

Prisy-Privatsykehusenes Fellesorganisasjon

Fredrik Stangs gt. 11-13
0264 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/497
MAB-M6 INAR 553.0

Saksbeh.:

Dato: 15. juni 2005

■ Samarbeid mellom regionale helseforetak - forholdet til konkurranseloven

Avgjørelse A2005-21

Konkurransetilsynet viser til brev fra Private Sykehus Fellesorganisasjon (PRISY) av 27. april 2004, samt øvrig korrespondanse i sakens anledning. Konkurransetilsynet vil i det følgende foreta en gjennomgang av hvorvidt de regionale helseforetakene (RHFene) kan anses som foretak i konkurranselovens forstand. Konkurransetilsynet har videre vurdert hvorvidt RHFene skal anses som ett eller flere foretak i lovens forstand.

Sakens bakgrunn

PRISY oppfatter det som et konkurransemessig problem for sine medlemmer at RHFene i sine kontrakter med private sykehus krever inntatt en klausul om at dersom det private sykehuset har avtale med flere RHFer om samme prosedyre/behandlingstype, skal laveste pris gjelde for alle regionene. På denne bakgrunn har PRISY bedt om at Konkurransetilsynet foretar en gjennomgang av hvorvidt RHFenes praksis må anses som prissamarbeid i strid med konkurranseloven § 10.¹

Konkurransetilsynet mottok brev fra PRISY 27. april 2004, altså fire dager før konkurranselovens ikrafttredelse. Konkurransetilsynet vil vurdere forholdet etter någjeldende lov, som trådte i kraft 1. mai 2004.

I det følgende vil det bli gitt en redegjørelse for konkurranselovens § 10 anvendelse på RHFene. Konkurransetilsynet gjør først rede for hvorvidt RHFene kan regnes som foretak i konkurranselovens forstand. Deretter vil det bli gjort rede for hvorvidt samarbeid mellom de ulike RHFene kan rammes av loven. Av hensyn til at PRISY lettere skal kunne forutse sin rettstilling senere, gir tilsynet en mer utfyllende redegjørelse for rettstilstanden enn det som er nødvendig av hensyn til denne sakens avgjørelse.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

RHFene og foretaksbegrepet

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom uavhengige foretak som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

I likhet med konkurranseloven § 11 er det et grunnvilkår for anvendelsen av § 10 at den konkurransebegrensende aktiviteten utøves av en enhet som regnes som et foretak i konkurranselovens forstand. I henhold til konkurranseloven § 2 er et foretak ”enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet”. Begrepet ervervsvirksomhet i konkurranseloven sammenfaller med begrepet økonomisk aktivitet som benyttes i praksis fra EF-domstolen.² Med dette menes at enheten tilbyr varer eller tjenester i et marked. Foretaksbegrepet er funksjonelt. Det vil si at et offentlig organ kan regnes som foretak i konkurranselovens forstand for visse deler av virksomheten, selv om andre deler faller utenfor begrepet. Det er således ingen hindring for anvendelsen av konkurranseloven at RHFene måtte anses som offentlige virksomheter.³

Et offentlig organ regnes likevel ikke som et foretak dersom det utøver offentlig myndighet, eller dersom det offentlige tilbudet er en del av en solidarisk ordning med sosialt formål.⁴ Hvorvidt de regionale helseforetakene kan regnes som foretak i konkurranselovens forstand vil etter dette bero på en konkret helhetsvurdering, hvor de mest sentrale momentene er kjennetegn ved tjenestens art, og hvorvidt tjenesten fungerer i en kommersiell kontekst.

RHFene tilbyr spesialisthelsetjenester gjennom det enkelte helseforetak. Tradisjonelt har helsetjenester vært sett på som en oppgave staten utøver etter solidariske prinsipper på vegne av fellesskapet. I senere år har det imidlertid skjedd en omstrukturering av de offentlige helsetjenester som innebærer en tilnærming til styring basert på markedsprinsipper. Dette kjennetegnes særlig gjennom omlegging til foretaksstruktur, og økt fokus på krav til etterlevelse av budsjetter. I tillegg har antallet private institusjoner økt, og tjenestene som tilbys av disse benyttes både av RHFene selv og direkte av sluttbruker. Det eksisterer derfor en rekke tjenester som tilbys parallelt av det offentlige og det private.

På grunn av de offentlige ordningene, er det imidlertid ikke priskonkurranse mellom offentlige og private virksomheter som tilbyr spesialisthelsetjenester. Offentlige og private virksomheter konkurrerer likevel på kvalitet og ventetid i den grad tjenesten tilbys parallelt.

For mange tjenester er imidlertid fortsatt de sosiale og solidariske trekkene så fremtredene at de regionale helseforetakene ikke kan regnes som foretak i konkurranselovens forstand. Spørsmålet om konkurranselovens anvendelse, kommer på spissen der det parallelt eksisterer et privat tilbud av tjenester. I disse tilfellene må man foreta en vurdering av detaljerte kjennetegn ved tilbudet av den aktuelle helsetjenesten. Blant annet bør det vurderes om det eksisterer et kommersielt marked for den aktuelle tjenesten uavhengig av det offentliges innkjøp. Det bør også vurderes om den aktuelle tjenesten ikke er prioritert av det offentlige, slik at det kan settes spørsmålstegn ved hvorvidt den fullt ut tilbys alle og finansieres av det offentlige.

På områder hvor det eksisterer et parallelt privat tilbud av helsetjenester som det offentlige tilbyr, vil Konkurransetilsynet med andre ord måtte foreta en nærmere vurdering av foretaksbegrepet i

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 34

³ Sak C-49/90 Höfner and Elser

⁴ Sak C-309/99 Wouters; sak C-364/92 Eurocontrol; sak C-343/95 Cali e Figli; sak C-387/93 Banchemo; sak C-159-160/91 Poucet et Pistre; sak C-244/94 FFSA; sak C-55/96 Job Centre II; sak C-180flg./98 Pavlov; sak C-67/96 Albany; sak C-479/99 Ambulanz Glöckner; sak C-218/00 Cical; sak C-264flg./01 AOK; sak T-319/99 FENIN

det enkelte tilfelle. Vurdering er svært kompleks, og krever en nøye analyse av det enkelte tilfellet. PRISY tar ikke opp nærmere angitte behandlingsformer i sitt brev, men klager på RHFenes praksis generelt. Ettersom foretaksbegrepet må vurderes konkret, kan Konkurransetilsynet ikke på generelt grunnlag avgjøre hvorvidt foretaksbegrepet er oppfylt. Dette vil likevel ikke ha avgjørende betydning for vurderingen av PRISYs klage.

RHFene og samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak

Konkurranseloven § 10 kommer bare til anvendelse på samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak. Det vil si at dersom foretakene tilhører samme økonomiske enhet, for eksempel et morselskap med sitt heleide datterselskap, vil de to selskapene ikke være to uavhengige foretak i konkurranselovens forstand.

Problemstillingen som drøftes i det følgende er dermed om de ulike RHFene med sine underliggende helseforetak (HF) utgjør én økonomisk enhet i konkurranserettslig forstand. Det forutsettes her at man regner RHFene som foretak i konkurranselovens forstand.

Helseforetakene er eid 100 prosent av staten. RHFene er organisert som foretak, men forvaltningsloven⁵ gjelder for virksomheten.⁶ Det følger av rettspraksis fra EF-domstolen at kontroll er avgjørende for hvorvidt to eller flere enheter inngår i samme økonomiske enhet. Når det gjelder statlig eierskap må det derfor vurderes hvorvidt foretakene opptrer uavhengig av staten eller ikke med hensyn til kommersielle beslutninger. Ved vurderingen av om flere statskontrollerte foretak skal regnes som én økonomisk enhet må det i tillegg vurderes om staten foretar en koordinering av selskapenes kommersielle aktiviteter. I den forbindelse kan det vektlegges om selskapene er underlagt samme administrative enhet.⁷

Det er med andre ord to vurderingstema som blir avgjørende for om de fem RHFene med sine underliggende HFER utgjør én økonomisk enhet. For det første må det vurderes hvorvidt staten kontrollerer ikke bare den enkelte RHF, men også dennes underliggende HFER. Dersom man finner at slik kontroll foreligger må det i tillegg vurderes om alle de fem RHFene med sine underliggende HFER er del av den samme økonomiske enheten. Det er med andre ord først en vertikal og deretter en horisontal vurdering av RHFene som må foretas.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det foreligger gjennomgående kontroll fra Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) til den enkelte RHF og HF, vil det avgjørende etter rettspraksis være om RHFene og HFene opptrer uavhengig av staten i sine beslutninger.

RHFene er organisert som egne rettssubjekter. I forarbeidene er det lagt til grunn at helseforetakene skal ha en viss grad av selvstendighet, men avgjørelser av strategisk, finansiell eller annen avgjørende art er lagt til staten som eier. Ifølge HODs hjemmeside styrer departementet RHFene gjennom lov, vedtekter, foretaksmøte og styringsdokument. Departementet utpeker også RHFenes styrer.

Helseforetaksloven § 16 annet ledd hjemler departementets mulighet til å stille vilkår til de regionale helseforetakene når det tilføres ressurser. Dette gjøres i styringsdokumentene til de regionale helseforetakene. Styringsdokumentene inneholder pålegg fra HOD om hvilke oppgaver

⁵ Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁶ Jf. lov om helseforetak, lov 15. juni 2001 nr. 87 § 5.

⁷ Sak C-73/95P (1996) Viho; Sak 170/83 Hydrotherm; Europakommisjonens avgjørelse av 14. desember 1993 i sak nr. IV/M.308, EF-tidende L186/38 1994; Europakommisjonens avgjørelse av 9. januar 1995 i sak nr. IV/M.511, EF-tidende C23/3 1995.

som skal utføres i det påfølgende år, sammen med informasjon om økonomiske ordninger og rammer. Disse utarbeides en gang årlig, og sendes til de regionale helseforetak etter Stortingets budsjettvedtak i slutten av desember. De regionale helseforetakene rapporterer på styringsdokumentets krav til departementet innen den 15. februar året etter dokumentets gyldighetsperiode. Dette er også lovhjemlet i helseforetaksloven § 34. I foretaksrådet kan helseministeren som sykehuseier gjøre beslutninger i saker som er av vesentlig betydning etter lov om helseforetak § 30.

Etter lov om helseforetak fremgår det således en klar linje av kontroll fra Helse- og omsorgsdepartementet mot RHFene og til HFene.⁸ Tilsynet finner på denne bakgrunn at den enkelte RHF med sine underliggende HFER tilhører den samme økonomiske enheten.

Det neste vurderingstemaet blir så om alle de fem RHFene med underliggende HFER seg i mellom må anses å tilhøre den samme økonomiske enhet. Det avgjørende for denne vurderingen er om det skjer en statlig koordinering av de ulike RHFenes aktiviteter, og særlig om de styres av samme administrative enhet.

Alle RHFene styres av staten ved HOD.⁹ Videre var det en klar forutsetning for sykehusreformen at denne skulle lede til sentralisert styring av spesialisthelsetjenesten, med det formål at en overordnet enhetlig styring ville lede til bedre ressursutnyttelse og et mer enhetlig tilbud av spesialisthelsetjenester.¹⁰ Det var dermed en klar forutsetning for lov om helseforetak at det enkelte RHF ikke skulle anses som separate enheter. Inndelingen av spesialisthelsetjenesten i ulike enheter var kun ment som et organisatorisk virkemiddel. De ulike RHFene med sine helseforetak må derfor anses som del av samme økonomiske enhet i konkurranselovens forstand.

At RHFene og de underliggende helseforetakene eventuelt ikke selv skulle oppfatte seg som én økonomisk enhet, er ikke tilstrekkelig til å frata dem karakteren av én økonomisk enhet i konkurranselovens forstand. I denne vurderingen må det vektlegges at staten som eier, ofte vil kunne ivareta andre hensyn enn en privat aktør. Det som normalt fremstår som rasjonelt for en privat aktør trenger derfor ikke gjelde for staten, og driften kan fremstå annerledes. At RHFene og HFene oppfører seg annerledes enn for eksempel det et morselskap med datterselskaper i et konsern ville gjort, betyr dermed ikke at det ikke er staten som kontrollerer og koordinerer aktiviteten deres.

Konkurransetilsynet konkluderer etter dette med at alle de fem RHFene og deres underliggende HFER utgjør én økonomisk enhet. På denne bakgrunn kommer konkurranseloven § 10 ikke til anvendelse på samarbeid mellom de ulike RHFene.

Konklusjon

For at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse må alle vilkårene i bestemmelsens første ledd være oppfylt. I denne saken har Konkurransetilsynet konkludert med at man ikke står overfor samarbeid mellom uavhengige foretak. Konkurranseloven § 10 kommer derfor ikke til

⁸ Ot.prp nr. 66 (2000-2001) om lov om helseforetak, se for eksempel sidene 8, 9, 11 og 136

⁹ Jf. lov om helseforetak § 3 nr. 2

¹⁰ Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) kap. 1 og 2; "Sykehusreformen – noen eierperspektiv", Rapport fra Sosial og Helsedepartementet av 14. september 2001.



anvendelse. Selv om samordningen av atferden til foretak innenfor samme økonomiske enhet ikke rammes av § 10, vil den samlede atferden kunne rammes av § 11 dersom foretakene har en dominerende stilling. Anvendelsen av § 11 forutsetter imidlertid at RHFene i den aktuelle saken regnes som foretak i konkurranselovens forstand.

Konkurransetilsynets avgjørelse om at § 10 ikke kommer til anvendelse på RHFenes praksis kan påklages innen tre uker, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Klage stiles til Moderniseringsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.