

Axess Sykehus og Spesialistklinikk as
For Administrerende Direktør
Hjalmar Brantingsvei 8
0581 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/414
MA3-M6 INAR 553.0

Saksbeh.:

Dato: 22. august 2005

■ **Konkurranseloven § 9 annet ledd – Veiledning - Konkurranseforholdene mellom offentlige og private i helsesektoren**

Konkurransetilsynet viser til Axess' brev av 22. april 2004, hvor det bes om at Konkurransetilsynet foretar en gjennomgang av konkurranseforholdene mellom offentlige og private sykehus. I brevet påpekes særlig den konkurranseulempen private sykehus utsettes for ved at regionale helseforetakene både agerer som utfører og bestiller av helsetjenester. Tilsynet mottok brevet fra Axess en drøy uke før konkurranselovens¹ ikrafttredelse. Konkurransetilsynet anser forholdet som fortsatt etter 1. mai 2004, og vil av denne grunn bare vurdere forholdet etter gjeldende lov.

Konkurransetilsynet ser det som en prioritert oppgave å utrede private aktørers konkurransemessige situasjon i markedet for helsetjenester, og har startet et omfattende arbeid med å utrede konkurranseforholdene på dette området. Dette gjelder både med hensyn til om konkurranselovens forbudsbestemmelser kommer til anvendelse på helseforetakene, og i hvilken grad Konkurransetilsynet skal bruke sin påpekingsrett overfor andre offentlig myndigheter for å fremme konkurransen i markedet for helsetjenester.

1 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

Konkurransetilsynet veileder om konkurranseloven med hjemmel i konkurranseloven § 9 annet ledd og forvaltningsloven § 11. En nærmere oversikt over hvordan Konkurransetilsynet praktiseres veiledningsplikten er gitt i "Retningslinjer for Konkurransetilsynets veiledning om konkurranseloven" som finnes på konkurransetilsynets hjemmesider; www.konkurransetilsynet.no

Skriftlig veiledning gis på bakgrunn av en vurdering av foretakenes konkrete behov, og sakens betydning for å fremme konkurransen i markedet. Konkurransetilsynet finner at vilkårene for skriftlig veiledning i retningslinjen punkt 3 a) i dette tilfellet er oppfylt. Spørsmål om anvendelsen

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

av konkurranseloven på de regionale helseforetakene (RHFene) er i all hovedsak uavklart, og det er av stor betydning for aktørene at rettsstilstanden på dette feltet klargjøres.

Konkurransetilsynet veileder så langt det mener er nødvendig for å sikre fremme av konkurransen, samt sikre at foretakene er i stand til å ivareta sine interesser på best mulig måte. Konkurransetilsynet har derimot ikke kapasitet til å utføre funksjoner som normalt kan søkes ved bistand fra profesjonelle rådgivere. Dette er heller ikke formålet med veiledningsplikten.

Nedenfor følger først en oversikt over anvendelsen av konkurranselovens forbudsbestemmelser på RHFene, og deretter en oversikt over Konkurransetilsynet påpekingsrett overfor andre offentlig myndigheter.

2 Konkurranselovens forbudsbestemmelser

Konkurranseloven §§ 10 og 11 gir Konkurransetilsynet hjemmel til på nærmere vilkår å gripe inn mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Så lenge alle vilkårene i bestemmelsene er oppfylt, utelukker ikke anvendelsen av den ene av bestemmelsene at også den andre kommer til anvendelse. Begge bestemmelsene kan således påberopes i samme sak.

Anvendelsen av konkurranseloven §§ 10 og 11 forutsetter etter ordlyden at den forbudte aktiviteten utøves av en enhet som regnes som et "foretak" i lovens forstand. Etter § 10 må det imidlertid foreligge samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak for at bestemmelsen kan anvendes, mens det etter § 11 er tilstrekkelig at ett foretak innehar en dominerende stilling i sitt marked.

Hvorvidt RHFene skal regnes som foretak i konkurranselovens forstand er tidligere ikke avklart i praksis. Dette vilkåret er av avgjørende betydning for om konkurranselovens forbudsbestemmelser kan komme til anvendelse på spesialisthelsetjenesten. Konkurransetilsynet vil derfor fokusere sin veiledning på en gjennomgang av dette begrepet.

2.1 Foretaksbegrepet

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 videre 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.

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 Cisal; sak C-264flg./01 AOK; sak T-319/99 FENIN

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 foreta en nærmere vurdering av foretaksbegrepet i det enkelte tilfelle. På grunn av foretaksbegrepets natur kan Konkurransetilsynet ikke på generelt grunnlag avgjøre hvorvidt RHFene skal regnes som foretak. Dette vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

For ytterligere informasjon om foretaksbegrepet og dets anvendelse på de regionale helseforetakene, vises det til Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-21 som følger vedlagt.

3 Konkurransetilsynets påpekingsrett

I de tilfellene der forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 ikke kommer til anvendelse, er Konkurransetilsynets kompetanse begrenset til å påpeke de konkurranseregulerende virkningene som offentlige tiltak kan medføre, jfr. konkurranseloven § 9 første ledd, bokstav e). Konkurransetilsynet har etter denne bestemmelsen også hjemmel til å foreslå tiltak som kan styrke konkurransen.

I forhold til helsesektoren har Konkurransetilsynet ved flere anledninger påpekt at det vil fremme konkurransen i markedet for helsetjenester dersom man skiller de regionale helseforetakenes dobbeltrolle som tilbyder og innkjøper av tjenester. Konkurransetilsynet vil også i fremtiden bruke sin påpekingsrett på forhold vi mener er til skade for konkurransen.