RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)

4. marts 2003 *

I sag T-319/99,

**Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)**, Madrid (Spanien), ved abogados R. García-Gallardo Gil-Fournier, G. Pérez Olmo og D. Domínguez Pérez,

sagsøger,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved W. Wils og É. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, bistået af avocat J. Rivas Andrés, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 26. august 1999 (SG(99) D/7.040) om afvisning af en klage i medfør af artikel 82 EF,

* Processprog: spansk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Udvidede Afdeling)

sammensat af præsidenten, B. Vesterdorf, og dommerne K. Lenaerts, J. Azizi, N.J. Forwood og H. Legal,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 26. februar 2002,

afsagt følgende

## Dom

### Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Sagsøgeren er en forening, hvis medlemmer er hovedparten af de virksomheder, der sælger de hygiejneprodukter, der bliver anvendt i hospitalssektoren i Spanien. Den 12. december 1997 indgav sagsøgeren en klage til Kommissionen over misbrug af dominerende stilling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 82 EF, som den hævdede var foretaget af de 26 organer, herunder tre ministerier i den spanske regering, der administrerer det nationale sundhedsvæsen i Spanien (herefter »NSS«). Sagsøgeren foreholdt navnlig disse organer systematisk at betale deres gæld til sagsøgerens medlemmer med en gennemsnitlig

forsinkelse på 300 dage, mens disse organer betalte deres gæld til andre tjenesteydere inden for meget mere rimelige frister. Denne forskelsbehandling skyldes ifølge sagsøgeren den omstændighed, at de organer, der administrerer NSS, indtager en dominerende stilling på det spanske marked for hygiejneprodukter, hvilket giver dem mulighed for at forsinke betalingen af gæld, der vedrører disse produkter, uden at deres kreditorer er i stand til på nogen måde at udøve forretningsmæssig pression med henblik på at tvinge de pågældende organer til at ophøre med denne praksis.

2 Sagsøgeren tilsendte Kommissionen en supplerende skrivelse den 12. maj 1998. Ved skrivelse af 2. december 1998 oplyste Kommissionen sagsøgeren om sin foreløbige beslutning om at afvise klagen. Sagsøgeren fremsendte supplerende bemærkninger til Kommissionen i endnu en skrivelse af 10. februar 1999.

3 Ved beslutning af 26. august 1999 (herefter »den anfægtede beslutning«), som blev meddelt sagsøgeren den 31. august 1999, afviste Kommissionen endeligt sagsøgerens klage med to begrundelser, nemlig for det første, at »de pågældende 26 ministerier og organer ikke er virksomheder, når de administrerer udførelsen af offentlige sundhedstjenester«, og for det andet, at »de pågældende 26 ministerier og organers stilling som aftagere ikke kan adskilles fra de efterfølgende tjenesteydelser«. Som følge heraf handler de organer, der administrerer NSS, ikke som virksomheder, når de køber hygiejneprodukter af sagsøgerens medlemmer. Eftersom en af betingelserne for anvendelse af artikel 82 EF således ikke var opfyldt, fandt Kommissionen, at »det således er ufornødent at vurdere, om de øvrige betingelser i artikel 82 EF er opfyldt«.

4 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. november 1999 har sagsøgeren anlagt det foreliggende søgsmål.

5 Efter at have hørt parterne har Retten i overensstemmelse med procesreglementets artikel 51 henvist sagen til en afdeling bestående af fem dommere.

6 Det Forenede Kongeriget fik tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling den 26. september 2000, men det har ikke indgivet noget interventionsindlæg. Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 19. december 2001 gav Det Forenede Kongerige meddelelse om, at det alligevel ikke ønskede at intervenere. Ved kendelse af 4. februar 2002 afsagt af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling blev denne meddelelse om udtræden taget til efterretning.

7 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. I forbindelse med foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i medfør af procesreglementets artikel 64 har Retten anmodet sagsøgeren og Kommissionen om at besvare visse skriftlige spørgsmål.

8 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under retsmødet den 26. februar 2002.

## Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen pålægges at udlevere samtlige dokumenter til sagsøgeren, der vedrører sagsøgerens klage, og som Kommissionens tjenestegrene er i besiddelse af.

— Der træffes afgørelse i Rettens plenum i overensstemmelse med artikel 14 i Rettens procesreglement, og der udpeges i givet fald en generaladvokat.

— Søgsmålet antages til realitetsbehandling.

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Der træffes enhver anden foranstaltning, som Retten skønner passende med henblik på at sikre, at Kommissionen opfylder de forpligtelser, der påhviler den i medfør af artikel 233 EF, og navnlig foretager en ny vurdering af klagen indgivet den 12. december 1997.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Kommissionen tilpligtes at betale de omkostninger, sagsøgeren har afholdt under den administrative procedure.

10 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgerens femte og syvende påstand afvises.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 Under retsmødet har sagsøgeren meddelt Retten, at foreningen frafalder den femte og syvende påstand.

## Retlige bemærkninger

12 Sagsøgeren har fremsat tre anbringender om henholdsvis tilsidesættelse af retten til kontradiktion, retlige fejl eller åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF og 86 EF, tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter idet begrundelsen er utilstrækkelig, og tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed.

13 Det er hensigtsmæssigt først at vurdere anbringendet om retlige fejl eller et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF og 86 EF, fordi dette anbringende vedrører den grundlæggende forudsætning for den anfægtede beslutning med hensyn til definitionen af begrebet virksomhed.

### *Anbringendet om retlige fejl eller åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF og 86 EF*

#### Parternes argumenter

14 Sagsøgeren har anfægtet Kommissionens vurdering, hvorefter de organer, der administrerer NSS, ikke er virksomheder, og artikel 82 EF og 86 EF følgelig ikke finder anvendelse på dem. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde med urette støttede sig til det resultat, der fremgår af Domstolens dom af 17. februar 1993 i sagen Poucet og Pistre (forenede sager

C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637), fordi de faktiske omstændigheder, der lå til grund for nævnte dom, er meget forskellige fra de omstændigheder, der er tale om i denne sag. Det er ganske vist korrekt, at der i de to sager er tale om organer, der varetager administrationen af en offentlig tjeneste henhørende under den sociale sikring. Imidlertid tog Domstolen i Poucet og Pistre-dommen stilling til spørgsmålet, om sådanne organer handler som virksomheder i artikel 81 EF og 82 EF's forstand i relation til deres medlemmer, og ikke til spørgsmålet, om sådanne organer handler som virksomheder, når de af tredjeparter køber de produkter, der er nødvendige med henblik på leveringen af de pågældende tjenesteydelser til deres medlemmer.

15 I den foreliggende sag er der tale om sidstnævnte situation, som Poucet og Pistre-sagen ikke kan overføres på. I nævnte sag havde sagsøgerne nemlig anfægtet den lovbestemte pligt til at tilmelde sig og betale bidrag. Domstolen understregede udtrykkeligt, at det var fordi den pågældende virksomhed henhørte under en social sikringsordning, der byggede på princippet om national solidaritet, at den ikke var af økonomisk karakter, og at de organer, der udførte den, ikke kunne betragtes som virksomheder (Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 18-20).

16 Dette funktionelle kriterium er i overensstemmelse med sagsøgerens overbevisning, hvorefter det i forbindelse med en procedure i henhold til artikel 82 EF, der vedrører et bestemt organs særlige aktivitet, er aktivitetens art og ikke organets art, der er afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt dette organ skal betragtes som virksomhed i denne artikels forstand. Dette kriterium udelukker i øvrigt anvendelse af resultatet i Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, for så vidt angår samtlige aktiviteter, som de organer, der er tale om i den foreliggende sag, udøver.

17 Andre domme afsagt af Domstolen bekræfter sagsøgerens konklusion. Det fremgår nemlig af retspraksis, at »[...] inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde [...]« (Domstolens dom af

23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21). Denne retspraksis bekræfter således anvendelsen af et funktionelt kriterium med henblik på afgørelsen af, om et organ skal betragtes som en virksomhed med henblik på anvendelsen af konkurrencereglerne.

18 I en sag vedrørende anvendelsesområdet for Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35) understregede Domstolen desuden, med henblik på at sondre mellem offentlige virksomheder og andre statslige organer, at denne sondring »hviler på den forudsætning, at staten kan optræde enten som udøver af offentlig myndighed eller som udøver af erhvervsmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. For at kunne foretage denne sondring må der derfor i hvert enkelt tilfælde foretages en nærmere undersøgelse af den pågældende statslige aktivitet med henblik på at afgøre, hvilken af de nævnte kategorier den falder ind under [...]« (Domstolens dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 17). Også her er det den aktivitet, som det pågældende organ udøver, der var afgørende.

19 Under alle omstændigheder viser den omstændighed, at NSS administreres af statslige organer, ikke på nogen måde, at NSS køb af hygiejneprodukter ikke er en økonomisk aktivitet i modsætning til det, Kommissionen konkluderede i den anfægtede beslutning. Private erhvervsdrivende tilbyder nemlig samme tjenesteydelser som NSS i Spanien, men navnlig i andre medlemsstater. Desuden forekommer det, at de offentlige hospitaler i Spanien leverer private tjenesteydelser, der faktureres patienten, navnlig i tilfælde, hvor der er tale om udenlandske turister, som ikke er tilknyttet NSS. Kommissionens vurdering fører til urimelige resultater, eftersom den virksomhed, der består i køb, foretaget af offentlige hospitaler eller for deres regning, er nøjagtig den samme, hvad enten tjenesteydelserne, hvis levering gøres mulig gennem købet, faktureres patienten, således som det er tilfældet i Spanien for så vidt angår udenlandske turister, eller de finansieres gennem et system, der bygger på princippet om national solidaritet, som det er tilfældet for de personer, der er omfattet af NSS.

20 Desuden er den omstændighed, at NSS' eksistens ifølge den anfægtede beslutning »skaber en efterspørgsel efter medicinske leverancer, som ikke nødvendigvis ville eksistere i et system, der handler med vinding for øje«, ligeledes uden relevans.

21 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning fejlagtigt fremhævede »princippet om national solidaritet«, som NSS bygger på, og det »stærke element af fordeling af ressourcerne«, som dette system indebærer, og endelig det forhold, at NSS ikke handler »med vinding for øje«. Disse forhold er irrelevante, eftersom der i den foreliggende sag er tale om køb af udstyr, der er foretaget af de organer, der administrerer NSS, og som er en aktivitet, der ikke har noget at gøre med princippet om solidaritet, og eftersom sagen ikke vedrører den måde, hvorpå NSS er solidarisk finansieret gennem skatteprovenuet, hvilket aspekt sagsøgeren ikke anfægter. De offentlige myndigheder kan ikke anmode udenforstående leverandører om at yde ofre i solidaritetens navn.

22 Under alle omstændigheder er det ikke rimeligt, at Kommissionen med støtte i princippet om solidaritet tillader NSS' misbrug af dominerende stilling, som sagsøgeren har indgivet klage over, og som består i den systematiske undladelse af at betale en bestemt del af sin gæld inden for en rimelig frist.

23 Spansk retspraksis, juridisk teori såvel som Kommissionens egen beslutningspraksis taler ligeledes for anvendelse af et funktionelt kriterium. Sagsøgeren har gjort gældende, at visse juridiske forfattere går endnu længere og kritiserer Domstolens løsning i Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor. Sagsøgeren har navnlig henvist til bemærkningerne fremsat af José Luis Buendía Sierra i bogen »Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Article 86 (former article 90) of the EC Treaty«, som finder, at det ikke er rimeligt at gøre det sociale område til et »beskyttet område«, der falder uden for konkurrencereglerne. Ifølge denne forfatter indebærer undtagelsen i artikel 86, stk. 2, EF nemlig, at aktiviteter finansieret i henhold til princippet om solidaritet i princippet forbliver undergivet konkurrencereglerne.

24 I denne forbindelse har sagsøgeren understreget, at det netop er i lyset af denne undtagelse i artikel 86, stk. 2, EF, og den betingelse om nødvendighed, som den opstiller, at det anfægtede misbrug af dominerende stilling skal vurderes. I det mindste for så vidt angår den aktivitet, der består i køb, er det denne undtagelsesbestemmelse, der bør finde anvendelse med henblik på vurderingen af lovligheden af den adfærd, som udvises af de organer, der administrerer NSS, snarere end i forhold til den retlige fiktion, at disse organer ikke er virksomheder. Hvis Kommissionen havde foretaget en vurdering i medfør af artikel 86, stk. 2, EF, ville den nødvendigvis være nået til den konklusion, at undtagelsen, der fremgår af denne bestemmelse, ikke ville være anvendelig i det foreliggende tilfælde. Kommissionens brug af artikel 82 EF med henblik på at bringe det i klagen anfægtede misbrug til ophør ville på ingen måde hindre NSS i opfyldelsen af de særlige opgaver med forvaltning af tjenesteydelser inden for det offentlige sundhedsområde, som er betroet det.

25 Sagsøgeren har tilføjet, at retspraksis efter Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, har nuanceret den vurdering, der kom til udtryk i nævnte dom, og modsiger Kommissionens vurdering. Således bemærkede generaladvokat Jacobs i sit forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 14. december 1995 (forenede sager C-430/93 og C-431/93, van Schijndel og van Veen, Sml. I, s. 4705, på s. 4707, punkt 64), at den erhvervspensionsfond, der var genstand for den sag, ikke optrådte som en virksomhed »i relation til de tilsluttede«. Dette bekræfter, at et organ kan optræde som virksomhed i sin kontakt med visse kategorier af udenforstående, uanset den omstændighed, at det udøver andre funktioner som socialt organ.

26 Desuden bemærkede generaladvokat Tesauro i sit forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 16. november 1995 (sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., Sml. I, s. 4013, på s. 4015, punkt 22), at den sygekasse, der var genstand for nævnte sag, måtte anses for en virksomhed »i hvert fald for så vidt angår forvaltningen af denne ordning«. Domstolen, som sondrede mellem de omstændigheder, der forelå i nævnte sag, og de omstændigheder, der forelå i Poucet og Pistre-sagen, nævnt i præmis 14 ovenfor, understregede, at varetagelse af kravet om solidaritet ikke under alle omstændigheder er afgørende, og at det pågældende organ i det foreliggende tilfælde udøvede en økonomisk virksomhed (dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., præmis 20).

27 I dom af 21. september 1999 i Albany-sagen (sag C-67/96, Sml. I, s. 5751, præmis 85) fandt Domstolen, at det forhold, at det pågældende organ ikke handlede med vinding for øje, og at der var visse elementer af solidaritet, herunder obligatorisk medlemskab, i den pågældende pensionsordning, »ikke ændrede noget ved, at erhvervspensionsfonden er en virksomhed«. I sit forslag til afgørelse i samme sag (Sml. I, s. 5754, punkt 312) udtalte generaladvokat Jacobs, at »det forhold, at den pågældende enhed ikke driver virksomhed med vinding for øje eller forfølger ikke-økonomiske mål, [er] i princippet uden betydning« med henblik på afgørelsen af, om det pågældende organ bør anses for at være en virksomhed.

28 Endelig udtalte generaladvokat Cosmas i sit forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 3. oktober 2000 i Ferlini-sagen (sag C-411/98, Sml. I, s. 8081, på s. 8084, punkt 110-116), at offentlige hospitaler i deres relationer med personer uden for den nationale sygesikringsordning, som finansierer driften, var virksomheder i artikel 81 EF's forstand. I denne forbindelse bemærkede generaladvokaten, at »begrebet 'virksomhed' i hver enkelt sag [skal] opfattes funktionelt under hensyntagen til den [pågældende] aktivitet«.

29 Sagsøgeren har medgivet, at ovennævnte retspraksis ikke direkte kan anvendes på omstændighederne i det foreliggende tilfælde. I dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurances m.fl. og i Albany-dommen, nævnt i henholdsvis præmis 26 og 27 ovenfor, var det nemlig den lave grad af solidaritet, der lå til grund for den pågældende ordning, der førte Domstolen til at konkludere, at de pågældende organer var virksomheder i deres relationer med brugerne af de tjenester, de tilbød i henhold til solidaritetsprincippet. I den foreliggende sag angår klagen derimod NSS forbindelse til sine leverandører. Sagsøgeren er af den opfattelse, at hvis der under visse omstændigheder kan være grund til at stille spørgsmål ved den økonomiske karakter af ydelse af sundhedstjenester, gælder det så meget desto mere set i lyset af denne retspraksis, at NSS bør betragtes som en virksomhed i sammenhænge, hvor solidaritet ikke spiller nogen rolle.

30 Ifølge sagsøgeren kunne Kommissionen ikke på korrekt måde vurdere spørgsmålet om, hvorvidt NSS var en virksomhed eller ej, fordi Kommissionen ikke

foretog en tilstrækkelig grundig analyse af NSS' funktion. Sagsøgeren har ligeledes bestridt argumentet i den anfægtede beslutning om, at man ikke kan adskille den del af NSS' aktiviteter, der består i ydelse af offentlige sundhedstjenester, fra dens virksomhed, der består i køb af udstyr. Det forhold, at NSS har behov for forsyninger med henblik på at kunne levere tjenesteydelser, betyder ikke, at denne forsyningsaktivitet ophører med at være en økonomisk aktivitet. I modsætning til det Kommissionen anførte i den anfægtede beslutning, er det ikke nødvendigt, at den »selvstændige udøvelse« af en aktivitet er økonomisk rentabel, for at den kan betragtes som en økonomisk aktivitet, og dermed for, at det organ, der udøver denne aktivitet, kan betragtes som en virksomhed i artikel 82 EF's forstand. Kommissionen har ikke henvist til retspraksis eller nogen andre konkrete elementer til støtte for denne del af sin vurdering.

31 Desuden svarer Kommissionens argumentation til at antage, at den virksomhed i form af salg af hygiejneprodukter, som sagsøgerens medlemmer udøver — på samme måde som leverandørerne af andre tjenesteydelser til NSS — ikke udgør en økonomisk aktivitet, hvilket helt åbenbart er forkert. Sagsøgeren har tilføjet, at hvis denne argumentation skulle tages til følge, ville selv den virksomhed, som leverandørerne af produkter til sagsøgerens medlemmer udfører, ikke være at betragte som en økonomisk aktivitet, eftersom den er forbundet med NSS' levering af sundhedstjenesteydelser.

32 Kommissionen har ikke bestridt sagsøgerens argument om, at den retspraksis, der er citeret i stævningen, og navnlig Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, alene vedrører forholdet mellem offentlige organer og modtagere af de offentlige tjenester, som disse organer yder. Ikke desto mindre kan man ikke af denne omstændighed udlede, at de pågældende organer skal betragtes som virksomheder i relation til deres leverandører. Tværtimod præciseredes det i domskonklusionen i Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, at de pågældende organer ikke var omfattet af begrebet virksomhed i artikel 81 EF og 82 EF's forstand, uden at der blev opstillet en sondring som den, sagsøgeren har foreslået.

33 Kommissionen har understreget, at i modsætning til det af sagsøgeren anførte har den faktisk lagt et funktionelt kriterium til grund for sin økonomiske vurdering af NSS' situation. Ifølge analysen i betragtning 20-24 til den anfægtede beslutning kan den virksomhed, der består i køb eller produktion, ikke adskilles fra levering af tjenesteydelser, fordi sidstnævnte ville være umulig uden den første aktivitet.

34 Den omstændighed, at offentlige hospitaler undtagelsesvis leverer private tjenesteydelser til visse patienter mod betaling, er alene relevant med henblik på vurderingen af, om disse hospitaler, og ikke de organer, der er omhandlet i klagen, handler som virksomheder i relation til disse patienter. Kommissionen har desuden gjort gældende, at dette forhold ikke blev nævnt af sagsøgeren i klagen.

Rettens bemærkninger

35 Det bemærkes indledningsvis, at ifølge fast retspraksis omfatter begrebet virksomhed i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceregler enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde (Domstolens dom i sagen Höfner og Elser, nævnt i præmis 17 ovenfor, præmis 21, i Poucet og Pistre-sagen, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 17, i sagen Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., nævnt i præmis 26 ovenfor, præmis 14, og dom af 11.12.1997, sag C-55/96, Job Centre, Sml. I, s. 7119, præmis 21, samt Albany-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 77, Rettens dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 50, og af 30.3.2000, sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, Sml. II, s. 1807, præmis 36).

36 I den forbindelse er det den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed (jf. i denne retning Domstolens dom af 18.6.1998, sag C-35/96,

Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 36, og i sagen Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, nævnt i den foregående præmis, præmis 36), og ikke den virksomhed, der består i køb af varer som sådan. Som Kommissionen har gjort gældende, kan den virksomhed, der består i køb af produkter, således ikke adskilles fra erhververens senere brug af produkterne med henblik på at vurdere erhververens rolle. Det skal således fastslås, at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb.

37 Når et organ køber et produkt, selv om det sker i store mængder, ikke for at tilbyde varer eller tjenesteydelser i forbindelse med en økonomisk aktivitet, men for at gøre brug heraf i forbindelse med en anden aktivitet, eksempelvis en aktivitet af rent social karakter, handler dette organ følgelig ikke som virksomhed, blot fordi det agerer som køber på et marked. Ganske vist kan et sådant organ udøve en meget væsentlig økonomisk magt, som i givet fald kan give anledning til en monopolstilling, men det forholder sig ikke desto mindre således, at i det omfang den virksomhed, som dette organ udøver, og til hvilket formål organet køber produkter, ikke er af økonomisk art, handler organet ikke som virksomhed i den betydning, hvori dette begreb er anvendt i de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og er således ikke omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF.

38 Det skal videre bemærkes, at Domstolen i Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor (præmis 18 og 19), som begrundelse for sin konklusion, hvorefter de organer, der medvirkede ved administrationen af de pågældende sygekasser i nævnte sag, ikke udøvede virksomhed af økonomisk karakter og derfor ikke var virksomheder i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, henviste til den omstændighed, at organernes virksomhed havde en rent social funktion, at denne virksomhed byggede på princippet om national solidaritet, og endelig, at denne virksomhed ikke blev drevet med vinding for øje, idet de udbetalte ydelser var fastlagt i lovgivningen og var uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag. For så vidt angår dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurances m.fl. og Albany-dommen, nævnt i henholdsvis præmis 26 og 27 ovenfor, bemærkes, at Domstolen i disse domme bekræftede sin konklusion i Poucet og Pistre-dommen (dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurances, præmis 15 og 16, og Albany-dommen, præmis 78), samtidig med, at den hæftede sig ved den lave

grad af solidaritet, der var tale om i forbindelse med de pågældende ordningers funktion, for på dette grundlag at konkludere, at de pågældende organer i disse sager var virksomheder. Det følger heraf, at det princip, der følger af Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, ikke er blevet ændret som følge af nævnte retspraksis.

39 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at NSS, som administreres af ministerier og andre organer, som er omfattet af sagsøgerens klage, fungerer i overensstemmelse med solidaritetsprincippet for så vidt angår dets finansieringsmåde gennem sociale bidrag og andre statslige bidrag, og dets gratis levering af tjenesteydelser til sine medlemmer på grundlag en universel dækning. Disse organer handler således ikke som virksomheder i forbindelse med deres administration af NSS.

40 Det følger heraf, i overensstemmelse med de principper, der er nævnt i præmis 37 og 38 ovenfor, at de pågældende organer heller ikke handler som virksomheder, når de køber hygiejnisk materiale, der sælges af de virksomheder, der er medlemmer af sagsøgerens forening, med henblik på at tilbyde gratis sundhedstjenester til NSS' medlemmer.

41 Sagsøgeren har imidlertid i sin replik gjort gældende, at NSS' spanske offentlige hospitaler i det mindste lejlighedsvis tilbyder betalte tjenesteydelser til personer, der ikke er medlemmer af ordningen, og navnlig til udenlandske turister, på en sådan måde, at de pågældende organer nødvendigvis handler som virksomheder i det mindste i forbindelse med ydelsen af disse tjenester, såvel som i det omfang deres køb af hygiejnisk materiale er knyttet hertil.

42 Det bemærkes, at Kommissionen, når der indgives en klage til den i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), er forpligtet til at foretage en omhyggelig undersøgelse af de faktiske og retlige omstændigheder, som den klagende part har fremført, med henblik på at undersøge, om de nævnte omstændigheder giver grundlag for at antage, at der er

sket en tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF (jf. i denne retning Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, den såkaldte »Automec II-dom«, Sml. II, s. 2223, præmis 39, og af 9.1.1996, sag T-575/93, Koelman mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 39, bekræftet efter appel ved Domstolens kendelse af 16.9.1997, sag C-59/96 P, Koelman mod Kommissionen, Sml. I, s. 4809).

43 Derimod har Kommissionen ikke i sin vurdering af en klage pligt til at tage faktiske omstændigheder, som klageren ikke har fremført, i betragtning, for at kunne afvise klagen med den begrundelse, at den praksis, der er klaget over, ikke indebærer en tilsidesættelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, eller i givet fald ikke er omfattet af disse reglers anvendelsesområde (jf. analogt, dom af 9.1.1996, Koelman mod Kommissionen, nævnt i den foregående præmis, præmis 40). Det kan således ikke i forbindelse med en sag om annullation af en beslutning om afvisning af en klage på konkurrenceområdet bebrejdes Kommissionen, at den ikke har taget hensyn til et forhold, der ikke var blevet bragt til Kommissionens kundskab af klageren, og som Kommissionen ikke havde kunnet erfare, medmindre den havde indledt en undersøgelse.

44 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, således som Kommissionen har gjort det i duplikken, at sagsøgeren ikke har henvist til den påståede levering af tjenesteydelser mod betaling i sin oprindelige klage, og har nævnt dette forhold for første gang for Retten og i replikken. Det skal derfor fastslås, uden at det er nødvendigt at tage konkret stilling til den eventuelle relevans af dette forhold i nærværende sag for bestemmelsen af, hvorvidt de nævnte organers køb har karakter af økonomisk virksomhed eller ej, at tilstedeværelsen af de nævnte ydelser ikke kan tages i betragtning med henblik på vurderingen af den anfægtede beslutnings lovlighed i forbindelse med dette søgsmål.

45 Det følger heraf, at anbringendet bør forkastes.

*Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion*

Parternes argumenter

46 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat foreningens ret til kontradiktion, idet den besluttede at henlægge dens klage af 12. december 1997 uden at iværksætte en tilbundsgående analyse af alle de omstændigheder, der var fremført heri. Sagsøgeren havde nemlig i klagen påvist, at NSS indtog en dominerende stilling på de relevante markeder. Desuden udgjorde forsinkelserne med betaling, der var genstand for klagen, en samlet gæld for NSS på mere end 1 mia. EUR. NSS har misbrugt sin dominerende stilling og på denne måde forårsaget et alvorligt tab for de virksomheder, der er medlemmer af sagsøgerens forening.

47 Under disse omstændigheder kunne Kommissionen ikke med føje konkludere, at klagen ikke opfyldte kriteriet om Fællesskabets interesse, hvorefter institutionen skal vurdere, om klagen skal henlægges eller undersøges (Automec II-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor). Sagsøgeren har til støtte for dette anbringende henvist til Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ved behandling af sager, der henhører under EF-traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1997 C 313, s. 3), og navnlig punkt 14 heri.

48 Kommissionen har gjort gældende, at den afviste sagsøgerens klage med den begrundelse, at artikel 82 EF ikke fandt anvendelse på det foreliggende tilfælde. De organer, der administrerer NSS, er ikke virksomheder, og de er således ikke omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Under disse omstændigheder var det således ufornødent at foretage en vurdering af Fællesskabets interesse.

Rettens bemærkninger

49 Som det er blevet fastslået ovenfor, afviste Kommissionen sagsøgerens klage med den begrundelse, at de organer, der administrerer NSS, ikke handler som virksomheder i artikel 82 EF's forstand i relation til deres køb af hygiejneprodukter, der er nødvendige for NSS' funktion (betragtning 20-24 til den anfægtede beslutning). Retten har desuden fastslået ovenfor, at Kommissionen med rette afviste sagsøgerens klage med denne begrundelse.

50 Under disse omstændigheder var det ufornødent for Kommissionen at vurdere de øvrige aspekter i klagen, indgivet af sagsøgeren, fordi en sådan vurdering, selv hvis den havde ført til en konstatering af, at der var tale om misbrug af en dominerende stilling, ikke ville kunne have ført til vedtagelsen af en beslutning om tilsidesættelse af artikel 82 EF eller artikel 82 EF og 86 EF i sammenhæng. Kommissionen kan ikke hævdes at have tilsidesat en virksomheds ret til kontradiktion, fordi den ikke har foretaget en overflødig analyse af visse dele af klagen.

51 Det følger heraf, at det tredje anbringende bør forkastes.

*Anbringendet om mangelfuld begrundelse og tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed*

Parternes argumenter

52 Sagsøgeren har gjort gældende, at da den anfægtede beslutning ikke besvarede de argumenter, den havde fremsat i sin klage vedrørende eksistensen af en

dominerende stilling og misbrug heraf, er den ikke tilstrækkeligt begrundet. Desuden er Kommissionens begrundelse for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de organer, der administrerer NSS, er virksomheder i artikel 82 EF's forstand, ligeledes utilstrækkelig. Kommissionen burde nemlig have foretaget en mere fuldstændig analyse af den relevante retspraksis med henblik på afgørelsen af, hvilken løsning der skulle finde anvendelse i det konkrete tilfælde, i stedet for at begrænse sig til blot at henvise til Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, uden at give nogen begrundelse for sin opfattelse af, at denne dom skulle finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

53 Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til Rettens dom af 29. juni 1993 i sagen Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen (sag T-7/92, Sml. II, s. 669, præmis 35), hvori Retten fastslog, at når Kommissionen har modtaget en klage, »forpligter de proceduremæssige garantier i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 [af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42)] den [...] til at foretage en omhyggelig undersøgelse af de faktiske og retlige omstændigheder, som den klagende part har fremført, med henblik på at undersøge, om de nævnte omstændigheder giver grundlag for at antage, at der foreligger en adfærd, som kan fordreje konkurrencen [...]«. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen tilsidesat denne forpligtelse. Følgelig er den anfægtede beslutning utilstrækkeligt begrundet. Sagsøgeren har tilføjet, at ifølge retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt en retsakt er tilstrækkeligt begrundet, »ikke blot [...] vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område« (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719). Kommissionen burde således efter sagsøgerens opfattelse have taget nærværende sags økonomisk betydning i betragtning ved begrundelsen af den anfægtede beslutning.

54 Kommissionen har desuden tilsidesat det generelle princip om gennemsigtighed i administrative procedurer, ved for det første at undlade at give sagsøgeren tilstrækkelig information om procedurens forløb, navnlig ved at undlade at sende en kopi til sagsøgeren af sin beslutning om at oversende sagsøgerens klage til de 26 organer, der var genstand for klagen, såvel som disse organers bemærkninger hertil, og for det andet ved at nægte at modtage sagsøgerens repræsentanter.

55 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt retligt begrundet i overensstemmelse med retspraksis, idet den giver Retten mulighed for at udøve kontrol, og sagsøgeren mulighed for at kende den eneste grund til afvisningen af foreningens klage — dvs. vurderingen, hvorefter de organer, der administrerer NSS, ikke er virksomheder i artikel 82 EF's forstand — med henblik på at kunne gøre sine rettigheder gældende og afgøre, om beslutningen er rigtig (Rettens dom af 2.7.1998, sag T-236/97, Ouzounoff Popoff mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 311, og II, s. 905, præmis 56).

56 For så vidt angår anbringendet om tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed har Kommissionen gjort gældende, at den aldrig har sendt sagsøgerens klage til de pågældende organer. Følgelig har de dokumenter, sagsøgeren har anmodet om, aldrig eksisteret.

57 Desuden har Kommissionen ikke pligt til at møde klagende parter. Ikke desto mindre mødtes Kommissionen frivilligt med sagsøgerens repræsentanter den 25. februar 1998.

Rettens bemærkninger

58 Det bemærkes, at Kommissionen ikke er forpligtet til i begrundelsen for de beslutninger, den må træffe for at sikre anvendelsen af konkurrencereglerne, at tage stilling til alle de argumenter, som de berørte parter har gjort gældende til støtte for deres anmodning. Det er tilstrækkeligt, at Kommissionen redegør for de faktiske og retlige betragtninger, der har været af væsentlig betydning for afgørelsen (Rettens dom af 17.7.1998, sag T-111/96, ITT Promedia mod Kommissionen, Sml. II, s. 2937, præmis 131).

59 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at det af de grunde, der er nævnt ovenfor i præmis 49 og 50, var ufornødent for Kommissionen at besvare argumenterne om eksistensen af en dominerende stilling og misbrug heraf. Desuden lagde Kommissionen med rette Poucet og Pistre-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, til grund i den anfægtede beslutning, uden nødvendigvis at behøve at analysere senere retspraksis, som sagsøgeren henviste til, eftersom det grundlæggende princip, som blev fastslået af Domstolen i nævnte sag, stadig finder anvendelse, idet det er blevet bekræftet gentagne gange og navnlig i de domme, som sagsøgeren har henvist til (jf. ovenfor, præmis 38). Under hensyn til den anfægtede beslutnings generelle opbygning og i betragtning af de faktiske omstændigheder, der var kendt af sagsøgeren, var den manglende begrundelse for så vidt angår disse elementer logisk (jf. i denne retning Rettens dom af 24.9.1996, sag T-57/91, NALOO mod Kommissionen, Sml. II, s. 1019, præmis 298-300).

60 Det følger heraf, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med en begrundelsesmangel.

61 Hvad angår anbringendet om den påståede mangel på gennemsigtighed, som Kommissionen skulle være skyld i, bemærkes, at Kommissionens eneste pligt i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42), hvis den ikke har til hensigt at forfølge oplysningen af en klage, er at give de klagende parter mulighed for at fremsætte skriftlige bemærkninger. Desuden er høring af personer, herunder de klagende parter, i henhold til artikel 7 i forordning nr. 99/63 kun obligatorisk, hvis disse godtgør at have en tilstrækkelig interesse heri, og Kommissionen har et rimeligt skøn ved afgørelsen af, hvilken interesse det kan have at høre personer, hvis udsagn kan have betydning for sagens oplysning (Domstolens dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 18, jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen NALOO mod Kommissionen, nævnt i præmis 59 ovenfor, præmis 275 og 276).

62 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at Kommissionen informerede sagsøgeren om sin stillingtagen den 2. december 1998 og gav den lejlighed til at fremsætte bemærkninger hertil, hvilket sagsøgeren gjorde ved skrivelse af

10. februar 1999. Desuden fremgår det af den anfægtede beslutning (fodnote, s. 4), at Kommissionens sagsakter alene indeholdt sagsøgerens klage og bilag hertil. Kommissionen har endelig over for Retten oplyst, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren, at den ikke har sendt klagen til de organer, der var genstand for klagen, hvorfor disse aldrig har fremsat bemærkninger hertil.

63 Det følger heraf, at Kommissionen har iagttaget den eneste konkrete forpligtelse, der påhvilede den i nærværende sag, idet sagsøgeren har fået lejlighed til at fremsætte skriftlige bemærkninger til Kommissionens foreløbige stillingtagen. Der kan ikke være tale om tilsidesættelse af retten til aktindsigt, eftersom sagsøgeren havde kendskab til samtlige dokumenter i Kommissionens sagsakter.

64 Ydermere bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt Kommissionens oplysninger, der fremgår af svarskriftet, om, at Kommissionens tjenestegrene mødtes med sagsøgerens repræsentanter den 25. februar 1998.

65 I lyset af det foregående må det fastslås, at Kommissionen fuldt ud har iagttaget sagsøgerens rettigheder som klagende part.

66 Det følger heraf, at anbringendet bør forkastes.

67 Da alle sagsøgerens anbringender er grundløse, bør Kommissionen frifindes i det hele.

## Sagens omkostninger

68 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale omkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Udvidede Afdeling)

1) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**

2) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.**

Vesterdorf Lenaerts Azizi

Forwood Legal

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. marts 2003.

H. Jung B. Vesterdorf

Justitssekretær Præsident