av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, kallat Grogan (REG 1991, s. I-4685; svensk specialutgåva, volym 11, tillägg s. 19), punkt 18.

49 — Punkt 17 i hans förslag till avgörande i det ovannämnda målet Kohll samt punkt 17 i förslag till avgörande i målet Decker (dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, REG 1998, s. I-1831).

50 — Domarna i de ovannämnda målen Kohll, punkt 21, Smits och Peerbooms, punkt 54, Müller-Fauré och van Riet, punkt 39, och Inizan, punkt 17.

51 — Domen i det ovannämnda målet Kohll, punkt 18.

52 — Punkt 41 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgöranden i de ovannämnda målen Decker och Kohll, domen i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms, punkt 58. Se för en avvikande uppfattning generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms, punkterna 42–49.

53 — Domen i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms, punkt 58.

gäller friheten att tillhandahålla tjänster och den fria konkurrensen, eftersom dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser syftar till att uppnå det gemensamma målet att genomföra den inre marknaden.⁵⁴ Tillämpningsområdet för den fria konkurrensen överensstämmer dock inte helt med tillämpningsområdet för friheten att tillhandahålla tjänster. Ingenting hindrar nämligen att en transaktion som innebär ett byte klassificeras som ett tillhandahållande av tjänster även om de enheter som deltar i bytet inte är företag i den mening som avses i konkurrensrätten.⁵⁵ Såsom har utvecklats ovan,⁵⁶ kan medlemsstaterna undandra vissa verksamheter från konkurrensområdet, om de organiserar dem på ett sådant sätt att solidaritetsprincipen är dominerande, vilket medför ett undantag från konkurrensrätten. Hur en verksamhet är organiserad på nationell nivå har däremot ingen inverkan på tillämpningen av principen om frihet att tillhandahålla tjänster. Även om gratis tillhandahållande av hälso- och sjukvård otvivelaktigt är en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 49 EG,⁵⁷ innebär detta således inte med nödvändighet att de enheter som utövar den omfattas av konkurrensrätten.

52. I föreliggande fall förefaller det inte som om SNS verksamhet att tillhandahålla hälso-

och sjukvård till sina medlemmar är av annan karaktär än den som de offentliga sjukhusen tillhandahöll i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms. Även om den inte enbart innefattar sjukhusvård, innehåller den likväl sådan vård. Även om patienterna inte betalar priset för den vård de får till sjukvårdspersonalen, får de sistnämnda inte desto mindre betalt. För att avgöra om denna verksamhet skall omfattas av konkurrensrätten måste det dock fastställas om staten, i syfte att inrätta en omfördelningspolitik, genom att uteslutande anförtro verksamheten till statliga enheter som uteslutande styrs av solidaritetshänsyn, har avsett att utesluta alla marknadshänsyn.

53. Det följer av den överklagade domen att SNS är skyldigt att gratis säkerställa ett heltäckande skydd till alla som är anslutna. Förstainstansrätten har emellertid inte klarlagt om efterfrågan på marknaden helt har mättats av de statliga enheterna eller om privata enheter med karaktär av företag också deltar på marknaden. De villkor som är nödvändiga för att avgöra om SNS verksamhet att tillhandahålla hälso- och sjukvård är icke-ekonomisk är således inte uppfyllda.

54 — Mortelmans, K., "Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?" CMLRev. 2001, s. 613; punkt 22 i generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i målet B & Q (dom av den 23 november 1989 i mål C-145/88, REG 1989, s. I-3851; svensk specialutgåva, volym 10, s. 241); förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Meca-Medina och Majcen mot kommissionen, punkt 42.

55 — De enheter som ansvarar för administration av sjukförsäkringar, som i det ovannämnda målet *Cisal*, är inte företag i den mening som avses i konkurrensrätten, men reglerna som styr dem kan likväl inte utesluta försäkringar av anställda som kommer från andra medlemsstater utan att det strider mot principen om fri rörlighet för arbetstagare.

56 — Se punkterna 27–29 ovan i detta förslag till avgörande.

57 — Domen i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms.

54. Det förefaller som om SNS genom Ley 15/1997 av den 25 april sobre *habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*,⁵⁸ har bemyndigats att dele-

58 — Citerad i fotnot 17 i bilaga V till överklagandet (BOE nr 100 av den 26 april 1997, s. 13449).

gera tillhandahållande av hälso- och sjukvård till privata enheter. Det följer även av den spanska regeringens svar på den fråga som förstainstansrätten ställde den 15 januari 2002 att en del av hälso- och sjukvården tillhandahålls inom den privata sektorn. Målet skall följaktligen återförvisas till förstainstansrätten för att denna skall göra en bedömning av de faktiska omständigheterna som är nödvändig för att avgöra om den offentliga och den privata hälso- och sjukvårdssektorn i Spanien samexisterar, eller om det solidaritetstänkande som finns i verksamheten att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvård överväger.

55. Under alla omständigheter, om SNS skulle anses bedriva ekonomisk verksamhet innebär inte denna slutsats att de samhällsnyttiga mål som SNS eftersträvar kan ifrågasättas, eftersom den inte hindrar att solidaritetsprincipen genomförs, oavsett om det gäller sättet för finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag, eller om det gäller att de anslutna tillhandahålls tjänster gratis på grundval av ett heltäckande skydd. Det finns nämligen ingen motsättning mellan konkurrensrättens tillämpning och erkännandet av att vissa sektorer måste vara underställda särskilda regler. Tvärtom syftar artikel 86.2 EG särskilt till att rättfärdiga att företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt intresse tilldelas exklusiva rättigheter.⁵⁹ De förväntade effekterna av att vissa verksamheter, som bedrivs av företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt intresse, omfattas av konkurrensrätten leder inte mer än de effekter som

följer av tillämpningen av principen om fri rörlighet på hälso- och sjukvårdssektorn till att det sociala skyddet minskas. I de båda fallen förefaller gemenskapsrätten inkludera principerna om öppenhet och insyn i hälso- och sjukvårdssystemen som från början utformades på nationell nivå.⁶⁰

56. Även om det inte råder något tvivel om att SNS verkligen har anförtrots att gratis tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster till de anslutna på grundval av ett heltäckande skydd (punkterna 39 och 40 i den överklagade domen), är det emellertid i förevarande fall tvärtom så att rollen att administrera SNS som åligger ministerier och andra enheter som klagomålet avser inte klart har definierats. En enhet kan klassificeras som företag med anledning av den ekonomiska verksamhet som den bedriver endast om den är det reella mediet för verksamheterna i fråga.⁶¹ Även om det antas att SNS måste betraktas som ett företag för att konkurrensrätten skall kunna tillämpas, måste man också försäkra sig om att de organ som avses i Fenins klagomål är mediet för sådan verksamhet. Detta konstaterande skall göras av förstainstansrätten om den fastställer att verksamheten att tillhandahålla hälso- och sjukvård som SNS bedriver har ekonomisk karaktär.

57. Av de skäl som angetts ovan föreslår jag att domstolen skall godta den andra del-

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

61 — Se analogt mitt förslag till avgörande i målet BBL (dom av den 21 oktober 2004 i mål C-8/03, REG 2004, s. I-10157), punkt 16.

59 — Domen i det ovannämnda målet *Ambulanz Glöckner*.

grunden och återförvisa målet till förstainstansrätten, för att den skall fastställa de faktiska omständigheter som är nödvändiga för att avgöra om verksamheten som bedrivs av de enheter som administrerar SNS är ekonomisk eller inte, och följaktligen huruvida kommissionens avslag av Fenins klagomål var välgrundat.

C — Sambandet mellan inköpsverksamheten och karaktären på den verksamhet som produkterna eller tjänsterna är avsedda för

58. Om domstolen, tvärtemot vad jag förordar, skulle besluta att fastställa den överklagade domen i den del gratis tillhandahållande av hälso- och sjukvård klassificeras som en icke-ekonomisk verksamhet, måste man alltså pröva den första delen av grunden för överklagandet. Där kritiserar det samband som fastställts mellan köpets karaktär och den senare användningen av de förvärvade varorna.

59. I den första delen av överklagandet har Fenin kritiserat punkt 36 i den överklagade domen, där det uttalas att det är "verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad som är utmärkande för begreppet ekonomisk verksamhet, och inte inköpsverksamhet som sådan". Förstainstansrätten fortsätter med att ange att det inte finns "någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat" samt att "det är frågan huruvida den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär som oundvikligen avgör inköpsverksamhetens art".

60. Fenin har motsatt sig det samband som förstainstansrätten har fastställt mellan ett inköps karaktär och karaktären på den senare användningen av det. Sambandet grundas på en felaktig tolkning av rättspraxis, skapar praktiska svårigheter och reducerar den gemenskapsrättsliga konkurrensrättens ändamålsenliga verkan.

61. Fenin anser för det första att den rättspraxis som förstainstansrätten har stött sitt resonemang på, nämligen domarna i målen kommissionen mot Italien⁶² och Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mot kommissionen⁶³, inskränker sig till att som ekonomisk verksamhet klassificera utbudande till försäljning av varor eller tjänster på en marknad, utan att uttala sig om karaktären på inköpsverksamheten. Enligt klaganden är dessa domar därför inte relevanta för att utesluta att ett köp utgör en ekonomisk verksamhet.

62. Det stämmer att ett av de kriterier som används för att klassificera en enhet som företag är dess deltagande på en marknad. En marknad kännetecknas emellertid av utbyten mellan ekonomiska aktörer, vilka konkretiseras genom saluhållande och köp. Jag ser inte hur man i detta hänseende kan inkludera det ena i den gemenskapsrättsliga kontrollen medan det andra utesluts, eftersom de är varandras motsvarigheter. Denna kritik räcker likväl inte för att kullkasta

62 — Domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 13).

63 — Förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-513/93 (REG 2000, s. II-1807).

förstainstansrättens resonemang, där klassificeringen av köpet är underordnad den senare användningen.

63. För det andra har Fenin påpekat att det finns en motsägelse mellan den kritiserade domen och domen i det ovannämnda målet Pavlov m.fl. För att avgöra om läkares anslutning till en pensionskassa var av ekonomisk karaktär konstaterade domstolen i den sistnämnda domen att anslutningen hade direkt samband med deras yrkesutövning, och därför borde anses tillhöra denna verksamhet av ekonomisk karaktär.⁶⁴ I enlighet med generaladvokaten Jacobs förslag⁶⁵, skilde domstolen mellan aktiviteter som hörde till läkarnas personliga respektive ekonomiska verksamhetsområde. Det är endast den mellanliggande efterfrågan, i motsats till den slutliga efterfrågan, som kan anses tillhöra det ekonomiska området.⁶⁶ Efterfrågan från konsumenter som privatpersoner, vilken alltid är en slutlig efterfrågan, omfattas däremot inte av konkurrensrätten.

64. Det finns inte någon motsägelse mellan den överklagade domen och detta resonemang. När det gäller offentliga organ som

både bedriver ekonomisk verksamhet och verksamhet av annan karaktär, är det nämligen endast sådan efterfrågan som har samband med deras ekonomiska verksamhet som kan falla inom konkurrensrättens tillämpningsområde. Köp som är avsedda för icke-ekonomisk verksamhet är jämförbara med konsumenternas slutliga efterfrågan och är främmande för konkurrensrätten. I förevarande fall är köpet av sjukvårdsprodukter dock obestriddligen förknippat med SNS verksamhet att tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster.

65. För att fastställa om SNS inköpsverksamhet hade ekonomisk karaktär borde förstainstansrätten enligt överklagandet ha undersökt om verksamheten kunde ha konkurrensbegränsande effekter, för att inte skapa "oberättigade immunitetszoner". Ett sådant kriterium kan dock inte användas, eftersom det skulle innebära att alla statens inköp, som görs av en statlig enhet eller av konsumenter, omfattas av konkurrensrätten. Däremot, vilket det med rätta har erinrats om i den överklagade domen, faller ett köp inom konkurrensrättens tillämpningsområde endast om det ingår i utövandet av en ekonomisk verksamhet. Om man skulle följa uppfattningen i överklagandet, skulle den ändamålsenliga verkan av reglerna om offentliga upphandlingar dessutom minska.⁶⁷ Det samband som har fastställts mellan det av klagandena kritiserade beteendet och det berörda organets icke-ekonomiska verksamhet är även kärnan i skälen för att avfärda konkurrensrättens tillämpning i domen i det ovannämnda målet Eurocontrol. Det fastställdes att Eurocontrols uttag av en avgift inte var av ekonomisk karaktär, efter-

64 — Domen i det ovannämnda målet Pavlov m.fl., där det i punkt 79 klargörs att "[e]n specialistläkares anslutning till ett sådant system har sin grund i yrkesutövningen". I punkt 80 görs tillägget att "[d]et förhållandet att samtliga oberoende specialistläkare betalar in avgifter till samma kompletterande tjänstepensionssystem är än mer förknippat med yrkesutövningen, eftersom systemet kännetecknas av en hög grad av solidaritet mellan samtliga läkare".

65 — Punkt 115 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Pavlov m.fl.

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

67 — Dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357).

som det ingick i en icke-ekonomisk verksamhet.

66. Domen i målet *Ambulanz Glöckner*, vilken åberopas i överklagandet till stöd för argumentationen där, bekräftar tvärtom förstainstansrättens ståndpunkt, eftersom domstolen där uteslöt att en offentlig myndighets vägran att bevilja ett tillstånd för en transportör skulle prövas enligt artikel 81 EG, eftersom beslutet inte motsvarade utövandet av en ekonomisk verksamhet utan tvärtom syftade till att reglera och organisera det. Ett inköp som har anknytning till fullgörandet av icke-ekonomiska funktioner kan således undantas från konkurrensrättens tillämpningsområde. Denna slutsats stämmer överens med den ekonomiska teori som understryker att förekomsten av ett köparmonopol utgör en ringa fara för konkurrensen, eftersom det inte har så stora effekter på det efterföljande marknadsledet. Ett företag med köparmonopol har dessutom inget intresse av att utöva ett sådant tryck på sina leverantörer att de blir tvungna att lämna det föregående marknadsledet.⁶⁸ Det finns således inte skäl att upphäva den överklagade domen på grund av att det skulle ha gjorts en felaktig tolkning av rättspraxis avseende klassificeringen av ett köp som en ekonomisk verksamhet.

67. Slutligen har Fenin åberopat att förstainstansrättens tolkning är felaktig på grund av att den medför så många praktiska

svårigheter. Enligt det argument som anförts är det vid tidpunkten för köpet praktiskt taget omöjligt att skilja mellan köp som är avsedda för ekonomisk verksamhet och köp som skall användas för icke-ekonomisk verksamhet.

68. Visserligen är det ibland vanskligt att skilja ekonomisk verksamhet från sådan som inte är det när de bedrivs av samma organ. Denna svårighet kan emellertid inte, till skillnad från vad som har hävdats i överklagandet, ändra kriteriet för konkurrensrättens tillämpning, vilket är utövande av en ekonomisk verksamhet. Den ofrånkomliga följden av detta kriterium blir nämligen att enheter som har blandade funktioner endast omfattas av konkurrensrätten i den del av verksamheten som har ekonomisk karaktär.⁶⁹ Om man följer argumentet i överklagandet skulle ett organ, så snart det utövade ekonomisk verksamhet, omfattas av konkurrensrätten för all sin verksamhet. En sådan slutsats skulle stå i strid med det funktionella företagskriteriet som har utvecklat i rättspraxis.

69. Eftersom inget av argumenten som har utvecklats i första delen av överklagandet har visat att SNS inköp av sjukvårdsutrustning skall skiljas från verksamheten att tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster, skall den överklagade domen fastställas på denna punkt.

68 — Se Scherer, F. och Ross, D., *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, s. 517 och Nöll, R., "Buyer power" and economic policy", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 2005, s. 589.

69 — Se domarna i de ovannämnda målen av den 16 juni 1987, kommissionen mot Italien, *Eurocontrol*, AOK-Bundesverband m.fl. och generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Ambulanz Glöckner*, punkt 72.

IV — Förslag till avgörande

70. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall

- 1) bifalla överklagandet på den andra delgrunden och återförvisa målet till Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt för att den skall fastställa de faktiska omständigheter som är nödvändiga för att avgöra om verksamheten som bedrivs av de enheter som administrerar det spanska nationella hälso- och sjukvårdssystemet är av ekonomisk karaktär eller inte, och följaktligen huruvida Europeiska kommissionens avslag av Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitarias (FENIN) klagomål var välgrundat,

- 2) ogilla den första delen av överklagandet.