JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

M. POIARES MADURO

10 päivänä marraskuuta 2005 [1]

1. Tietty yksikkö kuuluu yhteisön kilpailuoikeuden soveltamisalaan vain, jos se on yritys. Vaikka EY:n perustamissopimuksessa viitataan yritykseen lukuisia kertoja, siinä ei määritellä tätä käsitettä, jota oikeuskäytäntö on pyrkinyt täsmentämään antamalla sille toiminnallisen sisällön. On todettu, että taloudellista toimintaa harjoittava yksikkö on oikeudellisesta muodostaan tai rahoitustavastaan riippumatta EY 81–EY 86 artiklassa tarkoitettu yritys. [2] Vaikka tunnustetaan, että tietyt yleisen edun mukaiset tehtävät, kuten ilmaliikenteen turvallisuuden säilyttäminen ja parantaminen [3] tai ympäristönsuojelu, [4] eivät ole taloudellisia, on vaikeampi määritellä, milloin toimintoja voidaan pitää muina kuin taloudellisina toimintoina niiden liittyessä kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän toimintaan, koska oikeuskäytännössä tutkitaan tässä yhteydessä tapauskohtaisesti, onko yhteisvastuuperiaatteen katsottava estävän yhteisön kilpailusääntöjen soveltamisen. On kuitenkin vaikea yksilöidä edellytyksiä, joiden täyttyessä tämä periaate poistaa toiminnalta sen taloudellisen luonteen.

2. Tässä asiassa on keskeisesti kysymys Espanjan kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän (jäljempänä SNS) hoidosta vastaavan julkisoikeudellisen yksikön ostoista, jotka ovat koskeneet lääketieteellisiä instrumentteja. Huomiota on kiinnitettävä kahteen seikkaan. On ratkaistava yhtäältä, estääkö se, että tämän yksikön harjoittama toiminta kuuluu yhteisvastuuperiaatteen alaisuuteen, luokittelemasta yksikköä yritykseksi, ja toisaalta, onko mahdollista erottaa yksikön ostotoiminnat toiminnoista, jotka ovat terveydenhoitopalvelujen tarjoamista.

3. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (jäljempänä FENIN) on valittanut asiassa T-319/99, FENIN vastaan komissio, 4.3.2003 annetusta tuomiosta (Kok. 2003, s. II-357; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jossa Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on pysyttänyt Euroopan yhteisöjen komission päätöksen, jossa on hylätty kantelu sen perusteella, ettei kyseessä olevaan yksikköön

1 – Alkuperäinen kieli: portugali.

2 – Asia C-41/90, Höfner ja Elser, tuomio 23.4.1991 (Kok. 1991, s. I-1979, Kok. Ep. XI, s. I-147).

3 – Asia C-364/92, SAT Fluggesellschaft, tuomio 19.1.1994 (Kok. 1994, s. I-43, Kok. Ep. XV, s. I-1; jäljempänä Eurocontrol-tapaus).

4 – Asia C-343/95, Diego Calì & Figli, tuomio 18.3.1997 (Kok. 1997, s. I-1547).

voida soveltaa kilpailuoikeutta, koska se ei ole yritys. Käsiteltävänä olevassa valituksessa yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään ratkaisemaan, onko tämä päätelmä yrityksen käsitteen mukainen, sellaisena kuin tämä on määritelty yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

I Valituksen asiayhteys

4. Valituksenalaisesta tuomiosta ilmenee, että oikeusriita on saanut alkunsa komission 26.8.1999 tekemästä päätöksestä (jäljempänä riidanalainen toimi), jossa hylättiin FENINin kantelu, jossa vaadittiin toteamaan, että SNS:ää hoitavat 26 yksikköä, joiden joukossa on kolme Espanjan ministeriötä, olivat rikkoneet EY 82 artiklaa, koska ne maksoivat laskunsa FENINille vain huomattavalla, keskimäärin 300 päivän viiveellä.

5. FENIN on järjestö, johon kuuluu suurin osa niistä yrityksistä, jotka myyvät Espanjan sairaaloissa käytettäviä terveydenhoitoalan tuotteita. Se teki 12.12.1997 komissiolle kantelun, jossa se väitti, että SNS:ää hoitavat yksiköt olivat määräävässä asemassa Espanjan terveydenhoitoalan tuotteiden markkinoilla ja että ne olivat käyttäneet väärin tätä asemaa viivyttämällä velkojensa maksamista. FENIN toimitti komissiolle 12.5.1998 lisäkirjelmän. Komissio ilmoitti valittajalle 2.12.1998 päivätyllä kirjeellä väliaikaisesta päätöksestään hylätä valittajan tekemä kantelu. FENIN vastasi komissiolle 10.2.1999 huomautuskirjelmällään. Riidanalaisella toimella FENINin kantelu hylättiin lopullisesti ensinnäkin siitä syystä, että "kyseessä olevat 26 ministeriötä ja yksikköä eivät ole yrityksiä, kun ne osallistuvat julkisen terveydenhuoltojärjestelmän hallinnointiin", ja toiseksi siitä syystä, että "kyseessä olevien 26 ministeriön ja yksikön asemaa ostajana ei voida erottaa myöhemmästä tarjonnasta". Komissio päätteli tämän perusteella, että kyseiset yksiköt eivät toimineet yrityksinä eivätkä siis kuuluneet EY 82 artiklan soveltamisalaan.

6. FENIN nosti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 10.11.1999 toimittamallaan kannekirjelmällä kanteen, jossa se vaati, että riidanalainen toimi on kumottava, ja vetosi erityisesti siihen, että komissio oli tehnyt ilmeisen arviointivirheen EY 82 ja EY 86 artiklaa soveltaessaan. Komissio väitti soveltaneensa SNS:n tilannetta arvioidessaan yrityksen määritelmän toiminnallista arviointiperustetta, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on ilmaissut tämän yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre antamassaan tuomiossa.[5]

7. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisessa tuomiossa hylännyt FENINin kanteen, koska se on katsonut, että komissio oli soveltanut EY 82 ja EY 86 artiklassa tarkoitettua yrityksen käsitettä oikein. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on päätynyt tähän käsitykseen kolmivaiheisen päättelyn jälkeen. Tuomion 36 kohdassa

5 – Yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91, tuomio 17.2.1993 (Kok. 1993, s. I-637, Kok. Ep. XIV, s. I-27).

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ensinnäkin erottanut toisistaan ostotoiminnan ja tarjontatoiminnan toteamalla, että "taloudellista toimintaa on -- kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla -- mutta ei pelkkä ostaminen". Sen jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että "tuotteen ostamista ei ole erotettava ostajan hankkiman tuotteen myöhemmästä käytöstä tämän toiminnan laadun arvioimiseksi". Näin ollen on tutkittava, onko ostetun tuotteen käyttö taloudellista vai ei. Analyysinsa päätteeksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre annettuun tuomioon sekä asiassa FFSA ym. annettuun tuomioon [6] tukeutumalla valituksenalaisen tuomion 39 kohdassa, että "SNS, jota [valittajan] kantelussa tarkoitetut ministeriöt ja muut yksiköt hoitavat, toimii yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti, kun sitä rahoitetaan sosiaalimaksuilla ja muilla valtion tuilla ja kun se tarjoaa siihen kuuluville henkilöille yleisesti kattavia palveluita ilmaiseksi". Ostotoiminta, joka liittyy muun luonteiseen kuin taloudelliseen toimintaan, on näin ollen samanluonteista. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan tästä seuraa, että FENINin kantelussa tarkoitetut yksiköt eivät ole EY 82 ja EY 86 artiklassa tarkoitettuja yrityksiä.

8. FENINin valitus kohdistuu valituksenalaisen tuomion tähän osaan. FENINin ainoa valitusperuste on, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tulkinnut yhteisön kilpailuoikeudessa tarkoitettua yrityksen käsitettä väärin. Valituksen ensimmäisessä osassa FENIN väittää ensinnäkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt virheen, kun se ei ole katsonut, että ostotoiminta on taloudellista toimintaa, ja toiseksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti liittänyt ostotoiminnan luonteen myöhemmin suoritetun palvelun luonteeseen. Valitusperusteen toisessa osassa FENIN väittää toissijaisesti, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt katsoa, että ostotoiminta on taloudellista sen vuoksi, että myöhempi toiminta, eli terveydenhoitopalvelujen tarjoaminen, on taloudellista. Komissio puoltaa vastaukseksi esittämissään huomautuksissa kantaa, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa suorittama analyysi vastaa sitä, miten yhteisön kilpailuoikeudessa tarkoitettua yrityksen käsitettä on tulkittu oikeuskäytännössä. Komissio katsoo lisäksi, että valituksen toista osaa ei voida ottaa tutkittavaksi, koska se on esitetty vasta valitusvaiheessa. Komission mukaan tässä valitusperusteessa sitä paitsi kyseenalaistetaan se, miten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on arvioinut tosiseikkoja, mihin ei voida hakea muutosta. Yhdistynyt kuningaskunta ja Espanjan kuningaskunta tukevat väliintulijoina komission kantaa. Ne katsovat, etteivät sen enempää ostotoiminta sellaisenaan kuin terveydenhoitopalvelujen suorittaminenkaan ole taloudellista toimintaa.

9. Ennen kuin ainoan valitusperusteen kahta osaa tutkitaan peräkkäin, on aluksi tarkasteltava yhteisön kilpailuoikeudessa tarkoitettua yrityksen käsitettä, sellaisena kuin se on kehitetty yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Lisäksi tarkastellaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten ja kilpailuviranomaisten noudattamaa käytäntöä.

6 – Asia C-244/94, tuomio 16.11.1995 (Kok. 1995, s. I-4013).

II Alustava kysymys: yrityksen käsite

10. Kuten edellä on muistutettu, se, luokitellaanko tietty yksikkö yhteisön oikeudessa tarkoitetuksi yritykseksi, riippuu siitä, onko sen harjoittama toiminta taloudellista. Koska yksikön luonnetta analysoidaan toiminnoittain, on täysin mahdollista, että jotakin yksikköä pidetään yrityksenä tiettyjen toimintojensa osalta, kun taas joidenkin muiden toimintojen osalta se jää kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. [7] Taloudellisen ja muun kuin taloudellisen toiminnan erottamiseksi oikeuskäytännössä tukeudutaan samansuuntaisiin, kumulatiivisesti tai vaihtoehtoisesti sovellettaviin arviointiperusteisiin, jotka on tarpeen esittää, koska FENIN perustaa valituksensa siihen valitusperusteeseen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut tätä oikeuskäytäntöä väärin.

A *Yrityksen käsitettä koskeva oikeuskäytäntö*

11. Vertailevan arviointiperusteen, joka on yrityksen käsitettä koskevan toiminnallisen ja laajan käsityksen taustalla, käyttö alkoi edellä mainitussa asiassa Höfner ja Elser annetusta tuomiosta. Yhteisöjen tuomioistuin piti toimintaa taloudellisena, koska "työnvälitystoiminta ei ole aina ollut eikä välttämättä ole julkisten yksiköiden vastuulla". [8] Julkisasiamies Tesauro on samaa päättelyä noudattaen katsonut edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre esittämässään ratkaisuehdotuksessa, että vain julkinen elin saattoi harjoittaa kyseessä ollutta toimintaa ja ettei toiminta ollut verrattavissa yksityisten yritysten harjoittamaan vakuutustoimintaan, minkä perusteella julkisasiamies päätteli, että kyseinen yksikkö ei ollut yritys. [9] Asiassa Ambulanz Glöckner annettu tuomio antaa lisävalaistusta sen osalta, miten yhteisöjen tuomioistuin käyttää vertailevaa arviointiperustetta, sillä siinä ensiapuorganisaatioita, jotka tarjoavat palveluja kiireellisten ja kiireettömien sairaankuljetusten markkinoilla, pidettiin yrityksinä, koska "tällaiset organisaatiot tai viranomaiset eivät ole aina tarjonneet eikä niiden ole välttämättä tarjottava näitä palveluja". [10]

12. Jollei ole olemassa kilpailuun perustuvia markkinoita, joilla useat yritykset toimivat kilpailutilanteessa, kysymys toiminnan taloudellisesta luonteesta ja vertailevan arviointiperusteen soveltaminen muuttuvat vaikeammiksi. Tästä syystä vertaileva arviointiperuste pyrkii sen estämiseksi, että toimivan kilpailun puuttuminen markkinoilta johtaisi automaattisesti niiden sulkemiseen kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle, sisällyttämään taloudellisen toiminnan käsitteeseen

7 – Asia 118/85, komissio v. Italia, tuomio 16.6.1987 (Kok. 1987, s. 2599), jonka 7 kohdassa todetaan, että "valtio voi toimia joko käyttämällä julkista valtaa tai harjoittamalla luonteeltaan teollista tai liiketaloudellista elinkeinotoimintaa tarjoten tavaroita ja palveluja markkinoilla".

8 – Em. asia Höfner ja Elser, tuomion 22 kohta.

9 – Em. yhdistetyt asiat Poucet ja Pistre, ratkaisuehdotuksen 12 kohta.

10 – Asia C-475/99, tuomio 25.10.2001 (Kok. 2001, s. I-8089, 20 kohta).

kaikki toiminnat, joita voittoa tavoitteleva yksikkö voi harjoittaa.[11] Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei tee tätä vertailua järjestelmällisesti, se viittaa melkein kaikissa yrityksen käsitteestä antamissaan tuomioissa edellä mainitussa asiassa Höfner ja Elser antamaansa tuomioon, jota se edelleen käyttää perustana päättelyssään. Kun tätä vertailevaa arviointiperustetta sovelletaan sananmukaisesti, se kuitenkin mahdollistaa minkä tahansa toiminnan sisällyttämisen kilpailuoikeuden soveltamisalaan.[12] Yksityiset toimijat voivat nimittäin harjoittaa melkein kaikkia toimintoja. Mikään ei siten teoriassa estä sitä, että valtion puolustus suoritetaan alihankintana, ja tästä on historiassa esimerkkejä. Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuin on myöhemmissä tuomioissaan syventänyt tätä käsitettä liittämällä sen markkinoihin osallistumiseen.

13. Toinen arviointiperuste, joka on oikeuskäytännössä kehitetty taloudellisen toiminnan luonnehtimiseksi, on markkinoihin osallistuminen eli toiminnan harjoittaminen markkinaympäristössä. Vaikka edellä mainitussa asiassa Höfner ja Elser annetussa tuomiossa toiminnan taloudellinen luonne seurasi markkinoihin osallistumisesta vain implisiittisesti siten, että valtio hyväksyi yksityisten yritysten osallistumisen markkinoihin, yhteisöjen tuomioistuin on muissa tuomioissa selvästi liittänyt yhteen markkinoihin osallistumisen ja taloudellisen toiminnan harjoittamisen. Päätyäkseen käsitykseen, että Italian tullihuolitsijat ovat yrityksiä, yhteisöjen tuomioistuin kuvailee heidän toimintaansa seuraavasti: "Tullihuolitsijat – – tarjoavat vastiketta vastaan palveluja, jotka käsittävät ennen kaikkea tavaroiden tuontiin, vientiin ja kauttakuljetukseen liittyvien tullimuodollisuuksien hoitamisen sekä muut täydentävät palvelut, jotka liittyvät raha- ja valuuttajärjestelyiden sekä kaupan ja verotuksen alaan."[13] Myöhemmissä tuomioissa yhteisöjen tuomioistuin on selvästi samaistanut markkinoihin osallistumisen ja harjoitetun toiminnan taloudellisen luonteen. Yhteisöjen tuomioistuin on siten yhdistetyissä asioissa Pavlov ym. antamassaan tuomiossa ja edellä mainitussa asiassa Ambulanz Glöckner antamassaan tuomiossa todennut, että "taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla".[14] Merkittävää ei ole se, että toimintaa voivat – teoriassa – harjoittaa yksityiset toimijat, vaan se, että toimintaa harjoitetaan markkinaolosuhteissa. Markkinaolosuhteille on tunnusomaista käyttäytyminen rahastointitarkoituksessa vastakohtana yhteisvastuuperiaatteelle. Juuri tämän perusteella voidaan määrittää, ovatko markkinat olemassa, vaikka voimassa olevat

11 – Ks. julkisasiamies Jacobsin em. asiassa Ambulanz Glöckner esittämän ratkaisuehdotuksen 67 kohta ja yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01, AOK-Bundesverband ym. esittämän ratkaisuehdotuksen 27 kohta (tuomio 16.3.2004, Kok. 2004, s. I-2493).

12 – Chérot, J. Y., "Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?", *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A.* Pirovano, 2003, arvostelee tätä vertailumenetelmää todeten, että "yhtäältä – teoriassa – mitä tahansa toimintaa voidaan harjoittaa yksityisestä aloitteesta, ja toisaalta kokemus osoittaa, että kaikkia toimintoja on jossain vaiheessa harjoitettu yksityisestä aloitteesta" (s. 569). Ks. samassa teoksessa myös Idot, L., "La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel", jonka mukaan "tällaista määritelmää käytettäessä kaikella on taipumus muuttua tulevaisuudessa "taloudelliseksi toiminnaksi" (s. 528).

13 – Asia C-35/96, komissio v. Italia, tuomio 18.6.1998 (Kok. 1998, s. I-3851, 37 kohta). Voidaan viitata myös aikaisempaan oikeuskäytäntöön eli em. asiassa komissio v. Italia, 16.6.1987 annettuun tuomioon, jonka 3 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että "ei ole kiistetty, että Amministrazione autonoma dei monopoli di stato osallistuu taloudelliseen toimintaan tarjoamalla valmistetun tupakan alalla tavaroita ja palveluja markkinoilla".

14 – Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98, Pavlov ym., tuomio 12.9.2000 (Kok. 2000, s. I-6451, 75 kohta) ja em. asia Ambulanz Glöckner, tuomion 19 kohta. Ks. myös asia C-309/99, Wouters ym., tuomio 19.2.2002 (Kok. 2002, s. I-1577, 47 kohta) ja asia C-82/01 P, Aéroports de Paris v. komissio, tuomio 24.10.2002 (Kok. 2002, s. I-9297, 79 kohta).

säännökset estävät todellisen kilpailun esiintymisen näillä markkinoilla. Sitä vastoin silloin, kun valtio sallii osittaisen kilpailun kehittymisen, kyseessä oleva toiminta merkitsee väistämättä markkinoihin osallistumista.

14. Oikeuskäytännön viittaukset kilpailuoikeuden rikkomisen mahdollisuuteen voidaan tässä asiayhteydessä ymmärtää perusteiksi, jotka puoltavat yksikön luokittelua yritykseksi.[15] Silloinkin, kun mitään voittoa ei tavoitella, kyse voi olla sellaisesta markkinoihin osallistumisesta, joka voi vaarantaa kilpailuoikeuden tavoitteet. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei ilmene, että tämä arviointiperuste riittäisi osoittamaan, että kyse on yrityksestä, mutta se vahvistaa päätelmää, että kilpailuoikeutta on sovellettava.

15. Niiden edellä mainittujen arviointiperusteiden lisäksi, jotka ovat saaneet yhteisöjen tuomioistuimen katsomaan eri asioissa, että kyseessä on ollut yritys, on hyödyllistä tarkastella myös oikeuskäytäntöä, jossa se on luonnehtinut tiettyjä toimintoja "muuksi kuin taloudelliseksi" toiminnaksi. Tämä luonnehdinta auttaa vastakohtaispäätelmän kautta rajaamaan yhteisön kilpailuoikeuden soveltamisalaa. Yhteisöjen tuomioistuin tutkii toiminnan luonteen, tavoitteen sekä sitä koskevat säännöt.[16] Tämän tutkinnan päätteeksi yhteisöjen tuomioistuin on sulkenut kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle sellaisia yleisen edun mukaisia tehtäviä kuten ilmaliikenteen turvallisuuden säilyttäminen[17] ja ympäristönsuojelu,[18] joiden on katsottu kuuluvan valtion keskeisiin tehtäviin.[19] Yleisemmin kaikki julkisen vallan harjoittamisen ilmenemismuodot, joilla pyritään sääntelemään markkinoita eikä osallistumaan niihin, jäävät kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.[20]

16. Vaikka terveysala on koko ajan avoimempi kilpailulle ja useimmiten kansallisen lainsäätäjän aloitteesta,[21] tällä alalla on kokonaisia alueita, joilla valtio on edelleen ainoa toimija. Oli asia miten tahansa, kilpailuoikeutta voidaan soveltaa tähän alaan vain, jos yhteisvastuu ei ole alalla määräävässä asemassa. Yhteisvastuun astetta arvioidessaan yhteisöjen tuomioistuin on tämän kysymyksen osalta antamissaan tuomioissa tukeutunut joukkoon arviointiperusteita rat-

15 – Em. asia FFSA ym., tuomion 21 kohta, jonka mukaan "pelkästään se seikka, ettei CCMSA tavoittele voittoa, ei muuta sitä seikkaa, että sen toiminta on luonteeltaan taloudellista toimintaa, koska sen toiminnasta voi – – olla sellaisia seurauksia, joita kilpailusäännöillä pyritään ehkäisemään". Ks. myös julkisasiamies Jacobsin asiassa C-218/00, Cisal, esittämän ratkaisuehdotuksen 71 kohta (tuomio 22.1.2002, Kok. 2002, s. I-691), jossa todetaan, että "taustalla oleva kysymys on, onko kyseisellä yksiköllä asemansa puolesta kyky tuottaa sellaisia vaikutuksia, joita pyritään estämään kilpailusäännöillä".

16 – Yhteisöjen tuomioistuin on em. Eurocontrol-tapauksessa antamansa tuomion 30 kohdassa todennut, että "kokonaisuudessaan tarkasteltuna Eurocontrolin toiminta on luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään" muuta kuin taloudellista. Ks. myös em. asia Diego Calì & Figli, tuomion 23 kohta, jossa tähdennetään, että kyseessä oleva toiminta liittyy "luonteensa, tarkoituksensa ja siihen sovellettavien sääntöjen vuoksi" julkisen vallan etuoikeuksien käyttämiseen.

17 – Em. Eurocontrol-tapaus.

18 – Em. asia Diego Calì & Figli, jossa oli kysymys Genovan sataman saastumisen estämisestä.

19 – Näyttöä siitä, että toiminta kuuluu yleisen edun mukaisiin tehtäviin, voi tukea se, että toiminta on kyseisessä jäsenvaltiossa kirjattu perustuslain tasoisten periaatteiden joukkoon. Ks. em. asia Diego Calì & Figli, tuomion 22 kohta.

20 – Asia T-313/02, Meca-Medina ja Majcen v. komissio, tuomio 30.9.2004 (Kok. 2004, s. II-3291, 41 kohta).

21 – Ks. esim. em. yhdistettyjen asioiden AOK-Bundesverband ym. tosiseikat ja Hervey, T. ja McHale, J., *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, s. 136.

kaistessaan, onko pakollinen kuuluminen eläkerahastoihin tai vakuutus- taikka eläkejärjestelmiin kilpailuoikeuden mukaista. Yhteisöjen tuomioistuin on kahdessa tapauksessa katsonut, että kyseessä ollut toiminta ei ollut taloudellista, mutta päätynyt kolmessa tapauksessa päinvastaiseen käsitykseen.

17. Edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre oli kysymys siitä, oliko pakollinen kuuluminen sosiaaliturvajärjestelmään kilpailuoikeuden mukaista. Koska kysymys ei ollut erityisesti jostain toiminnasta, yhteisöjen tuomioistuin viittasi kyseessä olleiden yksikköjen luonteeseen. Tuomion tuomiolauselmassa todetaan nimittäin, että "perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklassa tarkoitettuun yrityksen käsitteeseen eivät sisälly sellaiset ennakkoratkaisupyynnöissä tarkoitettujen kaltaiset elimet, joiden tehtävänä on sosiaaliturvajärjestelmien hallinnointi". Yhteisöjen tuomioistuin on ilmoittamatta, minkä merkityksen se antaa kullekin osatekijälle erikseen tarkasteltuna, todennut tämän päätelmän perusteeksi, että "näillä järjestelmillä pyritään sosiaaliseen tavoitteeseen, ja ne perustuvat yhteisvastuun periaatteeseen". [22] Luokittelussa on pidettävä lähtökohtana yhteisvastuuperiaatteen eri ilmenemismuotojen tarkastelua, [23] kun taas se, että näiden elinten harjoittama toiminta on luonteeltaan "yksinomaan sosiaalista", johtuu siitä, että se "perustuu kansallisen yhteisvastuun periaatteeseen, eikä siihen liity minkäänlaista voitontavoittelua". Yhteisöjen tuomioistuin toteaa vielä, että "maksettavat etuudet ovat lakisääteisiä ja riippumattomia vakuutusmaksujen määrästä". [24]

18. Edellä mainitussa asiassa Cisal oli ratkaistava, oliko pakollinen kuuluminen kansalliseen työtapaturma- ja ammattitautivakuutusjärjestelmään EY 82 ja EY 86 artiklan mukaista. Tuomion mukaan yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että kyseinen elin Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Italian kansallinen työtapaturmista vastaava vakuutuslaitos, jäljempänä INAIL) toimii yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti [25] ja että valtio valvoo sitä ja päättää vakuutusmaksujen suuruuden ja määrää pakollisesta kuulumisesta. Yhteisöjen tuomioistuin on näin ollen katsonut, ettei INAIL harjoita taloudellista toimintaa, joten kilpailuoikeutta ei voida soveltaa.

19. Edellä mainitussa asiassa FFSA ym. yhteisöjen tuomioistuimelta kysyttiin vanhuuseläkejärjestelmän hoitamista koskevasta yksinoikeudesta, joka oli annettu keskinäiselle eläkekassalle. Analyysin lopuksi laitokset, jotka hoitavat täydentävää ja vapaaehtoista eläkejärjestelmää, luokiteltiin yrityksiksi. Yhteisöjen tuomioistuin korosti sitä seikkaa, että eläkejärjestelmään liittyminen on vapaaehtoista, että järjestelmää hoidetaan rahastointiperiaatteen mukaisesti ja että etuudet lasketaan vakuutusmaksujen perusteella. Näin ollen tunnustetaan implisiittisesti, että laitokset kilpailevat henkivakuutusalan yritysten kanssa. Lopuksi on todettava, että vaikka voidaan osoittaa yhteisvastuuseen liittyviä seikkoja, yhteisöjen

22 – Em. yhdistetyt asiat Poucet ja Pistre, tuomion 8 kohta.

23 – Em. yhdistetyt asiat Poucet ja Pistre, tuomion 16 kohta.

24 – Em. yhdistetyt asiat Poucet ja Pistre, tuomion 18 kohta.

25 – Em. asia Cisal, tuomion 38–40 kohta, jonka mukaan yhteisvastuu ilmenee siitä, että vakuutusmaksuja ei ole suhteutettu tarkasti vakuutetun riskiin ja että myöskään suoritettuja etuuksia ei ole suhteutettu tarkasti vakuutetun tuloihin.

tuomioistuin on katsonut, että ne "eivät ole sellaisia, että ne kumoaisivat" laitoksen luokittelun yritykseksi.

20. Myös alankomaalaista toimialakohtaista eläkekassaa, jota yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli asiassa Albany,[26] pidettiin kilpailuoikeudessa tarkoitettuna yrityksenä. Tuomiossa mainitaan kolme tekijää eli eläkekassaan liittymisen vapaaehtoisuus, eläkekassan hoitaminen rahastointiperiaatteen mukaisesti ja etuuksien suhteuttaminen maksettuihin vakuutusmaksuihin, ja päätellään näiden perusteella, että eläkekassan ja yksityisten henkivakuutusyhtiöiden välillä on tiettyä kilpailua. Sosiaalinen päämäärä, voitontavoittelupäämäärän puuttuminen, yhteisvastuuvaatimus ja lakisääteiset rajoitukset eivät pysty viemään harjoitetulta toiminnalta sen taloudellista luonnetta. Eläkekassan toteuttama yhteisvastuu on nimittäin rajoitettua, koska se hyödyttää vain kassan jäseniä.

21. Edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Pavlov ym. annetussa tuomiossa noudatettu päättely on samantapainen. Tuotuaan esille seikat, joiden perusteella alankomaalainen lääkäreiden lisäeläkekassa muistutti henkivakuutuksia hallinnoivaa yksityistä yritystä, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, etteivät elimeen kohdistuvat yhteisvastuuta koskevat vaatimukset voi muuttaa sitä, että se on luonteeltaan yritys.

26 – Asia C-67/96, tuomio 21.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5751).

22. Lopuksi on viitattava edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa AOK-Bundesverband ym. annettuun tuomioon, jossa yhteisöjen tuomioistuin ei tutkinut eläkekassaan tai -rahastoon kuulumista vaan Saksan sairauskassojen lääkekorvauksille vahvistamia enimmäismääriä. Vaikka se olisi ollut mahdollista, yhteisöjen tuomioistuin ei perustanut kantaansa, jonka mukaan kassat eivät olleet yrityksiä, siihen, että ne sääntelivät markkinoita. Valittu oikeuttamisperuste liittyy valtion toteuttaman yhteisvastuun käsitteeseen, koska kilpailua osoittavat tekijät, joita sairausvakuutusalalla esiintyy, eivät pysty luomaan markkinoiden olosuhteita. On kuitenkin todettava, että tämän tuomion 58 kohdassa jätetään nimenomaisesti auki se mahdollisuus, että kyseiset yksiköt toimivat kuten yritykset, jos ne ryhtyvät "toimiin, joilla on muu kuin sosiaalinen tarkoitus".

B *Kansallisella tasolla kehitetty arviointiperuste*

23. Oikeusvertailevan tutkimuksen perusteella voidaan todeta, että jäsenvaltioiden kansallisessa oikeudessa käytetään samankaltaisia arviointiperusteita kuin ne, jotka on kehitetty yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä. On aiheellista tuoda esiin muutamia esimerkkejä, koska ne osoittavat, miten kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet ovat tulkinneet yrityksen käsitettä. Yhteisöjen tuomioistuinten käyttämiä arviointipe-

rusteita voidaan tunnistaa Saksan [27] ja Espanjan [28] päätöskäytännössä. Valtiollista yksikköä nimittäin pidetään kilpailuoikeuden soveltamisalaan kuuluvana yrityksenä, jos se harjoittaa markkinoilla toimintaa, jolla voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia.

24. Huomio kiinnittyy erityisesti Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Commission Appeal Tribunalin asiassa BetterCare vastaan The Director of Fair Trading [29] antamaan tuomioon. North & West Belfast Health & Social Services Trust (jäljempänä N&W) oli lain perusteella velvollinen huolehtimaan vanhusten sairaanhoito- ja asumispalveluista. N&W omistaa asuintaloja, joista eräät ovat yksityisten yritysten hallinnoimia. Eräs näistä yrityksistä eli BetterCare kanteli siitä, että N&W käytti väärin määräävää markkina-asemaansa, sillä tämä oli BetterCaren palvelujen ainoana ostajana pakottanut sen suostumaan liian alhaisiin hintoihin. Competition Commission Appeal Tribunalin mukaan ratkaiseva tekijä oli se, että N&W tekee palvelualalla liiketoimia asuintaloja hallinnoivien yksityisten yritysten kanssa, mistä seuraa, että sen toiminnat ovat kaupallisia. Tuomioistuin totesi myös, että yksityissektori harjoittaa asuintalojen hallinnointia ja sairaanhoitopalvelujen tarjoamista ja että tältä osin N&W kilpailee yksityisten toimijoiden kanssa. Tuomioistuin korosti lopuksi vielä, että N&W kykenee rikkomaan kilpailuoikeutta.

25. Se, että toimintaa harjoittaa valtiollinen yksikkö lain säännöksen nojalla, saattaa Suomen oikeuden mukaan auttaa poistamaan toiminnalta taloudellisen luonteen. Kilpailuviranomainen on kuitenkin katsonut, että julkisen sektorin sairaalan, jonka väitettiin harjoittavan laboratorio- ja röntgenpalvelujen osalta saalistushinnoittelua yksityissektorin markkinoilla, voitiin katsoa kuuluvan kilpailuoikeuden soveltamisalaan. [30] Myös Ruotsin oikeuskäytännön mukaan viranomaistoimivallan käyttäminen jää kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle edellyttäen, että se perustuu lakiin. [31] Irlannin viranomaiset sitä vastoin tyytyvät erottamaan taloudellisen toiminnan ja sääntelynluonteisten tai työmarkkinasuhteiden järjestämiseen liittyvien tehtävien hoitamisen. Irlannin kilpailuviranomainen on siten katsonut, että terveydenhoitoalan viranomaisen, joka vastasi terveydenhoitopalvelujen hallinnosta ja sairaalapalvelujen tarjoamisesta eräällä maantieteellisellä alueella ja joka vuokrasi kiinteistöjä, harjoitti taloudellista toimintaa. [32]

27 – Ks. Van de Gronden, J. W., "Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?", *ECLR*, 2004, nro 2, s. 87, erityisesti s. 90. Sairauskassojen tilanne on eri, koska ne eivät enää kuulu kilpailuoikeuden soveltamisalaan sen jälkeen, kun sairausvakuutuksen uudistamisesta annettu laki tuli voimaan 1.1.2004. Tältä osin ks. Jaeger, W., "Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb", *ZweR*, 2005, nro 1, s. 31.

28 – Espanjan Tribunal de Defensa de la Competencia on asiassa Cruz Roja Española 29.1.1997 antamassaan tuomiossa (Expte R 179/96) katsonut, että Espanjan Punainen Risti on taloudellinen toimija suorittaessaan sairaankuljetusta ambulanssilla, koska se tarjoaa näitä palveluja vapaan kilpailun tilanteessa eikä pelkästään hallinnoi julkisia tukia hyväntekeväisyystarkoituksessa.

29 – Asia nro 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

30 – Kilpailuvirasto, 17.3.2000, dnro 343/61/1997.

31 – Ruotsin kilpailuviranomainen on esimerkiksi katsonut, että lääkkeiden hyväksymistä koskevat kansallisen lääkeviraston päätökset sisältyvät tähän.

32 – Kilpailuviranomaisen asiassa FDB v. Southern Health Board 12.10.1994 tekemä päätös nro 358.

C *Sovellettava arviointiperuste*

26. Kun yhteisöjen tuomioistuin yrittää ratkaista, onko valtion tai valtiollisen yksikön harjoittama toiminta taloudellista, se astuu vaaralliselle maaperälle, koska sen on löydettävä tasapaino yhtäältä sen välillä, että on tarpeen suojella vääristymätöntä kilpailua yhteisön markkinoilla, ja toisaalta jäsenvaltioiden toimivallan kunnioittamisen välillä. [33] Politiikan alalla käytettävä valtion toimivalta on demokraattisen valvonnan alaista. Markkinoilla toimivat taloudelliset toimijat ovat erityyppisen valvonnan kohteena, sillä kilpailuoikeus asettaa puitteet niiden käyttäytymiselle. Kun valtio toimii taloudellisena toimijana, ei kuitenkaan ole perusteltua vapauttaa sen toimintaa kaikesta valvonnasta. Sen on tässä tapauksessa päinvastoin noudatettava samoja sääntöjä. On siten välttämätöntä kehittää selvä arviointiperuste sen määrittämiseksi, missä kilpailuoikeuden soveltamisen rajalinja kulkee. Kilpailuoikeuden sääntöjä sovelletaan lähtökohtaisesti vain taloudellisiin toimijoihin, jotka osallistuvat markkinoihin, mutta ei valtioihin, paitsi silloin kun nämä maksavat tukia yrityksille (EY 88–EY 92 artikla). Johdonmukaisuusvaatimus kuitenkin edellyttää, että jos valtio vahvistaa yritysten päätöksiä [34] tai käyttäytyy tosiasiallisesti kuten taloudellinen toimija, EY 81–EY 86 artiklaa voidaan soveltaa siihen. On lisättävä, että EY 86 artiklan 2 kohdalla ei ole tehokasta vaikutusta, jos kilpailuoikeuden soveltamista pidetään mahdottomana heti, kun valtio toimii markkinoilla. [35]

27. Ei olisi tietenkään mitään järkeä ottaa käyttöön kilpailua koskevia vaatimuksia aloilla, joilla ei ole markkinoiden ominaispiirteitä. Se saattaisi johtaa siihen, että jäsenvaltiot joutuvat järjestelmällisesti osoittamaan toimintansa perustelluksi EY 86 artiklan 2 kohdan kannalta, ja merkitä kilpailuoikeuden soveltamisalan rajoittamatonta laajentamista. On ennen kaikkea todettava, että valtio ei pääasiallisesti ole markkinoiden toimija, koska yksi sen merkittävistä rooleista on uudelleenjakomekanismien toteuttaminen. Koska tässä yhteydessä valtion toimintaa sanelee pelkästään yhteisvastuutavoite, se jää markkinoiden logiikan ulkopuolelle. Kilpailuoikeus rajoittaa valtion toimintaa vain siinä määrin kuin yhteisvastuutavoitteiden täyttämisestä vastaavia yksikköjä pidetään yrityksinä. Jollei toimintaa harjoitettaessa pyritä mihinkään rahastointitavoitteeseen, mikä estää markkinoiden logiikan esiintulon, kilpailuoikeutta ei sovelleta. Valtio on kuitenkin johdonmukaisuusvaatimuksen alainen, sillä se saa siirtää tiettyjä toimintoja markkinoiden ulkopuolelle vain sillä edelly-

33 – EY 152 artiklan 5 kohdan mukaan "yhteisön toiminnassa kansanterveyden alalla otetaan täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden terveyspalvelujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet". Sosiaaliturvan järjestämisen osalta EY 137 artiklan 4 kohdassa määrätään, että "tämän artiklan nojalla annetut säännökset – – eivät rajoita jäsenvaltioille tunnustettua oikeutta määritellä sosiaaliturvajärjestelmiensä perusperiaatteet, eivätkä ne saa vaikuttaa olennaisesti näiden järjestelmien rahoituksen tasapainoon". Ks. myös asia 238/82, Duphar ym., tuomio 7.2.1984 (Kok. 1984, s. 523, Kok. Ep. VII, s. 485, 16 kohta) ja asia C-158/96, Kohll, tuomio 28.4.1998 (Kok. 1998, s. I-1931, 41 kohta). Euroopan unionin perusoikeuskirjan (EYVL 2000, C 364, s. 1) 36 artiklassa määrätään samaten, että "edistääkseen unionin sosiaalista ja alueellista yhteenkuuluvuutta unioni tunnustaa mahdollisuuden käyttää kansallisten lainsäädäntöjen ja käytäntöjen mukaisia yleistä taloudellista etua koskevia palveluja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen mukaisesti, sekä kunnioittaa tätä oikeutta".

34 – Asia 136/86, BNIC, tuomio 3.12.1987 (Kok. 1987, s. 4789) ja asia C-35/96, komissio v. Italia, tuomio 18.6.1998 (Kok. 1998, s. I-3851).

35 – Vaikka EY 16 artiklassa painotetaan tarvetta varmistaa yleistä taloudellista etua koskevien palvelujen toiminta, siinä ei rajoiteta EY 86 artiklan 2 kohdan soveltamisalaa vaan pikemmin suunnataan tämän määräyksen tulkintaa.

tyksellä, että se todella toteuttaa yhteisvastuuperiaatetta ja organisoi uudelleenjakoa koskevia toimintalinjoja. Tämä merkitsee, että tunnustetaan, että valtiolla on kaksi erillistä roolia sen mukaan, toimiiko se markkinoilla vai harjoittaako se yhteisvastuuseen perustuvaa poliittista toimintaa. Valtio ei kuitenkaan voi pitää yhteisvastuuta sellaisena tekosyynä, johon vedoten se siirtää taloudellisia toimijoita kilpailuoikeuden vaikutuspiirin ulkopuolelle.

28. On erotettava kaksi tapausta. Ensinnäkin siinä tapauksessa, että yksityiset yksiköt ja julkiset yksiköt harjoittavat samaa toimintaa, niiden välillä voi olla kilpailua, vaikka se olisi vain vähäistä ja rajoitettua. Se, että molemmantyyppisten yksiköiden harjoittama toiminta on samanlaista, nimittäin edellyttää, että suoritetut palvelut ovat samankaltaisia ja että ne vastaavat samaan kysyntään markkinoilla. Yhteisöjen tuomioistuin ei käytä vertailevaa arviointiperustetta niin, että se velvoittaisi vapauttamaan kaiken toiminnan, johon valtio osallistuu, mutta se kuitenkin pitää huolta sen estämisestä, että julkiset yksiköt voisivat kilpailla yritysten kanssa vaatien samalla kilpailuoikeudellista koskemattomuutta. Edellä mainitussa asiassa Höfner ja Elser annettua tuomiota voidaan tulkita tämän ajattelutavan mukaisesti. Eräs ratkaiseva tekijä yhteisöjen tuomioistuimen päättelyssä oli nimittäin se, että valtio oli kykenemätön vastaamaan markkinoilla valitsevaan kysyntään, koska se itse asiassa salli yksityisten yhtiöiden loukata sen yksinoikeutta työnvälitysalalla. [36] Valtio saa edelleen asettaa tämän alan markkinaolosuhteille rajoituksia, esimerkiksi velvollisuuden tarjota yleispalvelua. [37] Valtion valvonnassa olevia yksikköjä pidetään tällöin yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottavina, sellaisina kuin nämä on määritelty EY 86 artiklan 2 kohdassa. On selvitettävä, täyttyykö tämän artiklan mukainen edellytys eli se, ettei kilpailusääntöjen soveltaminen estä näitä yksikköjä hoitamasta niille uskottuja tehtäviä. Tässä vaiheessa otetaan huomioon sosiaaliset vaatimukset suhteessa tavoitteeseen, joka koskee vääristymättömän kilpailun säilyttämistä. [38]

29. Toisaalta siinä tapauksessa, että valtio on pitänyt itsellään lakisääteisen monopolin jonkin toiminnan harjoittamiseen, mikä merkitsee, ettei mitään toimivaa kilpailua voi kehittyä, ei kuitenkaan ole poissuljettua, että valtio toimii markkinoilla, koska tällaisen monopolin olemassaolo ei voi muuttaa kyseessä olevan toiminnan luonnetta. [39] Tässä yhteydessä on asiassa merkityksellisten seikkojen perusteella selvitettävä, onko toi-

36 – Em. asia Höfner ja Elser, tuomion 25 kohta.

37 – Ks. asia C-393/92, Almelo, tuomio 24.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1477, Kok. Ep. XV, s. I-121), jonka 48 kohdassa todetaan, että "tällaisen yrityksen on huolehdittava sähköenergian jatkuvasta toimittamisesta kaikille kuluttajille, paikallisille jakeluyrityksille tai kuluttajille koko lupa-alueella kunkin ajankohdan tarvetta vastaavina määrinä yhdenmukaisin maksuin ja ehdoin, jotka voivat vaihdella ainoastaan kaikkiin asiakkaisiin sovellettavien objektiivisten perusteiden mukaan", ja asia C-320/91, Corbeau, tuomio 19.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2533, Kok. Ep. XIV, s. 223).

38 – Ks. Baquero Cruz, J., "Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law", Collected Courses of the Academy of European Law, osa XIV/2, *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, toim. G. de Burca, Oxford, 2005.

39 – Esim. audiovisuaalisten ohjelmien lähettäminen oli aikaisemmin varattu valtion yksiköille, ja nyt sitä hoitavat myös yksityiset toimijat.

minta järjestetty niin, että se pääasiallisesti vastaa yhteisvastuun vaatimuksia, vai noudattaako se päinvastoin markkinoiden logiikkaa ja pyritäänkö sillä rahastointitavoitteeseen. Se, ettei kyseessä oleva yksikkö pysty saavuttamaan taloudellista tasapainoa ilman valtion tukea, on seikka, joka viittaa siihen, että kyse on ensin mainitusta tapauksesta.

30. Riippumatta siitä, mistä alasta on kysymys, valtion toteuttama yhteisvastuu voi olla heikompaa tai vahvempaa. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut eläke- tai sairausrahastoihin tai -kassoihin kuulumista koskevassa oikeuskäytännössään, vakuutusalalla yhteisvastuun astetta voidaan mitata seuraavilla kolmella tekijällä: kuulumisen pakollisuudella, vakuutusmaksujen yhteydellä joko vakuutetun riskiin tai yhteisvastuun näkökulmasta katsottuna päinvastoin vakuutetun tuloihin sekä maksettujen etuuksien ja suoritettujen vakuutusmaksujen välisellä suhteella.[40]

31. Kun on mitattava yhteisvastuun astetta palvelun tarjoamisen osalta, asiassa merkitykselliset parametrit ovat erilaiset. Se, että käyttäjille taataan palvelun yleinen saatavuus, oli sitten kyse terveys-, telekommunikaatio- tai energia-alasta, merkitsee yhteisvastuun toteuttamista siinä määrin kuin todellisten kustannusten erot häivytetään yhdenmukaisen hinnan hyväksi. Yleiseen saatavuuteen liittyvä pakko ei kuitenkaan yksinään pysty viemään kyseiseltä toiminnalta sen taloudellista luonnetta. Korkeampi yhteisvastuun aste saavutetaan, jos kyseessä oleva palvelu on saatavissa maksutta, koska suorituksen kustannuksen ja käyttäjän maksaman hinnan välillä ei tällöin ole mitään yhteyttä. On vielä yksi edellytys, jolla on ratkaiseva merkitys katsottaessa, että jokin ala ei kuulu markkinoiden logiikan alaisuuteen. Jos julkiset ja yksityiset yksiköt nimittäin tarjoavat samoja palveluja, analyysin on perustuttava EY 86 artiklan 2 kohtaan. Jos terveydenhoitopalveluja voivat sitä vastoin suorittaa vain valtion valvomat laitokset, joiden on hoidettava maksutta kaikkia niille tulevia potilaita, markkinoiden logiikasta ei jää jäljelle mitään, ja toimintaa ohjaa pelkästään yhteisvastuuperiaate.

32. Vaikka nyt esillä olevassa asiassa on kysymys terveydenhoitoalasta, se erottuu kuitenkin edellä esille tuoduista tuomioista. Valituksenalaisesta tuomiosta nimittäin ilmenee, että vaikka SNS hoitaa Espanjan sairausvakuutusjärjestelmää, sen kuuluu myös tarjota terveydenhoitopalveluja siihen kuuluville henkilöille. Jos kysymys olisi terveydenhoitoa saavien henkilöiden suhteista kansallisesta terveydenhuoltojärjestelmästä vastaavaan elimeen, olisi turvauduttava järjestelmän yhteisvastuun asteen arvioimisen mahdollistaviin arviointiperusteisiin, sellaisina kuin yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt niitä edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre annetusta tuomiosta alkaen. Valituksessa esiin tuotu kysymys on kuitenkin eri, koska se koskee yhtäältä järjestelmään kuuluville henkilöille tarjottavien ilmaisten terveydenhoitopalvelujen taloudellista luonnetta ja toisaalta tavarantoimittajilta tehtyjen terveydenhoitoalan

40 – Tältä osin ks. Winterstein, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", *ECLR*, 1999, nro 6, s. 324 sekä Mossialos, E. ja McKee, M., *EU Law and the Social Character of Health Care*, Bryssel, P. I. E.-Peter Lang, 2002, s. 34.

tuotteiden ostojen taloudellista luonnetta (valituksenalaisen tuomion 40 kohta). Jotta kysymykseen voitaisiin vastata, on edellä esille tuotu analyysi huomioon ottaen määritettävä, onko valituksenalaisessa tuomiossa katsottu perustellusti, että nämä toiminnat eivät ole luonteeltaan taloudellisia.

III Valituksessa esitetyn valitusperusteen arviointi

33. Sen jälkeen kun olen hylännyt komission väitteet, jotka koskevat asian tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, tutkin ensimmäiseksi valituksen toisen osan, koska siinä tapauksessa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt virheen pitäessään SNS:n toimintaa, joka muodostuu ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta, muuna kuin taloudellisena toimintana, ratkaisu, johon se on päätynyt, on virheellinen. Toiseksi tarkastelen ostotoiminnan ja ostojen käytön välistä yhteyttä, jota valituksen ensimmäinen osa koskee.

A *Tutkittavaksi ottaminen*

34. Komissio väittää, että FENINin valitusperusteen toisen osan tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat, koska siihen ei ole missään vaiheessa vedottu ensimmäisessä oikeusasteessa ja koska se koskee tosiseikkojen arviointia.

35. Komission mukaan FENIN ei ollut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissään kirjelmissä kyseenalaistanut sitä, että toiminta, jota SNS:ää hoitavat yksiköt harjoittavat terveydenhoitopalvelujen tarjoajina, ei ole taloudellista toimintaa.

36. On kuitenkin huomautettava, että vastatessaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen 8.2.2002 esittämään kysymykseen, joka koski asiassa Smits ja Peerbooms annettua tuomiota,[41] valittaja lausui siitä, onko ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoaminen luonteeltaan taloudellista. Koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nostanut esille sen, miten tämä SNS:n harjoittama toiminta on luokiteltava, on katsottava, että tämä kysymys sisältyi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käsitellyn oikeusriidan kohteeseen.

37. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on lisäksi ratkaissut tämän kysymyksen tuomionsa 40 kohdassa ja katsonut, ettei toiminta ole luonteeltaan taloudellista. On kiistatonta, että asianosainen voi riitauttaa tuomion ratkaisua tukevat perusteet.[42] Valitusperusteen toinen osa on näin ollen otettava tutkittavaksi.

41 – Asia C-157/99, tuomio 12.7.2001 (Kok. 2001, s. I-5473).

42 – Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 113 artikla. Valitusperusteet, jotka kohdistuvat perusteluihin, joilla ei ole ollut vaikutusta asian ratkaisuun, on sitä vastoin jätettävä tutkimatta; asia C-35/92 P, parlamentti v. Frederiksen, tuomio 18.3.1993 (Kok. 1993, s. I-991); asia C-244/91 P, Pincherle v. komissio, tuomio 22.12.1993 (Kok. 1993, s. I-6965, 25 kohta) ja asia C-39/93 P, SFEI ym. v. komissio, tuomio 16.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2681, 23 kohta).

38. Se, että toiminta luokitellaan taloudelliseksi tai muuksi kuin taloudelliseksi, siten kuin valituksenalaisen tuomion 39 kohdassa on tehty ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisen osalta, on toimenpide, jota yhteisöjen tuomioistuin valvoo muutoksenhaun yhteydessä, eikä tosiseikkoja koskeva toteamus. [43] Tästä seuraa, että yksikään komission oikeudenkäyntiväitteistä ei estä valitusperusteen toisen osan tutkittavaksi ottamista.

B *Ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta SNS:ään kuuluville henkilöille muodostuvan toiminnan luonne*

39. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 39 kohdassa katsonut, että "SNS, jota [valittajan] kantelussa tarkoitetut ministeriöt ja muut yksiköt hoitavat, toimii yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti, kun sitä rahoitetaan sosiaalimaksuilla ja muilla valtion tuilla ja kun se tarjoaa siihen kuuluville henkilöille yleisesti kattavia palveluita ilmaiseksi". Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päättelee tästä yrityksen käsitettä koskevan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, että "nämä yksiköt eivät toimi yrityksinä, kun ne hoitavat SNS:ää".

40. Valituksen mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt kaksi oikeudellista virhettä, ensimmäisen, kun se ei ole tulkinnut taloudellisen toiminnan käsitettä toiminnallisesti, ja toisen tulkitessaan yhteisvastuuperiaatetta laajasti.

41. Valittajan mukaan ensimmäinen virhe johtuu siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole luonnehtinut kutakin SNS:n toimintaa itsenäisesti. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimittäin luonnehtinut SNS:n toimintoja kokonaisvaltaisesti ottamatta huomioon, että SNS yhtäältä tarjoaa pakollisen sairausvakuutuksen siihen kuuluville henkilöille ja että se on toiseksi velvollinen tarjoamaan näille henkilöille terveydenhoitopalveluja ilmaiseksi. Vaikka vakuutettuna oleminen merkitsee oikeutta terveydenhoitopalveluihin, terveydenhoitopalvelujen tarjoamista voidaan tarkastella vakuutusvelvollisuudesta erillään. On ajateltavissa, että yhteisvastuuperiaate ohjaa vakuutusvelvollisuutta, samalla kun terveydenhoitopalvelujen tarjoajien välillä on kilpailua vakuutettujen ollessa vapaita valitsemaan, kuka heitä hoitaa.

42. Valituksenalaisesta tuomiosta ilmenee, että SNS todella vastaa näistä kahdesta toiminnasta. On samaten kiistatonta, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on sen sijasta, että se olisi luonnehtinut kutakin toimintaa erikseen, luonnehtinut SNS:ää kokonaisvaltaisesti ja kertaluonteisesti.

43. Oikeuskäytännöstä kuitenkin ilmenee, että elimen kunkin toiminnan itsenäinen

43 – Asia C-325/94 P, An Taisce ja WWF UK v. komissio, määräys 11.7.1996 (Kok. 1996, s. I-3727, 28 kohta) ja asia C-278/95 P, Siemens v. komissio, tuomio 15.5.1997 (Kok. 1997, s. I-2507, 44 kohta).

arviointi on välttämätöntä määritettäessä, onko toimintaa pidettävä taloudellisena.[44] Kunkin toiminnan itsenäinen arviointi on sitäkin tarpeellisempaa, kun on kysymys julkisesta yksiköstä, koska se voi toimia taloudellisena toimijana yhden ainoan toiminnan osalta mutta hoitaa muutoin tehtäviä, jotka eivät ole luonteeltaan taloudellisia.

44. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis tehnyt oikeudellisen virheen, kun se on luonnehtinut SNS:ää kokonaisvaltaisesti tutkimatta erikseen ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaa toimintaa. Tämä virhe ei kuitenkaan vaikuta valituksenalaisessa tuomiossa tehtyihin päätelmiin, jos ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaa toimintaa on sellaisenaan pidettävä muuna kuin taloudellisena toimintana.[45]

45. Valittajan mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuitenkin virheellisesti luokitellut ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvan toiminnan muuksi kuin taloudelliseksi toiminnaksi tulkitsemalla yhteisvastuun käsitettä laajasti. Valituksen tämä osa liittyy siihen pääkysymykseen, joka yhteisöjen tuomioistuimen on ratkaistava nyt esillä olevassa asiassa, eli siihen, onko SNS:n toiminta, joka muodostuu ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta, perustellusti luokiteltu muuksi kuin taloudelliseksi toiminnaksi.

46. Päätyäkseen siihen käsitykseen, ettei SNS:n harjoittama toiminta ollut taloudellista, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tulkitsi edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Poucet ja Pistre sekä edellä mainituissa asioissa FFSA ym. ja Albany annettuja tuomioita katsoen valituksenalaisen tuomion 38 kohdassa, että "sairausvakuutuskassoja hoitav[ien] eli[nten] – – tehtävä oli yksinomaan sosiaalinen, niiden toiminta perustui kansallisen yhteisvastuun periaatteeseen eikä siihen liittynyt minkäänlaista voitontavoittelua ja maksetut etuudet olivat lakisääteisiä ja vakuutusmaksujen määrästä riippumattomia".

47. Arviointiperuste, jonka yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt edellä mainituissa asioissa, ei kuitenkaan sovellu perustaksi luokiteltaessa terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvan toiminnan luonnetta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esiin tuomissa tuomioissa yhteisöjen tuomioistuin nimittäin – kuten edellä on todettu – tarkasteli sitä, oliko pakollinen kuuluminen sairaus- tai vakuutuskassaan yhteisön kilpailuoikeuden mukaista, mutta on kiistatonta, että toiminta, jonka luokittelusta on nyt kysymys, ei ole pakollisen sairausvakuutuksen alaan kuuluvaa toimintaa, jota SNS myös harjoittaa, vaan terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaa toimintaa. Tällä alalla vallitsevaa yhteisvastuun astetta arvioitaessa on näin ollen käytettävä muita tekijöitä kuin ne, jotka ovat relevantteja sairaus- tai vakuutuskassan toiminnan osalta.[46]

44 – Em. yhdistetyt asiat AOK-Bundesverband ym., tuomion 58 kohta ja em. asia komissio v. Italia, tuomio 16.6.1987, 7 kohta; julkisasiamies Cosmasin asiassa C-411/98, Ferlini, esittämän ratkaisuehdotuksen 114 kohta (tuomio 3.10.2000, Kok. 2000, s. I-8081).

45 – Asia C-30/91 P, Lestelle v. komissio, tuomio 9.6.1992 (Kok. 1992, s. I-3755, 28 kohta) ja asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomio 2.4.1998 (Kok. 1998, s. I-1719, 46 ja 47 kohta).

46 – Ks. edellä 30 ja 31 kohta.

48. Koska yhteisöjen tuomioistuin on antanut useita ratkaisuja sairaanhoitotoiminnasta palvelujen vapaan tarjoamisen yhteydessä, saattaa olla hyödyllistä tehdä rinnastus tähän oikeuskäytäntöön arvioitaessa SNS:n jäsenilleen tarjoamien ilmaisten terveydenhoitopalvelujen luonnetta.

49. EY 50 artiklasta ilmenee, että "perustamissopimuksen –– mukaan palveluilla tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske". [47] Yhteisöjen tuomioistuin on yleisemmin todennut, että "lääkäripalvelut kuuluvat perustamissopimuksen 60 artiklan soveltamisalaan". [48] Tältä osin voidaan toistaa julkiasiamies Tesauron toteamus, jonka mukaan sosiaaliturva-alaa ei ole "täysin eristetty yhteisön oikeuden vaikutusten ulkopuolelle", [49] joten sitä koskeva kansallinen lainsäädäntö ei jää yhteisön oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan se, että jäsenvaltiot saavat järjestää sosiaaliturvajärjestelmänsä itsenäisesti, ei ole esteenä perusvapauksien soveltamiselle. [50] On kuitenkin jätetty kansallisen lainsäädännön tehtäväksi määritellä "edellytykset oikeudelle tai velvollisuudelle liittyä johonkin sosiaaliturvajärjestelmään – – ja edellytykset, joiden täyttyessä oikeus etuuksiin syntyy". [51]

50. Se, että valtio osallistuu sairaanhoitopalvelujen rahoittamiseen, ei estä luokittelemasta palvelua sairaanhoitotoiminnaksi. [52] Oikeuskäytännössä on myös katsottu, ettei pelkästään se seikka, että sairaanhoitopalvelu voidaan antaa potilaalle ilmaiseksi, riitä sulkemaan tätä toimintaa EY 49 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Yhteisöjen tuomioistuin nimittäin on edellä mainitussa asiassa Smits ja Peerbooms antamassaan tuomiossa katsonut nimenomaisesti, että sairaaloiden ilmaiseksi antamat terveydenhoitopalvelut ovat EY 49 artiklassa tarkoitettuja palveluja. On merkityksetöntä, että palvelua eivät maksa ne, jotka siitä hyötyvät, koska "sairausvakuutuskassojen – – maksut ovat sairaalalaitosten suorituksista maksettavia taloudellisia vastikkeita, joten niitä on epäilemättä pidettävä – – korvauksina". [53]

51. Ensi arviolta vaikuttaa toivottavalta omaksua palvelujen vapaan tarjoamisen ja

47 – Yhdistetyt asiat 286/82 ja 26/83, Luisi ja Carbone, tuomio 31.1.1984 (Kok. 1984, s. 377, Kok. Ep. VII, s. 455, 9 kohta); asia C-385/99, Müller-Fauré ja van Riet, tuomio 13.5.2003 (Kok. 2003, s. I-4509, 38 kohta) ja asia C-56/01, Inizan, tuomio 23.10.2003 (Kok. 2003, s. I-12403, 16 kohta).

48 – Asia C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, tuomio 4.10.1991 (Kok. 1991, s. I-4685, Kok. Ep. XI, s. I-445, 18 kohta; ns. Grogan-tapaus).

49 – Julkisasiamies Tesauron em. asiassa Kohll ja asiassa C-120/95, Decker (tuomio 28.4.1998, Kok. 1998, s. I-1831) esittämän ratkaisuehdotuksen 17 kohta.

50 – Em. asia Kohll, tuomion 21 kohta; em. asia Smits ja Peerbooms, tuomion 54 kohta; em. asia Müller-Fauré ja van Riet, tuomion 39 kohta ja em. asia Inizan, tuomion 17 kohta.

51 – Em. asia Kohll, tuomion 18 kohta.

52 – Julkisasiamies Tesauron em. asiassa Decker ja em. asiassa Kohll esittämän ratkaisuehdotuksen 41 kohta ja em. asia Smits ja Peerbooms, tuomion 58 kohta. Tästä poikkeavan kannan osalta ks. julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin em. asiassa Smits ja Peerbooms esittämän ratkaisuehdotuksen 42–49 kohta.

53 – Em. asia Smits ja Peerbooms, tuomion 58 kohta.

vapaan kilpailun osalta samanlainen ratkaisu, koska näillä yhteisön oikeuden määräyksillä pyritään samaan, sisämarkkinoiden toteutumista koskevaan tavoitteeseen.[54] Vapaan kilpailun ja palvelujen vapaan tarjoamisen soveltamisalat eivät kuitenkaan ole täysin yhtenevät. Mikään ei nimittäin ole esteenä sille, että liiketoimi, johon liittyy vastikkeellinen suoritus, luokitellaan palvelujen tarjoamiseksi, vaikka suorituksen osapuolina olevat yksiköt eivät ole kilpailuoikeudessa tarkoitettuja yrityksiä.[55] Kuten edellä on todettu,[56] jäsenvaltiot saavat siirtää tiettyjä toimintoja kilpailun ulkopuolelle, jos ne järjestävät nämä toiminnat niin, että yhteisvastuuperiaate on määräävässä asemassa, mikä estää kilpailuoikeuden soveltamisen. Tavalla, jolla jokin toiminta on järjestetty kansallisella tasolla, ei sitä vastoin ole mitään vaikutusta palvelujen vapaata tarjoamista koskevan periaatteen soveltamiseen. Vaikka terveydenhoitopalvelujen tarjoaminen ilmaiseksi olisi ilman mitään epäilyjä EY 49 artiklassa tarkoitettua taloudellista toimintaa,[57] sitä harjoittavat yksiköt eivät väistämättä ole kilpailuoikeuden alaisia.

52. Tässä tapauksessa ei vaikuta siltä, että toiminta, joka muodostuu SNS:n siihen kuuluville henkilöille tarjoamista terveydenhoitopalveluista, olisi eriluonteista kuin se julkisten sairaaloiden toiminta, josta oli kysymys edellä mainitussa asiassa Smits ja Peerbooms. Vaikka tämä toiminta ei sisällä pelkästään sairaalahoitoa, se kuitenkin sisältää tällaista hoitoa. Samoin on todettava, että vaikka potilaat eivät maksa saamastaan hoidosta terveydenhoitoalan ammattilaisille, viimeksi mainitut saavat kuitenkin maksun. Sen määrittämiseksi, onko tämän toiminnan katsottava kuuluvan kilpailuoikeuden soveltamisalaan, on kuitenkin selvitettävä, onko valtio uudelleenjakopolitiikan toteuttamistarkoituksessa aikonut sulkea toiminnan kaikkien markkinoihin liittyvien näkökohtien ulkopuolelle antamalla toiminnan yksinomaisesti sellaisten valtion yksikköjen hoidettavaksi, joita ohjaavat pelkästään yhteisvastuuta koskevat näkökohdat.

53. Valituksenalaisesta tuomiosta ilmenee, että SNS:n on taattava yleisesti kattavat palvelut ilmaiseksi kaikille siihen kuuluville. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole kuitenkaan täsmentänyt, täyttävätkö julkiset yksiköt markkinoiden tarpeet täysin vai onko markkinoilla myös yksityisiä yksikköjä, jotka ovat luonteeltaan yrityksiä. Tietoja, jotka ovat välttämättömiä, jotta SNS:n terveydenhoitoalan toimintaa voitaisiin pitää muuna kuin taloudellisena, ei siis ole selvitetty.

54. Näyttää siltä, että 25.4.1997 annetun ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Saludin[58] (laki kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän

54 – Mortelmans, K., "Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?" *CMLRev.*, 2001, s. 613; julkisasiamies Van Gervenin asiassa C-145/88, B & Q, esittämän ratkaisuehdotuksen 22 kohta (tuomio 23.11.1989, Kok. 1989, s. I-3851) ja em. asia Meca-Medina ja Majcen v. komissio, tuomion 42 kohta.

55 – Yksiköt, joiden tehtäväksi on annettu sairausvakuutuksen hoitaminen ja jollaisesta oli kysymys esim. em. asiassa Cisal, eivät ole kilpailuoikeudessa tarkoitettuja yrityksiä, mutta niitä koskevilla säännöillä ei kuitenkaan voida estää muista jäsenvaltioista tulleiden työntekijöiden vakuuttamista loukkaamatta työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevaa periaatetta.

56 – Ks. edellä 27–29 kohta.

57 – Em. asia Smits ja Peerbooms.

58 – Lakiin on viitattu valituksen liitteessä V olevassa alaviitteessä 17 (BOE nro 100, 26.4.1997, s. 13449).

hoitamisessa käytettävien uusien menettelytapojen sallimisesta) mukaan SNS saa käyttää yksityisiä yksikköjä terveydenhoitopalvelujen alihankkijoina. Myös Espanjan hallituksen vastauksista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen sille 15.1.2002 esittämään kysymykseen ilmenee, että yksityissektori huolehtii osasta terveydenhoitopalveluja. Asia on näin ollen palautettava ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen, jotta tämä tekisi ne tosiseikkoja koskevat toteamukset, jotka ovat välttämättömiä sen arvioimiseksi, onko Espanjassa olemassa rinnakkain julkinen ja yksityinen terveyssektori vai onko ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaan toimintaan sisältyvällä yhteisvastuulla ratkaiseva merkitys.

55. Joka tapauksessa on todettava, että vaikka päädyttäisiin siihen ratkaisuun, että SNS harjoittaa taloudellista toimintaa, ratkaisu ei kyseenalaistaisi SNS:n tavoittelemia sosiaalisia päämääriä, koska se ei ole esteenä yhteisvastuuperiaatteen toteuttamiselle, oli kysymys sitten siitä, että järjestelmä rahoitetaan sosiaalimaksuilla ja muilla valtion tuilla, tai siitä, että SNS:ään kuuluville henkilöille järjestelmän yleisen kattavuuden perusteella suoritetut palvelut ovat ilmaisia. Kilpailuoikeuden soveltamisen ja sen tunnustamisen, että tiettyjen alojen on oltava erityisten sääntöjen alaisia, välillä ei nimittäin ole ristiriitaa. EY 86 artiklan 2 kohdalla päinvastoin on tarkoitus nimenomaan oikeuttaa se, että yleiseen tarkoitukseen liittyvistä palveluista vastaaville yrityksille annetaan yksinoikeuksia. [59] Vaikutukset, joita on odotettava aiheutuvan siitä, että yleisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista vastaavien yritysten harjoittamien tiettyjen toimintojen katsotaan kuuluvan kilpailuoikeuden soveltamisalaan, eivät johda sosiaalisen suojelun heikkenemiseen sen enempää kuin sellaisetkaan vaikutukset, joita aiheutuu vapaan liikkuvuuden periaatteen soveltamisesta terveydenhoitoalaan. Kummassakin tapauksessa yhteisön oikeus pyrkii sisällyttämään avoimuusperiaatteen ja läpinäkyvyysperiaatteen kansallisella tasolla alun perin luotuihin terveydenhuoltojärjestelmiin. [60]

56. On kuitenkin todettava, että vaikka nyt esillä olevassa asiassa ei ole epäilystä siitä, että SNS todellakin vastaa ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta siihen kuuluville henkilöille yleisen kattavuuden perusteella (valituksenalaisen tuomion 39 ja 40 kohta), osuutta, joka ministeriöillä ja muilla kantelussa tarkoitetuilla yksiköillä on SNS:n hoitamisessa, ei sitä vastoin ole määritelty selvästi. Yksikkö voidaan luokitella yritykseksi harjoittamansa taloudellisen toiminnan perusteella vain siinä tapauksessa, että sillä on todellinen vastuu kyseessä olevasta toiminnasta. [61] Vaikka siis olisi kiistatonta, että SNS:ää on pidettävä yrityksenä yhteisön kilpailuoikeutta sovellettaessa, on vielä varmistuttava siitä, että FENINin kanteessa tarkoitetut elimet vastaavat näistä toiminnoista. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on tehtävä tämä toteamus, jos se katsoo, että SNS:n harjoittama toiminta, joka muodostuu terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta, on luonteeltaan taloudellista.

57. Edellä esiin tuoduista syistä ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hyväksyy valituspe-

59 – Em. asia Ambulanz Glöckner.

60 – Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, The Hague, 2003, luku 9, jonka otsikko on Free Movement of Welfare, erityisesti s. 183 ja 184.

61 – Ks. vastaavasti asiassa C-8/03, BBL, esittämäni ratkaisuehdotuksen 16 kohta (tuomio 21.10.2004, Kok. 2004, s. I-10157).

rusteen toisen osan ja palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen, jotta tämä tekisi ne tosiseikkoja koskevat toteamukset, jotka ovat välttämättömiä sen ratkaisemiseksi, onko SNS:ää hoitavien yksikköjen harjoittama toiminta taloudellista ja oliko komission päätös hylätä FENINin kantelu näin ollen perusteltu.

C Yhteys ostotoiminnan ja niiden toimintojen, joihin tuotteet tai palvelut on tarkoitettu, luonteen välillä

58. Jos yhteisöjen tuomioistuin sen vastaisesti, mitä sille on ehdotettu, päättää pysyttää valituksenalaisen tuomion siltä osin kuin siinä on luokiteltu ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoaminen muuksi kuin taloudelliseksi toiminnaksi, on tutkittava vielä valituksessa esitetyn valitusperusteen ensimmäinen osa, jossa arvostellaan yhteyttä, jonka on katsottu olevan ostotoiminnan luonteen ja hankittujen tavaroiden myöhemmän käytön välillä.

59. Valitusperusteen ensimmäisessä osassa FENIN arvostelee valituksenalaisen tuomion 36 kohtaa, jossa todetaan, että "taloudellista toimintaa on –– kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla – –, mutta ei pelkkä ostaminen". Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa edelleen, että "tuotteen ostamista ei ole erotettava –– hank[itun] tuotteen myöhemmästä käytöstä", joten "sillä, onko ostetun tuotteen myöhempi käyttö taloudellista vai ei, on ratkaiseva merkitys tämän hankinnan luonteen määrittämiseksi".

60. FENIN arvostelee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsitystä, jonka mukaan hankinnan ja sen myöhemmän käytön välillä on yhteys. FENINin mukaan käsitys perustuu oikeuskäytännön virheelliseen tulkintaan ja aiheuttaa käytännön vaikeuksia sekä heikentää yhteisön kilpailuoikeuden tehokasta vaikutusta.

61. FENIN katsoo ensinnäkin, että oikeuskäytännössä, johon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päättely perustuu, eli asiassa komissio vastaan Italia annetussa tuomiossa [62] ja asiassa Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali vastaan komissio annetussa tuomiossa [63] pelkästään luokitellaan tavaroiden tai palvelujen tarjoaminen markkinoilla taloudelliseksi toiminnaksi lausumatta ostotoiminnan luonteesta. Valittajan mukaan näiden tuomioiden perusteella ei siten voida katsoa, ettei ostaminen ole taloudellista toimintaa.

62. Pitää paikkansa, että eräs käyttökelpoinen arviointiperuste, jonka perusteella yksikkö voidaan luokitella yritykseksi, on sen osallistuminen markkinoihin. Markkinoille on kuitenkin tunnusomaista taloudellisten toimijoiden välinen vaihdanta, joka ilmenee käytännössä tarjontana ja ostoina. Tältä osin ei ole ymmärrettävissä, miten toinen näistä voitaisiin alistaa kilpailuoikeudelliseen valvontaan toisen jäädessä sen ulkopuolelle, koska ne ovat toistensa vastasuorituksia. Tämä arvostelu ei kuitenkaan

62 – Edellä alaviitteessä 13 mainittu asia C-35/96, tuomio 18.6.1998 (Kok. 1998, s. I-3851).

63 – Asia T-513/93, tuomio 30.3.2000 (Kok. 2000, s. II-1807).

riitä osoittamaan virheelliseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päättelyä, jonka mukaan hankinnan luokittelu riippuu sen myöhemmästä käytöstä.

63. Toiseksi FENIN toteaa, että arvostelun kohteena olevan tuomion ja edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Pavlov ym. annetun tuomion välillä on ristiriita. Viimeksi mainitussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on katsoessaan, että lääkäreiden kuuluminen eläkekassaan oli luonteeltaan taloudellista toimintaa, todennut, että kuuluminen liittyi läheisesti lääkäreiden ammatin harjoittamiseen, joten sitä oli pidettävä tähän, luonteeltaan taloudelliseen toimintaan kuuluvana. [64] Julkisasiamies Jacobsin ehdotuksen [65] mukaisesti yhteisöjen tuomioistuin erotti toisistaan lääkäreiden henkilökohtaiseen elämään kuuluvat toimet toimista, jotka liittyvät heidän taloudelliseen toimintaansa. Vain tuotantohyödykkeiden kysynnän – vastakohtana kulutuskysynnälle – voidaan nimittäin katsoa kuuluvan taloudellisen toiminnan piiriin. [66] Yksityishenkilön asemassa olevilta kuluttajilta lähtöisin oleva kysyntä, joka on aina kulutuskysyntää, ei sitä vastoin kuulu kilpailuoikeuden alaisuuteen.

64. Valituksenalainen tuomio ei ole millään tavalla ristiriidassa tämän päättelyn kanssa. Nimittäin silloin kun julkiset elimet harjoittavat samanaikaisesti taloudellista toimintaa ja muun luonteista toimintaa, vain niiden taloudelliseen toimintaan liittyvä kysyntä voi kuulua kilpailuoikeuden soveltamisalaan. Muuhun kuin taloudelliseen toimintaan tarkoitetut ostot ovat sitä vastoin rinnastettavissa kuluttajien kulutuskysyntään, eikä kilpailuoikeus koske niitä. Nyt esillä olevassa asiassa terveydenhoitoalan tuotteiden ostaminen liittyy kiistattomasti SNS:n siihen toimintaan, joka muodostuu terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta.

65. Valituksen mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt sen määrittämiseksi, oliko SNS:n ostotoiminta luonteeltaan taloudellista, tutkia, saattoiko toiminnalla olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia, jotta ei luotaisi "perusteettomia kilpailuoikeuden soveltamisesta vapaita alueita". Tällaista arviointiperustetta ei kuitenkaan voida hyväksyä, koska se merkitsisi, että kaikki valtion, valtiollisen yksikön tai kuluttajien ostot kuuluisivat kilpailuoikeuden soveltamisalaan. Kuten valituksenalaisessa tuomiossa on perustellusti todettu, ostaminen sitä vastoin kuuluu kilpailuoikeuden soveltamisalaan vain, jos se sulautuu taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. On lisäksi todettava, että jos noudatettaisiin valituksessa puollettua kantaa, julkisia hankintoja koskevien sääntöjen tehokas vaikutus heikkenisi. [67] Kantelijoiden ilmiantaman käyttäytymisen ja kyseessä olevan elimen harjoittaman muun kuin taloudellisen toiminnan välinen yhteys on ollut keskeisessä asemassa myös niissä perusteluissa, joilla on edellä mainitussa Eurocontrol-tapauksessa annetussa tuomiossa katsottu, ettei kilpai-

64 – Em. yhdistetyt asiat Pavlov ym., tuomion 79 kohta, jonka mukaan "erikoislääkärin kuuluminen tällaiseen järjestelmään perustuu siihen, että hän harjoittaa kyseistä ammattia". Tuomion 80 kohdassa todetaan lisäksi, että "se seikka, että kukin itsenäinen erikoislääkäri maksaa vakuutusmaksuja samaan ammatilliseen lisäeläkejärjestelmään, on sitäkin suuremmassa määrin sidoksissa kyseisen lääkärin ammattitoimintaan, koska tälle järjestelmälle on tyypillistä kaikkien lääkäreiden välillä vallitseva korkea yhteisvastuun aste – –".

65 – Em. yhdistetyt asiat Pavlov ym., ratkaisuehdotuksen 115 kohta.

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

67 – Asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5357).

luoikeutta sovelleta. Tässä tuomiossa katsottiin, ettei se, että Eurocontrol kantaa maksun, ollut luonteeltaan taloudellista, koska se oli osa muuta kuin taloudellista toimintaa.

66. Edellä mainitussa asiassa Ambulanz Glöckner annettu tuomio, johon on valituksessa vedottu siinä esitetyn argumentaation tueksi, päinvastoin osoittaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen noudattaman lähestymistavan oikeaksi, koska yhteisöjen tuomioistuin on siinä katsonut, ettei sitä, että viranomainen on kieltäytynyt myöntämästä lupaa liikenteenharjoittajalle, tutkita EY 81 artiklan perusteella, jos tämä päätös ei vastaa taloudellisen toiminnan harjoittamista vaan päinvastoin sääntelee ja rajoittaa tätä. Ostaminen voi siten jäädä kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle, jos se liittyy muiden kuin taloudellisten tehtävien hoitamiseen. Tämä päätelmä on yhdenmukainen sen talousteorian kanssa, joka korostaa, että ostomonopolin kilpailulle aiheuttama vaara on vähäinen, koska se ei välttämättä vaikuta tuotantoketjun myöhemmillä markkinoilla. Yrityksellä, jolla on ostomonopoli, ei myöskään ole intressiä kohdistaa tavarantoimittajiinsa sellaista painetta, että nämä joutuvat lopettamaan toimintansa tuotantoketjun alkupään markkinoilla.[68] Valituksenalaista tuomiota ei siis ole syytä kumota sillä perusteella, että siinä olisi tulkittu virheellisesti oikeuskäytäntöä, joka koskee ostamisen luokittelemista taloudelliseksi toiminnaksi.

67. FENIN väittää lopuksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tulkinta on virheellinen, koska siitä aiheutuu lukuisia käytännön vaikeuksia. Väitteen mukaan ostohetkellä on lähestulkoon mahdotonta erottaa toisistaan taloudelliseen toimintaan tarkoitettuja ostoja ja ostoja, jotka käytetään muuhun kuin taloudelliseen toimintaan.

68. Toisinaan on todellakin vaikea erottaa taloudellista toimintaa muusta toiminnasta, kun sama elin harjoittaa niitä. Tästä huolimatta ja toisin kuin valituksessa väitetään, tämä vaikeus ei ole omiaan kyseenalaistamaan kilpailuoikeuden soveltamista koskevaa arviointiperustetta, joka on taloudellisen toiminnan harjoittaminen. Tästä arviointiperusteesta seuraa nimittäin väistämättä, että yksiköt, joilla on molemmantyyppisiä tehtäviä, kuuluvat kilpailuoikeuden alaisuuteen vain toimintansa siltä osalta, joka on luonteeltaan taloudellista.[69] Jos valituksessa esitetty väite hyväksyttäisiin, elin, joka harjoittaa taloudellista toimintaa, olisi kilpailuoikeuden alainen kaiken toimintansa osalta. Tällainen päätelmä olisi ristiriidassa yritystä koskevan toiminnallisen arviointiperusteen kanssa, sellaisena kuin tämä on kehitetty oikeuskäytännössä.

69. Koska yksikään valituksen ensimmäisessä osassa esitetyistä väitteistä ei ole osoittanut, että terveydenhoitoalan tuotteita koskevat SNS:n ostot pitää erottaa terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvasta toiminnasta, valituksenalainen tuomio on pysytettävä tältä osin.

68 – Ks. Scherer, F. ja Ross, D., *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, s. 517 ja Noll, R., "'Buyer power' and economic policy", *Antitrust Law Journal*, nro 72, 2005, s. 589.

69 – Ks. em. asia komissio v. Italia, tuomio 16.6.1987; em. Eurocontrol-tapaus; em. yhdistetyt asiat AOK-Bundesverband ym. ja julkisasiamies Jacobsin em. asiassa Ambulanz Glöckner esittämä ratkaisuehdotus, 72 kohta.

IV Ratkaisuehdotus

70. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) hyväksyy valitusperusteen toisen osan ja palauttaa asian Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen, jotta tämä tekisi ne tosiseikkoja koskevat toteamukset, jotka ovat välttämättömiä sen ratkaisemiseksi, onko Espanjan kansallista terveydenhuoltojärjestelmää hoitavien yksikköjen harjoittama toiminta taloudellista ja oliko Euroopan yhteisöjen komission päätös hylätä Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitarian (FENIN) kantelu perusteltu, ja

2) hylkää valituksen ensimmäisen osan.