

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen i utökad sammansättning)
den 12 februari 2008*

I mål T-289/03,

British United Provident Association Ltd (BUPA), London (Förenade kungariket),

BUPA Insurance Ltd, London,

BUPA Ireland Ltd, Dublin (Irland),

företrädna av N. Green, QC, K. Bacon, J. Burke, barristers, och B. Amory, avocat,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av N. Khan och J. Flett, därefter av N. Khan och T. Scharf, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

Konungariket Nederländerna, företrätt av N. Bel, i egenskap av ombud,

av

Irland, företrätt av D. O'Hagan, i egenskap av ombud, biträdd av G. Hogan, SC, och E. Regan, barrister,

och av

Voluntary Health Insurance Board, Dublin, företrädd av D. Collins, G. FitzGerald, D. Clarke, solicitors, och P. Gallagher, SC,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring, som väckts av bland annat BUPA Ireland Ltd, vilket tillhandahåller privata sjukförsäkringstjänster i Irland, av kommissionens beslut K(2003) 1322 slutlig av den 13 maj 2003 att inte göra några invändningar, med stöd av artikel 4.2 och 4.3 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [88 EG] (EGT L 83, s. 1), mot inrättandet av en riskutjämningsordning (RES) på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar (statligt stöd N 46/2003 – Irland),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Tiili, J. Azizi, E. Cremona och O. Czúcz,

justitiesekreterare: förste handläggaren J. Palacio González,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 mars 2007,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

I — *Bestämmelser i fördraget*

¹ I artikel 16 EG föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 73, 86 och 87 och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, skall gemenskapen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom detta

fördrags tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter.”

2 I artikel 43 första stycket EG föreskrivs följande:

”... [I]nstränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium [skall] förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.”

3 Enligt artikel 49 första stycket EG ”skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten”.

4 Artikel 86 EG har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89 [EG].

2. Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ... skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att

de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

3. Kommissionen skall säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.”

5 I artikel 87.1 EG föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i detta fördrag, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

6 I artikel 88.2 EG och 88.3 EG föreskrivs följande:

”2. Om kommissionen, efter att ha gett berörda parter tillfälle att yttra sig, finner att stöd som lämnas av en stat eller med statliga medel inte är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 [EG] ... skall den besluta om att staten i fråga skall upphäva eller ändra dessa stödåtgärder inom den tidsfrist som kommissionen fastställer.

...

3. Kommissionen skall underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 [EG], skall den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2. Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut.”

7 I artikel 152.1 EG och 152.5 EG föreskrivs följande:

”1. En hög hälsoskyddsnivå för människor skall säkerställas vid utformning och genomförande av all gemenskapspolitik och alla gemenskapsåtgärder.

Gemenskapens insatser, som skall komplettera den nationella politiken, skall inriktas på att förbättra folkhälsan, förebygga ohälsa och sjukdomar hos människor och undanröja faror för människors hälsa ...

...

5. När gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård ...”

II — *Förordning (EG) nr 659/1999*

- 8 I artikel 4.3 och 4.4 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [88 EG] (EGT L 83, s. 1) föreskrivs följande:

”3. Om kommissionen efter en preliminär granskning finner att en anmäld åtgärd, i den mån den omfattas av artikel [87.1 EG], inte föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den besluta att åtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden (nedan kallat beslut om att inte göra invändningar). I beslutet skall närmare anges vilket undantag i fördraget som har tillämpats.

4. Om kommissionen efter en preliminär granskning finner att en anmäld åtgärd föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den besluta att inleda ett förfarande enligt artikel [88.2 EG] (nedan kallat beslut om att inleda formellt granskningsförfarande).”

III — *Direktiv 92/49/EEG*

- 9 I artikel 54.1 i rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring samt om ändring av direktiv 73/239/EEG och 88/357/EEG (tredje direktivet om annan

direkt försäkring än livförsäkring) (EGT L 228, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 160) (nedan kallat tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring) föreskrivs följande:

”Utan hinder av andra bestämmelser får en medlemsstat, i vilken avtal om försäkring mot riskerna i klass 2 i punkt A i bilagan till direktiv 73/239/EEG helt eller delvis kan ersätta det skydd vid sjukdom som ges genom det lagstadgade socialförsäkrings-systemet, föreskriva att sådana avtal skall följa de särskilda rättsregler som denna medlemsstat har antagit för denna försäkringsklass till skydd för det allmänna[s] bästa, samt att de allmänna och särskilda villkoren för denna försäkring meddelas till de behöriga myndigheterna i den medlemsstaten innan de börjar tillämpas.”

IV — *Kommissionens meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa*

10 I punkt 14 i kommissionens meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (EGT C 17, 2001, s. 4) (nedan kallat meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse) anges följande:

”Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skiljer sig från den övriga tjänstesektorn på så sätt att offentliga myndigheter anser sig vara skyldiga att se till att dessa tjänster tillhandahålls även om det inte alltid finns tillräckliga marknadsmissiga incitament för leverantörerna att utföra dem ... I fall då myndigheterna bedömer att en viss tjänst ligger i allmänhetens intresse och att marknadskrafterna inte förväntas leda till att denna tjänst tillhandahålls på ett tillfredsställande sätt, kan de ... fastställa en rad kriterier för hur dessa behov skall uppfyllas och låta tjänsten omfattas av en förpliktelse ... Ett typexempel på detta är förpliktelsen att tillhandahålla s.k. samhällsombäddande tjänster ..., dvs. skyldigheten att tillhandahålla en viss tjänst inom hela det geografiska området till rimliga kostnader för användarna och på en kvalitetsnivå som är jämförbar inom hela området oavsett om varje enskild del av verksamheten är lönsam för leverantören.”

11 I punkt 15 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse anges följande:

”Myndigheterna kan besluta att alla aktörer på en viss marknad skall omfattas av förpliktelsen att tillhandahålla en tjänst i allmänhetens intresse, eller i vissa fall utse en eller flera aktörer [utan] särskilda eller exklusiva rättigheter. Syftet är att i varje specifik situation skapa mesta möjliga konkurrens och ge användarna så stor frihet som möjligt att välja leverantör ...”

12 Punkt 22 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall ha frihet att definiera vilka uppgifter som ligger i allmänhetens intresse på grundval av de olika verksamheternas särdrag. Den definition som medlemsstaten väljer kan bara bli föremål för kontroll för att spåra uppenbara felaktigheter. Myndigheterna får bevilja särskilda och exklusiva rättigheter för att garantera vissa företag dessa uppgifter samt övervaka hur de sköts och där så krävs bidra till deras finansiering. På de områden som inte specifikt omfattas av gemenskapsbestämmelser har medlemsstaterna stort handlingsutrymme, och gemenskapens inflytande inskränks även där till att spåra uppenbara felaktigheter. Om en tjänst är att betrakta som en tjänst i allmänhetens intresse och i vilka former den bör utföras beslutas först och främst på lokal nivå. Kommissionens roll är att se till att de lösningar som används är förenliga med gemenskapslagstiftningen. För att undantaget i artikel 86.2 [EG] skall vara tillämpligt måste alltid uppdraget att utföra en tjänst i allmänhetens intresse vara klart definierat och uttryckligen ha tilldelats av en offentlig myndighet (detta gäller även kontrakt) ... Detta är nödvändigt för att garantera en god rättssäkerhet liksom klarhet och öppenhet gentemot medborgarna. Kravet behövs också för att kommissionen skall ha möjlighet att bedöma den statliga inblandningens proportionalitet.”

13 I punkt 23 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse anges följande:

”Proportionalitet enligt artikel 86.2 [EG] innebär att de medel som används för att garantera att tjänster i allmänhetens intresse utförs inte i onödan får störa handeln. Det är särskilt viktigt att inskränkningar i principerna i EG-fördraget, i synnerhet i fråga om konkurrenspolitiken och friheterna inom den inre marknaden, inte får vara större än vad som är absolut nödvändigt för syftet. Grundkravet är att tjänsten i fråga skall bli utförd, och att de aktörer som anförtrotts att utföra den skall kunna bära de därmed förknippade extrakostnaderna netto. Kommissionen ansvarar för att enligt rimliga och väl avvägda kriterier bedöma denna proportionalitet, och eventuella tvister avgörs av EG-domstolen. Detta illustreras av det faktum att kommissionen faktiskt använder sin beslutsrätt enligt artikel 86.3 [EG].”

Bakgrund till tvisten

I — Inrättandet av riskutjämningsordningen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar

14 Privata sjukförsäkringar infördes formellt i Irland år 1957 genom inrättandet av Voluntary Health Insurance Board (nämnden för privata vårdförsäkringar, nedan kallad VHI). Syftet var huvudsakligen att möjliggöra för de personer som inte hade rätt att utnyttja tjänster inom ramen för det allmänna sjukförsäkringssystemet att få kostnader för sjukhusvård täckta. Vid denna tid var VHI den enda aktören som innehade tillstånd från hälsovårdsministern för att tillhandahålla privata sjukförsäkrings-tjänster. På begäran av hälsovårdsministern erbjuder VHI sedan år 1987 en försäkring kallad ”plan P”, vilken täcker kostnader för sjukhusvård vid offentliga sjukhus. Ungefär 1 procent av den irländska befolkningen har tecknat en sådan försäkring.

- 15 Sedan år 1991 erbjuder det allmänna sjukförsäkringssystemet, vilket huvudsakligen finansieras genom skatteintäkter, ett försäkringsskydd till hela den irländska befolkningen oavsett de berörda personernas inkomster. De försäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar (nedan kallade de privata sjukförsäkringsgivarna) har således numera till uppgift att tillhandahålla ett alternativt försäkringsskydd till det allmänna sjukförsäkringssystemets försäkringsskydd.
- 16 Den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar avreglerades som en följd av antagandet år 1994 av 1994 Health Insurance Act (1994 års lag om sjukförsäkring) och antagandet år 1996 av 1996 Voluntary Health Insurance (Amendment) Act (1996 års ändringslag rörande frivillig sjukförsäkring) samt tillämpningsföreskrifterna i 1996 Health Insurance Regulations (1996 års sjukförsäkringsförordning). Sistnämnda förordning är indelad i flera förordningar, nämligen Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996 (1996 års förordning om genomförande av 1994 års lag om sjukförsäkring vad beträffar fri anslutning), Health Insurance Act, 1994 (Lifetime Cover) Regulations 1996 (1996 års förordning om genomförande av 1994 års lag om sjukförsäkring vad beträffar livslångt skydd) och Health Insurance Act, 1994 (Minimum Benefit) Regulations 1996 (1996 års förordning om genomförande av 1994 års lag om sjukförsäkring vad beträffar minimiförmåner).
- 17 BUPA Ireland bildades i enlighet med denna lagstiftning och bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar sedan den 1 januari 1997. BUPA Ireland, som har en marknadsandel på cirka 15 procent när det gäller antalet försäkringstagare och cirka 11 procent när det gäller intäkter vid den tidpunkt då ansökan gavs in i förevarande mål, utgör sedan dess VHI:s främste konkurrent på den irländska marknaden för sjukförsäkringar. VHI har behållit en marknadsandel på cirka 85 procent när det gäller intäkter och cirka 80 procent när det gäller antalet försäkringstagare. För närvarande omfattas cirka 50 procent av den irländska befolkningen av privata sjukförsäkringar.
- 18 Genom 1994 Health Insurance Act och 1996 Health Insurance Regulations gavs dessutom hälsovårdsministern befogenhet att besluta om och reglera inrättandet av en "Risk equalisation scheme" (riskutjämningsordning, nedan kallad

riskutjämningsordningen eller RES). År 1997 inrättade hälsovårdsministern en rådgivande kommitté som fick i uppdrag att avge rekommendationer beträffande inrättandet av en RES. I sin rapport från år 1998 drog den rådgivande kommittén slutsatsen att det var nödvändigt att inrätta en riskutjämningsordning. Under år 1999 offentliggjorde hälsovårdsministern först ett tekniskt dokument i syfte att det skulle skickas på remiss och därefter en vitbok med förslag om att inrätta en riskutjämningsordning.

19 Den 2 mars 1999 ingav BUPA Ireland ett klagomål till kommissionen rörande införandet av den planerade riskutjämningsordningen och gjorde gällande att bland annat artikel 87.1 EG hade åsidosatts. Mellan mars 1999 och april 2003 kompletterade bolaget klagomålet genom att inge en rad inlagor, rapporter och handlingar till kommissionen.

20 År 2001 ändrades 1994 Health Insurance Act genom Health Insurance (Amendment) Act 2001, varigenom hälsovårdsministern gavs befogenhet att införa en riskutjämningsordning. Genom samma lag inrättades Health Insurance Authority (sjukförsäkringsmyndighet, nedan kallad HIA). HIA gavs bland annat i uppdrag att ge ministern råd rörande införandet av betalningar enligt riskutjämningsordningen (nedan kallade RES-betalningar eller riskutjämningsbetalningar) och hur dessa betalningar skulle skötas genom en fond som särskilt inrättats för detta ändamål.

21 Den lagstiftning varigenom införandet av riskutjämningsordningen godkändes trädde i kraft den 1 juli 2003.

22 I oktober 2004 etablerade sig en ny privat sjukförsäkringsgivare, bolaget Vivas Healthcare, på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. Vivas Healthcare var, enligt artikel 12 bis i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse, befriad från skyldigheten att erlägga RES-betalningar under en treårsperiod.

- 23 Den 29 april 2005 rekommenderade HIA, på grundval av sin rapport från april 2005, där det slogs fast att det förelåg en ”riskskillnad” på 4,7 procent, hälsovårdsministern att införa RES-betalningarna.
- 24 BUPA Insurance Ltd och BUPA Ireland väckte talan vid High Court (Irland) avseende dels den irländska lagstiftning som reglerar RES dels HIA:s rekommendation av den 29 april 2005. Genom beslut av den 24 maj 2005, ändrat den 30 maj och den 29 december 2005, avslog High Court yrkandet om att hälsovårdsministern skulle förbjudas att besluta om införandet av RES-betalningarna, men beviljade dock uppskov med verkställigheten av sökandenas RES-betalningar i avvaktan på slutlig domen i målet.
- 25 Den 27 juni 2005 beslutade hälsovårdsministern att inte följa HIA:s rekommendation av den 29 april 2005. Till följd av en ny rekommendation från HIA beslutade hälsovårdsministern den 23 december 2005 att fastställa datumet för införandet av RES-betalningarna till den 1 januari 2006, med förbehåll för det uppskov med verkställigheten av sökandenas RES-betalningar som High Court hade beslutat.
- 26 Genom dom av den 23 november 2006 fattade High Court ett avgörande i sak och ogillade sökandenas talan.

II — Riskutjämningsordningens funktion

A — Syftet med riskutjämningsordningen

- 27 Riskutjämningsordningen utgör i huvudsak en mekanism som innebär dels att de privata sjukförsäkringsgivare som har en bättre riskprofil än den genomsnittliga

riskprofilen på marknaden skall betala en avgift till HIA, dels att HIA skall göra en motsvarande betalning till de privata sjukförsäkringsgivare som har en sämre riskprofil än den genomsnittliga riskprofilen på marknaden. Betalningarna sker genom en fond som särskilt inrättats för detta ändamål och som förvaltas av HIA (artikel 12 i RES).

B — Omständigheter som utlöser RES-betalningarna

28 Enligt den relevanta lagstiftningen utlöses RES-betalningarna i etapper, vilka beskrivs nedan.

29 De privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen är skyldiga att inge rapporter till HIA som omfattar sexmånadersperioder. Den första rapporten skall omfatta det halvår som börjar den 1 juli 2003 (artikel 9 i RES). På grundval av dessa rapporter undersöker och bedömer HIA riskfördelningen bland de privata sjukförsäkringsgivarna och lägger fram en rapport och i förekommande fall en rekommendation till hälsovårdsministern (artikel 10 i RES).

30 Efter att ha tagit del av rapporten och i förekommande fall en rekommendation från HIA beslutar hälsovårdsministern huruvida RES-betalningarna skall införas. Ett sådant beslut förutsätter att följande villkor är uppfyllda (artikel 10 i RES):

— En riskskillnad mellan aktörerna som understiger 2 procent räcker inte för att införa RES-betalningar.

- Vid en riskskillnad på 2–10 procent får hälsovårdsministern besluta om införande av RES-betalningar endast på rekommendation av HIA.

- Vid en riskskillnad mellan aktörerna som överstiger 10 procent är hälsovårdsministern i princip skyldig att införa RES-betalningar, såvida det inte finns goda skäl för att inte göra det.

C — *Beräkningsmetoden för RES-betalningarna*

- ³¹ Beräkningsmetoden för RES-betalningarna, vilka skall erläggas efter beslutet om införande av dessa betalningar, anges i bilaga II till RES och förklaras mer i detalj i Guide to the Risk Equalisation Scheme, 2003 as prescribed in Statutory Instrument No. 261 of 2003, July 2003 (HIA:s handledning för RES från år 2003, nedan kallad RES-handledningen).
- ³² Fastställandet av RES-betalningarna har ett direkt samband med skillnaden mellan de privata sjukförsäkringsgivarnas riskprofiler, och vid bedömningen av riskprofilerna skall en rad riskkriterier beaktas. Dessa kriterier omfattar i första hand försäkringstagarnas ålder och kön samt i förekommande fall en justeringsfaktor (mellan 0 och 50 procent) kallad "viktningsfaktor för hälsotillståndet" (health status weight factor), vilken baseras på det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapacitet. HIA har ännu inte tillämpat denna justeringsfaktor, vilken för närvarande uppgår till noll, utan har endast grundat sin bedömning av riskskillnaderna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna på de kriterier som avser försäkringstagarnas ålder och kön.

33 Enligt RES-handledningen (s. 14 och följande sidor) gäller vid beräkningen av RES-betalningarna principen att varje privat sjukförsäkringsgivare skall bära de kostnader som vederbörande skulle ha burit om dennes riskprofil hade motsvarat den genomsnittliga riskprofilen på marknaden. De kostnader som är hänförliga till försäkringsgivarens faktiska riskprofil och till den genomsnittliga riskprofilen på marknaden beräknas utifrån försäkringstagarnas ålder och kön. Vid denna beräkning delas försäkringstagarna först in i olika ålders- och könsgrepp för att fastställa totalsumman för de kostnader som respektive grupp ger upphov till och för att beräkna den faktiska genomsnittliga kostnaden per försäkringstagare i varje grupp. Enligt artikel 3 i RES skall i det sammanhanget endast de kostnader beaktas som uppkommit genom ersättningskrav (claims costs) som ingetts av försäkringstagare till de privata sjukförsäkringsgivarna under referensperioden och som syftar till att de privata sjukförsäkringsgivarna skall bära de kostnader som en sjukhusvistelse har medfört för hälso- och sjukvården. Sedan fastställer HIA den genomsnittliga riskprofilen på marknaden för åldersgruppen och könsgreppen i förhållande till hela den försäkrade populationen, på grundval av uppgifter som lämnats av de privata sjukförsäkringsgivarna. De privata sjukförsäkringsgivarnas faktiska riskprofil för åldersgruppen och könsgreppen byts därefter ut mot denna genomsnittliga riskprofil på marknaden för att fastställa de hypotetiska kostnader som försäkringsgivarna skulle ha ådragit sig om de faktiskt hade haft en sådan genomsnittlig riskprofil på marknaden. Skillnaden mellan kostnaderna, vilken fastställs på grundval av en jämförelse mellan de faktiska kostnaderna (på grundval av försäkringsgivarens faktiska riskprofil) och de hypotetiska kostnaderna (på grundval av den genomsnittliga riskprofilen på försäkringsgivarens marknad), ligger slutligen till grund för beräkningen av de riskutjämningsbetalningar som avses i punkt 27 ovan. Betalningarna måste exakt motsvara skillnaden mellan kostnaderna och kan, med tillämpning av ”nollsummejusteringsfaktorn” (zero sum adjustment factor), justeras för att garantera en självfinansiering av systemet.

34 I teorin är visserligen riskutjämningsordningen avsedd att vara tillämplig på samtliga privata sjukförsäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden, men parterna har enats om att dess tillämpning, med hänsyn till de aktuella förhållandena, i huvudsak leder till att medel förs över från BUPA Ireland till VHI.

III — *Det angripna beslutet*

35 Den 23 januari 2003 anmälde de irländska myndigheterna formellt riskutjämningsordningen till kommissionen i enlighet med artikel 88.3 EG.

36 Genom beslut K(2003) 1322 slutlig av den 13 maj 2003 (statligt stöd N 46/2003 – Irland) (nedan kallat det angripna beslutet) beslutade kommissionen att inte göra några invändningar, med stöd av artikel 4.2 och 4.3 i förordning nr 659/1999, mot inrättandet av riskutjämningsordningen i Irland.

37 I artikel 1 i det angripna beslutet anges följande:

”[Riskutjämningsordningen] innebär betalningar som är begränsade till det minimum som krävs för att ersätta de privata sjukförsäkringsgivarna för deras skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och utgör därför inte statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.”

38 Vid den faktiska redogörelsen för riskutjämningsordningen i punkterna 17–30 i det angripna beslutet beskrev kommissionen detaljerat tillämpningsområdet för riskutjämningsordningen och dess funktion. I punkterna 20–30 i beslutet beskrivs villkoren för att påbörja RES-betalningarna (punkterna 20–24) samt kriterierna och beräkningsmetoden för RES-betalningarna (punkterna 25–30).

39 Vid den rättsliga bedömningen ansåg kommissionen att den anmälda åtgärden ”inte utg[jorde] stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller att den, alternativt, [kunde] anses förenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 86.2 EG” (punkterna 37 och 61 i det angripna beslutet).

40 Till stöd för denna bedömning anförde kommissionen i huvudsak att riskutjämningsordningen i princip uppfyllde villkoren i artikel 87.1 EG. Den påpekade i det avseendet att RES-betalningarna härrörde från allmänna medel ur en fond som hade inrättats genom nationell lagstiftning, vilken finansieras genom obligatoriska avgifter och står under statliga myndigheters tillsyn, och vilka i praktiken gynnade VHI, ett företag i dominerande ställning med en marknadsandel på 85 procent, för att kompensera de kostnader som VHI normalt skulle ha burit. Kommissionen ansåg att dessa betalningar kunde påverka konkurrensen och handeln inom gemenskapen och att riskutjämningsordningen följaktligen skulle kunna anses utgöra statligt stöd (punkt 39 i det angripna beslutet).

41 Kommissionen ansåg att den kompensation som säkerställdes genom riskutjämningsordningen likväl inte utgjorde statligt stöd, i den mening som avses i artikel 87.1 EG, eftersom det, i enlighet med domstolens rättspraxis (domstolens dom av 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring, REG 2001, s. I-9067, punkt 27), rörde sig om en ersättning för att kompensera skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som åligger samtliga försäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, nämligen skyldigheter som syftar till att säkerställa att alla personer som bor i Irland har tillgång till privata sjukförsäkringstjänster motsvarande en miniminivå till rimliga kostnader och på en jämförbar kvalitetsnivå. Kommissionen påpekade (punkterna 40 och 41 i det angripna beslutet) att detta mål uppnås genom att en solidaritet införs mellan försäkringstagarna, och den påpekade särskilt följande:

— Skyldigheten att tillämpa fri anslutning, det vill säga skyldigheten för den privata sjukförsäkringsgivaren att erbjuda ett privat sjukförsäkringsavtal till alla personer

som begär det, oavsett ålder, kön eller hälsotillstånd, förhindrade att äldre personer eller personer med kroniska sjukdomar utestängdes från den privata sjukförsäkringen.

- Skyldigheten att tillhandahålla livslångt skydd förhindrade att de privata sjukförsäkringsgivarna inte godtog försäkringstagarna när de blev sjuka eller gamla.

- Den gemensamma prissättningen medförde en skyldighet för de privata sjukförsäkringsgivarna att tillämpa samma premie för alla försäkringstagare för samma typ av produkt, oavsett deras hälsotillstånd, ålder eller kön. Premierna fastställdes således till en högre nivå än den som unga personer skulle betala för tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster som prissätts utifrån en riskbedömning, och de premier som äldre eller sjuka personer skulle betala var klart mer överkomliga än om de hade fastställts med hänsyn till den försäkrade risken. Den gemensamma prissättningen utgjorde således själva grunden för solidariteten mellan generationerna, genom att den garanterade samtliga försäkringstagare att en kronisk sjukdom eller en allvarlig skada inte skulle komma att medföra att försäkringskostnaden blev oöverkomlig.

- Slutligen garanterade reglerna om minimiförmåner att de erbjudna produkterna överensstämde med vissa minimistandarder vad gäller kvalitet, även om det stod de privata sjukförsäkringsgivarna fritt att utforma sina försäkringsprodukter.

⁴² Vad beträffar sökandenas ifrågasättande, i deras klagomål, av att de skyldigheter som avses i punkt 41 ovan utgör skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, ansåg kommissionen i huvudsak att det var tillåtet för de nationella myndigheterna att anse att vissa tjänster var av allmänintresse och borde säkerställas genom skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, när marknadskrafterna inte var tillräckliga för att garantera att tjänsterna tillhandahålls. Kommissionen noterade även att de nationella myndigheterna, i avsaknad

av harmonisering på gemenskapsnivå inom sjukförsäkringssektorn, var behöriga att ålägga samtliga aktörer på marknaden skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I det avseendet påpekade kommissionen att den frihet som aktörerna i Irland har getts att fastställa priserna och utforma sina försäkringsprodukter inte påverkade det faktum att de skyldigheter som föreskrivs i den relevanta lagstiftningen utgjorde skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, eftersom dessa skyldigheter syftade till uppnå målen med ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, såsom att alla personer som bor i Irland skall ha tillgång till en viss nivå av privata sjukförsäkringstjänster till rimliga kostnader och på en jämförbar kvalitetsnivå. I det avseendet ansåg kommissionen att de irländska myndigheterna inte hade begått ett uppenbart fel genom att beteckna tjänster som är mer långtgående än de tjänster som det allmänna systemet för social trygghet erbjuder som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Följaktligen godtog kommissionen att de aktuella skyldigheterna kan betecknas som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, i den mening som avses i gemenskapsrätten (punkterna 42–49 i det angripna beslutet).

43 Kommissionen konstaterade därefter att tillämpningen av riskutjämningsordningen var absolut nödvändig för att bevara stabiliteten på den relevanta marknaden, för att uppväga skillnaden i riskprofiler mellan de privata sjukförsäkringsgivarna och för att kompensera för utförandet av de aktuella skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen drog således slutsatsen att riskutjämningsordningen var proportionerlig (punkterna 50–59 i det angripna beslutet).

44 Vad gäller nödvändigheten av riskutjämningsordningen påpekade kommissionen att ekonomiska studier hade visat att de privata sjukförsäkringsgivarna, i en ordning med gemensam prissättning och oaktat skyldigheten att tillämpa fri anslutning, i avsaknad av riskutjämningsordningen skulle ha starka incitament att, genom exempelvis selektiva marknadsföringsstrategier, inrikta sig på lågriskkonsumenter som är vid god hälsa för att fastställa en gemensam premie som är lägre än konkurrenternas. Kommissionen påpekade även att under dessa omständigheter skulle konsumenterna, även utan ett aktivt riskurval, kunna komma att byta försäkringsgivare, vilket skulle kunna medföra en spiral av ökande kostnader för de privata sjukförsäkringsgivare vars riskprofil består av en större andel försäkringstagare med dålig hälsa.

- 45 Vad gäller den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar ansåg kommissionen, med hänsyn till en rapport från Irish Society of Actuaries från april 2002 och tillgängliga uppgifter, att den nuvarande situationen kunde komma att ändras och leda till en "livsfarlig spiral", eftersom vissa privata sjukförsäkringsgivare hade försökt locka till sig konsumenter som var unga och som följaktligen antogs vara vid god hälsa, genom en strategi med riskurval snarare än genom en kvalitets- och effektivitetsstrategi (fotnot 9 i det angripna beslutet). Kommissionen ansåg därför att det, även om det ännu inte hade kunnat konstateras någon instabilitet på marknaden, inte kunde uteslutas att det förelåg en fara för ett riskurval på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar på grundval av en gemensam prissättning. Det var därför nödvändigt att bevara stabiliteten på denna marknad genom att införa riskutjämningsordningen, vilken garanterade en lämplig fördelning av riskerna på marknaden. På en marknad för privata sjukförsäkringar där prissättningen grundar sig på risken skulle nämligen riskutjämningsordningen inte vara nödvändig (punkterna 50–52 i det angripna beslutet).
- 46 Vad beträffar frågan huruvida riskutjämningsordningen var proportionerlig påpekade kommissionen i huvudsak att en orättvis fördelning av riskerna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna inte automatiskt ledde till att riskutjämningsordningen utlöstes, utan att riskutjämningsordningen inträdde när vissa villkor var uppfyllda och särskilt när vissa procentandelar i fråga om riskskillnad hade uppnåtts. Kommissionen påpekade vidare att riskutjämningsordningen begränsade betalningsöverföringarna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna till en absolut nödvändig nivå för att uppväga skillnaden mellan deras riskprofiler. Kommissionen ansåg att en ordning som innebär att de privata sjukförsäkringsgivarna erhåller ersättning på grund av de kostnader som uppstått för att täcka "dåliga" risker som överstiger genomsnittet på marknaden var absolut nödvändig för att kompensera för de skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som åligger dessa försäkringsgivare, vilka förbjuder dem att fastställa premiernas storlek i förhållande till den försäkrade risken och att inte godta "dåliga" risker.
- 47 Kommissionen påpekade även att inte alla ersättningar från de privata sjukförsäkringsgivarna till försäkringstagarna gav upphov till en utjämning, eftersom det i riskutjämningsordningen föreskrivs ett bestämt tak som motsvarar nivån på de förmåner som majoriteten av försäkringstagarna åtnjuter på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, med undantag för "lyxförmåner". Kommissionen noterade även att det var försäkringsgivarens genomsnittliga kostnader till följd av ersättningskrav som beaktades i riskutjämningsordningen, detta för att förhindra en utjämning av den genomsnittliga kostnaden per kategori försäkringstagare och för att göra det

möjligt för de privata sjukförsäkringsgivarna att behålla de vinster som erhållits tack vare deras egen effektivitet. Slutligen ansåg kommissionen att riskutjämningsordningen begränsade tillämpningen av viktningfaktorn för hälsotillståndet, i syfte att fastställa riskprofilen, till 50 procent av det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapacitet (även kallat marknadserfarenhet), vilket utgjorde en ytterligare garanti för att förmå försäkringsgivarna att främja en minskning av sjukhusvistelsernas längd, tidig upptäckt av sjukdomsfall och en god förvaltning i allmänhet. Kommissionen konstaterade att riskutjämningsordningen följaktligen aldrig helt utjämnade riskskillnaden på marknaden (punkterna 27, 28 och 53–57 i det angripna beslutet).

- 48 Kommissionen drog slutsatsen att även om kompensationen för skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skulle anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, var stödinslaget förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, utan att det inverkar på frågan huruvida det är förenligt med andra gemenskapsrättsliga bestämmelser, i synnerhet tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring, en fråga som skall prövas inom ramen för lämpliga förfaranden (punkterna 60 och 61 i det angripna beslutet).
- 49 Kommissionen underrättade sökandena genom skrivelse av den 2 juni 2003, som svar på sökandenas skrivelse av den 7 maj 2003, om att den ansåg att riskutjämningsordningen inte utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller att den kunde anses vara förenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 86.2 EG.
- 50 Genom skrivelse av den 6 juni 2003 översände kommissionen, på begäran av sökandena, en kopia av det angripna beslutet, vilket de mottog den 11 juni 2003.
- 51 Genom skrivelse av den 23 juli 2003 bekräftade kommissionen för sökandena att det angripna beslutet innebar ett avslag på deras klagomål. Som svar på en annan begäran översände kommissionen till sökandena en förteckning över sju ekonomiska studier som ingetts till stöd för de irländska myndigheternas anmälan, och uppgav att de var ”offentliga”.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 52 Sökandena har, genom ansökan som registrerades vid förstainstansrättens kansli den 20 augusti 2003, väckt förevarande talan. Med tillämpning av artikel 14.1 i förstainstansrättens rättegångsregler beslutade förstainstansrätten att målet skulle tilldelas en avdelning i utökad sammansättning.
- 53 Genom särskild handling, som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag, begärde sökandena, i enlighet med artikel 76a i rättegångsreglerna, att målet skulle handläggas skyndsamt. Genom skrivelse av den 5 september 2003 yttrade sig svaranden över denna begäran. Genom skrivelse av den 23 september 2003 under rättade förstainstansrätten sökandena om sitt beslut att avslå begäran om skyndsamt handläggning.
- 54 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 november, den 12 och den 17 december 2003 ansökte Irland, Konungariket Nederländerna och VHI om att få intervensera till stöd för svarandens yrkanden. Genom beslut av den 3 februari och den 2 april 2004 tillät ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning i utökad sammansättning Irland och Konungariket Nederländerna respektive VHI att intervensera till stöd för svarandens yrkanden.
- 55 Genom skrivelse av den 28 april 2004 invände Irland mot sökandenas begäran om konfidentiell behandling och anmodade förstainstansrätten att tillställa det samtliga handlingar i målet. Genom beslut av den 4 mars 2005 avtog ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning i utökad sammansättning sökandenas begäran om konfidentiell behandling i förhållande till Irland och förordnade att Irland skulle tillställas samtliga handlingar i målet.

- 56 Intervenienterna inkom med sina interventionsinlagor och sökandena inkom med yttranden över dessa inlagor inom de föreskrivna fristerna.
- 57 Genom särskild handling som registrerades vid förstainstansrättens kansli den 22 juni 2005 ingav sökandena en ansökan om interimistiska åtgärder i enlighet med artiklarna 242 EG och 243 EG, vilken registrerades under målnummer T-289/03 R och i vilken det yrkades uppskov med verkställigheten av artikel 1 i det angripna beslutet. Genom skrivelse av den 1 juli 2005 återkallade sökandena sin ansökan om interimistiska åtgärder. Genom beslut av den 12 september 2005 avskrev förstainstansrättens ordförande mål T-289/03 R och förordnade att beslut om rättegångskostnaderna skulle komma att meddelas senare.
- 58 Den 19 januari 2006 ingav sökandena en begäran om att målet skulle behandlas med förtur i enlighet med artikel 55.2 i rättegångsreglerna. Svaranden, Irland och VHI yttrade sig över denna begäran.
- 59 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet och att ge målet förtur i enlighet med artikel 55.2 i rättegångsreglerna samt anmodade, som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, parterna att besvara vissa skriftliga frågor före förhandlingen. Parterna besvarade frågorna inom den föreskrivna fristen.
- 60 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 7 mars 2007.

61 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det angripna beslutet,

- förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna,

- fastslå att Irlands och VHI:s argument avseende artikel 87.1 EG inte kan läggas till grund för prövningen, och

- förplikta intervenienterna att ersätta rättegångskostnaderna.

62 Svaranden och intervenienterna har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och

- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

I — *Upptagande till sakprövning*

A — *Parternas argument*

⁶³ I dupliken har svaranden ifrågasatt att talan kan tas upp till sakprövning på grund av att sökandena inte berörs personligen eller direkt av det angripna beslutet i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG.

⁶⁴ Svaranden har gjort gällande att riskutjämningsordningen är tillämplig på samtliga privata sjukförsäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden och att den följaktligen är tillämplig på objektivt bestämda situationer och medför rättsverkningar endast för en abstrakt angiven personkrets. Som framgår av HIA:s rapport till hälsovårdsministern av den 28 april 2004, vilken överlämnades till kommissionen den 14 maj 2004, och i motsats till påståendet i ansökan om att endast sökandena och VHI omfattas av riskutjämningsordningen, omfattas även en tredje privat sjukförsäkringsgivare av riskutjämningsordningen, nämligen Staff Medical Provident Fund vid Electricity Supply Board (nedan kallad SMPF). Sökandena är därför inte personligen berörda på grund av egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem från alla andra personer (domstolens dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkt 36) och de befinner sig inte heller i en situation som är jämförbar med den situation som föranledde domstolens dom av den 16 maj 1991 i mål C-358/89, Extramet Industrie mot rådet (REG 1991, s. I-2501). Det förhållandet att det vid en viss tidpunkt är möjligt att identifiera dem som troligen drar fördel av riskutjämningsordningen innebär inte på något sätt att ordningen upphör att ha allmän giltighet.

- 65 Svaranden har vidare hävdatt att antagandet av det angripna beslutet inte nödvändigtvis medför en tillämpning av riskutjämningsordningen, eftersom en sådan tillämpning även kräver en rekommendation från HIA och ett godkännande av ministern (förstainstansrättens dom av den 22 november 2001 i mål T-9/98, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie mot kommissionen*, REG 2001, s. II-3367, punkt 51). Vid förhandlingen klargjorde svaranden att sökandena inte direkt berörs av det angripna beslutet, eftersom införandet av riskutjämningsordningen kräver mellanliggande åtgärder som skall vidtas av de irländska myndigheterna och som kan angripas vid nationell domstol.
- 66 Svaranden har, i samband med sitt yttrande rörande den grund som avser att det inte inleddes något formellt granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG, tillagt att det huvudsakliga syftet med talan är att angripa innehållet i det angripna beslutet. Talan kan därför inte tas upp till sakprövning på grundval av att den avser ett yrkande som syftar till att sökandenas processuella rättigheter skall iakttas, i den mening som avses i artikel 88.2 EG, vilket medgavs i domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, *Cook mot kommissionen* (REG 1993, s. I-2487; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-201).
- 67 Sökandena har hävdatt att svarandens invändning om rättegångshinder strider mot artikel 48.2 i rättegångsreglerna, eftersom invändningen åberopades för sent, nämligen i samband med dupliken. Sökandena har vidare erinrat om att utlösandet av riskutjämningsordningen oundvikligen får till följd att BUPA Ireland skall erlägga betalningar till förmån för VHI och att det angripna beslutet antogs i slutet av det preliminära granskningsförfarandet enligt artikel 88.3 EG. Sökandena har emellertid inte bestritt att även SMPF omfattas av riskutjämningsordningen och att SMPF även kan komma att dra fördel av en överföring av medel vid tillämpningen av riskutjämningsordningen.
- 68 Sökandena har dragit slutsatsen att de i enlighet med rättspraxis berörs personligen och direkt av det angripna beslutet. De har tillagt att de till stöd för sin talan även har anfört en grund som avser att det inte inleddes något formellt granskningsförfarande

enligt artikel 88.2 EG och att talan syftar till att säkerställa att deras processuella rättigheter iakttas. De har åberopat förstainstansrättens dom av den 16 mars 2004 i mål T-157/01, *Danske Busvognmænd mot kommissionen* (REG 2004, s. II-917), punkt 41, där förstainstansrätten bekräftade att en sökande kan åberopa vilken ogiltighetsgrund som helst som anges i artikel 230 andra stycket EG, såvitt föremålet för talan är total eller delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

B — Förstainstansrättens bedömning

1. Huruvida invändningen om rättegångshinder kan tas upp till sakprövning

⁶⁹ Sökandena har gjort gällande att invändningen om rättegångshinder åberopades för sent med hänsyn till artikel 48.2 i rättegångsreglerna. Detta argument föranleder förstainstansrätten att påpeka att ett rättegångshinder som avser att sökanden saknar talerätt under alla omständigheter utgör ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas, i den mening som avses i artikel 113 i rättegångsreglerna, som rätten kan pröva ex officio när som helst under förfarandet, oberoende av de grunder och argument som parterna har anfört (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 14 april 2005 i mål T-141/03, *Sniace mot kommissionen*, REG 2005, s. II-1197, punkterna 20–22, och av den 13 september 2006 i mål T-210/02, *British Aggregates mot kommissionen*, REG 2006, s. II-2789, punkt 57). Det har vidare konstaterats att svaranden i dupliken åberopade en ny faktisk omständighet, som Irland informerade den om först den 14 maj 2004, nämligen att en tredje privat sjukförsäkringsgivare, SMPF, också omfattades av skyldigheten att erlägga RES-betalningar.

⁷⁰ Förstainstansrätten skall därför pröva huruvida svarandens invändning om rättegångshinder är befogad.

2. Huruvida invändningen om rättegångshinder är befogad

a) Huruvida sökandena berörs personligen

71 Svaranden har i första hand bestritt att sökandena berörs personligen av det angripna beslutet i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG.

72 Enligt fast rättspraxis kan andra personer än dem som ett beslut är riktat till göra anspråk på att vara personligen berörda endast om beslutet angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem från alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett sådant beslut är riktat till (domstolens dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 197, s. 223, svensk specialutgåva, volym 1, s. 181, domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Cook mot kommissionen, punkt 20, och dom av den 29 april 2004 i mål C-298/00 P, Italien mot kommissionen, REG 2004, s. I-4087, punkt 36). Vad särskilt beträffar kommissionens beslut på området för statligt stöd erinrar förstainstansrätten om att en åtskillnad skall göras, i samband med förfarandet för kontroll av statligt stöd enligt artikel 88 EG, mellan å ena sidan den preliminära fasen av granskning av stöden, vilken anges i artikel 88.3 EG och som enbart syftar till att göra det möjligt för kommissionen att bilda sig en första uppfattning om huruvida stödåtgärden helt eller delvis är förenlig med den gemensamma marknaden, och å andra sidan den granskningsfas som anges i artikel 88.2 EG. Denna granskningsfas syftar till att göra det möjligt för kommissionen att få kunskap om samtliga omständigheter i ärendet och det är först under denna fas som kommissionen enligt EG-fördraget har en skyldighet att ge berörda parter tillfälle att yttra sig (domstolens dom i det ovan i punkt 66 nämnda målet Cook mot kommissionen, punkt 22, samt dom av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993, s. I-3203, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-213, av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 38, och av den 13 december 2005 i mål C-78/03 P, kommissionen mot Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, REG 2005, s. I-10737, punkterna 33 och 34).

73 Då kommissionen, utan att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG, genom beslut med stöd av artikel 88.3 EG fastslår att ett stöd är förenligt med den gemensamma marknaden, kan de personer som åtnjuter dessa garantier vad gäller förfarandet endast göra dessa gällande om de har möjlighet att vid gemenskapsdomstolen väcka talan mot kommissionens beslut (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet *Cook* mot kommissionen, punkt 23, samt domarna i de ovan i punkt 72 nämnda målen *Matra* mot kommissionen, punkt 17, och kommissionen mot *Sytraval* och *Brink's France*, punkt 40). Av dessa skäl kommer gemenskapsdomstolen att ta upp en talan om ogiltigförklaring av ett sådant beslut till prövning som väckts av en berörd part enligt artikel 88.2 EG om den som väckt denna talan gjort detta i syfte att tillvarata de processuella rättigheter som han åtnjuter enligt denna bestämmelse (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet *Cook* mot kommissionen, punkterna 23–26, och domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Matra* mot kommissionen, punkterna 17–20). Således anses personer, företag eller sammanslutningar, vars intressen eventuellt skadas av att ett stöd beviljas, det vill säga särskilt företag som konkurrerar med stödmottagarna samt branschorganisationer, vara berörda i den mening som avses i artikel 88.2 EG. Dessa personer får därför väcka talan om ogiltigförklaring med stöd av artikel 230 fjärde stycket EG (domarna i de ovan i punkt 72 nämnda målen kommissionen mot *Sytraval* och *Brink's France*, punkt 41, och kommissionen mot *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, punkterna 35 och 36).

74 Om sökanden däremot ifrågasätter det beslut som innehåller själva bedömningen av stödet är det inte tillräckligt att sökanden anses vara berörd enligt artikel 88.2 EG för att talan skall kunna prövas. Sökanden måste visa att han har en särskild ställning i den mening som avses i den rättspraxis som följer av domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Plaumann* mot kommissionen. Så är till exempel fallet om sökandens marknadsposition påtagligt påverkas av det stöd som är föremål för prövning i det aktuella beslutet (se domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet kommissionen mot *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

75 I förevarande mål har sökandena i huvudsak ifrågasatt det angripna beslutets laglighet i sak, särskilt genom den första och den andra grunden. Endast den sjätte grunden avser att det inte inleddes något formellt granskningsförfarande och följaktligen åsidosättande av de garantier till skydd för enskilda som föreskrivs i artikel 88.2

EG, vilka sökandena skulle ha kunnat åtnjuta i egenskap av berörda parter. Inom ramen för sistnämnda grund har sökandena även gjort gällande att kommissionen borde ha inlett det formella granskningsförfarandet, eftersom det förelåg tveksamhet i fråga om riskutjämningsordningens förenlighet med den gemensamma marknaden, på grund av ärendets komplexitet i faktiskt och ekonomiskt hänseende.

- 76 Vad först beträffar sökandenas talerätt för göra sina processuella rättigheter gällande har svaranden inte bestritt att sökandena, och särskilt BUPA Ireland i egenskap av VHI:s främste konkurrent på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, utgör berörda parter i den mening som avses i den rättspraxis som nämnts ovan i punkt 69. Det förhållandet att sökandena i detta fall hade möjlighet, efter att de hade ingett klagomålet avseende riskutjämningsordningen år 1999, det vill säga innan kommissionen påbörjade sin utredning av riskutjämningsordningen efter anmälan av Irland år 2003, att göra gällande sina argument redan under det preliminära granskningsförfarandet enligt artikel 88.3 EG kan inte medföra att de fråntas rätten att göra gällande den garanti vad gäller förfarandet som de uttryckligen tillerkänns genom artikel 88.2 EG (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 22 februari 2006 i mål T-34/02, *Le Levant* 001 m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-267, punkterna 94–98). Härav följer att sökandena har talerätt, eftersom deras talan syftar till att göra gällande de processuella rättigheter som följer av artikel 88.2 EG.
- 77 Vad därefter beträffar sökandenas talerätt för att bestrida det angripna beslutet har svaranden felaktigt gjort gällande att sökandena, genom det angripna beslutet, inte särskiljs från alla andra personer, i den mening som avses i den rättspraxis som följer av domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Plaumann*.
- 78 Vad först beträffar BUPA Ireland är det nämligen utrett att, även om riskutjämningsordningen i teorin är avsedd att vara tillämplig på samtliga försäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, BUPA Ireland utgör VHI:s främste konkurrent på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, där VHI har en dominerande ställning, och att tillämpningen av

riskutjämningsordningen till en början med nödvändighet ger upphov till RES-betalningar från BUPA Ireland endast till förmån för VHI genom en fond som förvaltas av HIA. Under dessa omständigheter påverkar det angripna beslutet inte bara BUPA Irelands konkurrensställning på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar påtagligt, utan det angripna beslutet riktar sig vid antagandet även till BUPA Ireland såsom ensam nettobidragsgivare till den fond som inrättats för riskutjämningsordningen. I det avseendet kan förstainstansrätten inte godta svarandens argument att den personkrets som berörs av riskutjämningsordningen, och följaktligen det angripna beslutets tillämpningsområde, även omfattar SMPF, särskilt som det inte har gjorts gällande att detta förhållande kan minska den börda som åligger BUPA Ireland i egenskap av ensam nettobidragsgivare. Det skall tilläggas att det var på grund av farhågorna för en sådan påtaglig påverkan på dess konkurrensställning, eller för att bolaget rent av skulle behöva lämna den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, som BUPA Ireland ingav ett klagomål till kommissionen. Av samma skäl var BUPA Ireland den enda berörda tredje part som aktivt deltog, efter en cirka tre år lång tvist, i det förfarande som ledde till antagandet av det angripna beslutet, vars innehåll BUPA Ireland, i vart fall delvis, bestämde (se bland annat punkterna 33–35 och 42–49 i det angripna beslutet).

79 Mot bakgrund av det ovan anförda finner förstainstansrätten att BUPA Ireland således har styrkt att det föreligger en rad omständigheter som innebär att bolaget befinner sig i en speciell situation som gör att bolaget, vad avser det angripna beslutet, särskiljer sig från övriga ekonomiska aktörer (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 64 nämnda målet Extramet Industrie mot rådet, punkt 17). Härav följer att det angripna beslutet försätter BUPA Ireland i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som beslutet är riktat till.

80 Vad därefter beträffar frågan huruvida den första och den andra sökanden berörs personligen räcker det att konstatera att det som anförts ovan i punkterna 78 och 79 gäller i tillämpliga delar, eftersom dessa sökande, vid den tidpunkt då ansökan ingavs i förevarande mål och ännu i dag, tillsammans med BUPA Ireland ingår i en företagskoncern. Inom denna företagskoncern har den första sökanden, BUPA United Provident Association Ltd, fullständig kontroll över sina dotterbolag BUPA Insurance Ltd (den andra sökanden) och BUPA Ireland (den tredje sökanden) (se analogt förstainstansrättens dom av den 22 april 1999 i mål T-112/97, Monsanto mot kommissionen, REG 1999, s. II-1277, punkterna 57 och 58, vilka punkter inte omfattades av det överklagande som ledde till domstolens dom av den 8 januari 2002 i mål C-248/99 P, Frankrike mot Monsanto och kommissionen, REG 2002, s. I-1).

b) Huruvida sökandena berörs direkt

- 81 Vad beträffar frågan huruvida sökandena berörs direkt, vilken har väckts av svaranden, följer det av fast rättspraxis att den angripna åtgärden skall direkt inverka på den berörda partens rättsliga ställning och dess genomförande skall ha en rent automatisk karaktär och endast åtgärder på gemenskapslagstiftningen utan att några mellanliggande rättsakter behöver tillämpas. Detsamma gäller i fråga om ett beslut om att tillåta stöd när möjligheten för de nationella myndigheterna att besluta att inte bevilja det stöd som tillåtits genom kommissionens angripna beslut är rent teoretisk och det inte råder något tvivel om att myndigheterna har för avsikt att agera i överensstämmelse med beslutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 65 nämnda målet *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie mot kommissionen*, punkterna 47 et 48, av den 27 april 1995 i mål T-435/93, ASPEC m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-1281, punkterna 60 och 61, och i mål T-442/93, AAC m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-1329, punkterna 45 och 46; se även domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-386/96 P, *Dreyfus mot kommissionen*, REG 1998, s. I-2309, punkterna 43 och 44).
- 82 I förevarande fall framgår det av de händelser som föregick antagandet av det angripna beslutet, särskilt de åtgärder som vidtogs till följd av avregleringen av den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, däribland inrättandet av HIA (se punkt 18 och följande punkter ovan), att de irländska myndigheterna var fast beslutna att införa riskutjämningsordningen. Bestämmelserna i riskutjämningsordningen hade diskuterats på nytt och omarbetats vid flera tillfällen, och de enda obesvarade frågorna var det exakta datum då riskutjämningsordningen skulle börja att tillämpas och då RES-betalningarna skulle påbörjas samt att fastställa storleken på dessa betalningar. Vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet var följaktligen möjligheten för de irländska myndigheterna att besluta att inte införa riskutjämningsordningen rent teoretisk, och förseningen med att införa riskutjämningsordningen berodde endast på att sökandena hade väckt talan vid High Court avseende tillämpningsåtgärderna i den relevanta nationella lagstiftningen.
- 83 Följaktligen kan förstainstansrätten inte godta svarandens argument att antagandet av det angripna beslutet inte nödvändigtvis medförde en tillämpning av riskutjämningsordningen, eftersom de irländska myndigheterna måste vidta vissa mellanliggande åtgärder mot vilka talan kan väckas.

84 Härav följer att sökandena berörs direkt och personligen av det angripna beslutet, i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG, och att talan därför i sin helhet kan tas upp till sakprövning.

85 Följaktligen skall svarandens invändning om rättegångshinder lämnas utan bifall.

II — *Prövning i sak*

A — *Inledande anmärkningar*

86 Sökandena har åberopat sju grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser att artikel 87.1 EG har tillämpats felaktigt. Den andra grunden avser att artikel 86.2 EG har tillämpats felaktigt. Den tredje grunden avser att det skett en felaktig rättstillämpning genom underlåtenheten att göra en prövning av riskutjämningsordningens lagenlighet med avseende på artikel 86.1 EG, jämförd med artikel 82 EG. Den fjärde grunden avser att det skett en felaktig rättstillämpning genom underlåtenheten att göra en prövning av riskutjämningsordningens lagenlighet med avseende på artiklarna 43 EG och 49 EG. Den femte grunden avser att det skett en felaktig rättstillämpning och att motiveringen är bristfällig till följd av underlåtenheten att göra en lämplig prövning av riskutjämningsordningens lagenlighet med avseende på tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring. Den sjätte grunden avser att kommissionen på ett rättsstridigt sätt avstod från att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG. Den sjunde grunden avser att motiveringskyldigheten enligt artikel 253 EG har åsidosatts.

87 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att de argument som parterna har anfört inom ramen för den första och den andra grunden i mycket stor utsträckning överlappar varandra. Argumenten avser särskilt frågan huruvida det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse och huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig för att fullgöra detta uppdrag samt huruvida riskutjämningsordningen är proportionerlig. Förstainstansrätten kommer därför först att återge innehållet i samtliga dessa argument, för att därefter beakta dessa på ett ändamålsenligt sätt i samband med prövningen av dessa två grunder.

B — *Den första och den andra grunden*

1. Parternas argument

a) Den grund som avser att artikel 87.1 EG har tillämpats felaktigt

i) Sökandenas argument

1) Allmänna anmärkningar

88 Sökandena har inledningsvis uppgett att de genom den första grunden ifrågasätter artikel 1 i det angripna beslutet, där det anges att riskutjämningsordningen ”inte [utgör] statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 [EG]”. De har framhållit att svaranden inte har anfört några argument mot denna grund, vilket medför att det angripna beslutet bör ogiltigförklaras enbart av det skälet.

89 Sökandena har tillagt att kommissionen med rätta uppgav i punkt 39 i det angripna beslutet att riskutjämningsordningen i princip uppfyller kriterierna i artikel 87.1 EG och att den därför kan anses utgöra statligt stöd. I punkterna 61 och 62 i beslutet slog dock kommissionen felaktigt fast att riskutjämningsordningen likväl inte utgjorde statligt stöd, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, på grund av att riskutjämningsordningen innebär att det utgår ersättning för skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I förevarande fall är dock de villkor som domstolen har uppställt (domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring, punkt 27, och domstolens dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, REG 2003, s. I-7747, nedan kallad domen i målet Altmark, punkterna 87–93) för ersättning för skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte uppfyllda. I domen i målet Altmark slog domstolen särskilt fast att en statlig åtgärd inte omfattas av artikel 87.1 EG i den mån som åtgärden skall anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som de mottagande företagen har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, när åtgärden i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag (domen i det ovannämnda målet Altmark, punkt 87). Enligt domstolen krävs dessutom att fyra kumulativa villkor är uppfyllda (domen i det ovannämnda målet Altmark, punkterna 88–93), vilka inte är uppfyllda i förevarande fall.

90 Sökandena anser i det avseendet att svarandens försök att undvika en ogiltigförklaring av det angripna beslutet genom att endast grunda sig på artikel 86.2 EG inte kan godtas, eftersom det i artikeldelen i beslutet inte hänvisas till artikel 86.2 EG och eftersom motiveringen i det avseendet, i punkt 61 i beslutet, inte är tillräcklig. Även om villkoren för att tillämpa artikel 86.2 EG motsvarar villkoren för att tillämpa artikel 87.1 EG, vilket svaranden inte har bestritt, kan svarandens argument inte godtas, eftersom det under alla omständigheter inte har visats att det föreligger en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som motiverar riskutjämningsordningen och att riskutjämningsordningen är proportionerlig i den mening som avses i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark och i artikel 86.2 EG.

91 I det sammanhanget har sökandena vidare hävdats att Irland och VHI, till skillnad från svaranden och Konungariket Nederländerna, har försökt att försvara det angripna beslutets lagenlighet genom att göra gällande att villkoren i domen i det ovan i

punkt 89 nämnda målet Altmark är uppfyllda. Enligt artikel 116.3 i rättegångsreglerna måste dock intervenienterna godta målet sådant det föreligger vid tidpunkten för deras intervention, så att de inte kan ändra tvistens ram (förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1997 i mål T-243/94, British Steel mot kommissionen, REG 1997, s. II-1887, punkt 70), såsom den har definierats i sökandenas och svarandens inlagor. Eftersom svaranden har avstått från att åberopa argument rörande artikel 87.1 EG avsåg tvistens ram, vid tidpunkten för interventionen, endast artikel 86.2 EG. Enligt sökandena följer härav att Irlands och VHI:s argument rörande artikel 87.1 EG inte kan läggas till grund för prövningen.

- 92 Sökandena anser att bristerna i resonemanget i det angripna beslutet under alla omständigheter inte kan åtgärdas under förfarandet och med retroaktiv verkan, genom nya faktiska och rättsliga omständigheter som åberopas av intervenienterna (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval mot kommissionen, REG 2002, s. II-4381, punkterna 255, 271 och 282, och generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i de förenade målen C-15/98 och C-105/99, Italien och Sardegna Lines mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 19 oktober 2000, REG 2000, s. I-8855, s. I-8894, punkt 70). Irlands och VHI:s argument saknar hur som helst grund och kan därför inte godtas.
- 93 Vad slutligen beträffar Irlands interventionsinlaga har sökandena hävdatt att mot bakgrund av artikel 116.4 b i rättegångsreglerna och rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkterna 31 och 34) kan de argument i sak som anges i bilagorna 4, 7, 9 och 10 till denna inlaga endast läggas till grund för prövningen om de har åberopats i själva interventionsinlagan.
- 94 Sökandena har framhållit att de fyra kumulativa villkoren i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllda i förevarande fall såvitt avser riskutjämningsordningen. Kommissionen underlät för övrigt helt att pröva det andra, det tredje och det fjärde villkoret, efter att ha godtagit de irländska myndigheternas ståndpunkt såvitt avser det första villkoret utan att göra någon egen bedömning.

2) Det första villkoret, vilket avser att skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse faktiskt skall föreligga och vara klart definierade

- 95 Sökandena har erinrat om det första villkor som domstolen uppställde i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 89), nämligen att det mottagande företaget faktiskt skall ha ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och att dessa skyldigheter skall vara klart definierade.
- 96 Särskilt på grund av det nära sambandet mellan artikel 87.1 EG och artikel 86.2 EG anser sökandena att begreppet skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som domstolen använde motsvarar begreppet skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring, punkterna 51 och 60, och generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-126/01, GEMO, där domstolen meddelade dom den 20 november 2003, REG 2003, s. I-13769, s. I-13772). Enligt sökandena har kommissionen själv medgett i det angripna beslutet att de båda begreppen motsvarar varandra. Vidare har kommissionen offentligt förklarat att dessa båda begrepp syftar på tjänster som har vissa särdrag, som tillgodoser allmänhetens behov (rapport från kommissionen om läget när det gäller arbetet med riktlinjerna för statligt stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, avsnitt 2), som inte gynnar särskilda kategorier av användare (kommissionens icke-officiella dokument rörande tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd av den 12 november 2002, s. 21) och som följaktligen har följande gemensamma inslag: samhällsomfattande tjänster, kontinuitet, tjänsternas kvalitet, överkomliga priser, användar- och konsumentskydd (kommissionens grönbok om tjänster i allmänhetens intresse av den 21 maj 2003, KOM(2003) 270 slutlig, punkt 49).
- 97 Enligt sökandena förutsätter ovannämnda villkor, med hänsyn till rättspraxis rörande skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, ett ytterligare väsentligt särdrag, nämligen att det skall vara obligatoriskt att tillhandahålla tjänsten som en samhällsomfattande tjänst (domstolens dom av den 14 juli 1981 i mål 172/80, Züchner, REG 1981, s. 2021, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 6, s. 181, av den 10 december 1991 i mål C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, REG 1991, s. I-5889, punkt 27, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-507, av den 27 april 1994 i mål C-393/92, *Almelo*, REG 1994, s. I-1477, punkt 48, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-89, av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, *GT-Link*, REG 1997, s. I-4449, och av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, *Corsica Ferries France*, REG 1998, s. I-3949, punkt 45).

98 Med hänsyn till den särskilda och begränsade definitionen av begreppet skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, har sökandena vidare hävdad att även om alla nationella bestämmelser varigenom ett företag åläggs skyldigheter skulle kunna anses ha antagits med hänsyn till allmänintresset medför det dock inte att samtliga sådana skyldigheter utgör skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strikt bemärkelse, för vars utförande staten är berättigad att ersätta de berörda företagen. I enlighet med rättspraxis och kommissionens beslutspraxis skall det nämligen göras åtskillnad mellan, å ena sidan, inrättandet av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och, å andra sidan, tillsynen och regleringen av företagets verksamheter (domstolens dom av den 2 mars 1983 i mål 7/82, GVL mot kommissionen, REG 1983, s. 483, punkterna 31 och 32, svensk specialutgåva, volym 7, s. 49, och av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM, REG 1991, s. I-5941, punkt 22, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-519, kommissionens beslut 97/606/EG av den 26 juni 1997 enligt artikel [86.3 EG] om exklusiv rätt att sända TV-reklam i Flandern, EGT L 244, s. 18, skäl 14, samt förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mot kommissionen, REG 1999, s. II-2329). Om så inte var fallet och om medlemsstaterna inte var skyldiga att iaktta denna precisa och begränsade definition av begreppet skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, anser sökandena att medlemsstaterna skulle kunna kringgå en tillämpning av artikel 87.1 EG genom att utge ersättning för alla slags skyldigheter som företagen åläggs med hänsyn till allmänintresset.

99 Sökandena har påpekat att begreppet skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är ett gemenskapsrättsligt begrepp som skall tolkas objektivt på samma sätt som begreppet statligt stöd, i den mening som avses i artikel 87.1 EG, vilket det utgör en del av (domstolens dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen, REG 1974, s. 709, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 2, s. 321, och av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen, REG 2000, s. I-3271, punkt 25, samt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovan i punkt 96 nämnda målet GEMO, punkt 73). Detta bekräftas av rättspraxis, enligt vilken begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, i den mening som avses i artikel 86.2 EG, skall tolkas restriktivt (domstolens dom i det ovan i punkt 97 nämnda målet GT-Link, punkt 50, och av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699, punkt 37) för att förhindra att medlemsstaterna lätt skulle kunna undgå en tillämpning av bestämmelserna rörande statligt stöd.

100 Det står medlemsstaten fritt, vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning, att bestämma hur den avser att säkerställa och reglera tillhandahållandet av

en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (rapport från kommissionen om läget när det gäller arbetet med riktlinjerna för statligt stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, avsnitt 4.1, och kommissionens beslut SG (99) D/10201 av den 14 december 1999 om statligt stöd NN 88/98 – Förenade kungariket), medan däremot kvalificeringen som en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är underkastad en fullständig prövning av gemenskapsinstitutionerna (domstolens dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen, REG 1985, s. 873, punkt 30; svensk specialutgåva, volym 8, s. 131).

- 101 I det avseendet har sökandena bestritt svarandens och intervenienternas påståenden om att begreppet skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och dess tillämpning endast är underkastade en prövning av huruvida det föreligger uppenbara fel, och att definitionen av begreppets räckvidd i huvudsak omfattas av medlemsstaternas befogenhet att företa skönsmässig bedömning. Den rättspraxis som intervenienterna har åberopat (domstolens dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany, REG 1999, s. I-5751, punkt 104, och förstainstansrättens dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-229, punkt 137) bekräftar tvärtom sökandenas ståndpunkt. Slutligen har sökandena gjort gällande att intervenienterna inte har åberopat något argument som kan sätta i fråga den gemenskapsrättsliga definitionen av begreppet skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.
- 102 Sökandena anser att det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllt i förevarande fall på grund av att det inte föreligger några skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är kopplade till riskutjämningsordningen. Kommissionens motsatta bedömning i punkt 49 i det angripna beslutet är felaktig i två avseenden.
- 103 Kommissionen gjorde nämligen inte någon bedömning av frågan huruvida de skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som åberopades av de irländska myndigheterna, nämligen kraven på fri anslutning, gemensam prissättning, livslångt skydd och minimiförmåner (nedan kallade de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar), faktiskt och objektivt utgjorde skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I själva verket undvek kommissionen denna fråga genom att felaktigt anse att den omfattades av de irländska myndigheternas behörighet och att dess kontroll var begränsad till

uppenbara felaktigheter som begåtts av dessa myndigheter vid utövandet av denna behörighet. Genom att förfara på detta sätt åsidosatte kommissionen kravet på en restriktiv och objektiv gemenskapsrättslig definition av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och överlämnade på ett rättsstridigt sätt behörigheten att definiera vad som utgör sådana skyldigheter till de irländska myndigheterna. Följaktligen har kommissionen inte gjort en kontroll i den utsträckning som krävs enligt artikel 87.1 EG.

104 Sökandena har vidare hävdad att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar av nedan angivna skäl inte kan anses utgöra någon skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

105 För det första motsvarar de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, i enlighet med rättspraxis och kommissionens beslutspraxis, endast de normala lagstadgade skyldigheter som hänger samman med tillstånd att tillhandahålla en tjänst och med offentliga myndigheters tillsyn över de berörda aktörernas verksamhet. Enligt de aktuella bestämmelserna åläggs nämligen inte de berörda aktörerna någon skyldighet att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster, och det föreskrivs inte heller någon miniminivå för dessa tjänster eller en samhällsomfattande tjänst. Det är endast fråga om ett tillstånd att tillhandahålla sådana tjänster i enlighet med efterfrågan på marknaden, på villkor att den berörda aktören iakttar principerna om fri anslutning, livslångt skydd, gemensam prissättning och minimiförmåner. Detta gäller även VHI, vilken – frånsett plan P – inte omfattas av någon lagstadgad skyldighet att tillhandahålla särskilda privata sjukförsäkringstjänster.

106 För det andra är det uppenbart att kommissionens konstaterande, enligt vilket de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar syftar till att säkerställa en viss nivå på privata sjukförsäkringstjänster för alla personer som bor i Irland till rimliga kostnader och på en jämförbar kvalitetsnivå, är felaktigt, med hänsyn till möjligheten att utestänga äldre personer och redan sjuka personer från privata sjukförsäkringstjänster. Kommissionens påstående om att regeln om fri anslutning förhindrar att sådana personer utestängs är felaktigt i det avseendet. Tvärtom har de privata sjukförsäkringsgivarna rätt att utestänga de personer som är äldre än 65 år, det vill säga cirka 8 procent av den irländska befolkningen, som vill ansluta sig för första gången (punkt 34 tredje strecksatsen i det angripna beslutet), och i praktiken erbjuder inte VHI och BUPA Irland försäkringar till sådana personer. Vad

beträffar personer som redan är sjuka har de privata sjukförsäkringssgivarna vidare rätt att begränsa försäkringsskyddet genom att uppställa en karenstid på fem till tio år, beroende på de berörda personernas ålder, innan dessa kan dra fördel av försäkringsskyddet. Både VHI – med undantag för plan P – och BUPA Ireland utnyttjar denna möjlighet i praktiken. Slutligen visar aktuella siffror att cirka 49 procent av den irländska befolkningen inte omfattas av privata sjukförsäkringstjänster. I reglerna om minimiförmåner föreskrivs dessutom en nivå på försäkringsskyddet som är så låg att reglerna i praktiken är till föga nytta, eftersom nivån i de minst omfattande försäkringar som finns på marknaden, såsom VHI:s försäkring som kallas ”plan A”, i mycket stor utsträckning överskrider denna nivå.

107 För det tredje har sökandena bestritt att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar säkerställer enhetligt överkomliga priser. Även för de personer som har tillgång till dessa tjänster och som således kan dra fördel av den gemensamma prissättningen fastställs priserna, med undantag för priserna för plan P, utslutande av marknadskrafterna. Befrielse från eller betydande sänkningar av premierna är således tillåtna, särskilt för personer som är yngre än 18 år eller som är mellan 18 och 23 år. Den gemensamma prissättningen gör det således endast möjligt att standardisera priser som fritt fastställts av försäkringssgivarna med hänsyn till marknadsvillkoren.

108 För det fjärde har de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar under alla omständigheter inte karaktären av en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. De aktuella privata sjukförsäkringstjänsterna motsvarar ingalunda en samhällsomfattande tjänst som inrättats med hänsyn till allmänintresset, såsom en tjänst som ersätter det allmänna systemet för social trygghet, utan de utgör endast valfria finansiella tjänster som är avsedda att säkerställa ett kompletterande eller ytterligare försäkringsskydd i förhållande till de samhällsomfattande tjänsterna. I det avseendet skall det göras åtskillnad mellan förevarande mål och den situation som föranledde domstolens dom av den 16 mars 2004 i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, AOK-Bundesverband m.fl. (REG 2004, s. I-2493), rörande det tyska sjukförsäkringssystemet, vilket är obligatoriskt för det stora flertalet tyska arbetstagare och vilket ersätter tillhandahållandet av samhällsomfattande (offentlig) hälsovård (generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i de ovan nämnda förenade målen AOK-Bundesverband m.fl. och domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany). Sökandena har tillagt att förevarande

mål snarare motsvarar den situation som föranledde domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Danske Busvognmænd mot kommissionen (punkterna 90–92), i vilken förstainstansrätten inte godtog att en transporttjänst betecknades som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, på grund av att den aktuella transportverksamheten var öppen för konkurrens mellan de olika transportföretag som var verksamma på marknaden och som alla befann sig i samma situation.

109 I det avseendet har sökandena bestritt svarandens ståndpunkt, vilken i huvudsak har gjorts gällande i svaromålet (punkterna 13 och 35–43) och inte i det angripna beslutet, enligt vilken det är tillhandahållandet av de privata sjukförsäkringstjänsterna – snarare än de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar – som utgör det verkliga uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse och enligt vilken den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar inte skulle kunna fungera på ekonomiskt godtagbara villkor utan riskutjämningsordningen. Så är nämligen inte fallet på grund av att det inte föreligger någon skyldighet för BUPA Ireland eller VHI att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster, med undantag för plan P. I själva verket avser det angripna beslutet endast genomförandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vilka i beslutet felaktigt har betecknats som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Privata sjukförsäkringstjänster ger visserligen, i egenskap av valfria finansiella tjänster, ett försäkringsskydd som säkerställer snabbare och bättre tillgång till hälsovård, men de är inte nödvändiga utan är, såsom Europeiska försäkringskommittén har påpekat, frivilliga och inte ett substitut för det allmänna systemet. Om kommissionen likväl hade velat slå fast att de bestämmelser som reglerar privata sjukförsäkringstjänster i sig utgjorde skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket är en irrelevant fråga i förevarande mål, borde den ha visat att dessa bestämmelser hade karaktär av en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket den dock inte gjorde.

110 Svarandens försök i dupliken att avhjälpa sitt motstridiga synsätt genom att hävda att det faktiskt är tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster i sig, eller en kombination av dessa och de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, som utgör den relevanta tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse kan enligt sökandena inte godtas. De enda skyldigheter som definieras i det angripna beslutet, och som anses utgöra skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är tillämpliga på samtliga privata sjukförsäkringsgivare och vars kostnader kan ersättas i den mening som avses i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, är de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, och inte de privata sjukförsäkringstjänsterna i sig som ingen försäkringsgivare är skyldig att tillhandahålla. Denna ståndpunkt stöds för övrigt även av VHI och Irland.

111 Vid förhandlingen tillade sökandena slutligen att kommissionen, såsom bekräftas av High Courts dom, grundade sitt resonemang i det angripna beslutet på en felaktig tolkning av principen om gemensam prissättning och följaktligen på irrelevanta omständigheter. Kommissionen hänvisade nämligen endast till skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning med avseende på individuella privata sjukförsäkringsavtal i den mening som avses i artikel 7 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse, trots att den av Irland anförda motiveringen till stöd för att den ersättning som föreskrivs i riskutjämningsordningen var nödvändig bestod i att principen om gemensam prissättning var tillämplig på hela den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar i den mening som avses i artikel 12 i nämnda lagstiftning.

3) Det andra villkoret, vilket avser de objektiva och öppna kriterierna för att beräkna ersättningen

112 Sökandena har erinrat om det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 90), enligt vilket de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas skall vara fastställda i förväg på ett objektiva och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag. Enligt sökandena utgör det en väsentlig garanti för det mottagande företagets konkurrenter att ersättningen fastställs på grundval av restriktiva, öppna, objektiva och i förväg fastställda kriterier, vilket gör det möjligt för dem att bättre planera sina affärsmässiga beslut med kännedom om storleken på den ersättning som konkurrenten kommer att erhålla (domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, punkt 59).

113 Sökandena har hävdade att inte heller det andra villkoret är uppfyllt i förevarande fall, eftersom det saknas objektiva kriterier för att beräkna ersättningen för de påstådda skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt sökandena är de kriterier som valdes för att fastställa RES-betalningarna varken objektiva eller öppna, utan avhängiga av att HIA och hälsovårdsministern använder sig av ett omfattande utrymme för skönsässig bedömning.

- 114 För det första har HIA ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av riskskillnaden mellan de privata sjukförsäkringsgivarna på grundval av den metod som kallas ”marknadsutjämningsprocentsats”, vilket kan inverka på storleken på RES-betalningarna. Denna procentsats skall först fastställas utifrån försäkringstagarnas ålders- och könsprofil hos varje privat sjukförsäkringsgivare, men HIA kan justera den med beaktande av i vilken omfattning försäkringstagarna faktiskt har utnyttjat vårdtjänster (artikel 10 i RES, RES-handledningen, s. 14). Denna viktningfaktor för hälsotillståndet definieras i RES som en procentsats som HIA ”emellanåt får fastställa” (bilaga II till RES, punkt 1) och som kan uppgå till 0–50 procent. Kommissionen har dessutom uttryckligen medgett att HIA ”har befogenhet att avgöra i vilken utsträckning denna faktor skall beaktas, inom de gränser som de föreskrivna kriterierna utgör, förutsatt att HIA har visat att det är motiverat med hänsyn till omständigheter hänförliga till skillnaderna i riskprofiler mellan de privata sjukförsäkringsgivarna och att det ligger i försäkringsbolagens intresse”.
- 115 För det andra är HIA skyldig att underrätta hälsovårdsministern om denna riskskillnad, samtidigt som den har befogenhet att rekommendera att riskutjämnningen skall påbörjas, för det fall riskskillnaden uppgår till mellan 2 och 10 procent (artikel 10.4 i RES). Även kommissionen har uttryckligen medgett att denna befogenhet att företa skönsmässig bedömning föreligger. För det tredje har hälsovårdsministern utrymme för skönsmässig bedömning att bestämma huruvida en sådan rekommendation från HIA, vilken grundar sig på en riskskillnad på mellan 2 och 10 procent, skall följas. Även när riskskillnaden överstiger 10 procent och riskutjämnningen i princip skall utlösas, kan hälsovårdsministern fortfarande utöva sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning genom att undersöka huruvida det föreligger goda skäl för att inte utlösa riskutjämnningen (artikel 10.6 och 10.7 i RES). För det fjärde, vid beslut om att riskutjämningsordningen skall utlösas, skall även fastställandet av dagen för införandet av RES-betalningarna bestämmas genom ett skönsmässigt beslut av hälsovårdsministern (artikel 13 i RES). För det femte skall beräkningen av RES-betalningarnas göras skönsmässigt av HIA på grundval av försäkringsgivarnas kompletterande rapporter och med beaktande av riskskillnaden eller ”marknadsutjämningsprocentsatsen”, vilken i förekommande fall bestäms efter tillämpning av viktningfaktorn för hälsotillståndet.

116 Sökandena har av det ovan anförda dragit slutsatsen att beslutet om att utlösa riskutjämningsordningen och om fastställande av storleken på de RES-betalningar som skall erläggas inte grundar sig på objektiva och öppna kriterier i den mening som avses i det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, utan i stor utsträckning är avhängigt de irländska myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning. Detta bekräftas av de tre rapporter som antagits av HIA sedan år 2003, i vilka HIA konstaterade riskskillnader på mellan 3 och 10 procent och drog slutsatsen att det inte fanns bevis som styrkte en tidigare eller nära förestående instabilitet på marknaden. Av skäl som sökandena inte känner till rekommenderades det likväl i den tredje rapporten att RES-betalningarna skulle införas. I motsats till vad Irland och VHI anser kan denna bristande objektivitet och öppenhet inte avhjälpas genom att kriterierna för riskutjämningsordningens funktion var ”klart angivna” och hade offentliggjorts i förväg, eftersom dessa kriterier i sig innehåller flera skönsmässiga kriterier. I avsaknad av objektiva kriterier avseende obalansen på marknaden kunde HIA och hälsovårdsministern i själva verket grunda sina bedömningar på andra omständigheter, vilket det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark just syftar till att förhindra.

4) Det tredje villkoret, vilket avser att ersättningen skall vara absolut nödvändig

117 Sökandena har erinrat om det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 92), enligt vilket ersättningen inte får överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter. Enligt sökandena innebär detta villkor ett krav på att ersättningen skall vara absolut nödvändig för att fullgöra de aktuella skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovan i punkt 96 nämnda målet GEMO, punkt 119). Detta förutsätter åtminstone att de relevanta skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse identifieras, att de kostnader som är hänförliga till dessa skyldigheter identifieras, liksom de fasta och rörliga kostnaderna, och att de allmänna utgifterna fördelas på ett lämpligt sätt på skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, att det mottagande företags intäkter från fullgörandet av dessa skyldigheter fastställs, att en rimlig vinst fastställs för fullgörandet

av skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och slutligen en garanti för att vinsten till följd av stödet inte överstiger de ytterligare kostnader som är hänförliga till skyldigheten att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, med beaktande av relevanta intäkter och en rimlig vinst.

118 Sökandena anser att inte heller detta villkor, vilket motsvarar proportionalitetskriteriet enligt artikel 86.2 EG, är uppfyllt i förevarande fall. Kommissionen undersökte inte de relevanta uppgifter som avses i punkt 117 ovan, vilket utgör en felaktig rättstillämpning och ett fel som påverkar motiveringen i det angripna beslutet i fråga om tillämpningen av proportionalitetskriteriet. Med hänsyn till att kommissionen inte har någon befogenhet att företa skönsmässig bedömning vid tillämpningen av artikel 87 EG kan svaranden inte med framgång åberopa förstainstansrättens dom av den 1 december 1999 i de förenade målen T-125/96 och T-152/96, Boehringer mot rådet och kommissionen (REG 1999, s. II-3427), vilken avser den begränsade kontrollen av gemenskapslagstiftarens befogenhet att företa skönsmässig bedömning inom den gemensamma jordbrukspolitik.

119 Även om kommissionen hade gjort en sådan undersökning uppfyller riskutjämningsordningen under alla omständigheter inte villkoret att ersättningen skall vara absolut nödvändig av huvudsakligen tre skäl.

120 För det första, även om det antas att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, i vart fall delvis, kan betecknas som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, medför de inte någon ekonomisk börda för de privata sjukförsäkringsgivarna, däribland VHI. Enligt sökandena framgår det av avsnitt 3 i rapporten från konsultföretaget NERA, vilken ingetts som bilaga till ansökan (nedan kallad NERA-rapporten), att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar inte hindrar de privata sjukförsäkringsgivarna från att säkra sin lönsamhet, särskilt genom affärsmässiga åtgärder. De kan således skydda sig mot "dåliga" risker genom att inte godta nya försäkringstagare som är äldre än 65 år eller genom att uppställa långa karenstider för sjuka personer. På samma sätt kan de privata sjukförsäkringsgivarna anpassa avtalsvillkoren och tillämpa olika försäkringspremier för att beakta de varierande risker som de måste godta enligt de skyldigheter

som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Följaktligen kan de privata sjukförsäkringsgivarna dela upp marknaden i segment med hänsyn till den försäkrade risken och kompensera de högre kostnader som hänger samman med ”dåliga” risker genom högre premier.

- 121 För det andra, även om det antas att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar medför kostnader, kan riskutjämningsordningen inte kompensera dessa. RES-betalningarna saknar helt samband med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och de kostnader som dessa eventuellt skulle kunna medföra, utan beräknas på grundval av riskskillnaden mellan de privata sjukförsäkringsgivarna, vilken mäts genom ”marknadsutjämningsprocentsatsen”. Fastställandet av denna riskskillnad är inte heller avhängig av en beräkning av de kostnader som orsakats av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och som riskutjämningsordningen är avsedd att kompensera. En sådan beräkning skulle bland annat förutsätta att de nämnda kostnaderna särskildes från de kostnader som följer av annan verksamhet och att dessa kvantifierades, att de relevanta intäkterna uppskattades och att en rimlig vinst beräknades. Sökandena har angett att svarandens argument i svaromålet bekräftar att riskutjämningsordningen i själva verket är avsedd att kompensera kostnaden för tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster som sådana. Med hänsyn till det angripna beslutet utgör de sistnämnda tjänsterna under alla omständigheter inte tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Ett abstrakt samband mellan de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och varje privat sjukförsäkringsgivares kostnader räcker inte och uppfyller inte kravet på en strikt begränsning av riskutjämningsordningen till eventuella (klart kvantifierade) kostnader som uppstått genom de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Irlands argument, enligt vilket den särskilda ekonomiska börda som hänger samman med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar skulle kunna bestå av ”skillnaden mellan det gemensamma priset på marknaden och den kostnad som är hänförlig till försäkringsgivarens egna ersättningskrav”, kan slutligen inte godtas, särskilt med hänsyn till att det saknas ett samband med de faktiska kostnader som uppstår vid reglering av ersättningskrav.

- 122 För det tredje kan riskutjämningsordningen inte kompensera de privata sjukförsäkringsgivarnas ”dåliga” risker. Som anges i avsnitt 4.2 i NERA-rapporten tar tvärtom riskutjämningsordningen inte hänsyn till den privata sjukförsäkringsgivarens premier och intäkter. Därigenom bortser riskutjämningsordningen från att kostnaderna för ytterligare ersättningskrav från högrisk kunder faktiskt kompenseras av högre premier. Utan beaktande av dessa intäkter är det inte möjligt att bedöma huruvida de ”dåliga” riskerna medför en ekonomisk nettobörda för den privata sjukförsäkringsgivaren som bör kompenseras.

5) Det femte villkoret, vilket avser jämförelsen med ett effektivt företag

123 Slutligen har sökandena erinrat om det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 93), enligt vilket, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, storleken på den nödvändiga ersättningen skall fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat för att fullgöra den allmänna skyldighet som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av skyldigheten. Sökandena har påpekat att detta villkor i huvudsak innebär att storleken på ersättningen, när det inte har skett ett offentligt upphandlingsförfarande, skall fastställas, enligt de kriterier som angetts i punkt 117 ovan, med hänvisning till vad som skulle ha krävts av ett (hypotetiskt) effektivt företag snarare än med hänvisning till ett visst företags konkreta kostnader. Denna beräkning avseende det mottagande företaget måste dessutom åtföljas av en jämförelse med kostnaderna och vinsterna för andra företag i branschen eller med vad som rimligen kan förväntas i det avseendet under konkurrensmässiga förhållanden. Som kommissionen med rätta påpekade i sitt beslut av den 3 maj 2005 om att inte göra några invändningar mot det system med riskutjämning och behållande av reserver som inrättades av de nederländska myndigheterna inom sjukförsäkringssektorn, skall ersättningen begränsas till att avse en effektiv aktörs extraordinära kostnader med beaktande av premierna (kommissionens beslut av den 3 maj 2005 om statligt stöd N 541/04 och N 542/04 – Nederländerna – Riskutjämningsystem och behållande av reserver, EUT C 324, 2005, s. 28) (nedan kallat beslutet avseende den nederländska riskutjämningsordningen).

124 Sökandena har hävdats att det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllt i förevarande fall, eftersom det inte gjordes någon jämförelse med ett effektivt företag. De anser att kommissionen inte ens undersökte frågan huruvida VHI:s eventuella kostnader till följd av fullgörandet av de

skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar var jämförbara med de kostnader som en effektiv aktör skulle ha burit. Sökandena har påpekat att det i riskutjämningsordningen, med avseende på uppskattningen av riskskillnaden, varken föreskrivs någon referenspunkt för att bedöma effektiviteten eller någon mekanism för att jämföra de privata sjukförsäkringsgivarnas och en effektiv aktörs priser, avtalsstruktur och praxis när det gäller riskhantering. Sökandena har tillagt att kommissionen i beslutet avseende den nederländska riskutjämningsordningen just påpekade att de ersättningar som betalades inte uppfyllde det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark.

ii) Svarandens argument

¹²⁵ Svaranden har inledningsvis påpekat att det i det angripna beslutet först hänvisas till befintlig rättspraxis vid tidpunkten för antagandet av beslutet, särskilt domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring, till stöd för slutsatsen att riskutjämningsordningen inte utgör statligt stöd. Efter antagandet av det angripna beslutet har emellertid domstolen, i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, utvecklat de villkor som uppställdes i domen i målet Ferring. Enligt svaranden är emellertid följderna av domen i målet Altmark inte avgörande för förevarande mål, eftersom det angripna beslutet även grundar sig på artikel 86.2 EG när det gäller konstaterandet att riskutjämningsordningen, även om den utgör statligt stöd, likväl är förenlig med den gemensamma marknaden. Svaranden har angett att den av den anledningen har inriktat sina argument på artikel 86.2 EG och därför inte har anfört några argument rörande den grund som avser att artikel 87.1 EG har åsidosatts.

iii) Irlands och VHI:s argument

¹²⁶ Irland har hävdatt att domstolens resonemang i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark i huvudsak motsvarar resonemanget i domstolens dom av den

7 februari 1985 i mål 240/83, ADBHU (REG 1985, s. 531, punkterna 3 och 18), och domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring (punkt 27). Vidare anser Irland och VHI att riskutjämningsordningen och kommissionens bedömning i det angripna beslutet i det avseendet uppfyller samtliga villkor i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, till skillnad från vad sökandena har gjort gällande.

iv) Konungariket Nederländernas argument

¹²⁷ I likhet med svaranden har Konungariket Nederländerna påpekat att förevarande tvist i huvudsak avser tolkningen av artikel 86.2 EG och att det därför avser att begränsa sin intervention till att avse tolkningen av nämnda bestämmelse och särskilt begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och villkoren för att det skall kunna tillämpas på ett företag.

b) Den grund som avser att artikel 86.2 EG har tillämpats felaktigt

i) Sökandenas argument

1) Inledande anmärkningar

¹²⁸ Sökandena har hävdad att kommissionens bedömning, enligt vilken de eventuella stödinslagen i riskutjämningsordningen under alla omständigheter kan anses vara förenliga med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, inte återges i artikeldelen i det angripna beslutet och inte heller stöds av en tillräcklig motive-

ring i beslutet. Vidare är det uppenbart att denna bedömning är felaktig i rättsligt hänseende. Enligt sökandena uppfyller inte riskutjämningsordningen och de därmed sammanhängande skyldigheterna som är kopplade till privata sjukförsäkringar kraven i nämnda bestämmelse.

2) Avsaknaden av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

129 För det första anser sökandena, såsom de har gjort gällande i samband med den första grunden (se punkterna 95–100 ovan), att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar inte uppfyller de objektiva och restriktiva villkor som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall uppfylla enligt artikel 86.2 EG. Kommissionen överlämnade på ett rättsstridigt sätt åt de irländska myndigheterna att göra denna bedömning.

3) Avsaknaden av en åtgärd varigenom ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse har tilldelats

130 För det andra anser sökandena att det enligt artikel 86.2 EG krävs att företagen har "anförtrotts" att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, vilket förutsätter att de offentliga myndigheterna har ålagt dem en skyldighet att tillhandahålla den aktuella tjänsten. Som kommissionen har medgett i sin egen beslutspraxis räcker det inte enbart med ett tillstånd för att tillhandahålla tjänsten (kommissionens beslut 81/1030/EEG av den 29 oktober 1981 om ett förfarande i enlighet med artikel [82 EG] IV/29.839 – GVL, EGT L 370, s. 49, punkt 66, beslut 97/606, punkt 14, och beslutet avseende den nederländska riskutjämningsordningen). Detta villkor tar bland annat hänsyn till att den aktuella tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse är samhällsomfattande till sin karaktär, och att tillhandahållandet av tjänsten skall skyddas mot marknadskrafterna. I förevarande fall föreligger det dock inte, med undantag för kravet att VHI skall tillhandahålla plan P, något verkligt uppdrag att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster som är tvingande, i den mening som avses i artikel 86.2 EG, och som har samband med de skyldigheter som är kopplade till

privata sjukförsäkringar, utan endast ett tillstånd för de berörda aktörerna att tillhandahålla vissa tjänster i enlighet med vissa lagstadgade skyldigheter. Konungariket Nederländernas försök att under rättegången avhjälpa det förhållandet att det inte gjordes någon bedömning i det angripna beslutet av huruvida ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse hade tilldelats är dömt att misslyckas. I synnerhet saknas det rättsligt stöd för Konungariket Nederländernas ståndpunkt att det inte krävs en uttrycklig skyldighet att fullgöra ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse när flera företag har anförtrotts detta uppdrag, och att det räcker att det finns ett system för tillstånd eller tillsyn. Sökandena anser tvärtom att det för att iaktta artikel 86.2 EG med nödvändighet krävs att ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse har tilldelats genom en officiell åtgärd, och en sådan åtgärd saknas i förevarande fall. Sökandena har i det avseendet hänvisat till utkastet till kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 86.2 EG på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, till utkastet till gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster och till beslutet avseende den nederländska riskutjämningsordningen (avsnitt 4.2.1).

4) Påståendet att riskutjämningsordningen inte är nödvändig och proportionerlig

Inledande anmärkningar

- ¹³¹ För det tredje anser sökandena att tillämpningen av EG-fördragets konkurrensregler, med hänsyn till artikel 86.2 EG, skall utgöra hinder för fullgörandet av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som företaget har anförtrotts. När det gäller beviljandet av särskilda rättigheter eller ekonomiskt stöd till ett företag krävs det enligt rättspraxis att dessa åtgärder möjliggör för det berörda företaget att bedriva sin verksamhet på ekonomiskt godtagbara villkor (domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau, REG 1993, s. I-2533, punkterna 14–16, svensk specialutgåva, tillägg, s. 77, av den 21 september 1999 i de förenade målen C-115/97–C-117/97, Brentjens', REG 1999, s. I-6025, punkt 107, och av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-147/97 och C-148/97, Deutsche Post, REG 2000, s. I-825, punkt 49, samt generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i de förenade målen C-34/01–C-38/01, Enirisorse, där domstolen

meddelade dom den 27 november 2003, REG 2003, s. I-14243, s. I-14247, punkt 102 och fotnot 76). Det innebär ett krav på nödvändighet och proportionalitet i förhållande till den ekonomiska lönsamheten att tillhandahålla den specifika tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, utan att det innebär att syftet är att skydda det företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse som sådant (kommissionens beslut 97/310/EG av den 12 februari 1997 om beviljande av ytterligare tidsfrister för Portugal för genomförande av kommissionens direktiv 90/388/EEG och 96/2/EG vad gäller fri konkurrens på marknaderna för teletjänster, EGT L 133, s. 19, punkt 10, och domstolens dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser mot kommissionen, REG 1982, s. 2015, punkterna 8 och 9). Detta proportionalitetskrav motsvarar dessutom, eller är rent av identiskt med, kriteriet att ersättningen för skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall vara absolut nödvändig, i den mening som avses i det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, eftersom det krävs att stödet begränsas till vad som är nödvändigt för att kompensera för eventuella förluster som tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten medför (domstolens dom av den 17 maj 2001 i mål C-340/99, TNT Traco, REG 2001, s. I-4109, punkterna 57 och 58).

Påståendet att riskutjämningsordningen inte är nödvändig

- 132 Sökandena har hävdats att kommissionen inte har visat att riskutjämningsordningen är nödvändig. Kommissionen har i det avseendet begått fel som påverkar motiveringen i det angripna beslutet och gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna.
- 133 Vad beträffar de fel som påverkar motiveringen i det angripna beslutet anser sökandena att kommissionen felaktigt fann att riskutjämningsordningen var nödvändig för att säkerställa en tillämpning av principerna om gemensam prissättning, livslångt skydd och fri anslutning. Detta övervägande motsägs av de uppgifter som det redogörs för i själva beslutet, där det anges att det inte har förekommit problem med instabilitet på den relevanta marknaden efter avregleringen och BUPA Irelands inträde på marknaden. Enbart möjligheten att det kan föreligga en fara för riskurval – en fara som är rent teoretisk, spekulativ, avlägsen och som inte har kvantifierats på grundval av ekonomiska fakta – räcker under alla omständigheter inte för att styrka en sådan instabilitet.

134 Vad beträffar den felaktiga bedömningen av de faktiska omständigheterna anser sökandena att det är uppenbart att kommissionens bedömning av möjligheten för att det görs ett sådant riskurval och följderna av detta är felaktig. I motsats till de irländska myndigheternas argument, vilka återges i punkt 31 i det angripna beslutet, har de privata sjukförsäkringsgivarna inte något incitament att aktivt välja ut de "bra" riskerna och inte godta de "dåliga" riskerna. Med hänsyn till att de privata sjukförsäkringsgivarna tillhandahåller ett sortiment av tjänster mot betalning av varierande premier och att de kan anpassa sina avtalsvillkor till den försäkrade risken, kan de tvärtom, oberoende av sin riskprofil, kompensera de största riskerna genom att höja premierna och genom att differentiera försäkringsskyddet. Det är därför inte mer ekonomiskt fördelaktigt att ha en försäkringsportfölj som består av försäkringstagare med låg risk jämfört med en försäkringsportfölj som består av försäkringstagare med hög risk. I motsats till vad kommissionen konstaterade i punkt 50 i det angripna beslutet förekommer inte heller passivt riskurval till följd av en påstått ökad tendens bland enskilda att byta privat sjukförsäkringsgivare. Hänvisningen till sju ekonomiska studier, vilka inte uttryckligen angavs i det angripna beslutet och som sökandena fick kännedom om först sent omsider, räcker inte i det avseendet för att bekräfta kommissionens slutsats, och kommissionen har inte kunnat anföra ytterligare argument till stöd för slutsatsen i sitt svaromål. Endast i en av dessa studier, vilken saknar relevans eftersom den avser den schweiziska marknaden, omnämns konsumenternas vilja att byta privat sjukförsäkringsgivare, och kommissionen underlät att beakta en relevant studie rörande den irländska marknaden (The Private Health Insurance Market in Ireland, mars 2003, vilken hade gjorts av Amárach Consulting för HIA:s räkning, nedan kallad Amárachrapporten), vilken åberopades av sökandena under det administrativa förfarandet. I Amárachrapporten angavs att försäkringstagare som är mellan 18 och 34 år är mindre benägna att byta privat sjukförsäkringsgivare än personer som är mellan 35 och 64 år.

135 I det sammanhanget har sökandena invänt mot ståndpunkten att riskkurvalet är orsaken till asymmetrin i riskprofilerna, som den som förelåg mellan BUPA Irland och VHI i fråga om försäkringstagarnas ålder. Dessa skillnader beror på två andra faktorer, nämligen dels försäkringstagarnas passivitet och utpräglade ovillighet att byta privat sjukförsäkringsgivare, dels VHI:s prissättningsstrategi. Vad beträffar den första faktorn har sökandena visat under det administrativa förfarandet att, med hänsyn till behovet av att erbjuda privata sjukförsäkringstjänster med en mycket betydande prisskillnad för att förmå försäkringstagarna att byta privat sjukförsäkringsgivare, en ny aktör på marknaden med nödvändighet måste inrikta sig på de

”nya” kunderna, vilka per definition är yngre. Vad beträffar den andra faktorn har sökandena hävdad att nivåerna på de premier som VHI erbjuder högriskpersoner inte täcker kostnaderna för genomsnittliga försäkringsskador. I det avseendet säljer VHI sina produkter med förlust och BUPA Ireland kan därför inte konkurrera med VHI i fråga om de kunder som generellt sett är äldre.

136 Vidare drog kommissionen felaktigt slutsatsen, enbart på grundval av en asymmetri i riskprofilerna och utan någon relevant faktisk och ekonomisk bevisning, att det eventuellt föreligger instabilitet på marknaden. Både VHI och BUPA Ireland är dock fullt kapabla att locka till sig unga kunder med låg risk, vilket de också faktiskt gör. Sökandena anser nämligen att den genomsnittliga åldern på de kunder som ansluter sig till VHI är lägre än den genomsnittliga åldern på de kunder som ansluter sig till BUPA Ireland. Vidare har de höga kostnader som en kunds byte från en privat sjukförsäkringsgivare till en annan medför en stabiliserande effekt, vilket motsäger kommissionens teori om en ”livsfarlig spiral”. Riskutjämningsordningen kan däremot påverka stabiliteten på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar på ett påtagligt sätt, eftersom den medför att premierna för unga kunder höjs, att BUPA Ireland avlägsnas från marknaden och att hindren för inträde på marknaden ökar. Det argument som svaranden anförde i svaromålet, men inte i det angripna beslutet, nämligen att VHI:s solvensgrad var långt ifrån tillfredsställande och att en ytterligare försämring av dess ekonomiska ställning inte var godtagbar, är rent spekulativt och stöds inte av några bevisuppgifter, utan motsägs till och med av det angripna beslutet, eftersom det däri dras slutsatsen att det tidigare inte har förelegat någon instabilitet på marknaden. Sökandena har tillagt att det förhållandet att det inte föreligger någon nära förestående och framtida instabilitet på marknaden bekräftas uttryckligen av de tre rapporter som HIA har lagt fram sedan år 2003 (se punkt 116 ovan), i vilka det drogs slutsatsen att det inte fanns relevanta bevis för detta. De motsatta argument som Irland har anfört i det avseendet är endast spekulativa eller irrelevanta, eftersom de avser sjukförsäkringssystem i andra länder. Dessa nya argument räcker under alla omständigheter inte för att motivera riskutjämningsordningen, eftersom artikel 86.2 EG syftar till att skydda tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse som sådana och inte särskilda företag (domen i det ovan i punkt 99 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 43).

Påståendet att riskutjämningsordningen inte är proportionerlig

- 137 Sökandena har vidare hävdad att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att riskutjämningsordningen är proportionerlig, med hänsyn till artikel 86.2 EG. Kommissionen har nämligen inte visat att RES-betalningarna inte överstiger det belopp som krävs för att ersätta VHI för de kostnader som den har åsamkats till följd av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar.
- 138 De fem argument som kommissionen har anfört är i det avseendet utan relevans. För det första har den riskskillnad på 2 procent som krävs för att riskutjämningsordningen skall utlösas inte någon praktisk betydelse, eftersom riskprofilen beräknas utifrån ålder och kön, och BUPA Ireland med nödvändighet har en yngre åldersprofil än VHI, vilket medför att denna tröskel oundvikligen överskrids. För det andra är det uppenbart att kommissionens påstående om att det inte sker en utjämnning av alla betalningar till förmån för försäkringstagarna, särskilt de betalningar som avser "lyxförmåner", är felaktigt. Tvärtom omfattar bestämmelserna om "maximalt utjämnade betalningar" i princip alla privata sjukförsäkringar. Det enda undantaget avser ersättningskrav i toppskiktet. Till skillnad från kommissionens påstående om att den genomsnittliga kostnaden till följd av ersättningskrav beaktas i riskutjämningsordningen för att därigenom göra det möjligt för de privata sjukförsäkringsgivarna att dra fördel av sin egen effektivitet, förhåller det sig för det tredje så, att om de egna faktiska kostnaderna beaktas ger det upphov till större betalningar till förmån för de privata sjukförsäkringsgivare som har de högsta kostnaderna, och ger dem följaktligen incitament att vara ineffektiva. Till skillnad från vad VHI har gjort gällande möjliggör således riskutjämningsordningen en kompensation för de kostnader som inte skulle ha burits av en effektiv privat sjukförsäkringsgivare. För det fjärde utgick kommissionen felaktigt från en begränsning med 50 procent av viktningsfaktorn för hälsotillståndet, trots att denna aspekt saknar samband med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och med skälen till riskutjämningsordningen. Vidare främjar även denna viktning ineffektivitet, genom att de faktiska kostnaderna beaktas i stället för en effektiv aktörs kostnader. För det femte anser sökandena att det förhållandet att nya aktörer är undantagna från tillämpningen av riskutjämningsordningen under de tre första åren som de bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar inte mildrar riskutjämningsordningens mycket avskräckande effekt på nya aktörer. För det sjätte innehåller inte riskutjämningsordningen, till skillnad från den nederländska riskutjämningsordningen, någon korrigeringsmekanism för att undvika överkompensation.

139 Vid förhandlingen tillade sökandena slutligen att effektivitetskriteriet för en aktör som erhåller stöd, till skillnad från vad svaranden och Irland har gjort gällande, bör tillämpas, vid bedömningen av proportionaliteten i enlighet med artikel 86.2 EG, på samma sätt som vid analysen av det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet *Altmark*, avseende förekomsten av ett stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Denna bedömning av effektiviteten utgör en naturlig del av bedömningen av det proportionalitetskriterium som också föreskrivs i artikel 86.2 EG, vilket kräver att ersättningen skall begränsas till vad som är nödvändigt ur en effektiv aktörs synvinkel. Vidare följer detta krav av rättspraxis, enligt vilken artikel 86.2 EG inte syftar till att skydda särskilda aktörer. Att inte beakta effektivitetskriteriet i det sammanhanget skulle vidare strida mot principen om en inre marknad med en icke-snedvriden konkurrens och följaktligen mot gemenskapsintresset. Vad beträffar eventuella brister i effektiviteten som övervältras på samtliga privata sjukförsäkringsgivare på grund av att "nollsummejusteringsfaktorn" (zero sum adjustment factor) beaktas vid beräkningen av RES-betalningarna, har sökandena emellertid uppgett att deras anmärkning inte avser denna aspekt och de har medgett att de belopp som RES-betalningarna potentiellt sett avser är obetydliga. Slutligen uppgav sökandena vid förhandlingen att eventuella brister i effektiviteten som beror på överutnyttjande, eller det faktum att en privat sjukförsäkringsgivare kan förmå försäkringstagarna att genomgå behandlingar som är onödiga ur medicinsk synvinkel och begära ersättning för kostnaderna för detta, inte har tagits upp till diskussion under det förfarande som ledde till antagandet av det angripna beslutet eller under förevarande mål, och att sökandenas anmärkning är inriktad på nödvändigheten av att göra en jämförelse mellan den stödmottagande privata sjukförsäkringsgivaren och en effektiv aktör.

5) Påverkan på utvecklingen av handeln

140 Sökandena anser slutligen att det enligt artikel 86.2 EG krävs att undantaget från fördragets konkurrensregler inte medför att utvecklingen av handeln påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Tvärtemot de krav som uppställts i rättspraxis (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet *Danske Busvognmænd* mot kommissionen, punkt 96) har kommissionen i det angripna beslutet varken bedömt eller visat att det inte skett någon negativ inverkan på utvecklingen av handeln.

ii) Svarandens argument

1) Inledande anmärkningar

¹⁴¹ Svaranden har inledningsvis hävdade att den anmärkning som avser att artikel 86.2 EG inte omnämndes i artikeldelen i det angripna beslutet och som åberopades i repliken inte kan prövas enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna och att anmärkningen under alla omständigheter saknar grund och därför inte kan godtas.

2) Behörigheten att definiera skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

¹⁴² Beträffande frågan om kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har svaranden invänt mot sökandenas ståndpunkt att gemenskapsinstitutionerna är behöriga att göra denna kvalificering och att den avser tolkningen av ett objektiva och specifika gemenskapsrättsliga begrepp. Det framgår tvärtom av kommissionens beslutspraxis att det huvudsakligen ankommer på medlemsstaterna att definiera vad de anser utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och att kommissionens kontroll i det avseendet endast avser uppenbara fel.

¹⁴³ Svaranden har hävdade att punkterna 44, 48 och 49 i det angripna beslutet helt och hållet överensstämmer med detta antagande och att punkterna inte innehåller några felaktigheter.

3) Kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

¹⁴⁴ Vad beträffar kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt

intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG har svaranden påpekat att det i punkterna 44–46 i det angripna beslutet anges ett visst antal skäl som talar för denna kvalificering, såsom att medlemsstaterna har tillerkänts ett utrymme för skönsmässig bedömning att bestämma vilka tjänster som är av allmänt ekonomiskt intresse, den begränsade harmoniseringen av lagstiftningarna om sjukförsäkring och medlemsstaternas behörighet på hälsoområdet enligt artikel 152 EG. Svaranden anser i detta avseende att sökandenas invändningar är felaktiga eftersom de grundar sig på, för det första, antagandet att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar i själva verket enbart utgör lagstadgade villkor som med hänsyn till allmänintresset uppställs för att reglera de privata sjukförsäkringsgivarnas affärsverksamhet, för det andra, att det inte finns någon garanti för att privata sjukförsäkringstjänster motsvarar en miniminivå eller någon garanti om fri tillgång till sådana tjänster till rimliga kostnader och, för det tredje, att de privata sjukförsäkringstjänsterna inte ersätter det allmänna systemet för social trygghet.

4) Huruvida de privata sjukförsäkringsgivarna har ålagts skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

¹⁴⁵ Enligt svaranden har sökandena felaktigt åberopat en lagstiftning som ålägger VHI och BUPA Irland att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster, trots att det enligt rättspraxis räcker att en aktör är skyldig att iaktta vissa villkor som föreskrivs i en koncession som aktören har beviljats (domstolens dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815). I förevarande fall krävs det enligt 1994 Health Insurance Act att de privata sjukförsäkringsgivarna är inskrivna i företagsregistret och iakttar de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, i annat fall avförs de från registret. Denna situation motsvarar den situation som föranledde domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring.

5) Huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig

¹⁴⁶ Vad beträffar frågan huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig har svaranden erinrat om att medlemsstaterna, när de anförtror företag tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, får beakta mål i sin nationella politik. Med hänsyn till rättspraxis

(domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany, punkterna 107–111) är inte den väsentliga frågan huruvida riskutjämningsordningen uppfyller ett ovillkorligt nödvändighetskrav utan snarare huruvida det uppenbart felaktigt har slagits fast i det angripna beslutet att riskutjämningsordningen är nödvändig, i den meningen att den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar inte skulle kunna fungera på ekonomiskt godtagbara villkor i avsaknad av riskutjämningsordningen. Följaktligen bör frågan huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig bedömas med hänsyn till vad som är ekonomiskt godtagbart och inte med hänsyn till vad som visar sig vara absolut nödvändigt.

- 147 När det gäller faran för ett aktivt riskurval har svaranden hävdade att iakttagandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, såsom fri anslutning och gemensam prissättning, med nödvändighet uppmuntrar de privata sjukförsäkringsgivarna att aktivt göra ett urval av riskerna och minska antalet försäkringstagare med hög risk. Svaranden har även angett att det i det angripna beslutet inte görs gällande att sökandenas inträde på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar ofrånkomligen har medfört en instabilitet på marknaden, utan beslutet utgår ifrån konstaterandet att ett eventuellt riskurval utgör en instabilitetsfaktor. Detta är tillräckligt med hänsyn till domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany och med hänsyn till den begränsade prövning som förstainstansrätten skall göra i fråga om nödvändighetskriteriet.

6) Huruvida riskutjämningsordningen är proportionerlig

- 148 När det gäller frågan huruvida storleken på RES-betalningarna är proportionerlig i förhållande till kostnaderna har svaranden påpekat att det ankommer på sökandena att visa att svaranden gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att riskutjämningsordningen utgjorde en proportionerlig ordning (domen i de ovan i punkt 118 nämnda förenade målen Boehringer mot rådet och kommissionen, punkt 74 och följande punkter), vilket sökandena inte har gjort. Med hänsyn till den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har getts när det gäller att definiera en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och metoden för att beräkna ersättningen för skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, i den mening som avses i artikel 86.2 EG, borde sökandena ha visat att det var uppenbart att riskutjämningsordningen var oproportionerlig som ett sätt att säkerställa att den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar fungerar

på ekonomiskt godtagbara villkor (generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i de ovan i punkt 108 nämnda förenade målen AOK-Bundesverband m.fl. punkterna 95–101). Det framgår nämligen av rättspraxis att även om den medlemsstat som åberopar artikel 86.2 EG måste ”visa att villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, kan denna bevisbörda inte innebära ett krav på att denna medlemsstat, när den på ett detaljerat sätt har redogjort för skälen till att det kan ifrågasättas att ett företag som den har anförtrott uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse skulle kunna fullgöra dessa under godtagbara ekonomiska villkor om de påtalade åtgärderna avskaffades, skall gå ännu längre för att faktiskt visa att ingen annan tänkbar åtgärd[, vilken per definition är hypotetisk,] gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av dessa uppgifter under samma villkor” (domen i det ovan i punkt 99 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 58). Sökandena har emellertid inte visat detta.

149 Svaranden har därför yrkat att talan inte skall vinna bifall såvitt avser denna grund.

iii) Irlands och Konungariket Nederländernas argument

150 Irland har anslutit sig till kommissionens argument till stöd för att talan inte skall vinna bifall såvitt avser denna grund.

151 Konungariket Nederländerna anser att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar i förevarande fall uppfyller de villkor som uppställs för skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG.

2. Förstainstansrättens bedömning

a) Huruvida de argument som Irland och VHI har anfört avseende den första grunden kan läggas till grund för prövningen

- 152 Förstainstansrätten skall först pröva sökandenas argument att de argument som Irland och VHI har anfört mot den första grunden, vilken avser åsidosättande av artikel 87.1 EG, inte kan läggas till grund för prövningen med hänsyn till artikel 116.3 i rättegångsreglerna.
- 153 Enligt artikel 40 fjärde stycket i domstolens stadga, vilken enligt artikel 53 i nämnda stadga är tillämplig på förstainstansrätten, får genom yrkanden i interventionsansökan endast en av parternas yrkanden biträdas. Dessutom föreskrivs i artikel 116.3 i rättegångsreglerna att intervenienten måste godta målet sådant det föreligger vid tidpunkten för dennes intervention. Dessa bestämmelser utgör visserligen inte hinder för att en intervenient åberopar andra argument än dem som åberopas av den part som den stöder. Förutsättningen för detta är icke desto mindre att ramen för tvisten inte ändras genom argumenten och att interventionen sker till stöd för denna parts yrkanden (se förstainstansrättens dom av den 13 april 2005 i mål T-2/03, Verein für Konsumenteninformation mot kommissionen, REG 2005, s. II-1121, punkt 52 och där angiven rättspraxis, och av den 14 december 2006 i mål T-237/02, Technische Glaswerke Ilmenau mot kommissionen, REG 2006, s. II-5131, punkt 40).
- 154 Förstainstansrätten konstaterar att svaranden uttryckligen har avstått från att anföra några svarsargument såvitt avser den första grunden. Den första grunden, såsom den har åberopats av sökandena, fortsätter dock att utgöra en del av förevarande tvist, och enbart den omständigheten att svaranden har avstått från att yttra sig över denna grund kan inte inskränka tvistens omfattning. Detta avstående innebär inte alls att svaranden har medgett att grunden är befogad, utan föranleds av argumentet att denna grund saknar relevans för utgången av tvisten. Svaranden har, i samband med den andra grunden, bestritt sökandenas argument till stöd för den första grunden i

den mån som dessa argument avser kriterierna för att tillämpa såväl artikel 86.2 EG som artikel 87.1 EG, vilka närmare angavs i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Under dessa omständigheter är det i förevarande fall inte fråga om någon begränsning av ramen för tvisten såvitt avser den första grunden som hindrar intervenienterna från att åberopa ytterligare argument utöver dem som åberopats av svaranden. Irland och VHI har nämligen fullt ut iakttagit omfattningen av den första grunden genom att åberopa argument som avser huruvida de fyra kumulativa villkor som följer av domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark är uppfyllda. Dessa argument påverkar inte heller svarandens yrkande om att talan skall ogillas i sin helhet, och Irland och VHI fortsätter att stödja detta yrkande.

155 I den mån som Irland har avsett att göra gällande, inom ramen för den första grunden, att riskutjämningsordningen inte utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG på grund av att det inte har skett någon överföring av allmänna medel (domstolens dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkterna 59–61), kan detta argument emellertid inte läggas till grund för prövningen med hänsyn till artikel 40 fjärde stycket i domstolens stadga, jämförd med artikel 116.3 i rättegångsreglerna. Trots att svaranden inte har tagit ställning till denna fråga i sina inlagor, motsäger detta argument konstaterandet i punkt 39 i det angripna beslutet, där det anges att riskutjämningsordningen faktiskt innebär en överföring av allmänna medel. För övrigt har sökandena inte behandlat detta konstaterande i sin ansökan. I ansökan, jämte svaromålet, fastställs ramen för målet som intervenienterna måste godta sådant det föreligger vid tidpunkten för deras intervention. Följaktligen kan Irlands aktuella argument inte läggas till grund för prövningen, eftersom det ändrar omfattningen av föremålet för talan i den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkt 153. Förstainstansrätten finner således, i enlighet med sökandenas och svarandens samstämmiga bedömning, att riskutjämningsordningen utgör en ordning som innebär överföring av allmänna medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

156 Av det ovan anförda följer att Irlands och VHI:s argument avseende den första grunden kan läggas till grund för prövningen, utom såvitt avser argumentet att det inte har skett någon överföring av allmänna medel.

b) Huruvida villkoren i domen i det ovannämnda målet Altmark är tillämpliga

157 Det skall erinras om att den första grunden bland annat avser de villkor som domstolen uppställde i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Den domen avkunnades efter antagandet av det angripna beslutet och kommissionen kunde följaktligen inte känna till innehållet i domen när den antog beslutet. I det angripna beslutet stödde sig kommissionen huvudsakligen på domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring för att motivera att det i förevarande fall inte var fråga om statligt stöd (punkt 40 i det angripna beslutet).

158 Domstolen begränsade dock inte rättsverkningarna av uttalandena i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark i tiden. I avsaknad av en sådan tidsmässig begränsning är följaktligen dessa uttalanden, vilka följer av en tolkning av artikel 87.1 EG, helt och hållet tillämpliga på den faktiska och rättsliga situationen i förevarande mål, såsom situationen framstod när kommissionen antog det angripna beslutet.

159 Den tolkning som domstolen gör av en gemenskapsrättslig bestämmelse innebär endast att innebörden och räckvidden av denna bestämmelse klargörs och preciseras, såsom den skulle ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Av detta följer att den sålunda tolkade bestämmelsen kan och skall tillämpas även beträffande rättsförhållanden som har uppkommit före meddelandet av den aktuella domen. Domstolen kan endast i undantagsfall, med tillämpning av en i gemenskapens rättsordning ingående allmän rättssäkerhetsprincip, se sig nödsakad att begränsa de berördas möjlighet att åberopa en bestämmelse, som den har tolkat, i syfte att ifrågasätta rättsförhållanden som har etablerats i god tro. En sådan begränsning kan dock endast tillåtas i den dom varigenom den begärda tolkningen meddelas (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar, REG 2005, s. I-2119, punkterna 66 och 67, och av den 6 mars 2007 i mål C-292/04, Meilicke m.fl., REG 2007, s. I-1835, punkterna 34–36 och där angiven rättspraxis). Förstainstansrätten anser att dessa överväganden, vilka

följer av en rättspraxis som i synnerhet avser den nationella domstolens skyldighet att tillämpa gemenskapsrätten, med vederbörliga ändringar är tillämpliga på gemenskapsinstitutionerna när dessa i sin tur skall genomföra bestämmelser i gemenskapsrätten som varit föremål för en senare tolkning av domstolen.

160 Förstainstansrätten skall följaktligen pröva om, och i vilken utsträckning, det angripna beslutet är förenligt med kriterierna i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Som även sökandena har medgett överlappar räckvidden av kriterierna i domen och räckvidden av kriterierna i artikel 86.2 EG varandra i stor utsträckning. Med hänsyn till att det uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som görs gällande i förevarande mål är specifikt till sin art, vilket består i en skyldighet för samtliga aktörer som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar att iaktta en rad skyldigheter, vilka i det angripna beslutet har kvalificerats som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och vilka gemenskapsdomstolen hittills aldrig tidigare har haft anledning att pröva, skall kriterierna i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark tillämpas, i enlighet med andemeningen och syftet bakom dessa kriterier, på ett sätt som är anpassat till de särskilda omständigheterna i förevarande fall.

c) Huruvida det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i det första villkoret i domen i målet Altmark och i artikel 86.2 EG

i) Inledande anmärkningar

161 Enligt det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 89) skall det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter skall vara klart definierade.

- 162 Parterna har inte bestritt att begreppet skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilket avsågs i den domen, motsvarar begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som använts i det angripna beslutet och att det inte avviker från det begrepp som avses i artikel 86.2 EG.
- 163 Inom ramen för den första och den andra grunden har sökandena i huvudsak gjort gällande att begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse är ett gemenskapsrättsligt begrepp som är restriktivt och objektivet till sin karaktär, vars efterlevnad är underkastad en fullständig kontroll av gemenskapsinstitutionerna som inte får överlåtas på de nationella myndigheterna. Trots att medlemsstaterna har viss handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt de avser att säkerställa och reglera tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, är fastställandet av en sådan tjänst avhängigt av en rad objektiva kriterier, såsom att tjänsten är samhällsomfattande och obligatorisk till sin karaktär, vilket skall kontrolleras av institutionerna. I förevarande fall har däremot försäkringsgivarna inte ålagts någon skyldighet, eller rent av något uppdrag av allmänintresse, att tillhandahålla vissa privata sjukförsäkringstjänster och dessa tjänster är inte tillgängliga för hela den irländska befolkningen. Enligt sökandena utgör de privata sjukförsäkringstjänsterna endast frivilliga finansiella tjänster, eller rent av "lyxtjänster", och syftar inte till att ersätta det allmänna systemet för social trygghet. I det angripna beslutet anges endast att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, men inte de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana. De skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar utgör, trots att de har införts med hänsyn till allmänintresset, endast normala lagstadgade skyldigheter som är tillämpliga på utövandet av och tillsynen över de privata sjukförsäkringsgivarnas verksamhet, vilket enligt rättspraxis och kommissionens beslutspraxis inte räcker för att de skall kvalificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.
- 164 Svaranden har, med stöd av Irland, Konungariket Nederländerna och VHI, gjort gällande att definitionen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i första hand omfattas av medlemsstaternas behörighet och befogenhet att företa skönsmässig bedömning, och att gemenskapsinstitutionernas kontroll i det avseendet är begränsad till en kontroll av huruvida det skett en uppenbart oriktig bedömning, vilket inte är för handen i förevarande fall. Svaranden och Irland har framhållit att privata sjukförsäkringar utgör ett viktigt instrument i Irlands social- och hälsovårdspolitik, ett område som huvudsakligen är förbehållet medlemsstaternas behörighet enligt artikel 152 EG, och således ett viktigt komplement till det allmänna sjukförsäkringssystemet, utan att dock ersätta detta. Till skillnad från vad sökandena har hävdade utgör i förevarande fall de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana, i

kombination med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, de relevanta tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som avses i det angripna beslutet. De skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, däribland fri anslutning och gemensam prissättning, garanterar i synnerhet att de privata sjukförsäkringstjänsterna är tillgängliga för alla. I motsats till vad sökandena anser är det i det avseendet inte nödvändigt att de privata sjukförsäkringstjänsterna är samhällsomfattande och obligatoriska i strikt bemärkelse, att de är gratis eller ekonomiskt sett tillgängliga för hela den irländska befolkningen och att de utgör ett substitut för det allmänna systemet för social trygghet. Vidare anser Konungariket Nederländerna att det, med hänsyn till det dynamiska begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, räcker att staten uppställer vissa krav för samtliga försäkringsgivare, såsom de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vars efterlevnad omfattas av ett system för tillstånd och tillsyn, för att de skall kunna kvalificeras som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Följaktligen krävs det inte att ett företag har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter.

ii) Begreppet uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse och behörigheten att definiera och kontrollera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

¹⁶⁵ Förstainstansrätten konstaterar att det i gemenskapsrätten och med avseende på tillämpningen av EG-fördragets konkurrensregler varken finns någon klar och precis lagstadgad definition av begreppet uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse eller något vedertaget juridiskt begrepp som slutgiltigt fastställer de villkor som skall vara uppfyllda för att en medlemsstat med framgång skall kunna åberopa förekomsten av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse och skyddet för detta, antingen i den mening som avses i det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet *Altmark* eller i den mening som avses i artikel 86.2 EG.

¹⁶⁶ Vad beträffar behörigheten att fastställa arten och omfattningen av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i fördraget, samt graden av kontroll som gemenskapsinstitutionerna skall utöva i det sammanhanget, framgår det av punkt 22 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse (se ovan punkt 12)

och av förstainstansrättens rättspraxis att medlemsstaterna har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bestämma vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och att en medlemsstats definition av dessa tjänster inte kan ifrågasättas av kommissionen annat än om ett uppenbart fel har begåtts (se förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-17/02, Olsen mot kommissionen, REG 2005, s. II-2031, punkt 216 och där angiven rättspraxis).

167 Denna befogenhet för medlemsstaten att definiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bekräftas av att gemenskapen inte har getts någon särskild behörighet och av att det i gemenskapsrätten saknas en precis och fullständig definition av begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Fastställandet av arten och omfattningen av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse inom särskilda politikområden, vilka antingen inte omfattas av gemenskapens behörighet, i den mening som avses i artikel 5 första stycket EG, eller grundar sig på en gemenskapsbehörighet som endast är begränsad eller delad, i den mening som avses i artikel 5 andra stycket EG, fortsätter i princip att höra till medlemsstaternas ansvarsområde. Som svaranden och Irland har gjort gällande omfattas hälsosektorn av en behörighet för medlemsstaterna som är så gott som exklusiv. Inom denna sektor får gemenskapen, enligt artikel 152.1 EG och 152.5 EG, endast vidta åtgärder som juridiskt sett inte är bindande och den skall samtidigt fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Härav följer att även fastställandet av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i det sammanhanget huvudsakligen omfattas av medlemsstaternas behörighet. Denna kompetensfördelning återspeglas även allmänt i artikel 16 EG, där det anges att, med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, gemenskapen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, skall sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter.

168 I det avseendet kan inte sökandena med framgång åberopa domen av den 20 mars 1985 i det ovan i punkt 100 nämnda målet Italien mot kommissionen, punkt 30, för att visa att det krävs en fullständig kontroll av gemenskapsinstitutionerna i syfte att fastställa förekomsten av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse inom hälsosektorn. Det framgår nämligen av den domen att medlemsstatens

handlingsförmåga enligt artikel 86.2 EG, och följaktligen dess behörighet att definiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, inte är obegränsad och inte får utövas på ett godtyckligt sätt endast i syfte att förhindra att konkurrensreglerna tillämpas på en särskild sektor, såsom telekommunikationssektorn.

169 Gemenskapsinstitutionernas kontroll, när det gäller utövandet av medlemsstatens befogenhet att företa skönsmässig bedömning vid fastställandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, är följaktligen begränsad till en efterforskning av huruvida det skett en uppenbart oriktig bedömning. I det angripna beslutet (punkt 44) gjorde kommissionen just denna kontroll genom att undersöka huruvida Irlands bedömning av huruvida det förelåg ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse samt kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse var uppenbart felaktig.

170 Följaktligen kan förstainstansrätten inte godta den anmärkning som avser att definitionen av de aktuella tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse rättsstridigt överläts på de irländska myndigheterna och att det inte gjordes en fullständig kontroll av dessa myndigheters bedömning med hänsyn till en objektiv och restriktiv gemenskapsrättslig definition av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

iii) Huruvida det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i förevarande fall

1) Bevisbördans fördelning

171 Förstainstansrätten skall undersöka huruvida kommissionen med fog kunde anse, i det angripna beslutet, att de åtgärder som anmäldes av Irland hade samband med ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark och i artikel 86.2 EG.

172 Det skall inledningsvis påpekas att även om medlemsstaten har en omfattande befogenhet att företa skönsmässig bedömning när det gäller att fastställa vad den anser utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, är medlemsstaten dock skyldig, när den åberopar att det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som behöver skyddas, att se till att detta uppdrag uppfyller vissa minimikriterier som är gemensamma för samtliga uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i EG-fördraget, vilka har ansetts närmare i rättspraxis, och visa att dessa kriterier verkligen är uppfyllda i det enskilda fallet. Det rör sig bland annat om att det skall föreligga en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd varigenom de aktuella aktörerna har tilldelats ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, och att uppdraget skall vara samhällsomfattande och obligatoriskt till sin karaktär. Om medlemsstaten inte visar att dessa kriterier är uppfyllda eller om den inte iakttar dessa, kan det i gengäld vara fråga om en uppenbart oriktig bedömning som kommissionen är skyldig att beivra, i annat fall begår den själv ett uppenbart fel. Vidare framgår det av rättspraxis avseende artikel 86.2 EG att medlemsstaten skall ange skälen till att den anser att den aktuella tjänsten, på grund av sin särskilda karaktär, förtjänar att betecknas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och särskiljas från annan ekonomisk verksamhet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet *Merci Convenzionali Porto di Genova*, punkt 27, och domen i det ovan i punkt 131 nämnda förenade målen *Enirisorse*, punkterna 33 och 34). Utan en sådan motivering är det nämligen inte möjligt för gemenskapsinstitutionerna att göra ens en marginell kontroll, i enlighet med det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet *Altmark* och artikel 86.2 EG, av huruvida medlemsstaten har gjort sig skyldig till ett uppenbart fel inom ramen för dess befogenhet att företa skönsmässig bedömning.

173 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som förstainstansrätten skall pröva sökandenas anmärkningar, vilka syftar till att visa att kommissionen i detta fall felaktigt godtog att det förelåg ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse.

2) Beskaffenheten av det aktuella uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse och uppdragets art

174 I förevarande mål är parterna oeniga om beskaffenheten och arten av de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som det angripna beslutet, och följaktligen den anmälda åtgärden, avser. Sökandena har i huvudsak anfört att det angripna beslutet endast

avser de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vars kvalificering som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har godtagits av kommissionen. I det angripna beslutet behandlas däremot inte frågan huruvida de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket under alla omständigheter inte är fallet (se punkt 110 ovan). Svaranden och Irland har genmält att det – med hänsyn till det oupplösliga sambandet mellan de privata sjukförsäkringstjänsterna och de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vilka reglerar tillhandahållandet av de förstnämnda tjänsterna – i det angripna beslutet med nödvändighet även har godtagits att de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana har karaktären av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, eftersom de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar har kvalificerats som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

175 Det är riktigt att i det angripna beslutet, särskilt i punkterna 41–49 under rubriken ”Skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster”, undersöks huvudsakligen de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, nämligen gemensam pris-sättning, fri anslutning, livslångt skydd och minimiförmåner, och däri anges skälen till att de skall anses utgöra skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I det angripna beslutet tas det visserligen inte uttryckligen ställning till frågan huruvida de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana, eller det irländska privata sjukförsäkringssystemet i allmänhet, även utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, men det anges i beslutet, i punkterna 41 och 47, att ”de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar syftar till att säkerställa fullgörandet av ett uppdrag av allmänt intresse, nämligen att alla personer som bor i Irland skall ha tillgång till en viss nivå av privata sjukförsäkringstjänster till rimliga kostnader och på en jämförbar kvalitetsnivå”. I punkt 48 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att de irländska myndigheterna inte begått ett uppenbart fel ”genom att låta deras definition av begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse innefatta tjänster som är mer långtgående än de tjänster som det allmänna grundsystemet för social trygghet erbjuder”. Dessa konstateranden bekräftar att kommissionen i det angripna beslutet, i vart fall underförstått, har medgett att de privata sjukförsäkringstjänsterna som sådana hade karaktären av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Med hänsyn till det oupplösliga sambandet mellan de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och de privata sjukförsäkringstjänsterna var det under alla omständigheter omöjligt för kommissionen att begränsa sin bedömning till att enbart avse de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, utan att därvid även beakta de privata sjukförsäkringstjänster som skyldigheterna avser och vars tillhandahållande förutsätter att dessa skyldigheter iakttas.

176 I motsats till vad sökandena har hävdats godtas det följaktligen i det angripna beslutet både att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar utgör skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och att de privata sjukförsäkringstjänsterna omfattas av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse.

3) Skillnaden mellan regleringen av aktörernas verksamhet och förekomsten av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som tilldelats genom en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd

177 Sökandena har bestritt att det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, eftersom de anser att den aktuella lagstiftningen endast innebär att normala lagstadgade skyldigheter gäller för samtliga privata sjukförsäkringsgivares verksamhet, utan att det innebär att de tilldelas ett särskilt uppdrag som definieras i en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd.

178 För det första framgår det av rättspraxis att tillhandahållandet av tjänsten i fråga per definition skall vara av allmänintresse. I det avseendet skiljer sig tjänster av allmänt ekonomiskt intresse särskilt från tjänster som gynnar ett enskilt intresse, även om detta intresse kan vara mer eller mindre kollektivt eller ha erkänts av staten som legitimt eller gynnsamt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Züchner, punkt 7, och domen i det ovan i punkt 98 nämnda målet GVL mot kommissionen, punkterna 31 och 32). Som sökandena har gjort gällande kan det allmänintresse som medlemsstaten åberopar inte sammanfattas med behovet av att uppställa vissa regler på den aktuella marknaden eller av att uppställa krav på att de berörda aktörernas verksamhet skall beviljas tillstånd av staten. Enbart den omständigheten att den nationella lagstiftaren, med hänsyn till allmänintresset i vid bemärkelse, uppställer vissa regler om tillstånd, funktion eller tillsyn för samtliga aktörer i en bransch utgör nämligen i princip inte ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan i punkt 98 nämnda målen GVL mot kommissionen, punkt 32, och GB-Inno-BM, punkt 22).

179 För att det skall anses föreligga ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse krävs däremot inte nödvändigtvis att den aktör som anförtratts uppdraget beviljas en exklusiv eller särskild rättighet för att fullgöra det. Det framgår av artikel 86.1 EG jämförd med artikel 86.2 EG att det skall göras åtskillnad mellan, å ena sidan, en särskild eller exklusiv rättighet som en aktör har getts och, å andra sidan, det uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som i förekommande fall är knutet till denna rättighet (se domarna i de ovan i punkt 97 nämnda målen *Merci Convenzionali Porto di Genova*, punkterna 9 och 27, och *Almelo*, punkterna 46–50, samt domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet *Albany*, punkterna 98 och 104–111). Att en aktör beviljas en särskild eller exklusiv rättighet utgör endast ett, eventuellt befogat, medel

som möjliggör för aktören att fullgöra ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionens konstaterande i punkt 47 i det angripna beslutet, där det hänvisas till punkterna 14 och 15 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse, enligt vilket tilldelningen av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse även kan bestå i att flera, eller till och med alla, aktörer som bedriver verksamhet på en och samma marknad åläggs en skyldighet, är, såsom Konungariket Nederländerna har gjort gällande, följaktligen inte felaktigt (se, beträffande ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som anförtrotts inom ramen för en offentligrättslig icke exklusiv koncession, domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet *Almelo*, punkt 47).

180 Förstainstansrätten kan följaktligen inte godta sökandenas argument att förekomsten av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse är utesluten på grund av att samtliga privata sjukförsäkringsgivare har ålagts vissa skyldigheter.

181 För det andra skall det erinras om att det såväl enligt det första villkor som domstolen uppställde i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet *Altmark* som enligt ordalydelsen i artikel 86.2 EG som sådan krävs att den berörda aktören har anförtrotts ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse genom en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd och att de aktuella skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse klart definieras i denna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom i det ovan i punkt 97 nämnda målet *Züchner*, punkt 7, och av den 11 april 1989 i mål 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, REG 1989, s. 803, punkt 55, svensk specialutgåva, volym 10, s. 9, domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet *GT-Link*, punkt 51, domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet *Altmark*, punkt 89, samt domen i det ovan i punkt 166 nämnda målet *Olsen mot kommissionen*, punkt 186).

182 I motsats till vad sökandena har gjort gällande utgör den irländska lagstiftning som är relevant i förevarande mål inte regler eller ett vanligt tillstånd som rör de privata sjukförsäkringsgivarnas verksamhet, utan den skall anses utgöra en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd för att inrätta och definiera ett särskilt uppdrag som består i att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster i enlighet med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. I artiklarna 7–10 i 1994 Health Insurance Act, i dess senaste ändrade lydelse enligt 2001 Health Insurance Act, och i 1996 Health Insurance Regulations (se ovan punkt 16) definieras utförligt de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, såsom gemensam prissättning, fri anslutning, livslångt skydd och minimiförmåner, vilka åligger samtliga privata sjukförsäkringsgivare i den mening som avses i denna lagstiftning. Genom det uttalade

syftet att främja allmänintresset genom att ge för närvarande cirka hälften av den irländska befolkningen möjlighet att omfattas av ett alternativt försäkringsskydd för viss hälsovård, särskilt sjukhusvård, begränsar de ovannämnda skyldigheterna, som är kopplade till privata sjukförsäkringar, de privata sjukförsäkringsgivarnas kommersiella frihet i en utsträckning som går långt utöver de vanliga tillståndsvillkoren för att bedriva en verksamhet inom en viss bransch (se punkt 191 och följande punkter nedan).

183 Förstainstansrätten anser även att denna lagstiftning uppfyller kravet på en klar och precis definition av de aktuella skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, i den mening som avses i det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 89), vilket sökandena inte har bestritt. Med hänsyn till att det i det system som Irland har valt inte föreskrivs att några exklusiva eller särskilda rättigheter skall beviljas, utan att samtliga aktörer som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar skall fullgöra detta uppdrag, vilket är en valmöjlighet som medlemsstaten har (se punkt 179 ovan), kan det – till skillnad från vad sökandena tycks ha gjort gällande – inte krävas att varje aktör som omfattas av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar separat skall ha tilldelats detta uppdrag genom en åtgärd eller en individuell fullmakt.

184 Följaktligen kan förstainstansrätten inte godta den anmärkning som avser att normala lagstadgade skyldigheter gäller för de privata sjukförsäkringsgivarnas verksamhet och att det saknas en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd om inrättande och tilldelning av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse.

4) Huruvida de tjänster som omfattas av uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse är samhällsomfattande och obligatoriska till sin karaktär

185 Sökandena har åberopat att de privata sjukförsäkringstjänsterna inte är samhällsomfattande och obligatoriska till stöd för att det inte föreligger något uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i förevarande fall.

Allmänt

- 186 Vad gäller frågan huruvida de privata sjukförsäkringstjänsterna är samhällsomfattande konstaterar förstainstansrätten inledningsvis att det, i motsats till den uppfattning som sökandena har framfört, inte följer av gemenskapsrätten att den aktuella tjänsten, för att kunna kvalificeras som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, måste utgöra en samhällsomfattande tjänst i strikt bemärkelse, såsom är fallet med det allmänna systemet för social trygghet. Begreppet samhällsomfattande tjänst, i den mening som avses i gemenskapsrätten, innebär nämligen inte att den aktuella tjänsten måste fylla ett behov som är gemensamt för hela befolkningen eller tillhandahållas inom hela området (se domen i det ovan i punkt 181 nämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen, punkt 55, domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Corsica Ferries France, punkt 45, och domen i det ovan i punkt 166 nämnda målet Olsen mot kommissionen, punkt 186 och följande punkter). Som framgår av punkt 47 i det angripna beslutet, där det hänvisas till punkt 14 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse, motsvarar visserligen dessa särdrag den klassiska typen av tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som är vanligast förekommande i medlemsstaterna, men det hindrar inte att det förekommer andra typer av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som också är tillåtna och som medlemsstaterna kan välja att inrätta inom ramen för sin befogenhet att företa skönmässig bedömning.
- 187 Det förhållandet att de aktuella skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse endast har ett begränsat geografiskt eller materiellt tillämpningsområde eller att en relativt begränsad grupp av användare drar fördel av de berörda tjänsterna medför inte med nödvändighet att det skall ifrågasättas att ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse är samhällsomfattande i den mening som avses i gemenskapsrätten. Härav följer att sökandenas restriktiva tolkning av den samhällsomfattande karaktären hos ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, vilken grundar sig på vissa rapporter eller handlingar från kommissionen vars innehåll inte heller är juridiskt bindande, inte är förenlig med omfattningen av den befogenhet att företa skönmässig bedömning som medlemsstaterna har när det gäller att definiera ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse. Detta argument saknar grund och kan följaktligen inte godtas.
- 188 Vad beträffar argumentet att de privata sjukförsäkringstjänsterna endast utgör frivilliga finansiella tjänster, eller rent av "lyxtjänster", som är avsedda att säkerställa ett kompletterande eller ytterligare försäkringsskydd i förhållande till de obligatoriska samhällsomfattande tjänsterna i det allmänna sjukförsäkringssystemet, skall det

påpekas att den aktuella tjänstens obligatoriska karaktär faktiskt utgör ett väsentligt villkor för att det skall föreligga ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i gemenskapsrätten. Denna obligatoriska karaktär skall förstås så, att de aktörer som har tilldelats uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse genom en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd i princip är skyldiga att tillhandahålla tjänsten på marknaden och iaktta de skyldigheter som reglerar tillhandahållandet av denna tjänst. För den aktör som tilldelats ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse kan denna obligatoriska karaktär – vilken i sig strider mot den kommersiella friheten och principen om fri konkurrens – särskilt för det fall en exklusiv eller särskild rättighet har beviljats, bland annat bestå av en skyldighet att bedriva en viss affärsverksamhet oberoende av de därmed sammanhängande kostnaderna (se även, för ett liknande resonemang, punkt 14 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse). I ett sådant fall utgör denna skyldighet en motprestation för skyddet av uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse och den marknadsställning som är kopplad till uppdraget genom den åtgärd varigenom detta har tilldelats. När det inte föreligger någon exklusiv eller särskild rättighet kan den obligatoriska karaktären hos ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse bestå i en skyldighet för aktören, vilken föreskrivs i en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd, att erbjuda vissa tjänster till alla medborgare som begär det (se även, för ett liknande resonemang, punkt 15 i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse).

189 I motsats till vad sökandena anser, förutsätter emellertid inte den tvingande karaktären hos ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse att de offentliga myndigheterna ålägger den berörda aktören en skyldighet att tillhandahålla en tjänst med ett klart och på förhand fastställt innehåll, vilket är fallet med plan P som VHI erbjuder (se punkt 14 ovan). Det förhållandet att uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse är obligatoriskt till sin karaktär utesluter nämligen inte att aktören har en viss handlingsfrihet på marknaden, bland annat vad gäller innehållet i och prissättningen av de tjänster som aktören avser att tillhandahålla. Under dessa omständigheter garanteras aktörerna ett minimum av handlingsfrihet och följaktligen konkurrens vad gäller de aktuella tjänsternas kvalitet och innehåll, vilket i gemenskapens intresse begränsar omfattningen av den konkurrensbegränsning som i allmänhet följer av tilldelningen av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, utan att det påverkar målen med uppdraget.

190 Härav följer att när det inte föreligger någon exklusiv eller särskild rättighet räcker det, för att en tjänst skall anses vara obligatorisk, att den aktör som tilldelats ett sådant uppdrag har ålagts en skyldighet att tillhandahålla denna tjänst till samtliga användare som begär det. Med andra ord är tjänsten obligatorisk, och följaktligen

föreligger det ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, om den som tillhandahåller tjänsten är skyldig att ingå avtal på oförändrade villkor, utan att kunna avvisa den andra avtalsparten. Sistnämnda inslag gör det möjligt att skilja den tjänst som omfattas av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse från alla andra tjänster som tillhandahålls på marknaden och följaktligen från all annan verksamhet som utövas helt fritt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan i punkt 97 nämnda målen GT-Link, punkt 53, och *Merci Convenzionali Porto di Genova*, punkt 27).

Tillämpning i det aktuella fallet

¹⁹¹ I förevarande fall anser förstainstansrätten att det följer av kombinationen av de olika skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som ålagts samtliga irländska privata sjukförsäkringsgivare, det vill säga de skyldigheter som avser fri anslutning, gemensam prissättning, livslångt skydd och minimiförmåner, att de privata sjukförsäkringstjänsterna skall anses vara obligatoriska.

¹⁹² Skyldigheten att tillämpa fri anslutning (artikel 8 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse), det vill säga skyldigheten för den privata sjukförsäkringsgivaren att erbjuda ett privat sjukförsäkringsavtal till alla personer som begär det, oavsett ålder, kön eller hälsotillstånd, räcker nämligen för att de aktuella privata sjukförsäkringstjänsterna skall anses som obligatoriska. Denna obligatoriska karaktär förstärks av den omständigheten att skyldigheten att ingå avtal är förenad med andra krav som begränsar de privata sjukförsäkringsgivarnas kommersiella frihet när det gäller att bestämma innehållet i de privata sjukförsäkringsavtalen, nämligen de skyldigheter som avser gemensam prissättning, livslångt skydd och minimiförmåner.

¹⁹³ På grund av skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning är nämligen en privat sjukförsäkringsgivare, när denne erbjuder ett privat sjukförsäkringsskydd på marknaden, skyldig att tillhandahålla de aktuella privata sjukförsäkringstjänsterna till ett enhetligt pris oavsett försäkringstagarens personliga situation, förändringar i dennes

hälsotillstånd och hur ofta denne har ingett ersättningskrav (artikel 7 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse). Till följd av skyldigheten att tillhandahålla livslångt skydd är vidare den privata sjukförsäkringsgivaren, när försäkringstagaren har tecknat en sådan försäkring, förhindrad att ensidigt säga upp det privata sjukförsäkringsavtalet och kan inte heller neka att förnya försäkringen när försäkringstagaren begär det (artikel 9 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse). Det skall slutligen påpekas att det i reglerna om minimiförmåner föreskrivs att ersättning för vård som täcks av de privata sjukförsäkringsavtalen skall utbetalas med beaktande av minimibelopp och minimiprocentsatser för de kostnader som uppkommit (artikel 10 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse, jämförd med reglerna om minimiförmåner).

194 Sökandena har i det avseendet gjort gällande att skyldigheten att tillhandahålla minimiförmåner inte räcker för att det skall anses föreligga ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, eftersom den således fastställda nivån på försäkringsskyddet är så låg att till och med de minst omfattande försäkringar som finns på marknaden, såsom VHI:s plan A, i praktiken överskrider denna nivå i mycket stor utsträckning. Detta argument påverkar dock inte det faktum att de krav som uppställs för de privata sjukförsäkringsgivarna, på grund av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, är obligatoriska till sin karaktär. Argumentet tar inte hänsyn till att det, för att ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse skall anses obligatoriskt, inte krävs att det i lag uppställs krav på tillhandahållandet av en särskild tjänst som på förhand bestäms däri, genom att den aktuella aktören berövas all kommersiell frihet (se punkt 188 ovan). Inte heller det gängse handelsbruket på marknaden, även om det i allmänhet medför en tjänstenivå som är högre än de föreskrivna minimiförmåner, kan påverka minimiförmånernas karaktär av lagstadgad skyldighet som samtliga privata sjukförsäkringsgivare är skyldiga att iaktta under alla omständigheter.

195 Kvalificeringen av de privata sjukförsäkringstjänsterna som samhällsomfattande och obligatoriska tjänster påverkas inte heller av argumentet att dessa tjänster är frivilliga, i den meningen att det står både försäkringsgivarna och försäkringstagarna fritt att välja huruvida tjänsterna skall tillhandahållas och att dessa tjänster följaktligen inte ersätter de samhällsomfattande tjänsterna eller de grundläggande sociala trygghetstjänsterna. Den omständigheten att konsumenterna kan välja att inte begära att tjänsterna skall tillhandahållas utgör inte något hinder för att anse att uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse är obligatoriskt, när medlemsstaten anser att tjänsten, av allmänna social- och hälsovårdspolitiska skäl, fyller ett verkligt behov hos en stor

del av befolkningen – för närvarande cirka 50 procent av den irländska befolkningen i förevarande fall – och följaktligen gör tjänsten tillgänglig genom att ålägga den som tillhandahåller tjänsten en skyldighet att ingå avtal. För att uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse skall anses vara samhällsomfattande och obligatoriskt krävs nämligen inte att det föreligger en ömsesidig skyldighet att ingå avtal, det vill säga i detta fall en obligatorisk anslutning till privata sjukförsäkringar. Som sökandena själva har medgett i punkt 29 i repliken föranleder inte domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany (punkt 98 och följande punkter) någon annan tolkning, eftersom den obligatoriska anslutningen till det kompletterande pensionssystem som det målet avsåg under alla omständigheter inte var avgörande för domstolens konstaterande att systemet utgjorde ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse.

196 Med hänsyn till arten av det aktuella uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse, vilket grundar sig på de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som åligger samtliga privata sjukförsäkringsgivare och som inte hör samman med en särskild eller exklusiv rättighet, påverkas inte kontinuiteten i tillhandahållandet av den aktuella privata sjukförsäkringstjänsten, och följaktligen inte heller dess samhällsomfattande karaktär och tillgänglighet, av möjligheten att en försäkringsgivare frivilligt lämnar den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. Eftersom de privata sjukförsäkringsgivare som beslutat att erbjuda ett försäkringsskydd på marknaden fullt ut måste iaktta de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, kan inte heller enbart möjligheten för den privata sjukförsäkringsgivaren att helt avstå från att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster eller att lämna marknaden påverka tjänsternas samhällsomfattande och obligatoriska karaktär.

197 Sökandena har dessutom anfört att de olika lagstadgade undantagen i fråga om skyldigheten att tillämpliga fri anslutning (artikel 8 i 1994 Health Insurance Act, i ändrad lydelse, jämförd med Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996) motsäger att de privata sjukförsäkringstjänsterna är samhällsomfattande och obligatoriska till sin karaktär. De privata sjukförsäkringsgivarna kan nämligen vägra att godta personer som är 65 år eller äldre och som för första gången vill teckna en privat sjukförsäkring (artikel 6 i Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996). För personer som är yngre än 65 år kan de privata sjukförsäkringsgivarna, efter tecknandet av en privat sjukförsäkring, uppställa initiala karenstider för ersättningskrav, vilka i princip uppgår till 26 veckor för personer som är yngre än 55 år och till 52 veckor för personer som är mellan 55 och 65 år (artikel 7

i Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996). Personer som redan är sjuka har visserligen rätt att ansluta sig, men det kan uppställas karenstider på fem till tio år, beroende på deras ålder, för att erhålla ersättning för vissa vårdkostnader (artikel 8 i Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996). Svaranden och Irland har i det avseendet genmält att dessa undantag inte påtagligt inskränker den verkliga omfattningen av skyldigheten att tillämpa fri anslutning och att de under alla omständigheter utgör legitima och objektivt sett motiverade åtgärder för att skydda den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, vilken omfattas av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, mot störningar och missbruk.

198 Förstainstansrätten anser i det avseendet att även om det antas att utestängningen av personer som är äldre än 65 år och som aldrig har tecknat en privat sjukförsäkring – vilken utestängning föreskrevs i den irländska lagstiftningen vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet – i teorin kan komma att beröra, såsom sökandena har gjort gällande, 8 procent av den irländska befolkningen, förefaller betydelsen av detta undantag vara begränsat i praktiken. Som svaranden har påpekat gäller nämligen inte detta undantag de personer som är eller redan har varit anslutna till en privat sjukförsäkring och som vill förnya en sådan försäkring. Vidare har sökandena inte bestritt svarandens och Irlands påstående om att, med hänsyn till att privata sjukförsäkringar finns i Irland sedan år 1957, den normala tendensen är att för första gången teckna en privat sjukförsäkring vid en mycket lägre ålder än tidigare, särskilt som de initiala karenstiderna, vilka är progressiva i förhållande till åldern, utgör ett ytterligare incitament för att göra detta. Under dessa omständigheter kan man nämligen förvänta sig en minskning av antalet personer som på detta sätt utestängs från privata sjukförsäkringar. Det är därför inte sannolikt att ett stort antal personer i praktiken i framtiden kommer att påverkas av möjligheten att neka anslutning från och med 65 års ålder. Under alla omständigheter anser förstainstansrätten att denna begränsade inskränkning inte påverkar det förhållandet att den fria anslutningen garanterar hela den irländska befolkningen fri tillgång till privata sjukförsäkringar.

199 Svaranden och Irland har anfört, utan att egentligen motsägas av sökandena, att de initiala karenstiderna visserligen tillfälligt begränsar tillgången till ett privat sjukförsäkringsskydd, men att de utgör viktiga och legitima åtgärder för att förhindra missbruk som består i att skaffa sig endast ett tillfälligt försäkringsskydd för att snabbt få vård utan att först, genom att betala premier, ha bidragit till det privata

sjukförsäkringssystemet som har gemensam prissättning. I det avseendet skall det erinras om att, såsom svaranden och Irland har gjort gällande, den gemensamma prissättningen syftar till att, genom enhetliga premier för identiskt försäkringsskydd (se punkt 192 ovan), säkerställa en jämn fördelning av kostnaderna för hälsovård på samtliga försäkringstagare i alla generationer. Den gemensamma prissättningen har i likhet med den fria anslutningen slutligen till syfte att säkerställa en gemensam riskfördelning och solidaritet mellan generationerna. Dessa syften har valts av medlemsstaten, och kan med hänsyn till artiklarna 16 EG och 152 EG inte ifrågasättas av gemenskapsinstitutionerna (se punkt 167 ovan).

200 Förstainstansrätten finner det dock sannolikt att en sådan praxis som beskrivits ovan riskerar att äventyra detta syfte. Om det inte fanns några karenstider skulle det, såsom svaranden har gjort gällande, medföra att de privata sjukförsäkringsgivarna ställdes inför ett ökat antal ersättningskrav och att de därför måste höja premierna till nackdel för samtliga försäkringstagare för att täcka de ytterligare kostnader som det skulle kosta att medföra. Detta skulle strida mot syftet att garantera samtliga försäkringstagare tillgång till privat sjukförsäkringsskydd, vilket syfte även ligger till grund för den gemensamma prissättningen. Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att de initiala karenstiderna utgör en naturlig del av marknaden för privata sjukförsäkringar, vilken är underkastad krav på fri anslutning och gemensam prissättning, och att de utgör ett lämpligt medel för att förena tillgängligheten och den privata sjukförsäkringstjänstens samhällsomfattande karaktär genom att de gör det möjligt att förhindra att solidariteten mellan generationerna missbrukas av personer som väntar med att teckna den privata sjukförsäkringen till dess att de har omfattande vårdbehov.

201 Av det ovan anförda följer att kombinationen av de skyldigheter som avser fri anslutning, gemensam prissättning, livslångt skydd och minimiförmåner säkerställer att den irländska befolkningen lättare får omfattande tillgång till privata sjukförsäkringstjänster, vilket motiverar att dessa tjänster kvalificeras som samhällsomfattande i den mening som avses i gemenskapsrätten. Förstainstansrätten kan inte godta sökandenas argument att de privata sjukförsäkringstjänsterna, trots fördelningen av premierna till följd av den gemensamma prissättningen, inte kan anses vara samhällsomfattande på grund av att inte alla samhällsklasser i Irland har råd med dessa. För det första innebär inte, såsom angetts ovan i punkt 186, kriteriet att tjänsten skall vara samhällsomfattande att det krävs att hela befolkningen utnyttjar,

eller kan utnyttja, tjänsten i praktiken. För det andra tyder den omständigheten att cirka 50 procent av den irländska befolkningen har tecknat en privat sjukförsäkring att de privata sjukförsäkringstjänsterna under alla omständigheter tillgodoser en mycket stor efterfrågan på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar och att de väsentligt bidrar till att systemet för social trygghet, i vid bemärkelse, fungerar väl i Irland. För det tredje tar detta argument inte hänsyn till den omständigheten, vilken sökandena själva har medgett, att de privata sjukförsäkringstjänster som finns tillgängliga på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar är uppdelade i olika grupper av försäkringsskydd, bland annat grundläggande försäkringsskydd, genomsnittligt försäkringsskydd och "lyxförsäkringsskydd", vilka erbjuds till olika priser och motsvarar försäkringstagarnas olika krav.

202 Den omständigheten att priserna på de privata sjukförsäkringstjänsterna inte är reglerade och att det inte har fastställts någon övre prisgräns för dessa påverkar inte heller deras samhällsomfattande karaktär. I avsaknad av regler rörande premierna för ett privat sjukförsäkringsskydd fastställs visserligen prisnivån för ett sådant skydd i princip av marknadskrafterna, men det fastställda priset är, på grund av skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning, enhetligt och tillämpligt på samtliga privata sjukförsäkringsavtal som erbjuder ett identiskt försäkringsskydd, oberoende av försäkringstagarnas ålder, kön och hälsotillstånd. På grund av denna standardisering av priserna och priskonkurrensen mellan de olika privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vilket gynnar samtliga försäkringstagare, förefaller risken för ett orimligt pris som inte är ekonomiskt överkomligt för vissa grupper av personer, särskilt vad gäller grundläggande privat sjukförsäkringsskydd, i praktiken vara mycket liten. Som Irland har påpekat möjliggör tvärtom den gemensamma prissättningen en korssubventionering av premierna till förmån för de försäkringstagare som är mest sårbara, särskilt äldre personer och personer med funktionshinder, och den garanterar således att sådana personer lättare får tillgång till privata sjukförsäkringstjänster. På en marknad där prissättningen grundar sig på risken skulle en sådan tillgång potentiellt hindras eller till och med vara utesluten.

203 Kriteriet att tjänsten skall vara samhällsomfattande innebär inte något krav på att den aktuella tjänsten skall vara gratis eller erbjudas utan någon hänsyn till ekonomisk lönsamhet. Det förhållandet att vissa potentiella användare inte har tillräckliga ekonomiska resurser för att kunna åtnjuta samtliga privata sjukförsäkringsskydd som

finns tillgängliga på marknaden, särskilt "lyxförsäkringsskydd", påverkar inte tjänstens samhällsomfattande karaktär, eftersom tjänsten erbjuds alla kunder till enhetliga priser som inte är diskriminerande och på en kvalitetsnivå som är jämförbar (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom i det ovan i punkt 131 nämnda målet Corbeau, punkt 15, i det ovan i punkt 97 nämnda målet Almelo, punkt 48, och av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner, REG 2001, s. I-8089, punkt 55).

204 Mot bakgrund av det ovan anförda kan förstainstansrätten inte godta sökandenas mycket generella argument att de privata sjukförsäkringstjänsterna är frivilliga, kompletterande och av "lyxkaraktär". Förutom att sökandena i det sammanhanget inte har beaktat de olika nivåer på privat sjukförsäkringsskydd som finns tillgängliga, har de inte på ett utförligt sätt bestritt svarandens och Irlands ståndpunkt, enligt vilken de irländska privata sjukförsäkringarna, vid sidan av det allmänna sjukförsäkringssystemet, utgör den andra grundpelaren i det irländska hälsovårdssystemet, vars existens fyller ett obligatoriskt mål som eftersträvas inom den irländska hälsovårdspolitikerna, nämligen social sammanhållning och solidaritet mellan generationerna. Enligt de förklaringar som Irland har gett bidrar de privata sjukförsäkringarna till att säkerställa effektiviteten och lönsamheten i det allmänna sjukförsäkringssystemet genom att lätta på det kostnadstryck som det annars skulle ha, särskilt i fråga om vård vid offentliga sjukhus. Varken kommissionen eller förstainstansrätten kan ifrågasätta dessa hänsyn vid den begränsade kontroll som gemenskapsinstitutionerna är behöriga att göra i det avseendet. Följaktligen skall det anses att de privata sjukförsäkringstjänsterna används av Irland, med hänsyn till allmänintresset, som ett nödvändigt medel för att uppnå en god förvaltning av det nationella hälsovårdssystemet och de skall, på grund av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, anses ha karaktären av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

205 Sökandenas argument att de privata sjukförsäkringstjänsterna inte är samhällsomfattande och obligatoriska saknar följaktligen i sin helhet grund och kan därför inte godtas.

206 Under dessa omständigheter är kommissionens konstaterande i punkt 47 i det angripna beslutet, enligt vilket de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar är avsedda att säkerställa att hela den irländska befolkningen har tillgång till en viss nivå av privata sjukförsäkringstjänster till rimliga kostnader och på en

jämförbar kvalitetsnivå, inte felaktigt. Konstaterandet att den handlingsfrihet som de privata sjukförsäkringsgivarna har getts när det gäller att fastställa premier och innehållet i privata sjukförsäkringsskydd inte påverkar kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är inte heller felaktigt. Detta gäller särskilt eftersom en viss konkurrens upprätthålls genom handlingsfriheten, utan att dock påverka genomförandet av det aktuella uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse (se punkt 188 ovan).

207 Följaktligen slog kommissionen med rätta fast, i punkterna 48 och 49 i det angripna beslutet, att villkoren för att de privata sjukförsäkringstjänsterna och de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar skall anses omfattas av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse var uppfyllda och att Irland inte hade begått något uppenbart fel i det avseendet.

208 Följaktligen kan förstainstansrätten inte godta den anmärkning som avser att det inte föreligger något uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i det första villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark och i artikel 86.2 EG.

d) Huruvida det finns klart definierade kriterier för att beräkna ersättningen enligt riskutjämningsordningen i den mening som avses i det andra villkoret i domen i målet Altmark

i) Inledande anmärkningar

209 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att enligt det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 90) skall de kriterier på grundval av vilka ersättningen för fullgörandet av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt.

210 Det skall i det avseendet erinras om att kommissionen, av de skäl som angetts i punkterna 157–160 ovan, i punkt 40 i det angripna beslutet endast hänvisade till domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring (punkt 27) vid sin bedömning av ersättningen för de kostnader som hade uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandhålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt den domen skall ersättningen motsvara de faktiska merkostnader som den aktör som har tilldelats ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse har. Förstainstansrätten anser att detta krav med nödvändighet förutsätter en viss öppenhet och en viss objektivitet vad gäller ersättningskriterierna. Utan dessa kriterier är det inte möjligt för gemenskapsinstitutionerna att göra ens en marginell kontroll.

211 Förstainstansrätten skall följaktligen undersöka huruvida kommissionen med fog kunde anse, i vart fall underförstått, att de kriterier för ersättning som föreskrevs i riskutjämningsordningen var tillräckligt öppna och objektiva för att uppfylla det andra villkoret i domen i målet Altmark.

ii) Huruvida kriterierna för att beräkna ersättningen enligt riskutjämningsordningen var objektiva och öppna

212 Sökandena har huvudsakligen gjort gällande (se punkt 113 och följande punkter ovan) att beräkningen av ersättningen enligt riskutjämningsordningen inte har gjorts på grundval av objektiva och öppna kriterier, utan i stor utsträckning är avhängig av en bedömning av HIA och hälsovårdsministern på flera nivåer. Bedömningen av riskskillnaderna, och särskilt den bedömning som grundar sig på viktningsfaktorn för hälsotillståndet, har i stor utsträckning överlätits på HIA:s skönmässiga bedömning. Detta bekräftas av tre skilda rapporter som HIA offentliggjort sedan år 2003, vari det konstaterats klart olika riskskillnader och dragits slutsatser som är motstridiga när det gäller huruvida det verkligen föreligger instabilitet på marknaden. Vidare anser sökandena att HIA och hälsovårdsministern förfogar över ett omfattande utrymme för skönmässig bedömning när det gäller beslutet att påbörja RES-betalningarna med hänsyn till den uppnådda procentsatsen för riskskillnaden.

213 Förstainstansrätten konstaterar först att HIA:s, och i förekommande fall hälsovårdsministrarnas, utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller beslutet att införa RES-betalningarna, ett beslut som särskilt förutsätter konstaterandet att det föreligger en riskskillnad som överstiger en viss procentsats och instabilitet på marknaden, till skillnad från vad sökandena har hävdats inte har något samband med frågan huruvida själva beräkningen av ersättningen har gjorts på grundval av objektiva och öppna kriterier. Denna beräkning görs nämligen, på grundval av uppgifter som lämnats av de privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen och följaktligen på grundval av deras respektive riskprofil, först efter det att beslutet om att påbörja RES-betalningarna har fattats. Sökandena har i det sammanhanget blandat ihop fastställandet av riskskillnaderna, vilket utgör en fas som föregår beslutet att införa RES-betalningarna, med beräkningen av den ersättning som betalas ut i form av RES-betalningar, vilken är avhängig av en utförlig jämförelse mellan den faktiska riskprofilen och den genomsnittliga riskprofilen på marknaden för varje privat sjukförsäkringsgivare (se punkt 33 ovan).

214 Även om det antas att de irländska myndigheterna har befogenhet att företa skönsmässig bedömning vid beräkningen av RES-betalningarna, vilket har bestritts av bland annat Irland, är denna befogenhet i sig inte oförenlig med förekomsten av objektiva och öppna kriterier, i den mening som avses i det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Som Irland har gjort gällande hindrar inte detta villkor att den nationella lagstiftaren ger de nationella myndigheterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av ersättningen för de kostnader som uppkommit i samband med ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse. Såsom slagits fast i förstainstansrättens rättspraxis har medlemsstaten tvärtom ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning inte bara när det gäller att definiera ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, utan även vid fastställandet av ersättningen för kostnader, vilket kräver en bedömning av komplexa ekonomiska omständigheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet FFSA m.fl. mot kommissionen, punkterna 99 och 100). Det är för övrigt just på grund av att fastställandet av ersättningen endast är underkastat en begränsad kontroll av gemenskapsinstitutionerna som det enligt det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark krävs att gemenskapsinstitutionerna skall kunna kontrollera att det föreligger objektiva och öppna kriterier, vilka kriterier skall preciseras så att det utesluter varje möjlighet för medlemsstaten att missbruka begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

- 215 Sökandenas argument att det saknas objektiva och öppna kriterier för beräkningen av ersättningen på grund av att de irländska myndigheterna har befogenhet att företa skönsässig bedömning är följaktligen verkningslösa och kan inte godtas.
- 216 Det skall därefter konstateras att kommissionen, i punkterna 25–30 i det angripna beslutet (se punkt 38 ovan), i detalj har redogjort för de kriterier, den metod och det förfarande som tillämpas vid fastställandet av RES-betalningarna. Vidare framgår det av beskrivningen av metoden för att beräkna RES-betalningarna, vilken angetts i punkterna 31–33 ovan, att de olika beräkningskriterier som använts klart har fastställts i den tillämpliga lagstiftningen, särskilt i bilaga II till RES. I lagstiftningen föreskrivs således på ett utförligt, icke-diskriminerande och öppet sätt att de privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen regelbundet skall lämna uppgifter om sin riskprofil och om de motsvarande kostnaderna för varje ålders- och könsgroup av försäkringstagare (del II och del III i RES). Efter att ha tagit del av dessa uppgifter gör HIA en jämförelse för att fastställa riskskillnaden mellan de privata sjukförsäkringsgivarna (del IV jämförd med bilaga II till RES), en jämförelse som i sin tur ligger till grund för beräkningen av RES-betalningarna (del V i RES). Slutligen föreskrivs i del V jämförd med bilaga II till RES kriterierna och de utförliga ekonomiska och matematiska formlerna för denna beräkning, däribland justeringsmetoden med tillämpning av viktningsfaktorn för hälsotillståndet.
- 217 I det avseendet anser förstainstansrätten att enbart den omständigheten att de ekonomiska och matematiska formlerna för den beräkning som skall göras är komplexa inte påverkar de relevanta kriteriernas precisa och klart definierade karaktär. Under alla omständigheter har sökandena inte på något sätt ifrågasatt att dessa kriterier är precisa, öppna och objektiva, utan de har i huvudsak endast åberopat att de irländska myndigheterna har getts ett omfattande utrymme för skönsässig bedömning när det gäller beslutet att påbörja RES-betalningarna, vilket fattas före beräkningen av ersättningen (se punkterna 210 och 211 ovan). Detta gäller även i fråga om kriterierna för tillämpning av viktningsfaktorn för hälsotillståndet – vilken för närvarande inte är tillämplig – vilka omnämns i bilaga II till RES och vilka HIA måste iaktta när den beslutar att beakta denna faktor, samt i fråga om den maximigräns på 50 procent som fastställts när det gäller att beakta det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapacitet vid fastställandet av de privata sjukförsäkringsgivarnas riskprofiler (punkterna 28 och 57 i det angripna beslutet).

218 Mot bakgrund av det ovan anförda kan kommissionen inte klandras för att den, vid bedömningen av riskutjämningsordningen med avseende på artikel 87.1 EG, inte beaktade de olika kriterierna för beräkningen av RES-betalningarna. Vidare anser förstainstansrätten, med beaktande av övervägandena i punkt 160 ovan, att punkterna 25–30 i det angripna beslutet, även om de endast ingår i den faktiska redogörelsen för riskutjämningsordningen (se punkt 38 ovan), utgör en tillräcklig motivering i det avseendet, vars innehåll kommissionen beaktade i vederbörlig ordning i samband med dess bedömning av huruvida den aktuella ersättningsmekanismen var förenlig med artikel 87.1 EG.

219 Den anmärkning som avser det andra villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark saknar följaktligen grund och kan därför inte godtas.

e) Huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig i den mening som avses i tredje villkoret i domen i målet Altmark

i) Domstolsprövningens omfattning

220 När det gäller omfattningen av den kontroll som företas av kommissionen och förstainstansrätten avseende frågan huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig, skall det påpekas att denna kontroll med nödvändighet är begränsad med hänsyn till att Irland har motiverat riskutjämningsordningen med att det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse (se ovan punkt 166). Med hänsyn till den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som en medlemsstat har när den definierar ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse och villkoren för dess genomförande, vilken inbegriper en bedömning av komplexa ekonomiska omständigheter för att uppskatta de merkostnader som uppkommer till följd av utförandet, är den kontroll som kommissionen är behörig att företa i detta hänseende begränsad till att avse uppenbara fel (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet FFSA m.fl. mot kommissionen,

punkt 100, och domen i det ovan i punkt 166 nämnda målet Olsen mot kommissionen, punkt 216). Av detta följer vidare att den kontroll som förstainstansrätten företar avseende kommissionens bedömning i detta avseende inte heller kan gå utöver denna gräns och att denna kontroll således är begränsad till att undersöka huruvida kommissionen med fog har konstaterat att medlemsstaten gjort eller inte gjort sig skyldig till ett uppenbart fel.

- 221 Denna kontroll innebär vidare att gemenskapsdomstolen skall avgöra om den bevisning som ingetts av sökandena är tillräcklig för att bedömningarna av de komplexa ekonomiska omständigheter som återges i det angripna beslutet inte längre skall framstå som sannolika (se, analogt, förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-380/94, AIUFFASS och AKT mot kommissionen, REG 1996, s. II-2169, punkt 59). Med undantag för denna prövning avseende sannolikheten, ankommer det inte på förstainstansrätten att ersätta beslutsfattarens bedömning av relevanta komplexa ekonomiska omständigheter med sin egen. Förstainstansrättens prövning i detta sammanhang avser en kontroll av att kommissionen har följt reglerna för handläggning och för motivering, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det ifrågasatta beslutet är materiellt riktiga, att det inte skett en felaktig rättstillämpning eller en uppenbart oriktig bedömning och att det inte förekommit maktmissbruk (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 101 nämnda målet FFSA m.fl. mot kommissionen, punkt 101, av den 11 maj 2005 i de förenade målen T-111/01 och T-133/01, Saxonía Edelmetalle mot kommissionen, REG 2005, s. II-1579, punkt 91, i det ovan i punkt 166 nämnda målet Olsen mot kommissionen, punkt 266, och av den 15 juni 2005 i mål T-349/03, Corsica Ferries France mot kommissionen, REG 2005, s. II-2197, punkt 138 och där angiven rättspraxis).
- 222 När det särskilt gäller prövningen av om den ersättning som utgår för fullgörandet av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, som fastställts i en rättsakt med allmän giltighet, är proportionerlig, har det i rättspraxis fastslagits att denna prövning är begränsad till en kontroll av frågan huruvida den fastställda ersättningen är nödvändig för att det ifrågasatt uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse skall kunna fullgöras på ekonomiskt godtagbara villkor (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 99 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 53, och domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany, punkterna 107 och 111 och där angiven rättspraxis), eller om det tvärtom är uppenbart att åtgärden i fråga inte är ändamålsenlig för att uppnå det eftersträvade målet (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i de ovan i punkt 118 nämnda förenade målen Boehringer mot rådet och kommissionen, punkterna 73 och 74).

223 Förstainstansrätten godtar således inte sökandenas påstående att det finns anledning att göra en fullständig prövning i detta sammanhang (se ovan punkt 118).

ii) Huruvida den ersättning som utgår genom RES-betalningarna är nödvändig och proportionerlig

1) Inledande anmärkningar

224 När det gäller frågan huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig, erinrar förstainstansrätten inledningsvis om att parterna är ense om att det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark i stor utsträckning sammanfaller med det proportionalitetskriterium som följer av rättspraxis angående tillämpningen av artikel 86.2 EG. Härav följer att parternas argument med vederbörliga ändringar är tillämpliga på den andra grunden som avser ett åsidosättande av sistnämnda bestämmelse. Eftersom parterna såvitt avser bedömningen av huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är proportionerlig däremot inte är överens när det gäller behovet av att beakta den berörda aktörens effektivitet och effektivitetens inverkan på fastställandet av ersättningen, skall förstainstansrätten pröva de argument som framförts angående denna fråga tillsammans med anmärkningen om att det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllt.

225 Förstainstansrätten erinrar även om att sökandena har gjort gällande att det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllt, det vill säga villkoret om att ersättningen skall vara absolut nödvändig. Sökandena anser för det första att kommissionen inte har undersökt samtliga relevanta omständigheter i detta hänseende, vilket utgör felaktig rättstillämpning och ett fel som påverkar motiveringen i det angripna beslutet angående tillämpningen av proportionalitetskriteriet. För det andra medför inte ett fullgörande av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar en ekonomisk belastning för de privata sjukförsäkringsgivarna, eftersom dessa kan säkerställa lönsamhet genom affärsmässiga åtgärder. De privata sjukförsäkringsgivarna kan dels skydda sig mot "dåliga" risker genom att exempelvis

vägra att godta nya försäkringstagare över 65 år eller uppställa långa karenstider för sjuka personer, dels anpassa avtalsvillkoren och tillämpa olika försäkringspremier beroende på risken för att på så sätt, genom högre premier, kompensera de högre kostnader som är kopplade till de ”dåliga” risker som de måste godta enligt de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. För det tredje saknas det under alla omständigheter ett samband mellan de kostnader som uppkommer till följd av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och riskutjämningsordningen, vilket innebär att denna ordning inte kan kompensera för dessa kostnader. RES-betalningarna beräknas på grundval av riskskillnaden mellan de privata sjukförsäkringsgivarna och är inte avhängiga av beräkningen av de faktiska kostnader som uppkommer till följd av ett fullgörande av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Vidare anser sökandena att riskutjämningsordningen i själva verket avser en ersättning för kostnaderna för att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster som sådana, vilka under alla omständigheter – enligt det angripna beslutet – inte utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Ett sådant abstrakt samband mellan de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och kostnaderna för de privata sjukförsäkringsgivarna utgör inte ett tillräckligt samband och uppfyller inte kravet på att riskutjämningsordningen strikt skall begränsas till kostnader som klart kan fastställas. För det fjärde kan riskutjämningsordningen inte heller kompensera för ”dåliga” risker. Ordningen beaktar inte de privata sjukförsäkringsgivarnas försäkringspremier och intäkter som kan kompensera för dessa risker och det är således inte möjligt att bedöma om de ”dåliga” riskerna medför en nettobelastning för den privata sjukförsäkringsgivaren. Vad vidare gäller kommissionens argument att riskutjämningsordningen beaktar den genomsnittliga kostnaden för ansökningarna om ersättning för att på så sätt möjliggöra för de privata sjukförsäkringsgivarna att dra fördel av sin egen effektivitet (punkt 56 i det angripna beslutet), har sökandena invänt att ett beaktande av de egna faktiska kostnaderna skulle medföra större RES-betalningar till förmån för de privata sjukförsäkringsgivare som har de högsta kostnaderna och således ge dem ett incitament att inte vara effektiva. Eftersom det under alla omständigheter saknas en referenspunkt för att bedöma effektiviteten och ett sätt att jämföra priser, är det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmärk, som avser att det är nödvändigt att fastställa ersättningsnivån i förhållande till de behov som ett effektivt företag har med beaktande av intäkter och vinst, inte uppfyllt.

226 Svaranden har invänt att sökandena varken har visat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning av frågan huruvida riskutjämningsordningen var proportionerlig eller att riskutjämningsordningen var uppenbart oproportionerlig i förhållande till målet att säkerställa att den irländska marknaden för privata sjukförsäkringstjänster fungerar på ekonomiskt godtagbara villkor (se ovan punkt 148). Svaranden har med stöd av Irland och VHI ifrågasatt argumentet att ersättningen enligt riskutjämningsordningen inte har något samband med de kostnader som uppkommer genom ett fullgörande av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. RES-betalningarna har ett samband med kostnader som uppkommer till följd av skillnaderna i riskprofil

– vilka fastställs i förhållande till ålders- och könsgroup – mellan de privata sjukförsäkringsgivarna och går inte utöver vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som uppkommer i samband med fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Den lagstiftning som reglerar riskutjämningsordningen syftar i detta hänseende inte till att beakta fasta och rörliga kostnader, intäkter eller vinstmarginaler. Det föreligger nämligen inte någon exakt överensstämmelse mellan intäkter och risker, eftersom det strider mot principen om gemensam prissättning. En sådan prissättning innebär att premien skall motsvara den risk som kollektivet av försäkringstagare bär och inte en potentiellt föga representativ grupp av försäkringstagare. Vidare medför skyldigheten att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning att de privata sjukförsäkringsgivarna inte kan dra fördel av en förmånligare riskportfölj än den som andra privata sjukförsäkringsgivare innehar. Riskutjämningsordningen är således nödvändig för att den gemensamma prissättningen skall fungera och för att stimulera konkurrensen mellan de privata sjukförsäkringsgivarna inom samtliga ålderskategorier genom kommersiella ansträngningar såsom marknadsföring, tjänsternas kvalitet, relationerna med dem som tillhandahåller vårdtjänster eller en effektiv förvaltning. Av dessa skäl föreskrivs det i den relevanta lagstiftningen att de kostnader som är hänförliga till fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar skall beräknas och att dessa kostnader skall fördelas på ett rättvist sätt mellan de privata sjukförsäkringsgivarna med tillämpning av riskutjämningsordningen. De privata sjukförsäkringsgivarna kan emellertid fritt fastställa sina försäkringspremier och påverka sin lönsamhet med beaktande av villkoren på marknaden, vilket innebär att riskutjämningsordningen inte är avsedd att utjämna de kostnader som är avhängiga av försäkringsgivarnas effektivitet, och de privata sjukförsäkringsgivarna drar själva fördel av en god förvaltning. Med hänsyn till att det enligt riskutjämningsordningen endast utgår en ersättning till privata sjukförsäkringsgivare som avser skillnaden mellan deras respektive riskprofil och den genomsnittliga riskprofilen på marknaden, kan en privat sjukförsäkringsgivare inte med fog anse att riskutjämningsordningen innebär ett incitament att inte vara effektiv. Den beräkningsmetod som tillämpas för ersättningen utesluter i praktiken att tillämpningen av riskutjämningsordningen är avhängig av de kostnader som uppkommer på grund av en privat sjukförsäkringsgivares dåliga förvaltning. Beräkningsmekanismen för RES-betalningar innebär enligt artikel 3 i RES att endast de kostnader som uppkommer till följd av ersättningskrav riktade till de privata sjukförsäkringsgivarna beaktas, utan hänsyn till andra kostnader såsom administrativa kostnader eller marknadsföringskostnader. Detta utesluter att denna beräkningsmetod skulle leda till att en eventuellt bristande effektivitet fick bäras av samtliga privata sjukförsäkringsgivare. Vidare syftar riskutjämningsordningen endast till att genom denna metod utjämna de kostnader som uppkommer på grund av variationer i nämnda försäkringsgivares riskprofiler. Hänsyn tas inte till de kostnader som avser tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster som sådana eller de intäkter eller vinster som hänför sig till detta.

227 Svaranden och Irland har även ifrågasatt sökandenas argument att de privata sjukförsäkringsgivarna skulle ha möjlighet att inte godta ”dåliga” risker genom att vidta

affärsmässiga åtgärder. I praktiken är det inte möjligt att dela upp marknaden i segment i förhållande till risken genom att tillämpa flexibla försäkringspremier och påföra högriskkonsumenter ett dyrare försäkringsskydd för att täcka de kostnader som blir följden av fler ersättningskrav. För det första skulle högriskkonsumenter inte säga upp ett lägre försäkringsskydd eftersom detta skulle medföra att fördelen med den gemensamma prissättningen gick förlorad. För det andra skulle en portfölj med försäkringstagare med hög risk inte enkelt kunna kompenseras genom högre försäkringspremier med hänsyn till konkurrenstrycket på marknaden. Sökandenas motsatta ståndpunkt motsägs slutligen av deras egen strategi för att anpassa sina priser för privata försäkringstjänster till de priser som VHI tillämpar. Svaranden har med stöd av VHI tillagt att beräkningen av RES-betalningarna inte utförs i förhållande till samtliga skadefall som regleras av de privata sjukförsäkringsgivarna, utan den begränsas till de skadefall som täcks av de mest sålda och billigaste privata sjukförsäkringarna. Dessutom beaktas för tillfället inte den justering som består av viktningsfaktorn för hälsotillståndet, vilken är begränsad till 50 procent, vid tillämpningen av riskutjämningsordningen. Behovet av en sådan justering beror på att ålder och kön inte kan förklara alla skillnader mellan de privata sjukförsäkringsgivarnas riskprofiler och dessa faktorer återspeglar således inte helt den obalans som följer av dessa skillnader.

2) Förhållandet mellan riskutjämningsordningen och de kostnader som uppkommer till följd av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar

228 Innan förstainstansrätten undersöker parternas argument angående arten av den ersättning som sker genom RES-betalningarna, skall rätten först pröva huruvida sökandena har fog för sitt påstående att en sådan ersättning inte är nödvändig eftersom de privata sjukförsäkringsgivarna kan undvika alla kostnader som hänger samman med fullgörandet av bland annat skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning genom att dela upp marknaden för privata sjukförsäkringstjänster i segment i förhållande till den försäkrade risken med vidtagande av affärsmässiga åtgärder, i synnerhet genom att differentiera de privata sjukförsäkringsskydden och de motsvarande försäkringspremierna.

229 Det är visserligen riktigt att de privata sjukförsäkringsgivarna, i avsaknad av nationella bestämmelser om motsatsen, i princip är fria att fastställa omfattningen, kvaliteten och priset på de privata sjukförsäkringsskydden i förhållande till behoven hos olika grupper av försäkringstagare och i förhållande till deras egen affärsstrategi. Denna frihet är emellertid väsentligt inskränkt genom de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar så snart den privata sjukförsäkringsgivaren har bestämt det exakta innehållet i en privat sjukförsäkring och beslutat erbjuda den på marknaden (se ovan punkt 192). Skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning enligt artikel 7 i 1994 Health Insurance Act, i dess ändrade lydelse, vilken innebär att samtliga försäkringstagare, oberoende av ålder, kön och hälsotillstånd, skall erlägga samma försäkringspremie för samma typ av privat sjukförsäkringsskydd, medför nämligen ett förbud mot att vidta diskriminerande åtgärder till nackdel för försäkringstagare med högre risk genom att påföra dem högre premier för samma typ av försäkringsskydd eller genom att minska omfattningen av eller sänka kvaliteten på det skydd som följer av ett privat sjukförsäkringsavtal samtidigt som premienivån bibehålls. Sökandena har dock egentligen inte ifrågasatt att fullgörandet av denna skyldighet medför ytterligare kostnader för den privata sjukförsäkringsgivaren, eftersom det hindrar denne från att anpassa försäkringspremien i förhållande till den försäkrade risken och därvid genom högre premier kompensera för de större ersättningskrav som är en följd av "dåliga" risker.

230 Trots att svaranden och Irland har ifrågasatt sökandenas påstående har sökandena inte i tillräcklig mån kunnat förklara hur dessa tilläggskostnader skulle kunna kompenseras genom en differentiering av försäkringsskydden och försäkringspremierna som är tillåten med hänsyn till skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning. Enbart det förhållandet att de privata sjukförsäkringsgivare som är verksamma på den irländska marknaden tillhandahåller privata sjukförsäkringar med olika försäkringsskydd som är anpassade efter behoven hos olika grupper av försäkringstagare är inte tillräckligt för att göra sökandenas påstående sannolikt, eftersom även de minst omfattande försäkringsskydden, vilka i allmänhet brukar väljas av personer som är unga och vid god hälsa, är och skall förbli tillgängliga för personer med högre risk, vilket överensstämmer med det främsta syftet med skyldigheterna att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning. Såsom Irland har gjort gällande har sökandena inte anfört någon omständighet som visar att dessa personer med högre risk inte längre skulle efterfråga eller säga upp sådana mindre omfattande försäkringsskydd, vars pris är särskilt attraktivt för dessa personer på grund av den gemensamma prissättningen, som en reaktion på eventuella ändringar i privata sjukförsäkringsavtal. Sökandena har inte heller ifrågasatt de detaljerade uppgifter som svaranden lämnat till stöd för argumentet att de privata sjukförsäkringsskydd som BUPA Ireland och VHI erbjuder i mycket stor utsträckning är likvärdiga och att försäkringstagarna, särskilt de som är försäkrade hos VHI, har varit relativt likgiltiga inför differentieringen av förmåner och premier (se ovan punkt 147).

231 Mot denna bakgrund godtar förstainstansrätten inte heller argumentet att de privata sjukförsäkringsgivarna skulle kunna skydda sig mot de alltför höga kostnader som är följderna av ersättningskrav från personer med högre risk genom att inte godta personer som fyllt 65 år eller genom att uppställa långa initiala karenstider. För det första framgår det av övervägandena ovan i punkt 198 att möjligheten att inte godta personer som fyllt 65 år och däröver i praktiken framstår som mycket begränsad, särskilt på grund av att denna möjlighet enbart kan avse personer som aldrig tidigare har tecknat ett privat sjukförsäkringsskydd. För det andra medför de initiala karenstiderna, vilka utgör ett legitimt sätt att skydda marknaden för privata sjukförsäkringar, vilken är underkastad villkor om fri anslutning och gemensam prissättning (se ovan punkt 199), endast ett tillfälligt undvikande av kostnader hänförliga till "dåliga" risker, eftersom den privata sjukförsäkringsgivaren efter denna tidsperiod är fullt exponerad för ersättningskrav från personer med högre risk, vilka den privata sjukförsäkringsgivaren är tvungen att godta enligt skyldigheten att tillämpa fri anslutning. Tvärt emot sökandenas åsikt är dessa begränsningar således inte tillräckliga för att utgöra kompensation för de tilläggskostnader som följer av ett åtagande att försäkra "dåliga" risker som de privata sjukförsäkringsgivarna inte kan undvika med hänsyn till de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar.

232 Förstainstansrätten godtar således inte argumentet att det inte föreligger något behov av ersättning med hänsyn till den frihet som de privata sjukförsäkringsgivarna har att fastställa innehållet i de privata sjukförsäkringsskydden och dela upp marknaden i segment i förhållande till den försäkrade risken.

233 Härefter skall förstainstansrätten pröva argumentet att det ersättningssystem som införts genom riskutjämningsordningen, enligt tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, skall ha ett direkt samband med de kostnader som uppkommer vid fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar.

234 I detta sammanhang erinrar förstainstansrätten om att det ifrågavarande uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse består i att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster med fullgörande av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar (se ovan punkt 175). Av denna anledning godtar rätten inte sökandenas argument att

den ersättning som utbetalas genom RES-betalningarna inte kan anses motiverad med hänsyn till kostnaderna för att tillhandahålla privata sjukförsäkringstjänster som sådana, eftersom dessa inte utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det är vidare utrett att de enda kostnader som beaktas vid beräkningen av RES-betalningar är sådana kostnader som de privata sjukförsäkringsgivarna har haft i samband med regleringen av försäkringstagarnas ersättningskrav (se ovan punkt 33) och att dessa kostnader således har ett nära samband med det ifrågasvarande tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster. Sökandena har således felaktigt ifrågasatt förekomsten av ett samband mellan de kostnader som är hänförliga till tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster och ersättningen enligt riskutjämningsordningen.

235 Förstainstansrätten påpekar dock att såsom det ersättningssystem som inrättats genom riskutjämningsordningen fungerar, föreligger det inte något direkt samband mellan de belopp som faktiskt reglerats av den privata sjukförsäkringsgivaren efter en ansökan om ersättning och den ersättning som utbetalas genom RES-betalningarna. Förstainstansrätten konstaterar att RES-betalningarna inte syftar till att kompensera för eventuella kostnader eller merkostnader som är hänförliga till det specifika tillhandahållandet av vissa privata sjukförsäkringstjänster, utan enbart till att utjämna de ytterligare kostnader som anses följa av en negativ skillnad mellan en privat sjukförsäkringsgivares riskprofil och den genomsnittliga riskprofilen på marknaden (se ovan punkt 33). De belopp som de privata sjukförsäkringsgivarna i detta avseende faktiskt har ersatt under en viss period används endast som grund för att beräkna den genomsnittliga riskprofilen på marknaden samt den avvikelse som föreligger mellan denna riskprofil och den individuella och faktiska riskprofilen för respektive privat sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen. Den individuella och faktiska riskprofilen för en privat sjukförsäkringsgivare motsvarar de genomsnittliga ersättningskostnader som denna försäkringsgivare har haft under denna period, och detta belopp är mycket högre om denna försäkringsgivare har ett stort antal försäkringstagare med hög risk. Sådana försäkringstagare inger ofta ersättningskrav som avser höga belopp. Denna individuella och faktiska riskprofil för respektive privat sjukförsäkringsgivare jämförs sedan med den genomsnittliga riskprofilen på marknaden, vilken motsvarar de genomsnittliga kostnader som samtliga privata sjukförsäkringsgivare har haft för reglering av ersättningskrav och syftar till att på ett så tillförlitligt sätt som möjligt återspegla de genomsnittliga kostnader som samtliga försäkringstagare ger upphov till på marknaden för privata sjukförsäkringar.

236 Såsom svaranden och Irland har gjort gällande är det väsentliga syftet med skyldigheten att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning att på ett rättvist sätt fördela kostnaderna på hela den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar så att varje privat sjukförsäkringsgivare endast bär de kostnader som motsvarar

den genomsnittliga riskprofilen på marknaden. Om dessa kostnader inte utjämnades skulle det hindra en väl fungerande gemensam prissättning, vilken syftar till att jämnt fördela riskerna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna för att möjliggöra korssubventionering av försäkringspremierna mellan generationerna. De ytterligare kostnader som en privat sjukförsäkringsgivare måste bära på grund av att denne har en sämre riskprofil jämfört med den genomsnittliga riskprofilen på marknaden motsvarar de merkostnader som drabbar en privat sjukförsäkringsgivare på en marknad för privata sjukförsäkringar där det gäller fri anslutning och gemensam prissättning, till följd av försäkringsgivarens skyldighet att försäkra personer med hög risk utan att fastställa försäkringspremierna i förhållande till den försäkrade risken. Det är endast dessa merkostnader som riskutjämningsordningen syftar till att ersätta. Mot denna bakgrund kan förstainstansrätten inte godta sökandenas argument att RES-betalningarna inte har något samband med de kostnader som uppkommer till följd av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och att dessa betalningar inte kan kompensera för den ojämna fördelningen av ”dåliga” risker på marknaden för privata sjukförsäkringar.

237 Inom ramen för den begränsade prövning som skall göras i förevarande fall (se ovan punkterna 220–222) kan giltigheten av de mål som eftersträvas med det ersättnings-system som inrättats genom riskutjämningsordningen, såsom har beskrivits ovan i punkt 235, och rättensligheten av de bestämmelser som reglerar dess funktion inte ifrågasättas. Det skall i detta hänseende visserligen påpekas att denna funktion på ett radikalt sätt skiljer sig från det sätt på vilket de ersättningssystem som var föremål för domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring och domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark fungerade. Detta ersättningssystem kan således inte strikt uppfylla det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Enligt detta villkor skall det vara möjligt att fastställa de kostnader som uppkommit till följd av fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Förstainstansrätten anser emellertid att eftersom ersättningsberäkningen grundar sig på konkreta sakliga omständigheter som klart kan identifieras och kontrolleras (se ovan punkt 216), är fastställandet av merkostnaderna genom en jämförelse av den faktiska riskprofilen för en privat sjukförsäkringsgivare och en genomsnittlig riskprofil på marknaden som tar hänsyn till de ersättningar som utbetalats av samtliga privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen förenligt med syftet med och andemeningen i det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Även om sökandena har gjort gällande att det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark inte är uppfyllt, har sökandena inte ifrågasatt att beräkningen av RES-betalningarna uppfyller dessa kriterier. Vidare har sökandena inte lyckats ifrågasätta förekomsten av det ovan i punkt 235 beskrivna sambandet mellan fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, särskilt skyldigheten att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning, och den ersättning som beviljas genom RES-betalningarna.

- 238 Av detta följer att sökandena inte har visat att riskutjämningsordningen är uppenbart olämplig när det gäller att ersätta de merkostnader som uppkommer till följd av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Mot denna bakgrund anser förstainstansrätten att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den i punkt 53 i det angripna beslutet konstaterade att riskutjämningsordningen i huvudsak begränsar betalningarna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna till en absolut nödvändig nivå för att uppväga den skillnad som föreligger mellan deras riskprofiler och ersätta dem för de kostnader som uppstår för att täcka "dåliga" risker som överstiger genomsnittet på marknaden, så att försäkringsgivarna ersätts för de ekonomiska följderna av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, vilka innebär ett förbud mot att prissätta försäkringspremierna i förhållande till den försäkrade risken och mot att inte godta "dåliga" risker.
- 239 Vidare godtar förstainstansrätten inte sökandenas argument att kommissionen, med hänsyn till det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, i förevarande fall borde ha beaktat de intäkter och den rimliga vinst som de privata sjukförsäkringsgivarna kan uppnå genom att fullgöra de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar.
- 240 Det följer av de överväganden som anförts ovan i punkt 235 att det ersättningssystem som inrättats genom riskutjämningsordningen är helt oberoende av de intäkter och den vinst som de privata sjukförsäkringsgivarna erhåller. Skälet till detta är att ersättningssystemet dels enbart beaktar de kostnader som uppkommer med anledning av de ersättningskrav som de privata sjukförsäkringsgivarna godtagit under en viss period, dels enbart har till syfte att utjämna de kostnader som uppkommer till följd av skillnaden mellan den individuella och faktiska riskprofilen för en privat sjukförsäkringsgivare och den genomsnittliga riskprofilen på marknaden. Såsom svaranden har gjort gällande, bland annat som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten, finns det i ett sådant system per definition inte någon korrelation mellan riskprofilen och intäkterna som skulle göra det möjligt att beakta intäkterna för att fastställa storleken på ersättningen för eventuella merkostnader. Under sådana omständigheter kan det inte förekomma någon överkompensation av kostnaderna på grundval av intäkterna, eftersom de kostnader som beaktas vid beräkningen av ersättningen inte har ett direkt samband med tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och de intäkter som hänför sig till tillhandahållandet av denna tjänst.

241

Eftersom riskutjämningsordningen inte syftar till att ersätta kostnader som har ett direkt samband med tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster (se ovan punkt 235), vilket skulle motsvara precis den situation som åsyftas med det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, är det följaktligen inte nödvändigt att beakta de intäkter som dessa tjänster genererar för att fastställa de eventuella faktiska merkostnaderna för detta tillhandahållande. Ett sådant tillvägagångssätt skulle även strida mot principen om gemensam prissättning, enligt vilken det krävs att den premie som skall betalas för ett privat sjukförsäkringsskydd återspeglar den risk som försäkringstagarkollektivet utgör och inte den risk som en viss grupp av försäkringstagare utgör. Mot denna bakgrund skulle en strikt tillämpning av det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, vilket åsyftade en annan form av ersättning för en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, inte ta hänsyn till det särskilda sätt på vilket det ersättningssystem som inrättats genom riskutjämningsordningen fungerar. Ett sådant tillvägagångssätt skulle tvärtom innebära ett ifrågasättande av Irlands val som sådant att införa ett sådant system som är fullständigt oberoende av de privata sjukförsäkringsgivarnas intäkter och vinster och som syftar till att säkerställa en väl fungerande marknad för privata sjukförsäkringstjänster som omfattas av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Förstainstansrätten anser att varken syftet med eller andemeningen i det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark innebär ett krav på att intäkterna skall beaktas inom ramen för ett ersättningssystem som fungerar oberoende av dessa intäkter.

242

Av dessa skäl kan kommissionen inte klandras för att den inte beaktade de intäkter eller den vinst som de privata sjukförsäkringsgivarna hade erhållit i samband med fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Av föregående överväganden följer vidare att förstainstansrätten inte heller kan godta anmärkningen att kommissionen inte prövade denna fråga och inte motiverade sitt beslut på denna punkt. Förstainstansrätten påpekar i detta avseende att kommissionen vid sin analys av huruvida det förelåg ett stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG uttryckligen grundade sin analys på domen i det ovan i punkt 41 nämnda målet Ferring, i vilken det uppställs ett krav på att de faktiska merkostnader som de aktörer som anförtrotts att fullgöra en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har haft skall fastställas (punkt 40 i det angripna beslutet). Förstainstansrätten anser, i enlighet med vad som bekräftats och precisrats av domstolen efter domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, att kriteriet avseende merkostnader, såvitt avser ett sådant ersättningssystem som dem som var i fråga i dessa fall, i princip innebär ett fastställande av såväl de faktiska kostnader som den berörda aktören har haft med anledning av fullgörandet av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som de intäkter som hänför sig till detta uppdrag. Kommissionen har emellertid i punkt 53 i det angripna beslutet med rätta framhållit

att merkostnaderna i förevarande fall enbart var de merkostnader som följde av en negativ riskprofil, vilket innebär att kommissionen med rätta ansett att den beräkningsmetod som tillämpas i riskutjämningsordningen inte gör det möjligt att beakta de privata sjukförsäkringsgivarnas eventuella intäkter (se ovan punkt 240).

243 Sökandena har följaktligen inte visat att kommissionen åsidosatt det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark genom att anse att det ersättningsystem som inrättats genom riskutjämningsordningen var nödvändigt och proportionerligt i förhållande till de kostnader som uppkommer med anledning av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar.

244 Förstainstansrätten finner således att anmärkningen att kommissionen åsidosatt det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark saknar grund och därför inte kan godtas.

f) Jämförelsen med en effektiv aktör i den mening som avses i det fjärde villkoret i domen i målet Altmark

245 Det följer av det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 93) att för det fall ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse inte tilldelas ett företag genom ett offentligt upphandlingsförfarande, skall storleken på den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat för att fullgöra den allmänna skyldighet som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av skyldigheten. Sökandena har i huvudsak hävdatt att detta villkor inte är uppfyllt på grund av att det saknas en referenspunkt i riskutjämningsordningen som gör det möjligt att mäta effektiviteten och göra en jämförelse med en effektiv aktör. Kommissionen borde särskilt ha undersökt om de privata sjukförsäkringsgivarnas, särskilt VHI:s, eventuella kostnader till följd av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar var jämförbara med de kostnader som en effektiv aktör skulle ha burit.

246 I detta hänseende kan det för det första konstateras att det följer såväl av övervägandena ovan i punkterna 239–242 som av det nära sambandet mellan det fjärde och det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, vilka båda innehåller ett krav på att de kostnader, intäkter och vinster som är hänförliga till fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall fastställas, att förutsättningarna i förevarande anmärkning är felaktiga. Med hänsyn till neutraliteten i det ersättningsssystem som inrättats genom riskutjämningsordningen i förhållande till de privata sjukförsäkringsgivarnas intäkter och vinst samt de särpräglade merkostnader som är kopplade till en negativ riskprofil för dessa försäkringsgivare, kan det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, i den del det innebär ett krav på en jämförelse av kostnader och intäkter som har ett direkt samband med tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, inte tillämpas strikt i förevarande fall. Detta bekräftas för övrigt redan av det mål som eftersträvas med det tredje villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark (punkt 93), nämligen att säkerställa att de ifrågasvarande tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse tillhandahålls till lägsta kostnad för samhället. Det är nämligen utrett att riskutjämningsordningen inte syftar till att ersätta en specifik kostnad som uppkommit till följd av tillhandahållandet av en privat sjukförsäkringstjänst.

247 Det skall vidare erinras om att RES-betalningarna inte enbart fastställs i förhållande till de ersättningar som betalas ut av den privata sjukförsäkringsgivare som mottar ersättning – vilket skulle utgöra en situation som motsvarar den som avses med det tredje och det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark – utan RES-betalningarna fastställs även i förhållande till de ersättningar som betalas ut av den privata sjukförsäkringsgivare som bidrar till ordningen. Dessa betalningar skall nämligen motsvara skillnaderna i riskprofil mellan dessa två försäkringsgivare i förhållande till den genomsnittliga riskprofilen på marknaden.

248 Kommissionen kunde således i förevarande fall inom ramen för bedömningen av förekomsten av ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG med fog anse att det inte var nödvändigt att göra en jämförelse mellan de potentiella mottagarna av RES-betalningar och en effektiv aktör. Det skall tilläggas att även om det vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet framstod som sannolikt att VHI till att börja med skulle vara den främsta mottagaren av RES-betalningarna, utlöste de irländska myndigheterna riskutjämningsordningen först senare på grund av riskprofilernas utveckling på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. Utan att ha kännedom om den framtida situationen för olika privata sjukförsäkringsgivare som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, var det således omöjligt för kommissionen att med precision ange de potentiella mottagarna av RES-betalningarna och göra en konkret jämförelse av deras situation med en effektiv aktör.

249 Med hänsyn till det mål som eftersträvas med det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark, var kommissionen för övrigt inte desto mindre skyldig att förvissa sig om att ersättningen enligt riskutjämningsordningen inte innebar en möjlighet att ersätta kostnader som kunde ha uppkommit på grund av en bristande effektivitet hos privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen. Det skall härvid framhållas att kommissionen uttryckligen konstaterade, i punkterna 27 och 56 i det angripna beslutet, att riskutjämningsordningen beaktade de genomsnittliga ersättningskostnaderna för de privata sjukförsäkringsgivarna, vilket innebar att en utjämning av de genomsnittliga kostnaderna per försäkringstagargrupp inte var möjlig och att försäkringsgivarna kunde behålla vinsten av sin egen effektivitet.

250 Sökandena har i detta hänseende gjort gällande att ett beaktande av de faktiska ersättningskostnaderna för de privata sjukförsäkringsgivarna inom ramen för beräkningen av RES-betalningarna medför större betalningar till förmån för de privata sjukförsäkringsgivare som är minst effektiva och som har höga kostnader. Såsom framgår av punkt 56 i det angripna beslutet och övervägandena ovan i punkt 235 motsvarar dessa kostnader emellertid endast de kostnader som uppkommit till följd av ersättningar som de privata sjukförsäkringsgivarna har betalat ut under en viss period, med uteslutande av alla andra förvaltningskostnader såsom administrativa kostnader eller marknadsföringskostnader som de privata sjukförsäkringsgivarna kan styra över. Sökandena har inte ifrågasatt denna punkt eller angett i vilken utsträckning som denna beräkningsmetod skulle kunna medföra en övervältring av kostnader som eventuellt beror på en bristande effektivitet vid regleringen av ersättningskrav. I motsats till sökandenas ståndpunkt är beräkningen av ersättningen enligt riskutjämningsordningen enbart beroende av kostnader som inte har något samband med de ifrågavarande aktörernas effektivitet, och det är således uteslutet att denna ersättning skulle kunna medföra en fördelning av kostnader som kan ha uppkommit på grund av en bristande effektivitet och som kan påverka dessa aktörers möjlighet att behålla hela vinsten av en god förvaltning.

251 Denna bedömning påverkas inte av det konstaterande som gjorts av HIA i en rapport från april 2005 (s. 30), enligt vilket den genomsnittliga kostnaden per vård dag för BUPA Ireland ligger cirka 17 procent under den genomsnittliga kostnaden på marknaden. Denna lägre kostnad skulle nämligen kunna bero just på att BUPA Ireland har en gynnsammare riskprofil än övriga privata sjukförsäkringsgivare. I detta hänseende har HIA angett att skillnaderna vad avser kostnad per vård dag skulle kunna förklaras av skillnader i effektivitet, privata sjukförsäkringsprodukter och försäkringstagarnas

hälsotillstånd, eftersom denna kostnad kan variera beroende på patientens ålder. Det är uppenbart att en privat sjukförsäkringsgivare som har försäkringstagare med en sämre hälsa än genomsnittet för försäkringstagarna har proportionellt sett högre vårdkostnader. Sökandena har för övrigt inte angett huruvida uttrycket ”skillnader i effektivitet”, som HIA använder, hänför sig till de privata sjukförsäkringsgivarnas förvaltning som sådan eller till sjukhusens förvaltning, vilken ligger till grund för vårdkostnaden, eller i vilken utsträckning dessa skillnader skulle kunna vara relevanta i samband med beaktandet av ersättningskostnader och ha en återverkan på riskutjämningsbetalningarna.

252 Vidare saknas det fog för sökandenas argument att höga ersättningskostnaders inverkan på RES-betalningarnas storlek uppmuntrar den mottagande privata sjukförsäkringsgivaren att inte vara effektiv. Liksom sökandena själva har medgett vid förhandlingen har de inte angett karaktären av de eventuella bristerna i effektivitet som en sådan situation skulle kunna ge upphov till, utan i huvudsak endast gjort gällande att det inte gjordes en jämförelse med en effektiv aktör i den mening som avses i det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark. Svaranden har i detta hänseende gjort gällande, utan att motsägas av sökandena, att vid beräkningen av RES-betalningarna följer det av bilaga I till RES att ersättningskostnaderna endast beaktas upp till 550 euro per vård dag vid sjukhusvård oberoende av storleken på det berörda försäkringsskyddet, trots att exempelvis VHI:s genomsnittliga kostnad för sjukhusvård uppgår till 640 euro per vård dag vid sjukhusvård. Detta utgör i sig en skyddsåtgärd mot överutnyttjande och mot en dålig kostnadsförvaltning hos den privata sjukförsäkringsgivaren. Det skall tilläggas att detta tak för kostnader som beaktas inom riskutjämningsordningen i detalj har förklarats i punkt 55 i det angripna beslutet.

253 Svaranden och Irland har dock medgett att metoden för beräkning av RES-betalningarna likväl i en mycket begränsad utsträckning kan medge en fördelning av vinster hänförliga till effektivitet eller av kostnader som är hänförliga till en bristande effektivitet hos olika privata sjukförsäkringsgivare, eftersom beräkningen inbegriper tillämpningen av vissa justeringskriterier, nämligen dels en ”nollsummejusteringsfaktor” (zero sum adjustment factor), som syftar till att säkerställa en självfinansiering av systemet, dels en viktningsfaktor för hälsotillståndet, som grundar sig på det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapaciteten (punkterna 28 och 57 i det angripna beslutet).

254 När det gäller ”nollsummejusteringsfaktorn” (zero sum adjustment factor) har sökandena emellertid vid förhandlingen medgett att deras anmärkning inte avsåg denna del av riskutjämningsordningen och att de variationer i storleken på RES-betalningarna som kan uppkomma till följd av denna är försumbara och inte skulle kunna leda till en kännbar utjämning av kostnader hänförliga till en bristande effektivitet. När det gäller viktningsfaktorn för hälsotillståndet har sökandena emellertid hävdade att tillämpningen av denna faktor skulle kunna leda till ett beaktande av brister i effektiviteten eftersom den grundar sig på de privata sjukförsäkringsgivarnas verkliga kostnader i stället för de kostnader som en effektiv aktör skulle ha haft. Det skall härvid preciseras att det enligt bilaga II till RES uppställs vissa villkor för tillämpningen av denna justeringsfaktor, som för närvarande uppgår till noll, och, i synnerhet, att tillämpningen är begränsad till 50 procent av det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapaciteten. Med hänsyn till den begränsade betydelsen av denna faktor och att sökandena inte har anfört några konkreta omständigheter som visar att det verkliga utnyttjandet av sjukhuskapaciteten skulle kunna återspegla en bristande effektivitet, såsom ett överutnyttjande av sjukvårdstjänster, kunde kommissionen med fog anse att det ersättningssystem som inrättats genom riskutjämningsordningen, och särskilt tillämpningen av viktningsfaktorn för hälsotillståndet, inte innebar en möjlighet att övervältra kostnader hänförliga till en bristande effektivitet på samtliga privata sjukförsäkringsgivare.

255 I detta sammanhang skall det påpekas att kommissionen i punkterna 28 och 57 i det angripna beslutet klart har redogjort för att de strikta tillämpningsvillkoren för denna faktor gjorde det möjligt att undvika en utjämning av samtliga effekter av riskskillnaderna samt att undvika ett incitament att lägga in patienter på sjukhus. Vidare angav kommissionen att taket på 50 procent tvärtom utgjorde en ytterligare garanti för att förmå de privata sjukförsäkringsgivarna att främja en minskning av sjukhusvistelsernas längd, tidig upptäckt av sjukdomsfall och en god förvaltning i allmänhet. Sökandena har emellertid inte på ett utförligt sätt ifrågasatt denna bedömning under förfarandet. I fullständighetens intresse skall det tilläggas, såsom svaranden och Irland har gjort gällande, att de irländska myndigheterna hittills inte har tillämpat denna faktor och endast har grundat sin bedömning av riskskillnaderna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna på kriterier som försäkringstagarnas ålder och kön.

256 Slutligen anser förstainstansrätten att kommissionen i punkterna 26–28, 56 och 57 i det angripna beslutet i tillräcklig utsträckning beaktade omständigheter som gjorde

det möjligt att slå fast att den ersättning som utgår enligt riskutjämningsordningen är neutral i förhållande till eventuella kostnader hänförliga till bristande effektivitet som belastar vissa privata sjukförsäkringsgivare.

257 Förstainstansrätten anser således att kommissionen inte åsidosatte det fjärde villkoret i domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Altmark och att denna anmärkning skall underkännas i sin helhet.

258 Av föregående överväganden följer att kommissionen i artikel 1 i det angripna beslutet med rätta fastställde att riskutjämningsordningen inte utgjorde ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första grunden. Förstainstansrätten anser emellertid att det är nödvändigt att även pröva den andra grunden som avser ett åsidosättande av artikel 86.2 EG.

g) Huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig i den mening som avses i artikel 86.2 EG

i) Inledande anmärkningar

259 Sökandena har som andra grund i huvudsak ifrågasatt huruvida införandet av riskutjämningsordningen som sådant utgjorde en nödvändig och proportionerlig åtgärd. Förstainstansrätten skall endast pröva de argument som sökandena anfört i den andra grunden i den mån de hänför sig till frågor som inte har prövats inom ramen för den första grunden.

260 Förstainstansrätten underkänner inledningsvis sökandenas anmärkning att artikel 86.2 EG inte uttryckligen angetts i artikeldelen i det angripna beslutet (se punkterna 90 och 128). Såsom svaranden har påpekat, framgår det varken av de relevanta bestämmelserna eller av rättspraxis att artikeldelen i beslut som antas med stöd av artikel 87 EG jämte artikel 86.2 EG nödvändigtvis måste uppfylla vissa specifika krav. För att bedöma en rättsakts verkliga rättsliga betydelse skall rättsakten, vars artikeldel inte kan skiljas från sin motivering, vid behov tolkas med beaktande av de skäl som föranledde att den antogs (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-346/02 och T-347/02, Cableuropa m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-4251, punkt 211 och där angiven rättspraxis). Även om det av tydlighets- och rättssäkerhetsskäl framstår som önskvärt att kommissionen i rättsaktens artikeldel uttryckligen anger de bestämmelser i fördraget som den tillämpar, medför en underlåtelse att göra det inte en felaktig rättstillämpning, eftersom det vid en genomläsning av rättsaktens skäl och artikeldel exakt framgår vilka bestämmelser det är fråga om. Även om kommissionen i förevarande fall i artikel 1 i det angripna beslutet inte hänvisade till en tillämpning av artikel 86.2 EG, angav kommissionen emellertid klart denna bestämmelse i punkt 61 i det angripna beslutet, vilken innehåller en sammanfattning av dess slutliga slutsatser. En genomsnittligt uppmärksam läsare av det angripna beslutet kan därför inte missta sig på beslutets verkliga rättsliga betydelse.

ii) Huruvida införandet av riskutjämningsordningen som sådant var nödvändigt

1) Inledande anmärkningar

261 Sökandena har i huvudsak gjort gällande att kommissionen gjort oriktiga bedömningar när den i punkterna 50 och 52 i det angripna beslutet ansåg att riskutjämningsordningen var nödvändig för att bevara stabiliteten på den marknad som omfattas av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och för att bevara den ändamålsenliga verkan av dessa skyldigheter. I det angripna beslutet

medges i punkt 51 att den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar hitintills inte haft några stabilitetsproblem. Dessutom är den påstådda faran för ett riskurval rent spekulativ och saknar stöd i faktiska omständigheter. I verkligheten föreligger det inte någon sådan fara, eftersom det inte finns något incitament att aktivt välja ut bra risker och det inte föreligger ett passivt riskurval (se ovan punkt 134). De privata sjukförsäkringsgivarna kan nämligen kompensera dåliga risker genom att anpassa sina avtalsvillkor, och särskilt genom att höja premierna och differentiera försäkringsskydden. Med hänsyn till att försäkringstagarna i allmänhet är föga benägna att byta försäkringsgivare, vilket framgår av Amárachrapporten, måste en ny aktör på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar under alla omständigheter med nödvändighet rikta sig till nya kunder, vilka per definition är unga. Vad vidare gäller äldre försäkringstagare säljer VHI sina produkter med förlust, vilket medför att BUPA Ireland inte har möjlighet att konkurrera med VHI på ett effektivt sätt. Slutligen är de ekonomiska studier angående andra marknader än den irländska, som åberopats av svaranden, inte relevanta och kan inte läggas till grund för påståendet om ett riskurval. Däremot bekräftar de tre rapporter som HIA presenterat sedan år 2003 att det inte föreligger någon nära förestående eller framtida instabilitet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar (se ovan punkterna 131–138).

262 Svaranden har i huvudsak genmält att sökandena inte har lyckats vederlägga de omständigheter som leder till slutsatsen att det föreligger en risk för ett aktivt riskurval i ett system med gemensam prissättning och fri anslutning. Förekomsten av en sådan risk medgavs även i NERA-rapporten. Irland har tillagt att kraven på en gemensam prissättning och fri anslutning nödvändigtvis måste uppvägas av riskutjämningsordningen för att undvika att nya försäkringsgivare på marknaden för privata sjukförsäkringar gör ett fördelaktigt riskurval. Om det inte skedde en sådan justering skulle dessa försäkringsgivare på grund av sin gynnsamma riskprofil kunna göra stora ”tekniska” vinster genom att till nackdel för samtliga försäkringstagare bibehålla försäkringspremierna på en konstlad och alltför hög nivå, vilket skulle kunna påverka stabiliteten på marknaden för privata sjukförsäkringar. Stabiliteten på marknaden hotas också när en försäkringsgivare med gynnsam riskprofil i väsentlig mån sänker sina försäkringspremier för att på så sätt utlösa en ”dödlig spiral”, som består i att de mest rörliga försäkringstagarna flyr över till denna försäkringsgivare och som leder till en försvagning av konkurrerande försäkringsgivares ekonomiska situation, vilka på grund av den gemensamma prissättningen inte längre har möjlighet att erbjuda sina produkter till konkurrenskraftiga priser och locka nya försäkringstagare. Detta är den aktuella situationen för VHI vars solvensgrad klart har försämrats i förhållande till BUPA Ireland.

263 Enligt svaranden och Irland är sökandenas argument att försäkringsgivarna har möjlighet att kompensera ”dåliga” risker genom att anpassa avtalen inte relevant och motsägs av de verkliga förhållandena. För det första strider ett sådant tillvägagångssätt mot principen om gemensam prissättning och är under alla förhållanden ogenomförbart och inte ägnat att upprätthålla jämvikten på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. För det andra är de privata sjukförsäkringstjänster som erbjuds av VHI och BUPA Ireland mycket likvärdiga, och i praktiken är försäkringstagarna under alla förhållanden likgiltiga inför en eventuell variation av de förmåner som en privat sjukförsäkring innehåller. Vidare framgår det klart av uppgifterna om åldersprofilen på VHI:s försäkringstagare att det förekommer ett sådant riskurval. När det gäller ett passivt riskurval har svaranden med stöd av Irland ifrågasatt den tolkning som sökandena gör av Amárachrapporten. Denna rapport bekräftar att det förekommer att konsumenter byter från en försäkringsgivare till en annan. Vidare saknas det stöd för argumentet om en påstådd prissättning som innebär förlust för VHI avseende högrisk kunder, och detta argument kan inte läggas till grund för prövningen. Svaranden har slutligen framhållit att det angripna beslutet endast utgår från konstaterandet att det eventuellt kan förekomma ett riskurval, vilket skulle utgöra en instabilitetsfaktor, vilket är tillräckligt med hänsyn till domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany och den begränsade prövning som förstainstansrätten skall göra beträffande nödvändighetskriteriet.

2) Föremålet för det angripna beslutet och den prövning som förstainstansrätten skall göra

264 Innan förstainstansrätten prövar de olika argument som parterna har anfört, anser förstainstansrätten att det är nödvändigt att precisera föremålet för den granskning som kommissionen gjort i förevarande fall, eftersom det är kommissionens granskning som sådan som är föremål för förstainstansrättens prövning.

265 Förstainstansrätten konstaterar att riskutjämningsordningen, såsom den anmälts, utgör en allmän ordning, det vill säga ett system som grundar sig på ett antal bestämmelser med allmän giltighet vars genomförande till viss grad visserligen har fastställts i förväg genom objektiva och öppna kriterier (se ovan punkterna 213–217), men

vilket inte i detalj kan förutses. Eftersom detta system förutsätts vara anpassningsbart och reagera på den snabba utvecklingen på den berörda marknaden, regleras dess funktion av vissa allmänna bestämmelser som innebär ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning för de för tillämpningen ansvariga myndigheterna. Detta gäller särskilt del IV i RES angående HIA:s utrymme för skönsmässig bedömning och dess uppgift att lämna rekommendationer beträffande förekomsten av en riskskillnad som kan medföra att RES-betalningarna utlöses.

266 Härav följer att, i enlighet med den definition av den administrativa granskningen och domstolsprövningen som det erinrats om ovan i punkterna 220 och 221, den granskning som kommissionen härvidlag skall göra på grundval av artiklarna 87 EG, 86.2 EG och 86.3 EG, särskilt avseende frågan huruvida det anmälda systemet är nödvändigt, med nödvändighet skall begränsas till en kontroll av huruvida systemet grundar sig på ekonomiska och faktiska förutsättningar som är uppenbart felaktiga samt huruvida systemet är uppenbart olämpligt för att uppnå de mål som eftersträvas. I detta sammanhang är det förstainstansrättens uppgift att bland annat pröva om kommissionens bedömning i detta hänseende är tillräckligt sannolik för att belägga att det ifrågavarande systemet är nödvändigt.

267 Inom ramen för denna prövning skall förstainstansrätten först undersöka huruvida de störningar på marknaden som åberopats av medlemsstaten för att motivera inrättandet och skyddandet av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse var tillräckligt sannolika och därefter bedöma huruvida kommissionen rimligen kunde anse att ett system som riskutjämningsordningen till sin art var nödvändigt och lämpligt för att komma till rätta med de åberopade problemen. Det ankommer därefter på förstainstansrätten att pröva huruvida kommissionens bedömning i förevarande fall av dessa två frågor var välgrundad mot bakgrund av de aktuella förhållandena och den sannolika utvecklingen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, såsom de framstod vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet med hänsyn till samtliga uppgifter som kommissionen förfogade över eller rimligen borde ha förfogat över.

268 Vad särskilt gäller omfattningen av kommissionens granskning kan kommissionen, i enlighet med vad som angetts ovan i punkterna 220–222, inte sätta sig i

medlemsstatens ställe vid utövandet av det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer medlemsstaten. I motsats till vad sökandena tycks ha gjort gällande är kommissionen i samband med kontrollen av nödvändigheten inte behörig att på grundval av tillgängliga uppgifter pröva om marknaden verkligen kan komma att utvecklas på ett visst sätt. Den är heller inte behörig att pröva huruvida tillämpningen av de regleringsinstrument som finns i det anmälda systemet av denna anledning blir oundgänglig vid en viss tidpunkt för att säkerställa genomförandet av det ifrågakvarande uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse. Kontrollen av nödvändigheten kräver inte att kommissionen blir övertygad om att medlemsstaten, med hänsyn till de aktuella eller framtida villkoren på marknaden, inte kan avstå från de anmälda åtgärderna, utan den skall endast undersöka om det skett något uppenbart fel vid medlemsstatens utövande av sitt omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller sättet att säkerställa att uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse kan genomföras på ekonomiskt godtagbara villkor (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 99 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 58, och domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Albany, punkterna 107 och 111).

269 Slutligen påpekar förstainstansrätten att om kommissionens granskning är inskränkt, skall denna omständighet även beaktas i samband med gemenskapsdomstolens lagenlighetsprövning av kommissionens bedömning. Denna prövning av förstainstansrätten skall avse ännu mera inskränkt, eftersom kommissionens bedömning rör komplexa ekonomiska omständigheter (se ovan punkterna 220 och 221). Det gäller särskilt för en prövning som utförs på grundval av proportionalitetsprincipen, särskilt när den angripna rättsakten rör statliga åtgärder med allmän giltighet. Förstainstansrättens prövning skall nämligen endast avse en kontroll av att dessa åtgärder inte är uppenbart olämpliga i förhållande till det eftersträlvade målet (se, analogt, domen i de ovan i punkt 118 nämnda förenade målen Boehringer mot rådet och kommissionen, punkterna 73 och 74).

270 Av det ovanstående följer att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den inte krävde att Irland skulle visa att riskutjämningsordningen var nödvändig för att säkerställa fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. Följaktligen godtar inte förstainstansrätten sökandenas argument att riskutjämningsordningen måste vara absolut nödvändig och att kommissionen inte beaktade omfattningen av den kontroll som den skall göra i detta avseende.

3) Huruvida det sker ett riskurval på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar

Inledande anmärkningar

271 Mot bakgrund av det föregående skall förstainstansrätten pröva – först ur allmän synvinkel och därefter med hänsyn till de särskilda förhållandena på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar – huruvida kommissionen med fog kunde anse att riskutjämningsordningen utgjorde en nödvändig justeringsåtgärd på en marknad för privata sjukförsäkringar som omfattas av skyldigheterna att tillämpa fri anslutning, gemensam prissättning, livslångt skydd och minimiförmåner. Det skall härvid särskilt prövas huruvida kommissionen grundade sig på omständigheter som gjorde det möjligt att i tillräcklig mån fastställa att det på en marknad för privata sjukförsäkringar där det råder gemensam prissättning förelåg en fara för riskurval samt huruvida kommissionen rimligen kunde anse att denna situation kunde rubba jämvikten på denna marknad.

Huruvida det förekommer ett aktivt riskurval

— Allmänna ekonomiska förutsättningar

272 Vad gäller förekomsten av en fara för aktivt riskurval har parterna inte ifrågasatt att en ny aktör på marknaden för privata sjukförsäkringar, såsom BUPA Ireland år 1997, har intresse av att finna en kundkrets med lägre risk för att minimera sina ekonomiska risker och stärka sin fortfarande svaga ställning på marknaden. Detta gäller särskilt på en marknad med en konkurrensstruktur som fortfarande i väsentlig mån kännetecknas av den situation som förelåg före avregleringen och av en viss passivitet hos konsumenterna, vilka till övervägande del är anslutna till den tidigare

monopolisten, såsom VHI i förevarande fall. Sökandena har själva påpekat att under sådana omständigheter utgör särskilt en ung kundkrets som är vid god hälsa en viktig grupp nya kunder som en ny aktör på marknaden för privata sjukförsäkringar särskilt kommer att inrikta sig på genom att erbjuda lägre priser än övriga privata sjukförsäkringsgivare.

273 Sökandena har härvidlag inte på ett tillräckligt precist och detaljerat sätt ifrågasatt påståendet att denna tendens att leta efter lägre risker förstärks av skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning. Det är beträffande denna skyldighet utrett att en privat sjukförsäkringsgivare inte har fullständig frihet att genom högre försäkringspremier uppväga den högre ekonomiska risk som det innebär att bevilja ett privat sjukförsäkringsskydd åt en äldre eller en sjuk person som försäkringsgivaren inte kan vägra på grund av skyldigheten att tillämpa fri anslutning. Eftersom det för det första inte finns någon möjlighet till prissättning grundad på den försäkrade risken, är en privat sjukförsäkringsgivare tvungen att till samtliga försäkringstagare oberoende av deras ålder, kön eller hälsotillstånd erbjuda samma privata sjukförsäkringsskydd till samma prisvillkor (artikel 7 i 1994 Health Insurance Act, i dess ändrade lydelse) och således korssubventionera premierna för olika försäkrade risker. För det andra kan en privat sjukförsäkringsgivare inte heller erbjuda privat sjukförsäkringsskydd där premierna fastställts i förhållande till den största risk som försäkringsgivaren måste ta på sig, eftersom den då inte skulle kunna locka till sig kunder som är unga och vid god hälsa, trots att dessa är av väsentlig betydelse för försäkringsgivarens ekonomiska jämvikt i ett system med korssubventionerade premier.

274 Sökandena har inte åberopat några konkreta omständigheter som kan vederlägga beskrivningen av fenomenet med aktivt riskurval på en marknad för privata sjukförsäkringar där det tillämpas gemensam prissättning. Sökandena har härvid i huvudsak endast gjort gällande att de privata sjukförsäkringsgivarna har möjlighet att dela upp marknaden i segment i förhållande till risken genom att definiera innehållet i de privata sjukförsäkringsskydden och genom att fastställa storleken på försäkringspremierna för att kompensera för "dåliga" risker genom högre premier. Det skall erinras om att argumentet om de privata sjukförsäkringsgivarnas avtalsfrihet inte kan godtas mot bakgrund av de skäl som angetts ovan i punkterna 229 och 231.

275 Vidare anser förstainstansrätten att detta argument tvärtom snarare bekräftar förekomsten av en ökad risk för urval av ”bra” risker på en marknad för privata sjukförsäkringar där det tillämpas gemensam prissättning, eftersom det i praktiken innebär att de privata sjukförsäkringsgivarna på ett tillåtet sätt försöker kompensera effekterna av förbudet mot en prissättning på grundval av den försäkrade risken genom att utforma det privata sjukförsäkringsskyddet på ett särskilt sätt och fastställa storleken på tillhörande försäkringspremier i enlighet med de behov som olika grupper av försäkringstagare har. Sökandena har gjort gällande att en privat sjukförsäkringsgivare kan locka till sig kunder som är unga och med ”låg risk” genom försäkringsskydd som är särskilt anpassade efter deras behov och attraktiva premier, vilket får till följd att andra grupper av försäkringstagare, inbegripet de som utgör ”dåliga risker”, inte uppmuntras, eller till och med avskräcks, från att teckna ett sådant försäkringsskydd som inte passar dem. Oberoende av frågan huruvida en sådan strategi för indirekt diskriminering av försäkringstagare – vilken inte omfattas av den gemensamma prissättningen som endast förbjuder direkt prisdiskriminering – är genomförbar, vilket bland annat Irland har ifrågasatt, framstår denna strategi som ännu mer sannolik när konkurrensen mellan de privata sjukförsäkringsgivarna är särskilt intensiv beträffande de yngsta nya kunderna, såsom enligt parternas samstämmiga uppgifter här är fallet mellan BUPA Irland och VHI. I motsats till sökandenas ståndpunkt, utesluter denna strategi inte förekomsten av fenomenet med aktivt riskurval, utan tenderar snarare att bekräfta det, och till och med förvärra det. Sökandenas argument som grundar sig på de privata sjukförsäkringsgivarnas avtalsfrihet är följaktligen verkningsslöst för att visa att det inte föreligger något aktivt riskurval. Förstainstansrätten anser således inte att kommissionen gjorde ett uppenbart oriktigt konstaterande i punkt 50 i det angripna beslutet beträffande förekomsten av en fara för aktivt riskurval, när den ansåg att de privata sjukförsäkringsgivarna skulle kunna försöka förbättra sin genomsnittliga riskprofil bland annat genom selektiva marknadsföringsstrategier, genom utformningen av innehållet i försäkringsskydden eller genom att differentiera kvaliteten på tjänsten.

276 Förstainstansrätten anser att det utgör ett sannolikt påstående att det föreligger en verklig och påtaglig fara för ett aktivt riskurval, och därigenom en risk för instabilitet på marknaden, när en privat sjukförsäkringsgivare med gynnsam riskprofil inleder en strategi som innebär ”aggressiv” prissättning, i den mening som beskrivs i punkt 6 i RES-handledningen. Denna fara framstår däremot som mindre påtaglig, men fortfarande tillräckligt betydelsefull, när denna försäkringsgivare inleder – såsom svaranden, Irland och VHI har gjort gällande beträffande BUPA Irland – en strategi som ”efterföljare” i fråga om priser, vilken består i att fastställa priserna för de egna privata sjukförsäkringstjänsterna strax under de priser som de främsta konkurrenterna tillämpar för samma tjänster. Under sådana förhållanden framstår nämligen

det ekonomiska incitamentet för kunden att byta privat sjukförsäkringsgivare som mindre framträdande än när det är fråga om "aggressiv" prissättning. I detta hänseende har svaranden och Irland hävdad, utan att motsägas av sökandena, att en sådan strategi ändå medger ett urval av "bra" risker och framför allt att den påverkar en väl fungerande marknad för privata sjukförsäkringar och strider mot syftet med en gemensam prissättning genom att till nackdel för kunderna bibehålla alltför höga premier i förhållande till de ersättningskostnader som en privat sjukförsäkringsgivare med gynnsam riskprofil faktiskt skall bära.

277 Det framstår likaledes som sannolikt att strategin som "efterföljare" i fråga om priser får till följd att den privata sjukförsäkringsgivaren enbart i syfte att öka sin vinst avstår, trots sina lägre kostnader, från att minska premierna, vilket för övrigt skulle vara i konsumenternas intresse och förenligt med det syfte som eftersträvas med den gemensamma prissättningen. Vidare framstår det inte som uteslutet att en privat sjukförsäkringsgivare med gynnsam riskprofil tillämpar ett aktivt riskurval genom att anta en strategi som "efterföljare" i fråga om priser om prisskillnaden är tillräckligt stor för att locka till sig konsumenter "med bra risker".

278 Förstainstansrätten anser att såväl Irland som kommissionen, i punkt 50 i det angripna beslutet, har gjort sannolikt att en sådan affärsmetod skulle kunna skapa en negativ spiral och på så sätt destabilisera jämvikten och en fungerande marknad för privata sjukförsäkringar med gemensam prissättning, eftersom privata sjukförsäkringsgivare med gynnsam riskprofil skulle kunna locka till sig fler och fler kunder som är unga och vid god hälsa för att på så sätt ytterligare förbättra sin riskprofil, medan de privata sjukförsäkringsgivarna med sämre riskprofil mer och mer skulle utsättas för ökat ekonomiskt tryck på grund av den ökande obalansen mellan premierna och de kostnader som uppkommer till följd av ersättningskrav från ett stort antal försäkringstagare som är äldre och vid dålig hälsa.

279 Mot denna bakgrund anser förstainstansrätten att kommissionen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning i punkt 50 i det angripna beslutet genom att anse att det på en marknad för privata sjukförsäkringar där det gäller gemensam prissättning,

fri anslutning och livslångt skydd, i avsaknad av en mekanism för att utjämna riskerna, finns ett incitament för försäkringsgivarna att välja ut förmånliga risker för att kunna erbjuda samtliga försäkringstagare privata sjukförsäkringstjänster till förmånligare priser eller kunna realisera högre vinster än konkurrerande privata sjukförsäkringsgivare.

— Situationen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar

280 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i punkt 51 i det angripna beslutet konstaterade att det på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar inte kunde uteslutas att det fanns en fara för ett aktivt riskurval, även om någon instabilitet på denna marknad ännu inte hade kunnat konstateras.

281 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att i samband med antagandet av det angripna beslutet hade BUPA Ireland en klart gynnsammare riskprofil än VHI, som är dess främste konkurrent. Utan att det är nödvändigt att pröva den omtvistade frågan huruvida VHI:s solvensgrad var tillfredsställande eller inte, påpekar förstainstansrätten att sökandena egentligen inte har ifrågasatt riktigheten och relevansen i de uppgifter som svaranden, Irland och VHI lämnat angående den ekonomiska situationen, VHI:s riskprofil och dess högre genomsnittliga ersättningskostnader per försäkringstagare, utan medgett att VHI hade en försäkringsprofil som var sämre än BUPA Irelands (se ovan punkterna 135 och 138).

282 Till stöd för sin bedömning av huruvida det förelåg en fara för ett aktivt riskurval stödde sig kommissionen dessutom på bevisning som visar att BUPA Ireland faktiskt hade antagit en strategi med aktivt riskurval tillsammans med en strategi som "efterföljare" i fråga om priser genom att erbjuda priser som delvis var klart lägre än VHI:s priser till konsumentgrupper under 19 år (med en prisskillnad på 10 procent) och mellan 19 och 54 år (med en prisskillnad på 4 procent), medan bolaget tog ut högre

premier (20 procent högre) för personer över 54 år (punkt 51 och fotnot 9 i det angripna beslutet). Det skall framhållas att sökandena under förfarandet samt även under förhandlingen avstod från att ta ställning till denna bevisning, trots det förhållandet att såväl svaranden som Irland och VHI uttryckligen i sina inlagor grundade sig på BUPA Irelands påstådda praxis att agera som "efterföljare" i fråga om priser.

283 Sökandena har i detta hänseende, för det första, endast hävdad att BUPA Ireland, i egenskap av ny aktör på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar och på grund av passiviteten hos försäkringstagare som redan är knutna till en försäkringsgivare, var tvunget att rikta in sig på unga konsumenter som för första gången efterfrågar försäkringsskydd. Även om detta påstående är sannolikt och stöds av slutsatserna i Amárachrapporten angående det låga antalet irländska konsumenter som byter försäkringsgivare, kan det emellertid inte i sig påverka slutsatsen om förekomsten av ett aktivt riskurval, utan kan snarast anses bekräfta den (se ovan punkt 274).

284 Sökandena har för det andra hävdad att VHI beträffande privat sjukförsäkringsskydd till äldre försäkringstagare, vilka således innebär en högre risk, tillämpar försäljning med förlust, och att det gör det omöjligt för BUPA Ireland att konkurrera med VHI beträffande denna kundgrupp. Sökandena har under förfarandet inte åberopat något stöd för detta argument, som inte är särskilt detaljerat och som har ifrågasatts av svaranden och Irland. Argumentet är under alla förhållanden ogrundat. För det fall det skulle förekomma en sådan försäljning med förlust, är den nämligen knappast logisk ur ekonomisk synvinkel, eftersom den innebär att VHI försöker binda upp sina försäkringstagare med hög risk och hindra dem från att byta till andra privata sjukförsäkringsgivare genom att erbjuda dem särskilt förmånliga premier som inte täcker ersättningskostnaderna. Ett sådant agerande skulle inte vara ekonomiskt rationellt, eftersom dessa försäkringstagare utgör skälet till att VHI har en oförmånlig riskprofil, till dess ökade kostnader och således till dess försvagade konkurrensställning på marknaden för privata sjukförsäkringar.

285 Mot bakgrund av dessa överväganden anser förstainstansrätten att kommissionen förfogade över tillräckliga relevanta omständigheter för att i punkt 51 i det angripna beslutet kunna konstatera, utan att göra något uppenbart fel i detta hänseende, att det inte kunde uteslutas att det fanns en fara för aktivt riskurval på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. Med hänsyn till den begränsade prövning som är tillämplig i förevarande fall (se ovan punkterna 220–222 och 265–270) kunde kommissionen med hänsyn till förekomsten av en sådan fara för aktivt riskurval dessutom rimligen dra slutsatsen att det förelåg en risk för instabilitet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar (punkterna 50 och 51 i det angripna beslutet).

286 Det förhållandet att det i det angripna beslutet även slås fast att det ännu inte hade konstaterats någon instabilitet på marknaden kan inte påverka det riktiga i denna slutsats. Med hänsyn till kommissionens begränsade behörighet att göra en granskning i förhållande till medlemsstaten (se ovan punkterna 220–222 och 269) var kommissionen inte behörig att ersätta Irlands bedömning av utvecklingen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar med sin egen bedömning. Kommissionen säkerställde dock, vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet, i tillräcklig mån att de villkor var uppfyllda som gjorde det möjligt att motivera inrättandet av en riskutjämningsmekanism för att undvika en framtida instabilitet på denna marknad till följd av ett aktivt riskurval. Förstainstansrätten godtar således inte sökandenas argument att kommissionen felaktigt godtog påståendet om en instabilitet på marknaden utan att i detta avseende förfoga över tillräckliga bevis av ekonomisk art. Med hänsyn till att det är sannolikt att det förelåg en risk för instabilitet på marknaden på grund av ett aktivt riskurval, finns det slutligen inte längre anledning att pröva huruvida kommissionen i punkt 50 i det angripna beslutet med fog kunde konstatera att det förelåg en fara för ett passivt riskurval.

4) Huruvida riskutjämningsordningen var lämplig för att komma till rätta med en bristande jämvikt eller instabilitet på marknaden för privata sjukförsäkringar

287 Förstainstansrätten skall slutligen pröva huruvida kommissionen rimligen kunde anse att riskutjämningsordningen utgjorde ett lämpligt instrument för att komma till rätta med den bristande jämvikt som kan följa av ett aktivt riskurval.

- 288 Härvid skall det inledningsvis erinras om de huvudsakliga inslag som styr riskutjämningsordningens funktion (se ovan punkterna 31–33).
- 289 Enligt riskutjämningsordningen skall den individuella och faktiska riskprofilen för de privata sjukförsäkringsgivarna först fastställas utifrån de regelbundna uppgifter som dessa lämnar angående de ersättningskostnader som försäkringstagarna ger upphov till. Försäkringstagarna är för detta ändamål indelade i olika åldersgrupper (motsvarande ett åldersintervall) och könsggrupper. Denna individuella och faktiska riskprofil beräknas på den genomsnittliga faktiska kostnaden per försäkringstagare i nämnda grupper och totalsumman motsvarar de genomsnittliga ersättningskostnader som samtliga grupper ger upphov till. Med beaktande av de uppgifter som lämnas av de försäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen, fastställer sedan HIA den genomsnittliga riskprofilen på marknaden i förhållande till var och en av dessa grupper.
- 290 I nästa steg byts den individuella och faktiska riskprofilen ut mot denna genomsnittliga riskprofil på marknaden för att fastställa de hypotetiska kostnader som försäkringsgivarna skulle ha ådragit sig (per grupp) om de faktiskt hade haft en sådan genomsnittlig riskprofil på marknaden. Skillnaden mellan kostnaderna – som kan vara positiv eller negativ – som fastställs på grundval av en jämförelse mellan den individuella och faktiska riskprofilen och den hypotetiska genomsnittliga riskprofilen på marknaden utgör således en storhet som är beroende av uppgifter om samtliga privata sjukförsäkringsgivare som omfattas av riskutjämningsordningen. Slutligen skall denna skillnad mellan kostnader, efter en eventuell tillämpning av ”nollsummejusteringsfaktorn” (zero sum adjustment factor), exakt motsvara det belopp som skall utjämnas mellan de privata sjukförsäkringsgivarna. Genom att tillämpa denna metod fastställs med hjälp av riskutjämningsordningen ett direkt samband mellan de privata sjukförsäkringsgivarnas riskprofil, som jämförs med en hypotetisk genomsnittlig riskprofil på marknaden, och den på detta sätt fastställda skillnaden mellan kostnader som ådragits i form av ersättningskostnader. Av detta följer att ju positivare riskprofilen är i förhållande till den hypotetiska genomsnittliga riskprofilen, desto mer kan kostnaderna understiga de genomsnittliga kostnaderna på marknaden och tvärtom.
- 291 Det följer av övervägandena ovan i punkt 235 att det finns ett verkligt samband mellan de merkostnader som är följden av en negativ riskprofil och, särskilt, skyldigheterna att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning. Vidare framgår där att de mål som eftersträvas med dessa skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar inte skulle kunna uppnås utan en sådan justering som genomförs genom riskutjämningsordningen.

292 För det första skulle målet med den gemensamma prissättningen inte helt kunna uppnås, eftersom den förutsätter en rättvis fördelning av de kostnader som är hänförliga till försäkringstagarna, och därmed av riskerna, mellan de privata sjukförsäkringsgivarna, och förutsätter att var och en av dessa försäkringsgivare har en väl avvägd riskprofil. Målet med den gemensamma prissättningen, det vill säga att försäkringstagare som är unga och vid god hälsa subventionerar de premier som normalt skulle betalas av äldre och sjuka försäkringstagare, och följaktligen solidariteten mellan generationerna, skulle nämligen äventyras om en privat sjukförsäkringsgivare i en extrem situation endast hade unga försäkringstagare eller endast äldre och sjuka försäkringstagare. Med andra ord kan en privat sjukförsäkringsgivare endast bära kostnaden för fri anslutning och gemensam prissättning om den kan kompensera de kostnader som uppkommer till följd av ersättningskrav från äldre och sjuka försäkringstagare, vilka inte står i proportion till premierna, genom de premier som tas ut av kunder som är unga och vid god hälsa.

293 För det andra framstår det under dessa omständigheter som sannolikt att den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, såsom den är reglerad, skulle kunna drabbas av en obalans som äventyrar dess funktion och därmed uppnåendet av dessa mål, om det inte fanns något verktyg för att återställa jämvikten vad gäller fördelningen av risker och avskräcka från ett aktivt riskurval. Eftersom skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning uppmuntrar till affärsmetoder, såsom ett aktivt riskurval, som riskerar att äventyra denna jämvikt (se ovan punkt 273), utgör riskutjämningsordningen, såsom bland annat Irland har gjort gällande, ett verktyg för att återställa den balans som är en nödvändig och oskiljbar del av en reglerad marknad där sådana skyldigheter gäller. Om det inte förelåg någon skyldighet att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning skulle jämvikten på marknaden bibehållas eller återställas enbart med hjälp av marknadskrafterna och särskilt genom en prissättning som grundar sig på risken. Även om en sådan prissättning förefaller i stor utsträckning kunna minska incitamentet att ägna sig åt aktivt riskurval (punkt 52 in fine i det angripna beslutet), och därigenom bibehålla en viss jämvikt på marknaden, skulle den inte göra det möjligt att uppnå det andra mål som eftersträvas med skyldigheterna att tillämpa fri anslutning och gemensam prissättning, det vill säga uppnå en solidaritet mellan generationerna genom att säkerställa att äldre och sjuka personer – särskilt tack vare bland annat korssubventioneringen av premierna – lättare får tillgång till privata sjukförsäkringar.

294 Förstainstansrätten anser mot denna bakgrund att sökandena inte kan vinna framgång med argumentet, vilket anfördes för första gången vid förhandlingen och vilket har bestritts av svaranden, Irland och VHI, enligt vilket kommissionen i det angripna

beslutet hade grundat sig på en felaktig uppfattning av den gemensamma prissättningen för att motivera behovet av riskutjämningsordningen. Det finns nämligen ingenting i det angripna beslutet som tyder på att kommissionen skulle ha grundat sig på andra överväganden än dem som framgår ovan av punkterna 291–293. Såsom Irland bland annat gjorde gällande vid förhandlingen, hänvisas det i skälen i det angripna beslutet, särskilt i punkterna 24, 41 och 60, till principen om gemensam prissättning på det sätt som följer av såväl artikel 7 som artikel 12.10 iii i 1994 Health Insurance Act, i dess ändrade lydelse. Slutligen anser förstainstansrätten, i motsats till sökandenas ståndpunkt, att kommissionen inte endast prövade skyldigheten att tillämpa gemensam prissättning med hänsyn till de enskilda privata sjukförsäkringsavtalen utan att den i punkt 60 i det angripna beslutet drog slutsatsen att riskutjämningsordningen var nödvändig för att bibehålla ”stabiliteten på en marknad för privata sjukförsäkringar där det råder gemensam prissättning” i dess helhet.

295 Mot bakgrund av ovanstående och med hänsyn till att kommissionen rimligen kunde anse att det förelåg, på grund av en fara för aktivt riskurval, en risk för obalans på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, anser förstainstansrätten att kommissionen inte åsidosatte sin skyldighet att kontrollera huruvida riskutjämningsordningen var nödvändig och att den med fog kunde slå fast att riskutjämningsordningen var nödvändig för att de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar skulle kunna fullgöras på ekonomiskt godtagbara villkor. Sökandena har varken åberopat några omständigheter som kan påverka det välgrundade i den bedömning som det redogjorts för ovan i punkterna 290–293 angående det samband som föreligger mellan olika relevanta aspekter av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och riskutjämningsordningen, eller i tillräcklig mån visat att riskutjämningsordningen var uppenbart olämplig för att komma till rätta med den konstaterade obalansen.

296 Följaktligen anser förstainstansrätten att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den konstaterade att det var nödvändigt att inrätta riskutjämningsordningen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar. Förstainstansrätten godtar således inte någon av de anmärkningar som sökandena anfört i detta avseende.

iii) Huruvida riskutjämningsordningen som sådan är proportionerlig

297 Vad gäller frågan huruvida riskutjämningsordningen som sådan är proportionerlig, framgår det av övervägandena ovan i punkterna 228–243 att sökandena inte har visat att den ersättning som erhöles genom RES-betalningarna var oproportionerlig i förhållande till merkostnaderna för att fullgöra de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar. De argument som sökandena anfört inom ramen för den andra grunden och som syftar till att ifrågasätta huruvida de relevanta kriterierna för att beräkna RES-betalningarna var lämpliga och proportionerliga, eftersom de bland annat enligt sökandena medför en fördelning av kostnader som är hänförliga till en bristande effektivitet till förmån för den privata sjukförsäkringsgivare som är mottagare av dessa betalningar (se ovan punkt 138), är således ogrundade och kan inte godtas. Eftersom de argument som rör en påstådd fördelning av bristen på effektivitet har förklarats vara ogrundade, är det i förevarande fall inte nödvändigt att pröva frågan huruvida effektiviteten hos en aktör som anförtrots ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i allmänhet även skall beaktas inom ramen för proportionalitetsprövningen i enlighet med artikel 86.2 EG (se ovan punkt 139).

298 Sökandena har vidare ifrågasatt att riskutjämningsordningen skulle vara proportionerlig genom att för det första göra gällande att, med hänsyn till den riskskillnad som föreligger mellan BUPA Ireland och VHI, minimiriskskillnaden på 2 procent för att utlösa riskutjämningsordningen (punkt 54 i det angripna beslutet) inte hade någon praktisk betydelse. För det andra har sökandena gjort gällande att viktningfaktorn för hälsotillståndet, även om den var begränsad till 50 procent av det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapaciteten (punkt 57 i det angripna beslutet), saknade samband med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och den motivering som åberopats för riskutjämningsordningen. För det tredje har sökandena gjort gällande att det förhållandet att nya aktörer var undantagna från tillämpningen av riskutjämningsordningen under tre år (punkt 58 i det angripna beslutet) inte kompenserade den avskräckande verkan som riskutjämningsordningen har i form av hinder för inträde på marknaden. För det fjärde har de gjort gällande att riskutjämningsordningen, i motsats till den nederländska riskutjämningsordningen, inte hade någon mekanism för att korrigera överkompensationer.

299 Med hänsyn till den begränsade administrativa granskningen och domstolsprövningen i förevarande fall (se ovan punkterna 220–222 och 269), anser förstainstansrätten för det första att sökandena inte i tillräcklig mån har visat att riskskillnaden på

2 procent utgjorde ett uppenbart olämpligt eller oproportionerligt kriterium. Detta gäller i ännu högre grad eftersom denna procentsats inte nödvändigtvis leder till att riskutjämningsordningen utlöses med hänsyn till de irländska myndigheternas stora utrymme för skönmässig bedömning i detta avseende (punkterna 22–24 och 54 i det angripna beslutet och ovan punkt 265).

300 Förstainstansrätten godtar inte heller påståendet att viktningsfaktorn för hälsotillståndet inte skulle ha ett samband med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar och motiveringen till riskutjämningsordningen. Svaranden och Irland har härvid förklarat, utan att motsägas av sökandena, att beaktandet av ersättningskostnaderna för olika ålders- och könsgrupper inte nödvändigtvis helt återspeglade en privat sjukförsäkringsgivares individuella och faktiska riskprofil på grund av bland annat de skillnader som kan föreligga inom dessa grupper, vilket gjorde det nödvändigt att tillämpa en justering, begränsad till 50 procent, som grundar sig på det konstaterade utnyttjandet av sjukhuskapaciteten (punkterna 28 och 57 i det angripna beslutet). Eftersom tillämpningen av denna justeringsfaktor, vilken för närvarande inte tillämpas, syftar till att på ett så tillförlitligt sätt som möjligt fastställa de faktiska riskskillnaderna mellan de privata sjukförsäkringsgivarna och därigenom de merkostnader som är hänförliga till dessa, är denna faktor helt förenlig med logiken i den ersättning som utbetalas genom riskutjämningsordningen för de kostnader som uppkommer till följd av ett fullgörande av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar (se ovan punkt 234 och följande punkter).

301 När det gäller den påstått avskräckande effekt som riskutjämningsordningen har på potentiella nya aktörer, har sökandena själva medgett att det tillfälliga undantaget från tillämpningen av riskutjämningsordningen under de tre första åren som en privat sjukförsäkringsgivare bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar, vilket har föreskrivits just i syfte att undvika en eventuell utestängningseffekt på denna marknad och inte avskräcka aktörerna från att ta sig in på marknaden, kan sänka det påstådda inträdeshindret. Även om det antas att riskutjämningsordningen förstärker inträdeshindren, kan under alla omständigheter inte enbart detta konstaterande läggas till grund för slutsatsen att riskutjämningsordningen utgör ett uppenbart olämpligt eller oproportionerligt instrument. Att godta motsatsen skulle utgöra ett ifrågasättande av själva existensen av det riskutjämnings-system som införts genom riskutjämningsordningen samt uppnåendet av de olika syften som eftersträvas med de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar (se ovan punkterna 291–293) och därigenom den irländska lagstiftarens utrymme för skönmässig bedömning när det gäller organisationen av den irländska hälsovårdssektorn.

- 302 Även om ökade inträdeshinder på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar till nackdel för potentiella nya aktörer utgör en nödvändig följd av inrättandet av riskutjämningsordningen, följer det av en avvägning av målen med riskutjämningsordningen och de berörda intressena att dessa mål bör ges företräde framför behovet av att underlätta tillträdet till marknaden. I fullständighetens intresse skall det konstateras att sökandenas argument även motsägs av det faktum att den privata sjukförsäkringsgivaren Vivas Healthcare tog sig in på marknaden för privata sjukförsäkringar i oktober 2004 (se ovan punkt 22), trots att planerna på att utlösa riskutjämningsordningen redan hade konkretiserats, och att detta inträde, i motsats till sökandenas åsikt, samtidigt visar att det tillfälliga undantaget från tillämpningen av riskutjämningsordningen under tre år, vilket denna sjukförsäkringsgivare omfattas av, minskar betydelsen av det påstådda inträdeshindret.
- 303 Mot bakgrund av de överväganden som anförts ovan i punkt 235 angående metoden för att beräkna RES-betalningarna, vilka endast syftar till att ersätta kostnader som har ett samband med fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, godtar förstainstansrätten inte sökandenas argument att riskutjämningsordningen borde innehålla en särskild mekanism för att undvika överkompensation utöver de mekanismer som redan har inrättats för detta ändamål, exempelvis taket för ersättningsgilla kostnader. Den jämförelse som sökandena har gjort med den nederländska riskutjämningsordningen i detta sammanhang är inte relevant, eftersom det föreligger grundläggande skillnader mellan detta system och riskutjämningsordningen, vilket sökandena själva har medgett. Det förstnämnda systemet är ett hybridssystem enligt vilket staten täcker 50 procent av kostnaderna för tillhandahållandet av privata sjukförsäkringstjänster genom direkta stöd.
- 304 Av det ovanstående framgår att sökandena inte har visat att riskutjämningsordningen är uppenbart olämplig och oproportionerlig. Kommissionen kunde således, utan att i detta avseende göra en uppenbart oriktig bedömning, med fog anse att riskutjämningsordningen var proportionerlig i den mening som avses i artikel 86.2 EG. Detta är i ännu högre grad fallet, eftersom, såsom angetts i punkt 59 i det angripna beslutet, alla beslut som fattats av de irländska myndigheterna i samband med utlösandet av riskutjämningsordningen kan bli föremål för domstolsprövning, vilket för övrigt bekräftas av det förfarande som ledde till High Courts dom av den 23 november 2006 (se ovan punkterna 24–26).

305 Förstainstansrätten anser således att det saknas stöd för anmärkningen att riskutjämningsordningen inte är proportionerlig i den mening som avses i artikel 86.2 EG och att den därför inte kan godtas.

iv) Huruvida handeln påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse

306 Sökandena har slutligen kritiserat kommissionen för att inte ha granskat kriteriet om påverkan på handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG in fine, och de har framhållit att det angripna beslutet inte innehåller någon motivering på denna punkt. Sökandena har i detta avseende avsett att visa, bland annat inom ramen för den tredje, den fjärde, den femte och den sjunde grunden, att riskutjämningsordningen strider mot gemenskapens intresse, eftersom den strider mot andra bestämmelser i gemenskapsrätten. Särskilt till stöd för deras fjärde och femte grunder har de hävdade att kommissionen var skyldig att undersöka huruvida riskutjämningsordningen var förenlig med artikel 82 EG, friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten samt tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring inom ramen för dess bedömning av en eventuell påverkan på handeln inom gemenskapen och gemenskapens intresse enligt artikel 86.2 EG.

307 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i punkt 61 i det angripna beslutet ansåg att även om kompensationen för de ifrågavarande skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skulle anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, är stödinslaget förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, utan att det inverkar på frågan huruvida det är förenligt med andra gemenskapsrättsliga bestämmelser, i synnerhet tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring, vilken skall prövas inom ramen för lämpliga förfaranden.

308 Förstainstansrätten anser för det första att uttrycket ”förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG” med nödvändighet syftar på kriteriet om påverkan på handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. För det andra innebär hänvisningen till tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring och till andra bestämmelser i fördraget att kommissionen i samband med tillämpningen av artikel 86.2 EG beaktade den inverkan som riskutjämningsordningen har på bland annat friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten. Även om motiveringen i detta hänseende kan tyckas kortfattad, är den under dessa omständigheter tillräcklig för att det skall framgå att kommissionen ansåg att riskutjämningsordningen inte påverkade handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Eftersom sökandena slutligen har kritiserat kommissionen för att inte på ett omsorgsfullt och fullständigt sätt ha undersökt huruvida riskutjämningsordningen var förenlig med andra bestämmelser i gemenskapsrätten och inte ha motiverat det angripna beslutet i detta hänseende, skall denna anmärkning prövas inom ramen för den tredje, den fjärde, den femte och den sjunde grunden.

309 Förstainstansrätten kan således inte godta anmärkningen att det inte gjordes en granskning och att det saknas en motivering beträffande kriteriet om påverkan på handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG in fine.

310 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser någon del av den andra grunden.

C — Huruvida den tredje, den fjärde och den femte grunden kan upptas till sakprövning

1. Parternas argument

311 Svaranden har hävdatt att sökandena inte har talerätt med stöd av ett påstående om att andra gemenskapsrättsliga bestämmelser, vilka åberopats i den tredje, den fjärde,

den femte och den sjunde grunden, har åsidosatts. Dessa bestämmelser är endast relevanta inom ramen för en bedömning med stöd av reglerna om statligt stöd när de har ett nära samband med beviljandet av det statliga stödet som sådant (domstolens dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-6857, punkt 85), vilket inte är fallet i detta mål.

312 Sökandena har i den tredje grunden hävdad att det enligt fast rättspraxis följer av fördragets allmänna systematik att det förfarande som föreskrivs i artikel 88 EG aldrig får leda till resultat som strider mot specifika bestämmelser i fördraget. När ett statligt stöd i vissa avseenden strider mot andra bestämmelser i fördraget kan kommissionen således inte förklara att stödet är förenligt med den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 3 maj 2001 i mål C-204/97, Portugal mot kommissionen, REG 2001, s. I-3175, punkt 41, och domen i det ovan i punkt 311 nämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkt 78).

2. Förstainstansrättens bedömning

313 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis, i likhet med vad svaranden har anfört, att en skyldighet för kommissionen att slutgiltigt ta ställning, i ett förfarande rörande statligt stöd enligt förordning nr 659/1999, till förekomsten eller frånvaron av ett åsidosättande av andra gemenskapsrättsliga bestämmelser än bestämmelserna i artiklarna 87 EG och 88 EG samt, i förekommande fall, i artikel 86 EG, skulle strida dels mot de handläggningsregler och garantier till skydd för enskilda – vilka delvis väsentligen skiljer sig åt och har olika rättsföljder – som är specifika för de förfaranden som särskilt inrättats för att kontrollera tillämpningen av dessa bestämmelser, dels mot principen om de administrativa förfarandenas och rättsmedlens autonomi. Förstainstansrätten erinrar härvid vidare om att en enskild, med hänsyn till kommissionens befogenhet att företa skönsmässig bedömning i detta sammanhang, saknar talerätt mot kommissionens beslut att inte inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG eller kommissionens ställningstagande rörande en

medlemsstats eventuella åsidosättande av bestämmelserna i fördraget, och att detta gäller även om talan avser en ogiltigförklaring av ett beslut angående statligt stöd (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 16 oktober 2003 i mål T-148/00, *Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters mot kommissionen*, REG 2003, s. II-4415, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

314 Sökandena kan inte med fog åberopa den rättspraxis enligt vilken det följer av fördragets allmänna systematik att förfarandet enligt artikel 88 EG aldrig får leda till ett resultat som strider mot specifika bestämmelser i fördraget. Det följer av denna rättspraxis att även om kommissionen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den avgör huruvida en stödordning är förenlig med den gemensamma marknaden, är den ändå inom ramen för denna bedömning skyldig att säkerställa att förfarandet inte leder till ett resultat som strider mot andra särskilda bestämmelser i fördraget än artiklarna 87 EG och 88 EG, särskilt när villkoren för ett stöd som strider mot dessa bestämmelser är så oupplösligen förbundna med stödets mål att det inte är möjligt att bedöma dem separat (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Matra mot kommissionen*, punkt 41 och där angiven rättspraxis). Även om denna skyldighet ger uttryck för den allmänna principen att all tillämpning av gemenskapsrätten skall göras i överensstämmelse med regler av högre dignitet, innebär den emellertid inte att kommissionen inom ramen för ett förfarande rörande statligt stöd är skyldig att tillämpa de regler som särskilt antagits för att kontrollera tillämpningen av andra bestämmelser i fördraget eller anta ett eller flera beslut som har kombinerade rättsverkningar. Enligt denna skyldighet skall nämligen kommissionen göra en bedömning med avseende på relevanta bestämmelser som inte i strikt mening hör till de bestämmelser som avser statligt stöd endast om vissa av villkoren för stödet i fråga är så nära förbundna med stödets mål att deras eventuella bristande överensstämmelse med dessa bestämmelser med nödvändighet skulle påverka stödets förenlighet med den gemensamma marknaden. Sökandena har emellertid i förevarande fall varken förklarat eller i tillräcklig mån visat att de särskilda villkoren för genomförandet av riskutjämningsordningen, vilka påstås stå i strid med andra bestämmelser i gemenskapsrätten, var oupplösligen förbundna med det aktuella stödets mål, det vill säga riskutjämningsbetalningarna. Vidare skall det erinras om att kommissionen i artikel 1 i det angripna beslutet med fog slog fast att riskutjämningsordningen inte utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG och att denna artikel under alla omständigheter inte förutsatte

en förklaring om att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis. Följaktligen kan förstainstansrätten redan av dessa skäl inte godta den tredje, den fjärde och den femte grunden eftersom de är verkningslösa.

315 Vidare följer det av fast rättspraxis att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 88 EG i fråga om statligt stöd inte gör kommissionen behörig att ge medlemsstaterna rätt att avvika från andra gemenskapsrättsliga bestämmelser än dem som avser tillämpning av artikel 87.1 EG (domstolens dom av den 12 november 1992 i de förenade målen C-134/91 och C-135/91, Keramina – Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki, REG 1992, s. I-5699, punkt 20, och förstainstansrättens dom av den 27 september 2000 i mål T-184/97, BP Chemicals mot kommissionen, REG 2000, s. II-3145, punkt 55). Av detta följer för det första att kommissionen inte slutgiltigt kan ta ställning, inom ramen för ett förfarande rörande statligt stöd, till frågan huruvida andra bestämmelser i gemenskapsrätten har iakttagits, en fråga som skall prövas enligt andra handläggningsregler. Av detta följer för det andra att kommissionens slutgiltiga och rättsligt bindande ställningstagande skall begränsas till de aspekter som avser själva stödet, eftersom det är enbart dessa aspekter som kan gå någon emot, till skillnad från andra aspekter som omfattas av andra bestämmelser i gemenskapsrätten som inte utgör ett nödvändigt stöd för beslutets artikeldel (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 313 nämnda målet Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters mot kommissionen, punkterna 57 och 58).

316 Det skall i detta avseende erinras om att det följer av fast rättspraxis att oavsett vilka skäl som ligger till grund för ett beslut, är det endast artikeldelen i beslutet som har rättsverknningar och som följaktligen kan gå någon emot. Bedömningarna i skälen i ett beslut kan däremot inte som sådana bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. Gemenskapsdomstolen kan pröva dessa bedömningars lagenlighet endast om de, såsom skäl i en rättsakt som går någon emot, utgör ett nödvändigt stöd för beslutets artikeldel (domstolens beslut av den 28 januari 2004 i mål C-164/02, Nederländerna mot kommissionen, REG 2004, s. I-1177, punkt 21, förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 186, se även ovan punkt 260) eller om dessa skäl åtminstone i sak kan förändra det som har beslutats i rättsaktens artikeldel (se, för ett liknande

resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i mål T-251/00, Lagardère och Canal+ mot kommissionen, REG 2002, s. II-4825, punkterna 67 och 68). Härav följer i ännu högre grad att en fullständig avsaknad av en hänvisning till andra bestämmelser än dem som avser statligt stöd både i artikeldelen och i skälen i ett beslut som antagits med stöd av artiklarna 87 EG och 88 EG, och i förekommande fall artikel 86.2 EG, inte kan gå en enskild emot och medföra att denne har ett berättigat intresse av att få saken prövad.

317 I förevarande fall skall det framhållas att det angripna beslutet är ett beslut att inte göra invändningar mot de anmälda stödåtgärderna i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 659/1999. Detta beslut var endast riktat till Irland och utgör inte, vare sig till sin utformning eller i sak, ett uttryckligt svar på sökandenas klagomål (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 45). Detta beslut kan följaktligen inte ens underförstått tolkas som ett svar på samtliga anmärkningar som anförts av sökandena, inbegripet de anmärkningar som rör åsidosättandet av artiklarna 82 EG, 43 EG och 49 EG eller bestämmelserna i tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring. Mot denna bakgrund har avsaknaden av en bedömning av dessa anmärkningar i såväl artikeldelen som i skälen till det angripna beslutet inte någon rättsligt bindande verkan gentemot sökandena och kan inte gå dem emot. Detta innebär att sökandena inte har någon talerätt inom ramen för talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. Det var således med rätta som kommissionen i punkt 61 i det angripna beslutet förklarade att den bedömning som gjorts enligt artiklarna 87 EG och 86.2 EG saknade inverkan på en prövning, som skall ske inom ramen för lämpliga förfaranden, avseende huruvida riskutjämningsordningen är förenlig med andra relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser och, särskilt, med bestämmelserna i tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring.

318 Förstainstansrätten anser slutligen, i motsats till vad sökandena har anført, att lydelsen i artikel 86.2 EG in fine inte påverkar denna bedömning. Vad för det första gäller kriteriet att handeln inte får påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse, innebär det inte en skyldighet för kommissionen att, på ett slutgiltigt och fullständigt sätt, kontrollera om de anmälda statliga åtgärderna strider mot andra gemenskapsrättsliga bestämmelser. För det andra är, såsom svaranden har gjort gällande, sökandenas argument motsägelsefullt, eftersom det leder till att artikel 86.2 EG fräntas all ändamålsenlig verkan i form av undantag från reglerna i

fördraget. Ett sådant undantag kan nämligen aldrig få någon verkan om dess tillämpning samtidigt måste säkerställa ett fullständigt iakttagande av de regler som det är avsett att göra undantag ifrån.

319 Av ovanstående överväganden drar förstainstansrätten slutsatsen att sökandena inte är behöriga att inom ramen för den talan som riktas mot det angripna beslutet åberopa den tredje, den fjärde, den femte och den sjunde grunden, eftersom dessa grunder avser ett åsidosättande av artiklarna 82 EG, 43 EG och 49 EG samt tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring.

320 Följaktligen kan den tredje, den fjärde och den femte grunden inte prövas, och de är i vart fall verkningslösa, och det är inte nödvändigt att pröva huruvida det finns fog för dessa grunder. Talan kan inte heller prövas såvitt avser den sjunde grunden, eftersom den hänvisar till gemenskapsrättsliga bestämmelser som specifikt omfattas av den tredje, den fjärde och den femte grunden.

D — Den sjätte grunden som avser att det inte inleddes något formellt granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG

1. Parternas argument

321 Mot bakgrund av det ovanstående anser sökandena att kommissionen på ett rättsstridigt sätt avstod från att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG för att kunna avgöra ärendet med kännedom om samtliga relevanta omständigheter i detta fall. Det angripna beslutet fattades efter den preliminära granskningen enligt artikel 88.3 EG, vilken endast syftar till att göra det möjligt för

kommissionen att bilda sig en första uppfattning om huruvida stödet är förenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen kan nöja sig med denna preliminära granskning endast om den är tillräcklig för att fastställa en sådan förenlighet (domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Matra* mot kommissionen, punkterna 16 och 33, domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet *Cook* mot kommissionen, punkterna 22 och 29, domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet kommissionen mot *Sytraval* och *Brink's France*, punkterna 38 och 39, och domen i det ovan i punkt 312 nämnda målet *Portugal* mot kommissionen, punkterna 32 och 33), vilket inte var fallet här.

322 Kommissionen är i detta hänseende skyldig att granska samtliga faktiska omständigheter och samtliga rättsliga argument som framförts till kommissionen av de företag vars intressen kan påverkas av beviljandet av ett stöd (domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet kommissionen mot *Sytraval* och *Brink's France*, punkt 51, och domen i det ovan i punkt 312 nämnda målet *Portugal* mot kommissionen, punkt 35). I detta sammanhang har sökandena erinrat om sina argument som dels avser att det varken föreligger några skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller finns förutsättningar att erhålla ersättning för dessa, dels avser ett åsidosättande av etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring samt artikel 86.1 EG jämte artikel 82 EG. Enligt sökandena väcker dessa argument komplicerade frågeställningar som kräver en detaljerad faktisk och ekonomisk bevisning som inte kan bedömas utanför det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG. Detta bekräftas av det förhållandet att kommissionen inte har bedömt dessa argument på ett korrekt sätt, eller till och med underlåtit att bedöma dem.

323 Sökandena har ifrågasatt påståendet att ett inledande av det formella granskningsförfarandet inte skulle ha gett dem en bättre ställning för att framställa sina invändningar beträffande riskutjämningsordningen. De regler som styr detta förfarande ålägger kommissionen särskilda skyldigheter, såsom skyldigheten att offentliggöra beslut om att inleda ett formellt granskningsförfarande i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 26.1 i förordning nr 659/1999 och kravet enligt artikel 6 i denna förordning att uppmana intresserade parter att lämna sina synpunkter, granska dem och överlämna dem till medlemsstaten. Dessa skyldigheter har inte iakttagits i förevarande fall.

324 När det gäller argumentet att sökandena inte har förklarat varför kommissionen borde ha hyst allvarliga tvivel angående riskutjämningsordningens förenlighet med artikel 87 EG, har sökandena erinrat om att de på ett detaljerat sätt redogjort för de omständigheter som visar att detta ärende innebar betydande svårigheter med hänsyn till bestämmelserna om statligt stöd. Även om det antas att sökandenas grunder inte kan godtas i sak, borde enbart svårigheterna i förevarande fall, såsom bland annat redogjorts för i den första och den andra grunden, ha krävt att det formella granskningsförfarandet inleddes enligt artikel 88.2 EG. Sökandena har tillagt att kommissionen granskade riskutjämningsordningen under fyra år innan den antog det angripna beslutet. I samband med en så långvarig utredning är det onormalt att det formella granskningsförfarandet inte inleddes.

325 Det angripna beslutet bör således ogiltigförklaras på grund av en rättsstridig underlåtenhet att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG.

326 Svaranden har med stöd av Irland gjort gällande att sökandena, på vilka bevisbördan vilar, inte har förklarat skälen till att kommissionen borde ha hyst allvarliga tvivel angående riskutjämningsordningens förenlighet med artikel 87 EG och, omvänt, skälen till att kommissionen inte kunde bedöma de påstått komplexa ekonomiska frågorna i förevarande fall utan att inleda ett formellt granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG. Med hänsyn till att sökandena har ingett ett flertal inlagor och träffat företrädare för kommissionen i samband med handläggningen av klagomålet, borde sökandena vidare ha kunnat precisera skälen till att de skulle ha haft en bättre ställning för att göra gällande sina invändningar mot riskutjämningsordningen om kommissionen hade inlett ett formellt granskningsförfarande. Under alla förhållanden har sökandena inte tillfört något i förhållande till övriga grunder som avser frågan huruvida det angripna beslutet är rättsenligt i sak och de har endast upprepat argumenten i dessa grunder inom ramen för förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

327 Förstainstansrätten påpekar att kommissionen enligt artikel 4.3 i förordning nr 659/1999 är behörig att, efter det att det preliminära granskningsförfarandet har

avslutats, anta ett beslut om att inte göra invändningar om den anmälda åtgärden inte föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den gemensamma marknaden. I artikel 4.4 i denna förordning föreskrivs däremot att kommissionen är skyldig att inleda det formella granskningsförfarandet i den mening som avses i artikel 88.2 EG och artikel 6 i denna förordning om det föreligger sådan tveksamhet.

328 Det skall i detta hänseende erinras om att kommissionen är skyldig att inleda det formella granskningsförfarandet särskilt om den mot bakgrund av de upplysningar som erhållits under det preliminära granskningsförfarandet fortfarande har allvarliga svårigheter att bedöma den ifrågavarande åtgärden. Denna skyldighet följer direkt av artikel 88.3 EG, såsom denna har tolkats i rättspraxis, och slås fast i artikel 4.4 jämförd med artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 när kommissionen efter en preliminär granskning finner att den olagliga åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den gemensamma marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 69 nämnda målet *British Aggregates mot kommissionen*, punkt 165).

329 Enligt fast rättspraxis är förfarandet enligt artikel 88.2 EG nämligen oundgängligt då kommissionen har allvarliga svårigheter att bedöma om ett stöd är förenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen kan följaktligen endast begränsa sig till den preliminära granskningen enligt artikel 88.3 för att godkänna en stödåtgärd, om kommissionen efter en första bedömning är övertygad om att åtgärden inte utgör stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller att åtgärden, om den utgör stöd, är förenlig med den gemensamma marknaden. Om däremot denna första granskning leder kommissionen till den motsatta slutsatsen eller inte gör det möjligt för kommissionen att övervinna alla svårigheter som är förenade med bedömningen av om den ifrågavarande stödåtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden, är kommissionen skyldig att inhämta alla erforderliga yttranden och i detta syfte inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG (domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *Matra mot kommissionen*, punkt 33, domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet *kommissionen mot Sytraval och Brink's France*, punkt 39, och domen i det ovan i punkt 69 nämnda målet *British Aggregates mot kommissionen*, punkt 166).

- 330 Skyldigheten att inleda det formella granskningsförfarandet gäller särskilt när kommissionen, efter att ha gjort en tillräckligt omfattande granskning av den omtvistade statliga åtgärden på grundval av de uppgifter som den har erhållit från den berörda medlemsstaten, fortfarande hyser tvivel i fråga om huruvida det förekommer inslag av stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG liksom i fråga om huruvida dessa är förenliga med den gemensamma marknaden (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 10 maj 2005 i mål C-400/99, Italien mot kommissionen, REG 2005, s. I-3657, punkterna 47 och 48, och domen i det ovan i punkt 69 nämnda målet British Aggregates mot kommissionen, punkt 167).
- 331 Förstainstansrätten anser att kommissionen, mot bakgrund av dessa krav, inte åsidosatte räckvidden av vare sig artikel 88.3 EG eller artikel 4.2 och 4.4 i förordning nr 659/1999 genom att anta det angripna beslutet.
- 332 Utan att det är nödvändigt att pröva frågan huruvida sökandena, inom ramen för det formella granskningsförfarandet och med stöd av de garantier vad gäller förfarandet som de uttryckligen tillerkänns enligt artikel 88.2 EG, skulle ha haft en bättre ställning när det gäller att på ett effektivt sätt göra gällande sina invändningar mot riskutjämningsordningen, konstaterar förstainstansrätten att sökandena genom sina klagomål och andra inlagor och utredningar som ingetts till kommissionen på ett utförligt sätt kunde försvara sin ståndpunkt före antagandet av det angripna beslutet.
- 333 Vidare drar förstainstansrätten, med hänsyn till den bedömning som medfört att den första, den andra, den tredje, den fjärde och den femte grunden underkänts, slutsatsen att kommissionen, på grundval av relevanta uppgifter som lämnats av såväl Irland som sökandena, med fog kunde anse att riskutjämningsordningen, även om den krävde en bedömning av ekonomiskt komplicerade faktiska omständigheter, inte gav upphov till några allvarliga svårigheter eller tvivel vad avser bedömningen av huruvida det förelåg ett statligt stöd och dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Förstainstansrätten anser nämligen, med hänsyn till övervägandena ovan

i punkt 157 och följande punkter, att det inte föreligger någon omständighet, inte ens efter det att sökandena under förfarandet på ett mycket utförligt sätt utvecklat sina argument i detta avseende, som stöder påståendet att kommissionen skulle ha gjort en annan bedömning av riskutjämningsordningen efter ett formellt granskningsförfarande än den bedömning som gjordes i det angripna beslutet, i vilket riskutjämningsordningen inte ansågs utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG och det ansågs föreligga förutsättningar att tillämpa undantaget i artikel 86.2 EG.

334 Mot denna bakgrund kan talan inte vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

E — Den sjunde grunden som avser en bristande motivering i den mening som avses i artikel 253 EG

1. Parternas argument

335 Sökandena har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet har åsidosatt motiveringsskyldigheten såsom den tolkats enligt fast rättspraxis (domstolens dom av den 29 februari 1996 i mål C-122/94, kommissionen mot rådet, REG 1996, s. I-881, punkt 29). Motiveringen av nämnda beslut kännetecknas av en upprepning av de påståenden och slutsatser avseende faktiska och rättsliga omständigheter som anförts av de irländska myndigheterna, utan att kommissionen gjort en egen bedömning av de omständigheter som åberopats till stöd för dessa. Denna bristande motivering är särskilt allvarlig med hänsyn till att sökandena har ifrågasatt den relevanta bedömningen av faktiska, ekonomiska och rättsliga omständigheter som lagts fram av dessa myndigheter.

336 I punkterna 40, 53 och 60 i det angripna beslutet, som rör riskutjämningsordningen såsom instrument för ersättning av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar, har kommissionen inte angett vare sig kostnaderna för dessa

skyldigheter eller de förutsebara RES-betalningarna. Kommissionen har inte heller förklarat varför dessa betalningar skulle vara absolut nödvändiga för att ersätta kostnaderna. I punkt 50 i det angripna beslutet har kommissionen endast nämnt ”ekonomiska studier” som stöd för de irländska myndigheternas påståenden. Kommissionen medgav emellertid senare att den hade beaktat sju studier, varav endast två nämndes i skälen till det angripna beslutet. Även om kommissionen i punkt 61 i det angripna beslutet fann att ett eventuellt statligt stöd var förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, angav inte kommissionen i skälen till nämnda beslut huruvida de påstådda skyldigheterna att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse hade anförtrots VHI eller BUPA Ireland, eller skälen till att kommissionen ansåg att RES-betalningarna var fullständigt proportionerliga i förhållande till de relevanta kostnaderna och intäkterna och att riskutjämningsordningen inte påverkade utvecklingen av handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Slutligen har kommissionen endast i en enda mening i punkt 61 i det angripna beslutet hävdat att riskutjämningsordningen inte strider mot tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring, och kommissionen har inte någonstans i beslutet nämnt frågan om ett åsidosättande av artikel 86.1 EG jämte artikel 82 EG samt ett åsidosättande av artiklarna 43 EG och 49 EG, som tagits upp av sökandena.

337 Svaranden har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

338 Mot bakgrund av övervägandena ovan i punkterna 313–320 skall det erinras om att förevarande grund inte kan prövas och att den i vart fall är verkningslös, eftersom grunden hänför sig till de påstådda rättsstridigheter som åberopats inom ramen för den tredje, den fjärde och den femte grunden.

339 Vidare skall det erinras om att enligt fast rättspraxis beror motiveringsskyldighetens omfattning på den aktuella rättsaktens beskaffenhet och på det sammanhang i vilket

den antagits. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur institutionen har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden för att kunna göra gällande sina rättigheter och bedöma huruvida beslutet är välgrundat och så att gemenskapsdomstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 63, förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, s. II-435, punkt 278, och av den 14 januari 2004 i mål T-109/01, Fleuren Compost mot kommissionen, REG 2004, s. II-127, punkt 119, samt domen i det ovan i punkt 221 nämnda målet Corsica Ferries France mot kommissionen, punkt 62).

340 När det gäller påståendet om en bristande motivering avseende tillämpningen av artikel 87.1 EG och artikel 86.2 EG, skall det först konstateras, såsom framgår av övervägandena ovan i punkt 171 och följande punkter, att skälen i det angripna beslutet sammantaget dels har gjort det möjligt för sökandena att vid gemenskapsdomstolen på ett utförligt sätt ifrågasätta det välgrundade i detta beslut, dels har gjort det möjligt för denna domstol att fullt ut utöva sin prövningsrätt. När det särskilt gäller den bristande motiveringen i punkterna 40, 50, 53, 60 och 61 i det angripna beslutet, angående bland annat frågan huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig i förhållande till de merkostnader som uppkommer på grund av att en privat sjukförsäkringsgivare har en negativ riskprofil, är det tillräckligt att hänvisa till punkt 228 och följande punkter ovan för att slå fast att det inte föreligger några sådana brister i beslutet.

341 När det gäller underlåtenheten i det angripna beslutet att nämna fem studier som använts av kommissionen erinrar förstainstansrätten om att enligt fast rättspraxis krävs det inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (domstolens dom av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen, REG 1996, s. I-723, punkt 86, och av den 15 maj 1997 i mål C-278/95 P, Siemens mot kommissionen, REG 1997, s. I-2507, punkt 17, samt domen i det ovan i punkt 221 nämnda målet Corsica Ferries France mot kommissionen, punkt 63, och domen i det ovan i punkt 69 nämnda målet British Aggregates mot kommissionen, punkt 141). I synnerhet är

kommissionen inte skyldig att ta ställning till samtliga argument som de berörda har åberopat inför kommissionen, utan det räcker att ange de omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutets systematik (domen i de ovan i punkt 339 nämnda förenade målen Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, punkt 280, och domen i det ovan i punkt 221 nämnda målet Corsica Ferries France mot kommissionen, punkt 64).

- 342 Mot bakgrund av de överväganden som anförts ovan särskilt i punkt 228 och följande punkter samt punkt 273 och följande punkter, anser förstainstansrätten att kommissionen har redogjort för de väsentliga argument och ekonomiska omständigheter som stöder dess bedömning och den har därvid i fotnoterna 9 och 10 i det angripna beslutet åtminstone nämnt två relevanta studier till stöd för denna bedömning. Mot denna bakgrund godtar förstainstansrätten inte sökandenas anmärkning om en bristande motivering på grund av att kommissionen inte uttryckligen i det angripna beslutet diskuterade resultaten av andra studier.
- 343 Vad slutligen gäller den motivering som rör avsaknaden av en påverkan på handeln mellan medlemsstaterna i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse, är det tillräckligt att hänvisa till övervägandena ovan i punkterna 308 och 309 för att denna anmärkning inte skall godtas.
- 344 Följaktligen kan talan inte bifallas såvitt avser den grund som rör ett åsidosättande av artikel 253 EG.

F — *Begäran om åtgärder för bevisupptagning*

1. Parternas argument

- 345 Sökandena har begärt att förstainstansrätten enligt artikel 65 i rättegångsreglerna skall förelägga svaranden att förete vissa handlingar angående interna samråd mellan

kommissionens generaldirektorat för konkurrens och generaldirektorat för inre marknaden angående riskutjämningsordningens förenlighet med tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring, för det fall svaranden inte på eget initiativ skulle överlämna dessa handlingar.

2. Förstainstansrättens bedömning

³⁴⁶ Med hänsyn till att den tredje, den fjärde och den femte grunden inte kan prövas och att de i vart fall är verkningslösa (se ovan punkterna 313–320), anser sig förstainstansrätten ha tillräckliga upplysningar om alla väsentliga och relevanta omständigheter i förevarande fall för att kunna avgöra målet. Sökandenas begäran om åtgärder för bevisupptagning skall således avslås.

Rättegångskostnader

³⁴⁷ Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Svaranden och VHI har yrkat att sökandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, skall svarandens och VHI:s yrkanden bifallas.

³⁴⁸ Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna skall medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. Av detta följer att Irland och Konungariket Nederländerna såsom intervenienter skall bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd och BUPA Ireland Ltd skall bära sina rättegångskostnader samt ersätta kommissionens och Voluntary Health Insurance Boards rättegångskostnader.**
- 3) **Irland och Konungariket Nederländerna skall bära sina rättegångskostnader.**

Jaeger

Tiili

Azizi

Cremona

Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 12 februari 2008.

E. Coulon

M. Jaeger

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	II - 97
I — Bestämmelser i fördraget	II - 97
II — Förordning (EG) nr 659/1999	II - 101
III — Direktiv 92/49/EEG	II - 101
IV — Kommissionens meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa	II - 102
Bakgrund till tvisten	II - 104
I — Inrättandet av riskutjämningsordningen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar	II - 104
II — Riskutjämningsordningens funktion	II - 107
A — Syftet med riskutjämningsordningen	II - 107
B — Activation of the RES payments	II - 108
C — Beräkningsmetoden för RES-betalningarna	II - 109
III — Det angripna beslutet	II - 111
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 117
Rättslig bedömning	II - 120
I — Upptagande till sakprövning	II - 120
A — Parternas argument	II - 120
B — Förstainstansrättens bedömning	II - 122
1. Huruvida invändningen om rättegångshinder kan tas upp till sakprövning	II - 122
2. Huruvida invändningen om rättegångshinder är befogad	II - 123
a) Huruvida sökandena berörs personligen	II - 123
b) Huruvida sökandena berörs direkt	II - 127

II — Prövning i sak	II - 128
A — Inledande anmärkningar	II - 128
B — Den första och den andra grunden	II - 129
1. Parternas argument	II - 129
a) Den grund som avser att artikel 87.1 EG har tillämpats felaktigt ..	II - 129
i) Sökandenas argument	II - 129
1) Allmänna anmärkningar	II - 129
2) Det första villkoret, vilket avser att skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse faktiskt skall föreligga och vara klart definierade	II - 132
3) Det andra villkoret, vilket avser de objektiva och öppna kriterierna för att beräkna ersättningen	II - 138
4) Det tredje villkoret, vilket avser att ersättningen skall vara absolut nödvändig	II - 140
5) Det femte villkoret, vilket avser jämförelsen med ett effektivt företag	II - 143
ii) Svarandens argument	II - 144
iii) Irlands och VHL:s argument	II - 144
iv) Konungariket Nederländernas argument	II - 145
b) Den grund som avser att artikel 86.2 EG har tillämpats felaktigt ..	II - 145
i) Sökandenas argument	II - 145
1) Inledande anmärkningar	II - 145
2) Avsaknaden av skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	II - 146
3) Avsaknaden av en åtgärd varigenom ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse har tilldelats	II - 146
4) Påståendet att riskutjämningsordningen inte är nödvändig och proportionerlig	II - 147
	II - 237

Inledande anmärkningar	II - 147
Påståendet att riskutjämningsordningen inte är nödvändig . . .	II - 148
Påståendet att riskutjämningsordningen inte är proportionerlig	II - 151
5) Påverkan på utvecklingen av handeln	II - 152
ii) Svarandens argument	II - 153
1) Inledande anmärkningar	II - 153
2) Behörigheten att definiera skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	II - 153
3) Kvalificeringen av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	II - 153
4) Huruvida de privata sjukförsäkringsgivarna har ålagts skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	II - 154
5) Huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig	II - 154
6) Huruvida riskutjämningsordningen är proportionerlig	II - 155
iii) Irlands och Konungariket Nederländernas argument	II - 156
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 157
a) Huruvida de argument som Irland och VHI har anfört avseende den första grunden kan läggas till grund för prövningen	II - 157
b) Huruvida villkoren i domen i det ovannämnda målet Altmark är tillämpliga	II - 159
c) Huruvida det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i det första villkoret i domen i målet Altmark och i artikel 86.2 EG	II - 160
i) Inledande anmärkningar	II - 160
ii) Begreppet uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse och behörigheten att definiera och kontrollera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	II - 162
iii) Huruvida det föreligger ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i förevarande fall	II - 164
1) Bevisbördans fördelning	II - 164
2) Beskaffenheten av det aktuella uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse och uppdragets art	II - 165

3) Skillnaden mellan regleringen av aktörernas verksamhet och förekomsten av ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som tilldelats genom en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd	II - 167
4) Huruvida de tjänster som omfattas av uppdraget av allmänt ekonomiskt intresse är samhällsomfattande och obligatoriska till sin karaktär	II - 169
Allmänt	II - 170
Tillämpning i det aktuella fallet	II - 172
d) Huruvida det finns klart definierade kriterier för att beräkna ersättningen enligt riskutjämningsordningen i den mening som avses i det andra villkoret i domen i målet Altmark	II - 179
i) Inledande anmärkningar	II - 179
ii) Huruvida kriterierna för att beräkna ersättningen enligt riskutjämningsordningen var objektiva och öppna	II - 180
e) Huruvida ersättningen enligt riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig i den mening som avses i tredje villkoret i domen i målet Altmark	II - 183
i) Domstolsprövningens omfattning	II - 183
ii) Huruvida den ersättning som utgår genom RES-betalningarna är nödvändig och proportionerlig	II - 185
1) Inledande anmärkningar	II - 185
2) Förhållandet mellan riskutjämningsordningen och de kostnader som uppkommer till följd av fullgörandet av de skyldigheter som är kopplade till privata sjukförsäkringar	II - 188
f) Jämförelsen med en effektiv aktör i den mening som avses i det fjärde villkoret i domen i målet Altmark	II - 195
g) Huruvida riskutjämningsordningen är nödvändig och proportionerlig i den mening som avses i artikel 86.2 EG	II - 200
i) Inledande anmärkningar	II - 200
ii) Huruvida införandet av riskutjämningsordningen som sådant var nödvändigt	II - 201
1) Inledande anmärkningar	II - 201
2) Föremålet för det angripna beslutet och den prövning som förstainstansrätten skall göra	II - 203

3) Huruvida det sker ett riskurval på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar	II - 206
Inledande anmärkningar	II - 206
Huruvida det förekommer ett aktivt riskurval	II - 206
— Allmänna ekonomiska förutsättningar	II - 206
— Situationen på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar	II - 210
4) Huruvida riskutjämningsordningen var lämplig för att komma till rätta med en bristande jämvikt eller instabilitet på marknaden för privata sjukförsäkringar	II - 212
iii) Huruvida riskutjämningsordningen som sådan är proportionerlig	II - 216
iv) Huruvida handeln påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse	II - 219
C — Huruvida den tredje, den fjärde och den femte grunden kan upptas till sakprövning	II - 220
1. Parternas argument	II - 220
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 221
D — Den sjätte grunden som avser att det inte inleddes något formellt granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG	II - 225
1. Parternas argument	II - 225
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 227
E — Den sjunde grunden som avser en bristande motivering i den mening som avses i artikel 253 EG	II - 230
1. Parternas argument	II - 230
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 231
F — Begäran om åtgärder för bevisupptagning	II - 233
1. Parternas argument	II - 233
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 234
Rättegångskostnader	II - 234