

Konkurrencereglernes anvendelse i udbudssituationer – hvilken vej blæser vinden?

- En juridisk og økonomisk analyse

The application of competition rules in public procurement situations – which way does the
wind blow? – A legal and economic analysis



Forfattere: Cecilie Voss og Cecilie Fanø Andersen

Vejledere: Grith Skovgaard Ølykke og Lasse Henningsen

Afleveret den: 19/11/2013

Antal anslag: 204.949 inkl. figurer

Summary

This thesis examines the application of competition rules in public procurement situations and following what the economic consequences are.

The analysis has shown that public procurement rules and EU competition rules are fundamentally different in purposes. However similarities can be identified in the sense that both sets of rules seek the objective to create effective competition on the Internal Market. The concept of undertaking means that public entities may be subject to EU competition rules in cases where a given activity can be considered as an economic activity.

Furthermore the thesis analysis relevant EU law in order to clarify the ruling of the CJEU in its landmark judgments C-205/03 P FENIN and C-113/07 P Selex. Confer to these rulings the Court recognizes that there may be separation of the activity from the public task if the subsequent use of the purchased good is used for the exercise of an economic activity. The Court held that such a separation could not be upheld. Despite this the thesis concludes that due to the aforementioned ruling the CJEU expands the concept of undertaking. It is thus concluded that the development of a doctrine is seen.

The FENIN/Selex doctrine can be justified by economic rationales. It is recognized that it will lead to improved efficiency if public entities is subject to EU competition rules for certain activities.

Finally it is concluded that there should be developed a legal concept to regulate the dominant position of a public buyer. The thesis therefore introduces the concept 'the contracting undertaking'. It is stated that the EU competition rules not can nor should be transferred directly to the contracting authority. This recommendation should be seen in light that the contracting authority operates in the public interest and that these tasks should be subject to protection from the EU competition rules.

The thesis concludes that the contracting authorities should be subject to EU competition rules in a modified form, in cases where they operate under the concept of 'the contracting undertaking' as identified in this thesis. The economic consequences hereby will be positive in terms of improved economic efficiency.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	1
1.1 Indledning	1
1.2 Problemformulering	2
1.3 Afgrænsning	3
1.4 Formål og synsvinkel.....	4
1.5 Struktur og metode	5
1.5.1 Kapitel 2	5
1.5.1.1 Regulering	6
1.5.1.2 Retspraksis	6
1.5.1.3 Forarbejder og vejledninger	7
1.5.1.4 Juridisk litteratur.....	7
1.5.2 Kapitel 3	7
1.5.3 Kapitel 4-6 overordnet	8
1.5.4 Kapitel 4	10
1.5.5 Kapitel 5	11
1.5.6 Kapitel 6	12
1.5.7 Kapitel 7	12
1.5.8 Kapitel 8	13
Kapitel 2	14
2.1 Forholdet mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne	14
2.1.1 Formålsfortolkning af udbudsreglerne	14
2.1.2 Formålsfortolkning af konkurrencereglerne	17
2.1.2.1 Markedsmagt	18
2.1.3 Samspillet mellem regelsættene	20
2.2 Omfanget af Traktatens artikel 345	21
2.3 Aktiviteter udøvet i almenhedens interesse.....	22
2.4 Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb	23

2.4.1 Det EU-retligt udviklede begreb om økonomisk aktivitet.....	24
2.5 Afrunding.....	30
Kapitel 3.....	31
3.1 Ordregivers udøvelse af økonomisk aktivitet.....	31
3.1.1 Sag C-205/03 P, <i>FENIN</i>	31
3.1.1.1 Domstolens og Rettens bemærkninger.....	32
3.1.2 Sag C-113/07 P, <i>Selex</i>	33
3.1.3 Kritik af <i>FENIN/Selex</i>	39
3.2 En doktrins tilblivelse?.....	40
3.2.1 Doktrinen juridiske konsekvenser.....	42
3.3 Afrunding.....	43
Indledning kapitel 4-6.....	44
Kapitel 4.....	44
4.1 Ordregivers incitamentsstruktur.....	44
4.1.1 Sondring mellem profitmaksimerende- og velfærdsmaksimerende adfærd.....	46
4.1.2 Budget maksimerende adfærd.....	48
4.1.3 Ordregiver som agent.....	50
4.2 Adskillelse af ordregivers aktiviteter.....	51
4.2.1 Test af anbringenet om muligt videresalg til private samt turister.....	51
4.2.2 Juridisk test af anbringenet om muligt videresalg til private samt turister.....	55
4.2.3 Økonomisk test af anbringenet om muligt videresalg til private samt turister.....	57
4.3 Afrunding.....	60
Kapitel 5.....	62
5.1 Udbudssituationen – en fundamental transformation.....	62
5.2 Ordregivers markedsmagt.....	65
5.3 Afrunding.....	70
Kapitel 6.....	71
6.1 Retsøkonomisk analyse.....	71

6.2 Afrunding	75
Delkonklusion på kap. 4-6	77
Kapitel 7	78
7.1 Indledning	78
7.2 Om misbrug af dominerende stilling - det konkurrenceretlige dominansbegreb og dets økonomiske pendant.....	78
7.3 Fastlæggelse af misbrug af dominans i udbudssituationer – den relevante test	82
7.3.1 Rettens systematik.....	83
7.3.2 Misbrugsformer.....	84
7.3.2.1 Perspektivering på afsnit om misbrugsformer	87
7.4 Det udbudsretlige dominansbegreb	88
7.4.1 Den markedsøkonomiske indkøber	88
7.4.2 Ordregivers særlige opgaver – om anvendelsen af art. 106 TEUF	89
7.4.3 Indkøbsfællesskaber – den udbudsretlige pendant til karteller?	90
7.4.4 Den ordregivende virksomhed – det udbudsretlige dominansbegreb	91
7.4.5 Afrunding.....	92
8 Konklusion	93
Anvendt litteratur.....	95

Kapitel 1

1.1 Indledning

En åben markedøkonomi med fri konkurrence¹ er essentiel i forhold til at sikre forbrugernes velfærd, fremme en optimal ressourceallokering og anspore de økonomiske aktører til at satse på en effektiv og innovativ produktion af høj kvalitet.² Frie markeder er naturligt pareto-efficiente, men markedsfejl kan betyde, at der er behov for korrektioner.³ Sådanne korrektioner kan ske gennem lovgivning, eksempelvis gennem EU's konkurrenceregler. Samtidig skal EU's udbudsregler sikre en ufordrejet konkurrence på EU's markeder for offentlige indkøb,⁴ og princippet om den effektive konkurrence skal ses som hovedformålet bag Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF (herefter udbudsdirektivet).⁵ I disse år ses en tendens til, at offentlige ordregivere konsoliderer deres efterspørgsel ved at udbyde længere og mere værdifulde kontrakter til markedet.⁶ Denne koncentration af købekraften, giver ordregiverne en større magt når de agerer på markedet, hvilket isoleret set kan anses som en fordel for den enkelte ordregiver, men også for skatteyderne som i sidste ende vil drage nytte af de besparelser, ordregiver opnår. Det synes således naturligt, at ordregiver søger at indgå kontrakter der er så fordelagtige som muligt, blandt andet gennem opnåelse af besparelser. Det er nærliggende, at sidestille denne stræben med det en privat virksomhed søger at opnå, når denne handler på markedet. Der kan således konstateres sammenfald i ordregivers adfærdsnorm med den adfærdsnorm en privat virksomhed udviser. Der er imidlertid den store forskel på den offentlige ordregiver og den private virksomhed, at en offentlig ordregiver netop ikke, i hvert fald ikke i EU's øjne, kan anses for at agere som en privat virksomhed. Således har Domstolens dom i sagerne C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber* (herefter *FENIN*) og C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)* (herefter *Selex*) medført den retsfølge, at

¹¹ Se art. 119 TEUF

² SEK(2001)694 endelig punkt 1

³ Se Hix og Høyland(2011), s. 190.

⁴ Sag C-26/03 *Stadt Halle*, præmis 44.

⁵ Sag C-95/10, *Strong Seguranca*, præmis 37.

⁶ Se præampel 20 i Kommissionens forslag til nyt udbudsdirektiv offentliggjort den 20. december 2011 (KOM(2011) 896 (2011/0428(COD)))

konkurrencereglerne ikke kan finde anvendelse på en offentlig ordregiver, såfremt ordregiver ikke falder ind under det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Der er god ræson i, at den offentlige ordregiver ikke på alle punkter sidestilles med den private virksomhed. Det må nemlig være sådan, at der med mærkatet 'offentlig ordregiver' medfølger visse forpligtelser som netop ikke påhviler den private virksomhed, og at disse to enheder derfor ikke reguleres på samme vis. Således er den offentlige ordregiver eksempelvis pålagt at løse opgaver i almenhedens interesse, hvilket medfører at ordregiver er pålagt at løse opgaver som en privat virksomhed ikke nødvendigvis ønsker at løse. Man må dog spørge, hvorvidt den beskyttede stilling, som ordregiver trods alt nyder, stemmer overens med den adfærdsnorm som ordregiver udviser når denne agerer på markedet. Retsfølgen efter *FENIN* er i sig selv kun problematisk, såfremt det antages, at ordregiver agerer i strid med EU's konkurrenceregler. Antager man at dette kan være tilfældet, opstår der imidlertid en retstilstand uden mulighed for at regulere ordregiver efter det dertil indrettede regelsæt.

Man kan altså stille det spørgsmål, om retstilstanden efter *FENIN* stemmer overens med den adfærdsnorm som ordregiver udviser når der indkøbes på markedet, og om denne situation da er optimal for samfundet? Eller om retstilstanden på området bør ændres?

1.2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående er afhandlingens overordnede formål at analysere, hvorvidt konkurrencereglerne bør finde anvendelse i udbudssituationer. Først og fremmest er det relevant at undersøge Domstolens retspraksis på området. Dette gøres for at analysere, hvordan Domstolens holdning er til spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencereglerne skal finde anvendelse på en offentlig ordregiver. Dernæst søger analysen at besvare, hvorvidt offentlige ordregiveres adfærd, medfører begrænset konkurrence på markedet, for til sidst at vurdere, hvorvidt reglerne på området bør ændres.

Afhandlingen vil overordnet besvare spørgsmålet:

Hvorvidt bør offentlige ordregivere underlægges konkurrencereglerne i udbudssituationer, og hvad er de økonomiske konsekvenser herved?

Det overordnede integrerede spørgsmål vil blive besvaret ved at opstille følgende spørgsmål med juridisk og økonomisk indhold:

- **Hvorledes kan offentlige ordregivere underlægges konkurrencereglerne? (behandles i afhandlingens kapitel 2)**
- **Hvorfor dømmer Domstolen som den gør i dommene C-205/03 P *FENIN* og C-113/07 P *Selex*? (behandles i afhandlingens kapitel 3)**
- **Hvorvidt kan *FENIN/Selex* doktrinen begrundes i økonomiske rationaler? (behandles i afhandlingens kapitel 4 til 6)**
- **Hvorvidt bør der udvikles et udbudsretligt dominansbegreb til at regulere offentlige ordregiveres adfærd? (behandles i afhandlingens kapitel 7)**

1.3 Afgrænsning

Afhandlingen foretager ikke en analyse af samtlige anbringender fremlagt af parterne i dommene *FENIN*⁷ og *Selex*⁸. Analysen af om legaliteten af indkøbsaktiviteten skulle have været testet i lyset af Traktatens art. 106(2) TEUF foretages ikke. Spørgsmålet ville vedrørende denne problemstilling have været hvorvidt et pålæg om ændring af ordregivers (SNS') adfærd overfor dets leverandører (FENIN) ville hindre SNS i at udføre den offentlige opgave de er pålagt. En analyse af art. 106(2) kunne have bidraget med at klarlægge hvorvidt varetagelsen af SNS' offentlige opgave ville hindres, såfremt myndighederne blev underlagt konkurrencereglerne. Artikel 106(2) er møntet på virksomheder som udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, men sondringen over til en offentlig myndighed, som er pålagt at løse en offentlig opgave, kunne være foretaget.⁹

⁷Sag C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.

⁸ Sag C-113/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol).

⁹ Afhandlingens kapitel 7 anfører dog anvendelsen af art. 106(2) TEUF som et retspolitisk forslag til udviklingen af det udbudsretlige dominansbegreb.

Afhandlingen afgrænser sig ligeledes fra, at behandle hvorvidt ordregivers udøvelse af deres offentlige opgaver alene tjener en social funktion og herved ikke kan anses som økonomisk aktivitet. Denne analyse kunne have taget udgangspunkt i Domstolens retspraksis om afgrænsningen af solidaritetsprincippet, såsom dommene *Poucet og Pistre*¹⁰, *FFSA*¹¹ og *Albany*¹².

Afhandlingen behandler ikke forholdet til den retspraksis udviklede State Action doktrin. Denne doktrin giver EU mulighed for, at pålægge medlemsstaterne forpligtelser til ikke at agere konkurrencestridigt og har til formål, at definere omfanget og rækkevidden af offentlige aktiviteter der falder ind under konkurrencereglerne.¹³ State Action doktrinen kan defineres som en doktrin der fastlægger omfanget af en 'offentlig konkurrenceret'. Doktrinen beskæftiger sig med kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne og finder normalt anvendelse når medlemsstaters indgreb i markedet gennem offentlig lovgivning medfører uhensigtsmæssige foranstaltninger. I henhold til denne afhandlings problemstilling kunne det være behandlet, hvorvidt der på medlemsstats niveau skabes regulatoriske foranstaltninger, der har indflydelse på offentlige ordregiveres ageren på indkøbsmarkedet og som kan have negativ indvirkning på konkurrencen.

Udover udbudsdirektivet¹⁴ findes også forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁵ og kontroldirektivet¹⁶. Kontroldirektivet er implementeret i dansk ret ved håndhævelsesloven.¹⁷ Afhandlingen afgrænser sig fra at beskæftige sig med forsyningsvirksomhedsdirektivet og kontroldirektivet.

1.4 Formål og synsvinkel

Formålet med afhandlingen er at belyse forholdet mellem EU's udbuds- og konkurrenceregler. Analysens fokus er på, at klarlægge hvorvidt den beskyttelse ordregiver nyder, idet de ikke er underlagt konkurrencereglerne, er

¹⁰ Forenede sager C-159/91 og C-160/91, Christian Poucet mod Assurances générales de France (AGF) og Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) og Daniel Pistre mod Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava).

¹¹ Sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche.

¹² Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.

¹³ Se eksempelvis Neergaard(2009), kapitel 11

¹⁴ Direktiv 2004/18/EF

¹⁵ Direktiv 2004/17/EF

¹⁶ Direktiv 2007/66/EF om ændring af Direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF

¹⁷ Lov nr. 492 af 12. maj 2010

konkurrencebegrænsende. Dette gøres for at klarlægge, hvorvidt den nuværende retstilstand medfører at offentlige ordregiveres adfærd kan begrænse konkurrencen på EU's indkøbsmarkeder og herved hindre en effektiv konkurrence.

Afhandlingens synsvinkel er således på EU niveau og medlemsstaternes nationale ret er ikke genstand for analyse.

1.5 Struktur og metode

Afhandlingen er opdelt i kapitler med henholdsvis juridisk, økonomisk og retsøkonomisk indhold. Afhandlingens kapitler har således enten juridisk, økonomisk eller integreret indhold. Kapitel 2 og 3 har et rent juridisk indhold, mens kapitel 4 indeholder både juridiske og økonomiske analyser. Kapitlerne 5 og 6 indeholder økonomiske analyser, hvoraf kapitel 6 er retsøkonomisk funderet. Endelig er kapitel 7 et integreret kapitel, idet kapitlet er retspolitik. Kapitel 8 konkluderer på afhandlingens problemstilling.

1.5.1 Kapitel 2

Kapitel 2 indeholder formålsfortolkning af henholdsvis EU's Udbudsregler samt Konkurrenceregler. Dette gøres for at klarlægge, hvilke fælles målsætninger de to regelsæt har, om nogen. Herefter analyserer kapitlet det EU-retligt udviklede virksomhedsbegreb ud fra en juridisk vinkel, med henblik på at afdække, om offentlige ordregivere er underlagt konkurrencereglerne. Analysen søger således at besvare, hvorledes offentlige ordregivere kan falde ind under virksomhedsbegrebet. Dette gøres ved at anvende juridisk metode, nærmere bestemt den retsdogmatiske fortolkning, der har til hensigt at systematisere, beskrive og analysere gældende ret. Den retsdogmatiske fortolkning anvender retskilderne hierarkisk¹⁸, i dette kapitel påbegyndes analysen således i retskilden regulering, hvorefter relevant retspraksis fra EU Domstolen behandles.¹⁹

¹⁸ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 30-33

¹⁹ De øvrige retskilder retssædvaner og forholdets natur er ikke relevant for denne analyse og behandles derfor ikke.

1.5.1.1 Regulering

Offentlige indkøb er underlagt retskilder på EU plan samt nationalt plan.²⁰ Denne afhandlings problemstilling omhandler alene offentlige indkøb reguleret på EU plan, dvs. indkøb reguleret af udbudsdirektivet.²¹

Indenfor EU opdeles regulering i primær- og sekundærregulering. Primær regulering består af Traktatgrundlaget, grundlæggende rettigheder og almindelige principper som er fastlagt af EU Domstolen. Med Lissabon Traktaten indeholder traktatgrundlaget også Chartret om grundlæggende rettigheder. Af bindende sekundærregulering kan nævnes forordninger, direktiver og afgørelser.²² Primær og sekundær EU regulering indeholder formålsbestemmelser, således indeholder bindende sekundær regulering som forordninger og direktiver formålsbestemmelser i lovtekstens indledende præampler. Kapitel 2 vil inddrage præampler til udbudsdirektiverne i det omfang det er relevant for analysen.

Udgangspunktet for den juridiske analyse i kapitel 2 er EU's Konkurrenceregler, som regulerer virksomheders adfærd, og Udbudsdirektivet²³, som regulerer offentlige ordregiveres adfærd. Konkurrencereglerne er hjemlet i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) art. 101-106. Analysen i kapitel 2 giver anledning til en metodisk udfordring, idet konkurrencereglerne og udbudsreglerne hidtil har været fortolket adskilt. Analysen belyser på hvilke områder de to regelsæt kan influere på hinanden, selvom deres målsætninger er forskellige.

1.5.1.2 Retspraksis

EU Domstolens praksis er bindende for EU's medlemsstater umiddelbart efter deres afsigelse. Domstolens praksis er en vigtig retskilde, da det er heri Domstolen præciserer og fortolker regulering fra EU's institutioner. Det er Domstolens opgave, at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, og dens domme anses for præjudikater i medlemsstaterne.²⁴ Domstolen anvender som oftest objektiv formålsfortolkning,

²⁰ Offentlige indkøb er også underlagt folkeretlig regulering såsom Government Procurement Agreement (GPA) der er indgået i WTO regi. Nielsen (2010), s. 21.

²¹ Direktiv 2004/18/EF. Herudover skal nævnes Forsyningsvirksomhedsdirektivet Direktiv 2004/17/EF samt Kontrolordningerne 89/665/EØF som ændret ved direktiv 92/50/EØF og direktiv 92/13/EØF samt direktiv 2007/66/EF.

²² Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 108-109.

²³ Direktiv 2004/18/EF.

²⁴ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 172

hvorved der fortolkes ud fra det formål fortolkeren indlægger i reglerne.²⁵ I sag 283/81 *CILFIT* beskrev Domstolen sin fortolkningsmetode. Det fremgår af dommen at der ved fortolkning af enkeltbestemmelser skal tages hensyn til det samlede retssystems målsætning og ikke kun den enkelte bestemmelses isolerede målsætning.²⁶ I kapitel 2 inddrages relevant retspraksis for analysen af det EU-retligt udviklede virksomhedsbegreb.

1.5.1.3 Forarbejder og vejledninger

Forarbejder tillægges ikke betydning indenfor EU retten og anerkendes normalt ikke som retskilde.²⁷ Erklæringer fra EU institutionerne vil i afhandlingen blive anvendt som supplerende fortolkningsbidrag, men de kan ikke angive bindende fortolkninger. Dette er tilfældet da EU's institutioner arbejder efter princippet om den tildelte kompetence, hver enkelt institution kan herved ikke regulere ved hjælp af deres forarbejder.²⁸ Generelle retningslinjer udstedt af EU-Kommissionen vil ligeledes blive anvendt som fortolkningsbidrag i analysen af, hvorledes konkurrencereglerne og udbudsreglerne skal fortolkes.

1.5.1.4 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur anses ikke som en retskilde, men vil igennem alle afhandlingens juridiske kapitler blive anvendt til forståelse og præcisering af de relevante retskilder og til at diskutere afhandlingens juridiske problemstillinger.

1.5.2 Kapitel 3

Kapitel 3 analyserer EU Domstolens praksis vedrørende dommene *C-205/03 P*, *FENIN mod Kommissionen* (herefter *FENIN*) og *C-113/07 P*, *Selex Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen* (herefter *Selex*), for at undersøge baggrunden for Domstolens domsafsigelse. Det vurderes, hvorvidt der er tale om en doktrins tilblivelse og herefter analyseres doktrinens juridiske konsekvenser. Kapitlet søger først og fremmest, at analysere hvorfor EU Domstolen dømmer som den gør når det skal besluttes, hvorvidt konkurrencereglerne finder anvendelse på ordregiver i offentlige indkøb. Denne

²⁵ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 51 og 241

²⁶ Se sag 283/81, Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet, præmis 20: "Endelig skal de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelses anvendelse"

²⁷ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 241

²⁸ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 132

analyse foretages som i kapitel 2 ved at anvende retsdogmatisk fortolkning, hvor det er retskilden regulering der er genstand for analyse. Analysen inddrager ligeledes Rettens afgørelser i de to ovennævnte sager. Endelig inddrages juridisk litteratur samt udtalelser fra General Advokaten i analysen. General Advokatens forslag til afgørelser udgør alene et fortolkningsbidrag til analysen.²⁹ General Advokatens udtalelser anvendes til at belyse og diskutere problemstillingen i opgaven.

1.5.3 Kapitel 4-6 overordnet

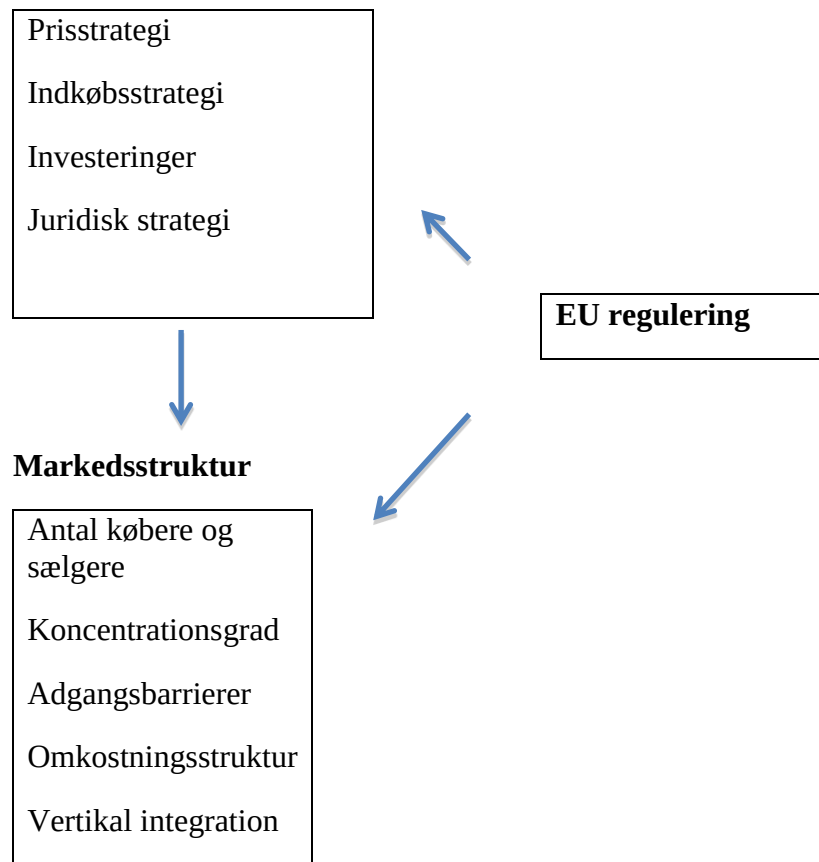
Kapitlerne 4-6 opstiller og afprøver en tese. Således søger kapitel 4-6 overordnet at besvare tesen, at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Tesen afprøves ved hjælp af økonomiske teorier, der præsenteres i hvert kapitel herunder. Hvert kapitel arbejder således med selvstændige arbejdsspørgsmål der i sidste ende skal bidrage til at bekræfte eller forkaste den opstillede tese. Det overordnede sigte med kapitlerne 4-6 er således at afprøve, om den juridiske regulering kan begrundes ud fra økonomisk teori. Kapitlerne ender med enten at bekræfte eller forkaste den opstillede tese.

Overordnet fokuserer afhandlingens økonomiske analyse på forholdet mellem markedsstruktur og markedsadfærd, hvor de markedsaktører der er analyseenhed er EU's medlemsstater. Konkret er afhandlingens fokus på hvordan offentlige ordregivere som markedsdeltagere, på vegne af medlemsstaterne, påvirker markedsstrukturen på baggrund af den regulering de er underlagt. Situationen er skitseret nedenfor i figur 1.

²⁹ Se Nielsen og Tvarnø(2011), s. 179 der anfører, at ”retskildeværdien af udtalelser fra generaladvokater er tvivlsom”

Figur 1

Adfærd



Kilde: Scherer og Ross (1990), s. 5, tilpasset version

Dette udgangspunkt udspringer af Structure-Conduct-Performance (SCP) paradigmet, hvor denne afhandling anvender et tilpasset paradigme, idet fokus alene er på komponenterne Structure og Conduct. SCP paradigmet er baseret på neoklassisk teori og anlægges en forudsætning om ubegrænset rationalitet hos aktørerne.³⁰ Paradigmet anlægges et brancheorienteret perspektiv.³¹ Denne afhandling anlægges ikke et virksomhedsperspektiv, men anlægges derimod en statslig synsvinkel hvor det analyseres hvorledes EU regulering påvirker offentlige ordregiveres adfærdsmønstre og hvorledes dette har konsekvenser for markedsstrukturen. Herved analyseres EU's stater på branche niveau, hvor branchen er kendetegnet som den offentlige sektor.

³⁰ Knudsen (1997), s. 54

³¹ Knudsen (1997), s. 70

1.5.4 Kapitel 4

Kapitel 4 analyserer anbringenet i *FENIN* vedrørende den offentlige ordregivers mulige videresalg til private og turister,³² denne analyse anlægger et juridisk og økonomisk perspektiv. Den juridiske analyse skal bidrage til at vise, om der kan identificeres aktiviteter der kan falde ind under konkurrencereglerne. Konklusionerne fra den juridiske analyse anvendes herefter til at belyse, hvorvidt markedsstrukturen påvirkes, som følge af ordregivers adfærd i den pågældende situation. Dette gøres ved anvendelse af monopolteorien. Der tages udgangspunkt i teorien som fremlagt af Scherer og Ross.³³ Analysen anskuer herved, hvorledes markedsstrukturen påvirkes, som følge af, at ordregiver indtager en monopolstilling. Herudover fokuserer kapitlet på de særlige kendetegn der kan identificeres ved offentlige ordregivers incitamentsstruktur, herunder muligheden for at adskille ordregivers opgaver i henholdsvis velfærdsmaximerende og profitmaximerende aktiviteter. Denne del af analysen tager udgangspunkt i en økonomisk model for non-profit hospitaler som er introduceret af Newhouse.³⁴ Endelig introduceres principal-agent teorien. Principal-agent forholdet er karakteriseret som en relation mellem to parter, principalen og agenten, hvor principalen udpeger agenten til at træffe beslutninger på dennes vegne. Teorien fokuserer på hvordan der udformes en incitamentsforenelig kontrakt mellem parterne givet forskellige grader af usikkerhed og risikoaversion.³⁵ Teorien forudsætter at der er tale om en interessekonflikt mellem principalen og agenten, idet der foreligger asymmetrisk information, som kan medføre opportunistisk adfærd.³⁶ Idet principalen ikke kan observere agentens handlinger opstår problematikken omkring moral hazard, hvor agenten kan holde sine handlinger skjult for principalen. Disse handlinger har postkontraktuel karakter, idet der er tale om handlinger som foretages efter kontrakten er indgået.³⁷ Principal-agent teorien er neoklassisk, idet den er baseret på en forudsætning om rationalitet.³⁸ I diskussionen af ordregivers incitamentsstruktur analyseres forholdet mellem EU som principal og medlemsstaterne som agenter, hvorved der sættes lighedstegn mellem medlemsstater og deres offentlige ordregivere. Den traditionelle principal-agent teori udvides i

³² Sag T-319/99, *FENIN*, præmis 41.

³³ Scherer og Ross(1990), s. 21 ff.

³⁴ Newhouse (1970), s. 64-74.

³⁵ Knudsen (1997), s. 164.

³⁶ Hansen (2007), s. 120.

³⁷ Knudsen (1997), s. 167.

³⁸ Hansen (2007), s. 116.

analysen, idet der ikke blot er tale om én agent, men derimod flere agenter i form af EU's medlemsstater såvel som ordregivere. Principal-agent analysen søger at redegøre for den interessekonflikt der er mellem EU og medlemsstaternes offentlige ordregivere, for dernæst at diskutere hvordan den asymmetriske information mellem parterne, og herved ordregivers skjulte handlinger, påvirker incitamentsstrukturen i den offentlige sektor.

1.5.5 Kapitel 5

Kapitel 5 undersøger, med udgangspunkt i Oliver Williamsons transaktionsomkostningsteori om den fundamentale transformation, hvorledes markedsstrukturen ændres, som følge af en udbudsprocedure. Williamsons transaktionsomkostningsteori om den fundamentale transformation er en videreudvikling af transaktionsomkostningsteorien, som introduceret af Ronald Coase i artiklen ”The Nature of the firm”³⁹. Williamsons teori flytter analyseenheden fra virksomheden over til den enkelte transaktion. Ifølge denne teori vil omkostninger relateret til udformning, gennemførelse og kontrol af en transaktion mellem to parter anses for transaktionsomkostninger.⁴⁰ Eksempler på ovennævnte kan være, søge-, informations-, forhandlings- og håndhævelsesomkostninger. Williamsons fundamentale transformation er kendetegnet ved en situation, hvor mange agenter bliver til få for til sidst at ende i en bilateral relation,⁴¹ eksempelvis gennem tildelingen af en kontrakt. Kapitlet anvender Williamsons teori om den fundamentale transformation til at belyse, hvorledes markedsstrukturen ændres, som følge af en udbudsprocedure. Konklusionen fra denne analyse anvendes herefter til at teste de økonomiske rationaler bag *FENIN/Selex* doktrinen ved hjælp af den industriøkonomiske teori om købermagt. Analysen tager udgangspunkt i teorien, som fremført af Scherer og Ross.⁴² Teorien om købermagt indebærer en situation, hvor købersiden er koncentreret.⁴³ Herved kan købere udøve markedsmagt over for sælgere, hvilket kan ændre strukturen på et marked. Med udgangspunkt i den

³⁹ Coase (1937), s. 386-405.

⁴⁰ Lippert-Rasmussen og Mols (1993) s. 5.

⁴¹ Lippert-Rasmussen og Mols (1993) s. 19.

⁴² Se Scherer og Ross (1990) s. 519.

⁴³ Scherer og Ross identificerer yderligere to markedsstrukturer hvor købersiden er koncentreret, nemlig bilateralt oligopol og oligopsony.

industriøkonomiske teori om markedsmagt søger kapitlet således at belyse, hvorvidt købermagt begrænser konkurrencen på markedet.

1.5.6 Kapitel 6

Kapitel 6 foretager en retsøkonomisk analyse, hvor det ved hjælp af spilteori analyseres hvilken grad af regulering der er efficient når offentlige ordregivere agerer på markedet i samspil med private aktører. Kapitlet søger overordnet, på baggrund af konklusionerne i kapitel 4 og 5, at analysere, hvorvidt Domstolens doktrin medfører efficiens for samfundet. Kapitlet tager udgangspunkt i en analyse af hvilke tre grader (høj, mellem, lav) af anvendelse af konkurrencereglerne for parterne der er efficient for samfundet. Hertil opstilles en matrix hvori det synliggøres om en ændret reguleringsstruktur vil medføre forbedret økonomisk efficiens. Med andre ord giver den retsøkonomiske analyse et bud på om reguleringen kan forbedres ud fra et samfundsmæssigt synspunkt.⁴⁴ Analysen søger herved, at finde frem til, om *FENIN/Selex* doktrinen er samfundsøkonomisk efficient.

1.5.7 Kapitel 7

Kapitel 7 foretager en retspolitisk analyse. Den retspolitiske analyse tager udgangspunkt i, om den nuværende reguleringsstruktur stemmer overens med markedsaktørernes adfærd.⁴⁵ På baggrund af afhandlingens juridiske og økonomiske analyser belyser kapitlet hvordan retsstillingen bør være. Analysen søger at finde frem til hvorvidt der kan konstateres et udbudsretligt dominansbegreb og det analyseres om visse aktiviteter udøvet af offentlige ordregivere kan medføre et misbrug af en dominerende stilling i konkurrencereglernes forstand. Hertil belyses, hvilke misbrugsformer fra konkurrenceretten der er relevante for analysen af ordregiver dominans. Herefter udledes kriterier for tilstedeværelsen af ordregiver dominans i udbudssituationer. Analysen opstiller på denne baggrund forslag til hvordan samspillet mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne bør reguleres. Konklusionerne fra afhandlingen vil sammenholdes, for på den måde at vurdere, hvorvidt konkurrencereglerne bør finde anvendelse på de konstaterede effekter fra ordregivers adfærd.

⁴⁴ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 451.

⁴⁵ Nielsen og Tvarnøe (2011), s. 430 ff.

1.5.8 Kapitel 8

Kapitel 8 konkluderer på afhandlingens problemstilling.

Kapitel 2

2.1 Forholdet mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne

2.1.1 Formålsfortolkning af udbudsreglerne

Udbudsreglerne har forskelligartede målsætninger som i bund og grund handler om sikring af en fair og åben konkurrence mellem europæiske leverandører på det indre marked når offentlige kontrakter tildeles.⁴⁶ Generelt kan man sige at udbudsreglerne har til formål at skabe åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer, der giver mulighed for fri og lige konkurrence. Målsætningen for offentlige udbud i EU er således at opnå en fair og åben konkurrence indenfor offentlige kontrakter, herigennem at sikre private udbydere at opnå fordelene af det indre marked og sikre, at offentlige ordregivere kan vælge mellem konkurrencedygtige tilbud.⁴⁷

EU's udbudsregler tager deres udspring i EU Traktatens regler om fri bevægelighed, i særdeleshed bestemmelserne i TEUF afsnit II samt IV som garanterer fri bevægelighed af varer, tjenesteydelser og kapital indenfor det indre marked, samt principperne afledt heraf om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.⁴⁸ I dommen *C-26/03 Stadt Halle* fremhævede Domstolen, at hovedformålet bag udbudsreglerne er fri bevægelighed for tjenesteydelser samt sikring af en ufordrejet konkurrence på EU's markeder for offentlige indkøb.⁴⁹ Denne holdning blev videreført i dommen *C-95/10 Strong Seguranca*, hvor Domstolen fastslog, at princippet om den effektive konkurrence er hovedformålet bag Udbudsdirektivet.⁵⁰

⁴⁶ COM(96)583 final, s. 3 ff.

⁴⁷ Op.Cit.

⁴⁸ Direktiv 2004/18 EF, præambelens 2. betragtning.

⁴⁹ Sag C-26/03 *Stadt Halle*, præmis 44. Dommen omhandlede spørgsmålet om hvorvidt det var foreneligt med EU-retten at en tysk by tildelte en tjenesteydelsesaftale uden afholdelse af udbud til et privat selskab hvor byen var hovedanpartshaver. Domstolen fandt, at den omstændighed at der også indgik private kapitalandele i selskabet udelukkede at staten kunne udøve kontrol hermed som svarede til den kontrol den udøvede med sine egne tjenestegrene. Udbudsdirektivet skulle derfor have været fulgt ved indgåelsen af den offentlige aftale.

⁵⁰ Sag C-95/10 *Strong Seguranca*, præmis 37. Dommen omhandlede et selskab der ikke fik tildelt en offentlig kontrakt, da det blev påstået at selskabet ikke var berettiget til at henvise til den finansielle formåen hos et andet selskab. Domstolen fandt at udbudsdirektivet ikke skaber en forpligtelse til at anvende direktivbestemmelsen vedr. at 'en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen' på bilag II B tjenesteydelser.

Direktivet var dog ikke til hinder for at Medlemsstater og ordregivere i den nationale lovgivning og udbudsbetingelserne foreskrev en sådan anvendelse.

Ordregivende myndigheder er i henhold til Udbudsdirektivet⁵¹ pligtsbjekter og er herved udbudspligtige når de indgår offentlige vare-, tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakter over de i direktivet fastsatte tærskelværdier. Ifølge direktivets art. 1 stk. 9 omfatter ordregivende myndigheder

- staten
- regionale eller lokale myndigheder
- offentligretlige organer og
- sammenslutninger af myndigheder eller offentligretlige organer

Ved et offentligretligt organ forstås ethvert organ, der er oprettet med henblik på at opfylde almenhedens behov, som er en juridisk person og som er nært knyttet til det offentlige ved offentlig finansiering, kontrol eller ved at det offentlige udpeger mere end halvdelen af medlemmerne til de styrende organer.⁵²

Behov af industriel eller kommerciel karakter er ikke omfattet af begrebet offentligretligt organ, hvilket vil sige at udbudsdirektivet alene omfatter ordregivere som ikke optræder på det frie marked i kommerciel konkurrence. I dommen *C-373/00 Adolf Truley* definerede Domstolen begrebet 'almenhedens behov' som værende behov, der dels opfyldes på en anden måde end ved at udbyde goder eller tjenesteydelser på markedet, dels behov, som staten af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en bestemmende indflydelse.⁵³ Offentligretlige organer formodes herved ikke som udgangspunkt at handle ud fra almindelige markedsøkonomiske hensyn og er derfor underlagt udbudsdirektivet.

En anden central målsætning ved EU's udbudsregler er, at give leverandører fri adgang til det indre marked hvor der er store muligheder for at få del i efterspørgslen og at styrke konkurrenceevnen for europæiske leverandører.⁵⁴

⁵¹ Direktiv 2004/18/EF.

⁵² Nielsen (2010), s. 115 ff.

⁵³ Sag C-373/00 *Adolf Truley*, præmis 50. Dommen omhandlede et datterselskab til et selskab hvis aktier blev ejet af byen Wien. Datterselskabet afholdt ikke EU-udbud, men alene udbud med national annoncering vedrørende et indkøb af ligkistetilbehør, hvorfor en forbigået tilbudsgiver indgav klage. Domstolen skulle bl.a. tage stilling til om begrebet 'almenhedens behov' var et EU-retligt og dækkende begreb.

Se for samme formulering forenede sager C-223/99 og C-260/99 *Agorá*, præmis 37

⁵⁴ COM(96)583 final, s. 3 ff.

Der kan altså identificeres tre overordnede målsætninger med udbudsreglerne, der har indflydelse på, hvordan udbudsreglerne skal fortolkes.⁵⁵ De tre overordnede målsætninger er:

- Ligebehandling
- Gennemsigtighed
- Fjernelse af adgangsbarrierer

Det diskuteres i den juridiske litteratur, hvad udbudsreglernes egentlige sigte er, og det lader ikke til, at der er fuldstændig enighed på området. Nogle juridiske forfattere mener, at udbudsreglerne har et bredt sigte, hvoraf nogle mål er vigtigere end andre, og visse af målene kan være direkte modstridende.⁵⁶ Andre juridiske forfattere påpeger derimod, at udbudsreglerne har det ene formål at fremme målsætningerne for det indre marked, hvilket alene gøres i udbudsreglerne ved hjælp af de tre ovenstående midler, nemlig at; sikre ligebehandling; sikre gennemsigtighed samt at; fjerne adgangsbarrierer.^{57,58}

Udbudsreglernes sigte er vigtig at holde sig for øje, i den forstand at det kan være afgørende for fortolkningen af, hvorledes udbudsreglerne kan tolkes i relation til andre regelsæt, som eksempelvis konkurrencereglerne. I henhold til denne afhandling er afgrænsningen således især vigtig i vurderingen af, hvorfor Domstolen dømmer som den gør i dommene *FENIN* og *Selex*, samt i det hele taget i spørgsmålet om, hvordan konkurrencereglerne og udbudsreglerne spiller sammen.

Det centrale spørgsmål i forhold til denne afhandlings problemstilling er, om alle aktiviteter udøvet af offentlige ordregivere kan antages at opfylde almenhedens behov.⁵⁹ Trods ovennævnte uoverensstemmelser for så vidt angår udbudsreglernes sigte, kan det ikke afvises, at ordregiver kan have en bredere målsætning for øje, når denne udbyder kontrakter på markedet. Uagtet den juridiske diskussion, kan

⁵⁵ Arrowsmith(2011) s. 1.

⁵⁶ Se for denne opfattelse Graells (2011) s. 98 der blandt andet oplister følgende målsætninger: competition; integrity; transparency; efficiency of the procurement system; customer satisfaction; best value for money; wealth distribution; risk avoidance; and uniformity of rules.

⁵⁷ Se Arrowsmith (2011) s. 1, der påpeger at hovedmålsætningen med udbudsreglerne er de nævnte

⁵⁸ I hvidbogen COM(85)310 final, som havde fokus på forhold der på daværende tidspunkt hæmmede udviklingen af det indre marked, fremhæves det, at medlemsstaternes tendens til at indgå offentlige kontrakter med nationale udbydere/leverandører er en stor barriere for udviklingen af det indre marked, s. 23

⁵⁹ Dette spørgsmål vil blive belyst i afsnit 2.3

ordregiver med andre ord sagtens have andre, og mere kommercielle målsætninger for øje, eksempelvis i ønsket om at opnå besparelser, når der indkøbes varer og tjenesteydelser.⁶⁰ Denne afhandling søger derfor, at klarlægge hvorvidt offentlige ordregivere kan agere indenfor områder som kan adskilles fra deres primære offentlige opgaver.

Set i dette lys, skal Udbudsdirektivet søge at finde en balance mellem sikringen af det Indre Marked på den ene side, og imødekommelse af Medlemsstaternes interesser på den anden side.⁶¹ I henhold til denne afhandling, er det således interessant at belyse, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne og konkurrencereglerne interagere under hensyntagen til EU som samfundsmæssig institution på den ene side og de enkelte Medlemsstaters interesser for deres offentlige sektorer på den anden side.

2.1.2 Formålsfortolkning af konkurrencereglerne

EU's konkurrencepolitik hører overordnet under EU's reguleringspolitikker⁶² og er en økonomisk politik. Konkurrencepolitikken er en af grundpillerne i Kommissionens arbejde på det økonomiske område, der bygger på Traktatens princip om 'en åben markedsøkonomi med fri konkurrence'.⁶³ Dette princip er udtryk for en erkendelse af, at markeds- og konkurrenceforholdene spiller en afgørende rolle for at sikre forbrugernes velfærd, fremme en optimal ressourceallokering og anspore de økonomiske aktører til at satse på en effektiv og innovativ produktion af høj kvalitet.⁶⁴ Der er således en efficiensbetragtning bag EU's konkurrencepolitik, men også andre og mere sociale mål forfølges,⁶⁵ herunder mål der skal sikre omfordeling, og dermed sikre at der sker korrektion af markedsfejl. Konkurrencereglerne adskiller sig fra fribevægelighedsreglerne, som er karakteriseret ved at fjerne handelshindringer indenfor EU. Konkurrencereglerne har derimod til formål at regulere EU's markeder, og reglerne har derfor spillet en væsentlig rolle i opbygningen af det Indre Marked.⁶⁶

⁶⁰ Se afhandlingens kapitel 5 for en diskussion af ordregiveres incitamentsstruktur

⁶¹ Se i øvrigt Arrowsmith (2012) der anfører dette.

⁶² Hix og Høyland identificerer fem overordnede politikområder i EU, hvoraf konkurrencepolitikken hører under reguleringspolitikkerne, se Hix og Høyland (2011) s. 3

⁶³ Se art. 119 TEUF, som bl.a. hjemler samordningen af EU's økonomiske politikker

⁶⁴ SEK(2001)694 endelig, punkt 1.

⁶⁵ Se Jones and Sufrin (2008) s. 18, samt Hix og Høyland(2011) s. 189 der anfører, at der er to mulige effekter af en økonomisk politik; enten redistributive eller efficiensmæssige.

⁶⁶ Sczyzszak (2007), s. 17

EU's konkurrenceregler er hjemlet i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Reglerne kan overordnet deles op i tre dele, hvoraf kapitel 1 indeholder 'regler for virksomhederne'. Denne afdeling, og nærmere bestemt artiklerne 101-106 TEUF, indeholder bestemmelser der forbyder visse former for adfærd der kan hindre konkurrencen. Konkurrencereglerne er adresseret til virksomheder og finder for så vidt ikke anvendelse på Medlemsstaterne.⁶⁷ Konkurrencereglerne finder herved ikke anvendelse på ordregivende myndigheder i henhold til definitionen i Udbudsdirektivets art. 1 stk. 9. Afgrænsningen af, hvorvidt der er tale om en virksomhed foretages på baggrund af det retspraksis udviklede virksomhedsbegreb. Der findes adskillige afgørelser der fastlægger definitionen på, hvad der udgør en virksomhed.⁶⁸ I relation til denne afhandlings problemstilling er især art. 102 TEUF relevant. Denne artikel hjemler forbuddet mod virksomheders misbrug af dominerende stilling, og præciserer endvidere, hvad misbruget kan bestå i.^{69,70} Artikel 102 TEUF er en forbudsbestemmelse der, efter sin ordlyd, forbyder virksomheders misbrug af dominerende stilling på markedet. Artiklen forholder sig ikke til selve eksistensen eller opnåelsen af den dominerende stilling, men blot til misbruget heraf.⁷¹

2.1.2.1 Markedsmagt

Den økonomiske pendant til det juridiske dominansbegreb i art. 102 TEUF er markedsmagt. Indenfor økonomisk teori findes forskellige syn på begrebet markedsmagt.⁷² Der findes to retninger der er relevante at diskutere, nemlig de traditionelle industriøkonomer⁷³ overfor Chicago-økonomerne⁷⁴. Den første gruppe af

⁶⁷ EU har dog indirekte mulighed for at pålægge Medlemsstaterne forpligtelser til ikke at agere konkurrencestridigt gennem den retspraksis udviklede State Action Doktrin, som kan anses for en form for offentlig konkurrenceret

⁶⁸ Se afhandlingens afsnit 2.4 for en diskussion af det juridiske virksomhedsbegreb

⁶⁹ 'Misbrug kan især bestå i: a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgsspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand'

⁷⁰ Se afhandlingens kapitel 7 for en diskussion af misbrugsformerne i art. 102 TEUF overført på udbudssituationen

⁷¹ Fejøl (2009) s. 141

⁷² Markedsmagt, herunder monopsony identificeres i økonomisk teori som én af de fire markedsfejl. Cooter og Ulen identificerer de øvrige tre som; Eksternaliteter, offentlige goder og asymmetrisk information, se Cooter og Ulen (2008) s. 43ff.

⁷³ Eksempelvis Scherer og Ross.

⁷⁴ Eksempelvis Demsetz, Bork og Posner.

økonomer mener overordnet, at markedsconcentration kan lede til markedsagt, og at konkurrencereglerne skal modvirke denne tilstand. Omvendt mener Chicago-økonomerne at konkurrencereglerne kan være skadelige for konkurrencen, idet konkurrenceelementer vil hindre den tilstand hvor markedsconcentration kan føre til markedsagt.⁷⁵ De to økonomiske retninger er altså grundlæggende uenige om, hvorvidt markedsconcentration er et konkurrencepolitisk problem. De traditionelle industriøkonomer mener, at markedsagt kan opstå som en naturlig følge af virksomhedernes ageren, og at denne tilstand vil opstå, uagtet statens indblanding.⁷⁶ Dette syn er Chicago-økonomerne uenige i. De mener nemlig, at netop statens indblanding skaber adgangsbarriererne.⁷⁷ Konkurrencepolitisk er det af stor betydning, hvilket syn på markedsagt der anlægges. Såfremt statens indblanding vil skabe adgangsbarrierer må det, alt andet lige, være vigtigst at konkurrencemyndighederne søger at hindre unødigt offentlige indblanding, mens hvis modsatte syn er gældende, nemlig at markedsagt vil opstå naturligt på et marked, må konkurrencemyndighederne søge at hindre, at virksomhederne kan udnytte denne agt. Retrospektivt er der eksempler på, at begge syn er eller har været fremherskende i EU's konkurrencepolitik.⁷⁸ Eksempelvis kan liberaliseringstiltagene indenfor flere sektorer ses som et eksempel på, at EU søger at mindske det offentlige indblanding i visse sektorer, og at der generelt stoles på, at markedet indretter sig hensigtsmæssigt. Derimod kan tolkningen af virksomhedsbegrebet, som det vil fremgå nedenfor i afsnit 2.2, være et eksempel på, at EU søger at bibeholde en vis grad af styring af virksomhederne ved at lade Medlemsstaterne kontrollere deres offentlige sektor.⁷⁹

Som afrunding på ovenstående kan det altså konstateres, at økonomerne har forskellige syn på, hvor meget, eller hvor lidt offentlig indblanding, der vil gavne markedet. Overført på denne afhandlings problemstilling må spørgsmålet således være, hvorvidt det er optimalt at staten, nærmere bestemt Medlemsstaternes offentlige

⁷⁵ Se for denne fremlægning; Møllgaard (1998) s. 1.

⁷⁶ Af Demsetz benævnt "selvtilstrækkelighedsteorien".

⁷⁷ Af Demsetz benævnt "indblandingsteorien".

⁷⁸ Møllgaard (1998) anfører således, at såvel EU som Danmark, synes at bekende sig til begge former for konkurrencepolitik.

⁷⁹ Se eksempelvis Hix og Høyland (2011) s. 196 der anfører, at EU's konkurrencepolitik ikke altid har forfulgt et mål om fri konkurrence. Således har EU's konkurrencepolitik i mange år været præget af visse medlemsstats magt, der har hindret konkurrencepolitiske tiltag indenfor visse offentlige sektorer. I samme retning: Holmes (2004) der anfører, at der op gennem 80'erne var stor debat om, hvorvidt EU's konkurrenceregler var i stand til at imødekomme de almennyttige mål som de offentlige interesser forfølger og som til tider medfører konkurrencebegrænsende adfærd.

ordregivere, nyder en beskyttet stilling når de agerer i indkøbssituationer ved ikke at være underlagt konkurrencereglerne.

2.1.3 Samspillet mellem regelsættene

På baggrund af de to foregående afsnit kan det konstateres, at udbudsreglerne og konkurrencereglerne overordnet har forskellige målsætninger. Mens udbudsreglerne søger at hindre protektionistiske indkøb foretaget af offentlige ordregivere,⁸⁰ søger konkurrencereglerne at forebygge konkurrencestridig adfærd hos tilbudsgiverne.⁸¹ Dog har de to regelsæt målsætningen om, at skabe effektiv konkurrence på det indre marked til fælles.⁸² I Domstolens dom *SECAP*⁸³ blev automatisk udelukkelse af lave tilbud i en udbudsproces anset for ikke at være lovligt, da ordregiver herved ikke kunne vurdere de indkomne tilbud ved 'effektiv konkurrence', og da tilbudsgiverne herved havde mulighed for at aftale prisniveauet. Med denne henvisning tog Domstolen ikke stilling til, om 'effektiv konkurrence' refererede til, at undgå ordregivers beskyttelse af en tilbudsgiver (udbudsreglernes virke) eller at undgå ikke-konkurrencemæssig adfærd fra tilbudsgiverne (konkurrencereglernes virke). Denne dom viser, at sondringen mellem konkurrencereglerne og udbudsreglerne i nogle tilfælde ikke er klar, og at regelsættene kan influere på hinanden.

Figur 2



Kilde: Egen tilvirkning

⁸⁰ Se Direktiv 2004/18/EF præambel 2, hvor det statueres at ikke-forskelsbehandling er en målsætning bag direktivet

⁸¹ Ølykke (2011), s. 183

⁸² Således; Direktiv 2004/18/EF, præambel 2, 2. punktum og sag 2/76, *United Brands*, præmis 65.

⁸³ Sag C-147-148/06, *SECAP SpA* (C-147/06) og *Santorso Soc. coop. arl* (C-148/06) mod *Comune di Torino*. Dommen omhandlede en italiensk lov, hvorefter bud der blev vurderet som unormalt lave automatisk blev udelukket fra udbudsproceduren. Domstolen fastslog at ordregivere er forpligtede til at overholde princippet om ikke diskrimination. Det blev fastslået at tilbudsgivere fra andre medlemsstater kunne blive udsat for indirekte diskrimination ved den nationale lovgivning. Automatisk udelukkelse af lave bud var derfor ikke lovligt.

2.2 Omfanget af Traktatens artikel 345

I artikel 345 TEUF fastlægges kompetencefordelingen mellem Medlemsstaterne og EU, for så vidt angår ejendomsretlige ordninger. Artiklen bestemmer at

”De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af traktaterne”

Artikel 345 TEUF medfører, at Medlemsstaterne reelt selv kan bestemme størrelsen af deres offentlige sektor, idet den ejermæssige struktur af virksomheder kan fastlægges på nationalt plan. Artiklen afholder sig herved fra, at beskæftige sig med Medlemsstaternes ejendomsretlige ordninger, hvorimod det er fremtrædende i Traktaterne som helhed, at den dominans som offentlig ejerskab kan medføre er uønskelig. Traktaterne anser ligeledes tildelingen af en fordelagtig position til visse virksomheder som værende uønskelig,⁸⁴ idet virksomhederne herved kan fordreje konkurrencen på det indre marked.⁸⁵ I de senere år er art. 345 således blevet fortolket i retning af, at den pålægger Medlemsstaterne visse restriktioner i forhold til hvilke metoder og former for regulering staterne kan anvende når de agerer på markedet,⁸⁶ idet statens indblanding i markedet netop kan være med til at fordreje konkurrencen.⁸⁷ Statsstøttereglerne i art. 107-109 TEUF er en konsekvens heraf. Reglerne indeholder et forbud mod støtte der ydes ved statsmidler og som kan fordreje konkurrencen på det indre marked. Dette skal ses i sammenhæng med udviklingen i Medlemsstaterne indenfor privatisering af industrier der tidligere var offentlige samt liberaliseringsinitiativerne på EU plan indenfor eksempelvis sektorerne energi, post og telefoni, som har medført en mere begrænset rolle for staten på markedet.⁸⁸

Forskellige Medlemsstater har gennem tiden forsvaret deres ret til at interagere på markedet, ved at hævde at de havde immunitet fra bl.a. konkurrencereglerne gennem art. 345. I *Golden Shares* sagerne⁸⁹ forsøgte flere Medlemsstater, at anvende art. 345 TEUF som et værn mod indgreb fra EU-retten vedrørende følsomme områder indenfor deres indenlandske økonomiske politikker. Domstolen var dog ikke villig til

⁸⁴ Med mindre der er tale om en situation i lighed med art. 106 stk. 2 TEUF hvori det bestemmes, at virksomheder der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse er underlagt konkurrencereglerne i det omfang disse ikke hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver som er betroet dem

⁸⁵ Craig og de Búrca (2011) s. 1073

⁸⁶ Sczyczak (2007), s. 1

⁸⁷ Sczyczak (2007), s. 16

⁸⁸ Craig og de Búrca (2011) s. 1072

⁸⁹ Sag C-463/00 Kommissionen mod Spanien (2003), sag C-367/98 Kommissionen mod Portugal (2002), sag C-483/99 Kommissionen mod Frankrig (2002)

at anvende artikel 345 TEUF i denne sammenhæng.⁹⁰ Artikel 345 TEUF er generelt blevet fortolket indskrænkende, bestemmelsen har eksempelvis heller ikke forhindret begrænsninger indenfor immaterielle ejendomsrettigheder i EU-retten.⁹¹

I diskussionen af forholdet mellem udbudsreglerne, som regulerer aktører indenfor den offentlige sektor, og konkurrencereglerne, som regulerer virksomheder der agerer på kommercielle markeder, er General Advokat Maduro's udtalelse i sit forslag til afgørelse i dommen *FENIN* central at inddrage. Maduro påpeger, at når Domstolen forsøger at afgøre, om en aktivitet udøvet af staten eller af et statsligt organ har økonomisk karakter, betræder den et farligt område, idet den skal finde en balance mellem nødvendigheden af at beskytte den frie konkurrence på det europæiske marked, og respekten for Medlemsstaternes kompetencer.⁹² Det kan konstateres, at art. 345 skal fortolkes indskrænkende og at Medlemsstaterne må antages at være pålagt, at tage hensyn til EU's politikker når de indretter deres offentlige sektorer. Men det kan diskuteres, hvorvidt Medlemsstaterne i den politiske proces indenfor EU forsøger, at undgå at blive frataget deres kompetencer til frit at agere indenfor deres offentlige sektorer. Det vil være i den enkelte Medlemsstats interesse, at underligge alle aktiviteter udøvet af det offentlige kategorien almenhedens behov, og herved betegne aktiviteterne som værende af ikke-økonomisk karakter som ikke kan reguleres af konkurrencereglerne.⁹³

2.3 Aktiviteter udøvet i almenhedens interesse

I den juridiske litteratur diskuteres det, om alle offentlige ordregiveres aktiviteter udøves i almenhedens interesse. Således anføres det, at kravet om at offentligretlige organer, jf. Udbudsdirektivets art. 1 stk. 9, er oprettet med henblik på at opfylde almenhedens behov med fordel kan udelukkes fra direktivteksten.⁹⁴ Arrowsmith anfører, at karakteren af de behov et offentligretligt organ skal opfylde ikke er relevant i reguleringen af diskriminerende indkøbsprocesser. Hun påpeger, at denne regulering risikerer, at medføre en beskyttelse af offentlige aktører der agerer på det frie marked i samspil med private aktører. Arrowsmith konstaterer, at selvom offentlige aktører, der opererer på det frie marked, kan være underlagt

⁹⁰ Sczyczak (2007), s. 8

⁹¹ Se som eksempel sag C-16/74 Centrafarm BV v Winthrop BV.

⁹² Se Forslag til afgørelse fra General Advokat Maduro i sag C-205/03 P *FENIN*, betragtning 26

⁹³ Se nærmere vedrørende aktiviteter af økonomisk karakter nedenfor i afsnit 2.4.1

⁹⁴ Se for dette synspunkt Arrowsmith (2005), s. 266

konkurrencereglerne, vil dette regelsæt ikke yde beskyttelse overfor diskriminerende indkøb. Disse synspunkter anfægtes i litteraturen⁹⁵, hvor det anføres at offentligretlige organer som oftest er etableret med henblik på at opfylde almenhedens behov. Det betvivles i denne litteratur, at stater vil have interesse i at oprette offentligretlige organer, der (alene) agerer på det frie marked.

Denne afhandling vil netop beskæftige sig med diskussionen af om offentlige aktører, der agerer på det frie marked i samspil med private aktører, nyder en beskyttet stilling på markedet. Afhandlingen vil bidrage med en analyse af, om offentligretlige organer i blot nogle af dets aktiviteter kan anses for at agere på det frie marked, og herved med fordel kan underlægges konkurrenceretlig regulering for så vidt angår visse aktiviteter.

2.4 Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb

Begrebet virksomhed er ikke defineret i Traktaten, hvilket vil sige, at der ikke findes en almen afgrænsning af begrebet der kan anvendes indenfor alle områder af EU-retten.⁹⁶ Der er dog, gennem retspraksis, udviklet en selvstændig betydning af begrebet der nærmere definerer, i hvilke tilfælde der er tale om en virksomhed, og altså, i hvilke tilfælde konkurrencereglerne da vil finde anvendelse.

Begrebets nærmere definition er af stor betydning for denne afhandlings problemstilling, idet afgrænsningen vil have betydning for, om ordregiver kan falde ind under begrebet.⁹⁷ Med dommen *Höfner og Elser*⁹⁸ slog Domstolen fast⁹⁹, at virksomhedsbegrebet omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed¹⁰⁰, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde.^{101,102} Ved formuleringen

⁹⁵ Se Ølykke (2010), 86 ff.

⁹⁶ Se bl.a Sierra (1999) s. 31; Amato og Ehlerman (2007) s. 3; Heide-Jørgensen (2009), s. 71

⁹⁷ Se afsnit 2.4.1 nedenfor om det fællesskabsretlige udviklede begreb 'økonomisk aktivitet'

⁹⁸ Sag C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH*

⁹⁹ Domstolen præciserede nærmere bestemt virksomhedsbegrebet i *Höfner og Elser*. Allerede i dommene Forenede sager 17/61 og 20/61 *Klöckner-Werke AG og Hoesch AG mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab* samt sag 155/73 *Giuseppe Sacchi* fastslog Domstolen, at forfølgningen af et bestemt økonomisk formål er afgørende for, hvorvidt der er tale om en virksomhed i traktatens forstand.

¹⁰⁰ Se dog den engelske sprogudgave af dommen, der anvender terminologien "aktivitet" i stedet for "virksomhed". I denne opgave anvendes terminologien aktivitet.

¹⁰¹ Sag C-41/90 *Höfner og Elser*, præmis 21 har følgende ordlyd: 'Herved bemærkes, at indenfor konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk aktivitet.'

af virksomhedsbegrebet i *Höfner og Elser* opdeles begrebet i to;

- det præciseres således at begrebet indebærer enhver enhed, som udøver økonomisk aktivitet og
- at der ved fastlæggelsen af, om der er tale om en økonomisk aktivitet, ikke skal tages højde for enhedens retlige status og finansieringsmåde.

Denne funktionsorienterede tilgang, hvorved det er typen af aktiviteten der udøves, nærmere end kendetegnene ved de aktører der udøver den, viser samtidig, at Domstolen anlægger en liberal holdning til en enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Der har således sjældent været anledning til at diskutere denne del af virksomhedsbegrebet. Retspraksis fokuserer på, at fastlægge hvorvidt en enhed udøver en økonomisk aktivitet i vurderingen af om en enhed er en virksomhed i konkurrencereglerne forstand.¹⁰³ Formuleringen ligger herved op til, at det centrale element er, hvorvidt en enhed udøver en økonomisk aktivitet. Det er dette parameter der skal testes, når det skal fastslås, hvorvidt en enhed, herunder en offentlig myndighed, kan betegnes som en virksomhed i konkurrencereglerne forstand.

Resultatet i *Höfner og Elser* tyder således umiddelbart på, at virksomhedsbegrebet skal defineres bredt, og at mange enheder falder ind under begrebet.¹⁰⁴ Med andre ord vil en offentlig ordregiver, efter definitionen i denne dom potentielt kunne falde ind under begrebet, såfremt de aktiviteter der udøves, kan betegnes som værende økonomiske. Der er henvist til *Höfner og Elser* dommen i meget stor udstrækning i senere retspraksis fra EU,¹⁰⁵ og dommen kan dermed siges at danne grundlag for virksomhedsbegrebet i EU.

2.4.1 Det EU-retligt udviklede begreb om økonomisk aktivitet

Som nævnt ovenfor er det i fastlæggelsen af, hvorvidt der er tale om en virksomhed, først og fremmest væsentligt at definere, hvorvidt der udøves en økonomisk aktivitet.

¹⁰² I denne dom fastslog Domstolen, at et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøvede arbejdsformidlingsvirksomhed uden vinding for øje, måtte anses som en virksomhed under henvisning til, at denne aktivitet principielt kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje

¹⁰³ Dette udtrykkes bl.a. i Sag C-41/90 *Höfner og Elser*, præmis 21 og udtrykkes ligeledes af Generaladvokat F.G. Jacobs i Forslag til afgørelse vedrørende Forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 *AOK Bundesverband m.fl.*, betragtning 25

¹⁰⁴ Se bl.a. Heide-Jørgensen (2009), s. 72

¹⁰⁵ Se eksempel Forenede sager C-159/91 og C-160/91, *Poucet og Pistre*, Sag C-244/94 *FFSA*, C-67/96, *Albany*, sag C-205/03 P, *FENIN*

Begrebet økonomisk aktivitet er defineret gennem retspraksis,¹⁰⁶ og i vurderingen af, hvorvidt en offentlig ordregiver udøver økonomisk aktivitet må der foretages en særskilt vurdering, for hver aktivitet som ordregiver udfører.¹⁰⁷ Den juridiske litteratur har gennem tiden diskuteret, hvad der helt præcist skal til, for at en aktivitet kan betegnes som værende økonomisk. Nogle forfattere mener, at det forhold, at en given aktivitet potentielt kan udøves af private aktører, er en tilstrækkelig forudsætning.¹⁰⁸ Denne test kendes fra *Höfner og Elser*, og er af nogle teoretikere blevet betegnet som ”potentialitets-testen”.¹⁰⁹ Andre mener, at der kan opstilles tre krav, nemlig at den pågældende enhed skal:

- 1) udbyde varer/tjenesteydelser på markedet;
- 2) bære den finansielle risiko samt have vinding for øje^{110,111}
- 3) Endelig argumenteres der for, at forfølgelsen af profit, altså at den offentlige enhed har vinding for øje, samt tilstedeværelsen af tilstrækkelig grad af konkurrence udgør tegn på økonomisk aktivitet.¹¹²

Forfatterne Jones og Sufrin udtrykker afgrænsningen af økonomisk aktivitet således, at der er to forhold der skal iagttages, nemlig; 1) udbud af varer/tjenesteydelser på markedet, og 2) mulighed for at aktiviteten kan udføres af private.

Såfremt disse to forhold er opfyldt, er det ifølge Jones og Sufrin underordnet, hvorvidt enheden rent faktisk tjener profit, og om den er etableret med henblik på økonomiske formål.¹¹³ I den juridiske litteratur er det desuden omtalt hvorledes statens aktiviteter kan opdeles i to grene; 1) statens kerne aktiviteter som offentlig myndighed (dens suverænitæt), som anses for ikke-økonomiske aktiviteter, og 2) statens udøvelse af aktiviteter som forfølger aktiviteter af almindelig økonomisk interesse.¹¹⁴

Visse dele af litteraturen åbner altså for diskussionen af, at en offentlig myndighed kan agere som en virksomhed i visse af sine aktiviteter, mens andre udelukkende forfølger varetagelsen af den offentlige opgave der er dem pålagt, og derfor ikke kan

¹⁰⁶ Sanchez, (2011), s. 132

¹⁰⁷ Sag 118/85 *Kommissionen mod Italien*, præmis 7

¹⁰⁸ Se i denne retning Drijber (2005) s. 528

¹⁰⁹ Holmes (2004) s. 159

¹¹⁰ Med vinding for øje menes i denne kontekst, at det skal være muligt for enheden at tjene et overskud på aktiviteten

¹¹¹ Odudu (2006), s. 26

¹¹² Sanchez (2011) s. 132

¹¹³ Jones og Sufrin (2008), s. 128

¹¹⁴ Louri (2002), s. 160

være økonomiske af karakter.¹¹⁵ Dette faktum anerkender Domstolen i dommen *Kommissionen mod Italien*¹¹⁶, hvori den fastlægger, nødvendigheden af at sondre imellem om en stats aktiviteter henhører under dens offentlige myndighed eller i dens egenskab af erhvervsmæssig virksomhed.¹¹⁷ Til trods for den teoretiske mulighed for en sådan adskillelse, viser Domstolen ikke tegn på at ville foretage en sådan adskillelse i praksis.¹¹⁸ Der findes således ikke eksempler i retspraksis hvor denne adskillelse af aktiviteter rent faktisk er effektueret.

Vurderingen af hvorvidt en given aktivitet skal anses som økonomisk, samt Domstolens villighed til at statuere adskillelse af statens aktiviteter fra hinanden, skal forstås i sammenhæng med et højere mål nemlig at definere, hvornår og i hvilke tilfælde, konkurrencereglerne vil finde anvendelse på de opgaver som Medlemsstaternes offentlige myndigheder udøver. Målet er med andre ord at fastlægge, hvilke offentlige konkurrencebegrænsninger der tillades, og hvilke der forbydes. Denne afvejning vil unægtelig være præget af divergerende interesser og det er næppe nogen nem opgave for Domstolen at navigere i dette farvand.¹¹⁹ Idet definitionen af begrebet om økonomisk aktivitet er udviklet gennem retspraksis, udvikler det sig løbende. Der findes således ikke et klart kriterium for, hvornår en aktivitet anses for økonomisk. Dette gør analysen af virksomhedsbegrebet kompleks, men det skaber også en situation hvor en given aktivitet ikke på forhånd med sikkerhed kan defineres som værende økonomisk eller ikke-økonomisk.¹²⁰

Nedenstående afsnit har på den baggrund til formål at give et overblik over, hvorledes begrebet økonomisk aktivitet, anses af Domstolen i henhold til udvalgte parametre på baggrund af kravene til hvornår der er tale om økonomisk aktivitet opstillet i litteraturen, samt hvad følgen af parametrene er. Det ligger uden for denne afhandlings fokus at definere begrebet i et bredt perspektiv, og fokus vil således være

¹¹⁵ Se Buendia Sierra (1999), s. 47ff der opdeler statens aktiviteter i hhv. ”diffuse” og ”specific” services, samt i samme retning General Advokatens forslag til afgørelse i dommen C-218/00 *Cisal*, betragtning 48, hvor han anfører at ’...Virksomhedsbegrebet er relativt således at forstå, at en given enhed kan anses for en virksomhed for så vidt angår en del af dens virksomhed...også selv om en anden del af enhedens virksomhed eventuelt ikke er omfattet af konkurrencereglerne...’. samt Meddelelse fra Kommissionen: KOM(2007) 724 endelig, s. 5

¹¹⁶ Sag 118/85, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik*

¹¹⁷ Op. Cit, Præmis 7

¹¹⁸ Domstolen anerkendte således hverken i dommen *FENIN* eller *Selex* at ordregiver aktiviteter kunne karakteriseres som værende økonomiske og adskilles fra enhedens offentlige opgave

¹¹⁹ Se i øvrigt afsnittet om art. 345 TEUF ovenfor

¹²⁰ Det problematiske ved den manglende definition af begrebet er påpeget flere steder i den juridiske litteratur. Se eksempelvis Sierra (1999) s. 58, Louri (2002), s. 97, Heide-Jørgensen (2009) s. 79

på, hvordan begrebet ansues indenfor det konkurrenceretlige område.¹²¹ Denne analyse er vigtig, fordi den er med til at kaste lys over Domstolens holdning til, hvornår en offentlig myndighed udøver økonomisk aktivitet, hvilket i sidste ende skal bidrage til konklusionen på spørgsmålet om, hvorfor Domstolen dømmer som den gør i *FENIN/Selex* sagerne. Fokus er lagt på de sager der har særlig interesse for denne afhandling, og der er lagt vægt på især tre parametre i de udvalgte domme, nemlig:

- 1) Om der udbydes en vare/tjenesteydelse på markedet,
- 2) Om en given aktivitet potentielt kan udøves af private parter samt
- 3) Om aktiviteten medfører en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at hindre.

1) Udbydes en vare/tjenesteydelse

I sagen *Kommissionen mod Italien*¹²² fastslår Domstolen, at enhver virksomhed der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked er økonomisk aktivitet. Sagen omhandlede spørgsmålet om hvorvidt et organ (AAMS), der var en del af den italienske statsadministration, skulle anses som en virksomhed, eller en offentlig myndighed. Domstolen fastslog, at det faktum at AAMS var en del af statsadministrationen ikke var til hinder for, at organet kunne betragtes som en virksomhed.¹²³

General Advokat F.G. Jacobs anfører ligeledes i sit forslag til afgørelse i dommen *Cisal*¹²⁴, at det afgørende kriterium, ved fastlæggelse af om en enhed falder ind under virksomhedsbegrebet er, om den pågældende enhed udøver aktivitet, der består i at udbyde goder og tjenesteydelser på et bestemt marked, og som, i det mindste principielt, kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje.¹²⁵ I denne dom skulle Domstolen tage stilling til, hvorvidt et organ, der ved lov var tillagt forvaltningen af en forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme, var omfattet af begrebet virksomhed i henhold til Traktatens konkurrenceregler. I *Cisal* fremhævede Domstolen, at et socialt formål i sig selv ikke er tilstrækkeligt til at

¹²¹ Se eksempelvis Odudu (2009), s. 228 ff, der behandler begrebet indenfor andre områder af EU-retten, eksempelvis i henhold til fri bevægelighedsreglerne

¹²² Sag 118/85 *Kommissionen mod Italien*, præmis 7

¹²³ Sag 118/85 *Kommissionen mod Italien*, præmis 8

¹²⁴ Sag C-218/00 *Cisal di Battistello Venziano & C. Sas mod Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*.

¹²⁵ Se betragtning 38.

fastlægge at et organ ikke kan betragtes som en virksomhed.¹²⁶ Domstolen fremhæver herved nødvendigheden af at foretage en afvejning mellem et organs aktiviteter af social og økonomisk karakter når det skal vurderes om enheden agerer i økonomiske aktiviteter. Domstolen åbner herved op for, at det ikke kan udelukkes at offentlige myndigheder kan agere som virksomheder, alene på den baggrund at deres opgaver er af social karakter. Med andre ord kan en offentlig myndighed således agere i almenhedens interesse i nogle af sine aktiviteter, og som en virksomhed i andre.

2) *Potentielt kan udøves af private*

Kriteriet for, om en given aktivitet kan udøves af private kendes fra *Höfner og Elser*¹²⁷. Som tidligere nævnt, kendes dette kriterium fra dele af litteraturen, som ”potentialitets-testen”¹²⁸ og går i sin enkelthed ud på, at Domstolen tager stilling til, hvorvidt en given aktivitet potentielt kan udøves af en privat part. Domstolen skulle i denne sag blandt andet tage stilling til, hvorvidt en enhed der udførte en offentlig opgave, kunne betegnes som en virksomhed. Domstolen udtalte til dette spørgsmål, at den omstændighed, at aktiviteten normalt udføres af en offentlig myndighed, ikke kan ændre på aktivitetens økonomiske karakter.¹²⁹ I samme retning påpeger General Advokat Tesauo i sit forslag til afgørelse i *FFSA*¹³⁰ at det er uden betydning, hvorvidt den virksomhed et organ udøver, drives uden vinding for øje, så længe den virksomhed organet udøver vil kunne udføres af en privat virksomhed med vinding for øje.^{131,132} Der er ikke krav til, at aktiviteten rent faktisk bliver udøvet af private. Den blotte mulighed er altså tilstrækkelig i sig selv. En given aktivitet vil således falde ind under konkurrencereglerne, som følge af kriteriets opfyldelse. Den såkaldte ”potentialitets-test” kan også tolkes således, at Domstolen i princippet vurderer, om der eksisterer et marked for den givne aktivitet. Der kan argumenteres for, at denne tolkning er mere anvendelig i vurderingen af, om konkurrencereglerne

¹²⁶ Sag C-218/00 *Cisal*, præmis 37.

¹²⁷ Sag C-41/90, *Höfner og Elser*.

¹²⁸ Holmes (2004) s. 159

¹²⁹ Sag C-41/90, *Höfner og Elser*, præmis 22.

¹³⁰ Sag C-244/94 *FFSA*. Domstolen fastslog i denne dom, at et fransk organ uden vinding for øje der forvaltede en frivillig ordning til supplement af en aldersforsikringsordning skulle kvalificeres som en virksomhed. Domstolen lagde vægt på, at medlemskab af ordningen var frivillig og at ordningen byggede på et kapitaliseringsprincip. Graden af solidaritet blev af Domstolen anset for at være utilstrækkeligt for at udelukke organet fra konkurrencereglernes anvendelsesområde.

¹³¹ Se betragtning 13, andet led.

¹³² Se endvidere Generaladvokatens forslag til afgørelserne; C-218/00 *Cisal*, betragtning 38 samt Forenede sager C-264/01, C-306/01 og C355/01 *AOK*, betragtning 27 der ligeledes lægger vægt på dette kriterium.

finder anvendelse på en given situation. Ved i stedet at anvende et såkaldt ”markeds-kriterium” tages der samtidig stilling til, hvorvidt den offentlige myndighed udfører en opgave, der ellers kunne udføres på markedsvilkår. Denne test er ifølge denne afhandlings forfattere mere interessant at foretage, idet der så samtidigt kan tages stilling til, om aktiviteten potentielt kan medføre en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at hindre. Dette sidste led, tager ”potentialitets-testen” ikke nødvendigvis aktivt stilling til, idet Domstolen i anvendelsen af testen blot implicit accepterer, at der er et marked. Implikationerne af at foretage en ”markeds-test” vil være, at den offentlige myndighed kan falde ind under konkurrencereglerne, som følge af opfyldelsen af testen.

3) Om aktiviteten medfører en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at forhindre

Et yderligere element der i retspraksis er lagt vægt på, i vurderingen af hvorvidt en enheds aktivitet er af økonomisk karakter, er om aktiviteten medfører en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at hindre. I dommen *FFSA*, som er omtalt ovenfor, lagde Domstolen vægt på om organets aktiviteter medførte en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at hindre.¹³³ Denne betragtning ses ligeledes i General Advokatens udtalelse i dommen *Cisal*.¹³⁴ Her understreges vigtigheden af at undersøge hvorvidt den pågældende enhed er i stand til at udløse de virkninger som konkurrencereglerne søger at forhindre. Der ses altså hos flere argumenter for, at lade dette parameter indgå i en samlet vurdering af konkurrencereglernes anvendelse på en given aktivitet. Der er således i retspraksis set eksempler på, at Domstolen lægger vægt på hvorvidt en given handling udfører en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre. I henhold til denne afhandlings problemstilling, vil det således være relevant at undersøge, hvorvidt en offentlig ordregivers adfærd medfører sådanne konkurrencebegrænsende virkninger.

¹³³ Sag C-244/94 *FFSA*, præmis 21.

¹³⁴ Forslag til afgørelse i sag C-218/00 *Cisal*, betragtning 71.

2.5 Afrunding

Dette kapitel har haft til formål at besvare, hvorledes offentlige ordregivere kan underlægges konkurrencereglerne. Analysen har vist, at udbudsreglerne og konkurrencereglerne grundlæggende har forskelligt sigte, men at der kan identificeres ligheder mellem reglerne, idet begge regelsæt har en målsætning om, at skabe effektiv konkurrence på det Indre Marked. Det må dog konstateres, at konkurrencereglerne alene finder anvendelse på virksomheder, som dette begreb er defineret i retspraksis. På baggrund af retspraksis kan det opsummeres, at det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb omfatter enhver enhed der udøver økonomisk aktivitet. Afhandlingen identificerer herefter tre parametre for økonomisk aktivitet der er relevante at diskutere i henhold til afhandlingens problemstilling. Der er tale om en økonomisk aktivitet når

- organet udbyder en vare eller tjenesteydelse på markedet
- når aktivitet potentielt kan udøves af private parter, med andre ord når der eksisterer et marked for den udbudte ydelse, samt
- aktiviteten medfører en adfærd som konkurrencereglerne har til formål at forhindre

Af ovenstående gennemgang konkluderes det, at en offentlig ordregiver kan siges at udøve en økonomisk aktivitet når denne interagerer på markedet, hvilket vil sige at, aktiviteter udøvet af offentlige ordregivere i princippet kan falde ind under virksomhedsbegrebet såfremt aktiviteten defineres som en økonomisk aktivitet. Det skal således konkluderes, at en offentlig ordregiver kan underlægges konkurrencereglerne, i tilfælde hvor en given aktivitet kan anses som økonomisk.

Kapitel 3

3.1 Ordregivers udøvelse af økonomisk aktivitet

Domstolen fik i 2004 anledning til at tage stilling til, hvorvidt indkøbsaktiviteter i udbudssituationer skal anses som en økonomisk aktivitet, og dermed falde ind under konkurrencereglerne. Domstolen skulle tage stilling til det direkte kontraktuelle forhold mellem en offentlig myndighed og en tredjepart. Dette forhold var ikke hidtil behandlet i retspraksis. Domstolens holdning til dette spørgsmål er af stor betydning for den offentlige ordregiver, idet sagen i bekræftende fald vil medføre, at ordregiver underlægges konkurrencereglerne og dermed potentielt kan dømmes for misbrug af dominerende stilling i henhold til art. 102 TEUF. Et sådan udfald af sagen, vil unægtelig, i visse tilfælde, indskrænke ordregivers ageren på indkøbsmarkedet. Dommen er også vigtig, fordi Domstolen i deres holdning til problemstillingen indikerer, hvorvidt den ønsker at ekskludere ordregiver fra konkurrencereglernes anvendelsesområde.

3.1.1 Sag C-205/03 P, *FENIN*

FENIN, der er en forening af virksomheder der sælger produkter til den spanske hospitalssektor, anlagde sag¹³⁵, først for Retten i Første Instans (herefter RFI) med påstand om annullation af Kommissionens beslutning¹³⁶ af 26. august 1999, og sidenhen appelsag¹³⁷ for Domstolen. FENIN's påstand var, at SNS, der er en sammenslutning af 26 offentlige enheder, der administrerer det nationale sundhedsvæsen, misbrugte sin dominerende stilling på markedet, ved at vente op mod 300 dage med at betale sine regninger¹³⁸ og at SNS følgelig skulle dømmes herfor i medfør af art. 102 TEUF. Tvisten i sagen er først og fremmest, hvorvidt SNS kan betegnes som virksomhed, der følgelig kan falde ind under konkurrencereglerne.

I det følgende vil Domstolens vurdering af sagen blive gennemgået, for på den måde at klarlægge, hvorledes virksomhedsbegrebet ansues af Domstolen i relation til en offentlig ordregiver. Rettens bemærkninger vil ligeledes blive inddraget da de, på visse punkter, udgør et vigtigt fortolkningsmæssigt bidrag. Denne delanalyse skal

¹³⁵ Sag T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*.

¹³⁶ Kommissionens beslutning af 26. august 1999 (SG(99)D/7.040)

¹³⁷ Sag C-205/03 P, *FENIN*

¹³⁸ Op. Cit, præmis 1

bidrage til at svare på kapitlets spørgsmål om, hvorfor Domstolen dømmer som den gør.

3.1.1.1 Domstolens og Rettens bemærkninger

Domstolen bekræfter først og fremmest resultatet i *Höfner og Elser* ved at fastslå, at begrebet virksomhed, efter fast retspraksis, omfatter enhver enhed som udøver økonomisk virksomhed, uanset dennes retlige status og finansieringsmåde.¹³⁹

Herefter bekræfter¹⁴⁰ Domstolen RFI's vurdering, hvorefter, det er den virksomhed der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed, og ikke den virksomhed der består i køb af varer som sådan. Det ses altså, at Domstolen på dette punkt følger fast restpraksis vedrørende virksomhedsbegrebet, og som beskrevet ovenfor i afsnit 2.4.1 om det EU-retligt udviklede begreb om økonomisk aktivitet. Med denne bemærkning fastslår Domstolen, at der ikke kan være tale om økonomisk aktivitet så længe der ikke sker videresalg af den købte vare/tjenesteydelse. Domstolen fastslår dog også, at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse der afgør karakteren af det købte,¹⁴¹ hvilket er en ny dimension i forhold til den etablerede praksis vedrørende virksomhedsbegrebet. Med denne bemærkning åbner Domstolen altså op for muligheden for, at ordregiver kan udøve økonomisk aktivitet, såfremt der sker udbud af en vare eller tjenesteydelse, samt at aktiviteten kan adskilles fra ordregivers efterfølgende brug. I det konkrete tilfælde, anvender SNS deres køb i det spanske hospitalsvæsen, hvilket i Rettens og Domstolens optik betyder, at der ikke sker videresalg, og at aktiviteten dermed ikke kan adskilles fra den offentlige opgave.¹⁴²

Det springende punkt lader således til at være, hvorvidt det faktiske køb kan adskilles fra de aktiviteter som købet efterfølgende skal anvendes til. I dette tilfælde kommer Domstolen frem til den konklusion, at de faktiske køb som SNS foretager, ikke kan

¹³⁹ Op. Cit., præmis 25.

¹⁴⁰ Op. Cit, præmis 26.

¹⁴¹ Op. Cit.

¹⁴² Denne fortolkning er modsat den de engelske konkurrencemyndigheder kom frem til i sag 1006/2/1/01 *Bettercare Group Limited v. the Director General of Fair Trading [2002] CAT*, hvor den engelske appeldomstol tog det synspunkt, at en social aktivitet kunne udgøre en økonomisk aktivitet. Begrundelsen for det resultat skal findes i argumentet om, at selve leveringen af den sociale ydelse til slutaftageren (borgeren) skal sidestilles med videresalg til (evt.) 100% rabat. Denne tolkning ses ligeledes hos Odudu (2006), s. 29.

adskilles fra den opgave som SNS udøver i sin egenskab af offentlig myndighed, hvorfor SNS ikke i denne konkrete situation kan betegnes som en virksomhed. SNS kan med andre ord ikke reguleres af konkurrencereglerne i dette tilfælde. Såvel RFI som Domstolen er altså af den opfattelse, at en aktivitet, der muligvis i sig selv kan anses som økonomisk aktivitet, ikke skal anses som sådan i EU-retlig forstand, når aktiviteten er accessorisk til en ikke-økonomisk aktivitet.

Trods ovenstående, anerkender RFI, at et organ kan købe ind i så store mængder, at det pågældende organ kan risikere at indtage en monopolstilling. Dette bør dog, ifølge RFI, ikke ændre på vurderingen af, om organet kan defineres som en virksomhed.¹⁴³ Det er ikke helt klart, hvad Retten vil med denne konstatering. Umiddelbart virker det modsatrettet, at Retten på den ene side accepterer risikoen for dominerende stilling, selv i situationer hvor der ikke kan ske adskillelse, og dermed potentielt også misbrug af en sådan, men på den anden side afskærer muligheden for at anvende konkurrenceretlige sanktionsmuligheder. Spørgsmålet er, hvorvidt dette er et tegn på, at Retten og Domstolen foretager en politik afvejning når det besluttes, om ordregivers adfærd (og dermed medlemsstaternes adfærd) skal sanktioneres, og om der er et bagvedliggende ønske om at ekskludere ordregiver fra konkurrencereglernes anvendelsesområde. Det er ikke til at sige med sikkerhed, om ovenstående gisning kan bekræftes, men det er uomtvisteligt, at Retten og Domstolen skal foretage en afvejning mellem hensynet til graden af konkurrence og hensynet til Medlemsstaternes suverænitet, når sager af denne karakter skal afgøres.

Afgørelsen i *FENIN* er efterfølgende bekræftet af Domstolen i *Selex-sagen*.¹⁴⁴

3.1.2 Sag C-113/07 P, *Selex*

Med *Selex*-dommen fik Domstolen endnu en gang anledning til at vurdere, hvorvidt en offentlig myndigheds aktiviteter kunne betegnes som økonomiske og dermed falde ind under virksomhedsbegrebet. Denne sag er, ligesom *FENIN*, anlagt på baggrund af en kommissionsbeslutning, først for Retten i Første Instans¹⁴⁵ og senere som appelsag for Domstolen¹⁴⁶.

¹⁴³ Sag T-319/99, *FENIN*, præmis 37.

¹⁴⁴ Sag C-113/07 P, *Selex*

¹⁴⁵ Sag T-155/04 *Selex*

¹⁴⁶ Sag C-113/07 P, *Selex*

Som det vil fremgå af nedenstående, bekræfter Domstolen i denne sag, den konklusion den nåede frem til i *FENIN*. *Selex*-sagen er altså, hvad angår den test der foretages, en opsummering i forhold til *FENIN*. Dog er *Selex*-sagen værd at kigge nærmere på, idet Retten og Domstolen afviger fra hinanden på ét centralt punkt, nemlig i den konkrete vurdering af, hvorvidt én af *Selex*'s aktiviteter kan betegnes som økonomiske.

Nedenfor gennemgås det skematisk hvilken systematik Retten har anvendt i deres vurdering.

Sagsøgte, Eurocontrol, er et internationalt organ hvis medlemmer udgør forskellige europæiske stater. Organets formål er at opretholde og sikre luftfartsikkerheden. Dette formål er nedskrevet i en Konvention¹⁴⁷ der er vedtaget af medlemmerne.¹⁴⁸ I medfør af denne konvention udfører Eurocontrol flere opgaver¹⁴⁹, som kan opstilles på følgende måde:

¹⁴⁷ Den internationale konvention af 13. december 1960 vedrørende samarbejde om luftfartens sikkerhed, som revideret og samordnet ved protokol af 27. juni 1997

¹⁴⁸ Medlemmerne af Eurocontrol udgør en række europæiske stater, herunder EU Medlemsstater. Den Europæiske Union tiltrådte konventionen ved Rådets afgørelse 2004/636/EF af 29. april 2004 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af protokollen om Det Europæiske Fællesskabs tiltrædelse af Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed, EUT L 304, s. 209

¹⁴⁹ Sag T-155/04 *Selex*, præmis 5-8

Figur 3.1

Opgave	Identifikation	Afgørelse
Regelfastsættelse, standardisering og godkendelse, herunder <i>udarbejdelse</i> af standarder	1a	Ikke tale om virksomhed, da der ikke kan ske adskillelse
Regelfastsættelse, standardisering og godkendelse, herunder <i>forberedelse</i> af standarder	1b	Ikke tale om virksomhed, da der ikke eksisterer et marked for den pågældende tjenesteydelse
Forsknings- og udviklingsopgaver, herunder erhvervelse af prototyper på ATM-udstyr ¹⁵⁰	2	Ikke tale om virksomhed, da der ikke kan ske adskillelse
Hjælp til de kontraherende staters myndigheder i forbindelse med udbudsprocedurer om levering af ATM-systemer	3	Tale om en virksomhed, da der kan ske adskillelse og der findes et marked for på pågældende tjenesteydelse

Kilde: Egen tilvirkning

SELEX Sistemi Integrati SpA (herefter Selex), der er en privat virksomhed, der agerer indenfor sektoren for systemer til lufttrafikregulering, forelagde i oktober 1997 klage for Kommissionen med påstand om, at Eurocontrol overtrådte konkurrencereglerne i forbindelse med udøvelsen af den standardiseringsopgave som Eurocontrol foretager. Kommissionen tager ikke Selex's påstande til følge, hvorefter Selex anlægger sag for RFI¹⁵¹ med påstand om annullation af Kommissionens beslutning.

RFI bemærker først og fremmest, at den konklusion Kommissionen kommer frem til i

¹⁵⁰ Air Traffic Management, der et system til lufttrafikreguleringen

¹⁵¹ Sag T-155/04 *Selex*.

sagen, nemlig at Domstolen tidligere, som led i sin dom af 19. januar 1994¹⁵² (herefter *SAT-dommen*), er kommet frem til, at Eurocontrol for samtlige sine aktiviteter ikke kan betegnes som en virksomhed, ikke kan lægges til grund for Kommissionens beslutning. RFI bemærker således, at i vurderingen af om et organ kan betegnes som en virksomhed, skal organets forskellige aktiviteter undersøges individuelt.¹⁵³ Det kan således, på trods af resultatet i *SAT-dommen*, ikke udelukkes, at de aktiviteter Eurocontrol udøver i denne sag, kan betegnes som økonomiske.

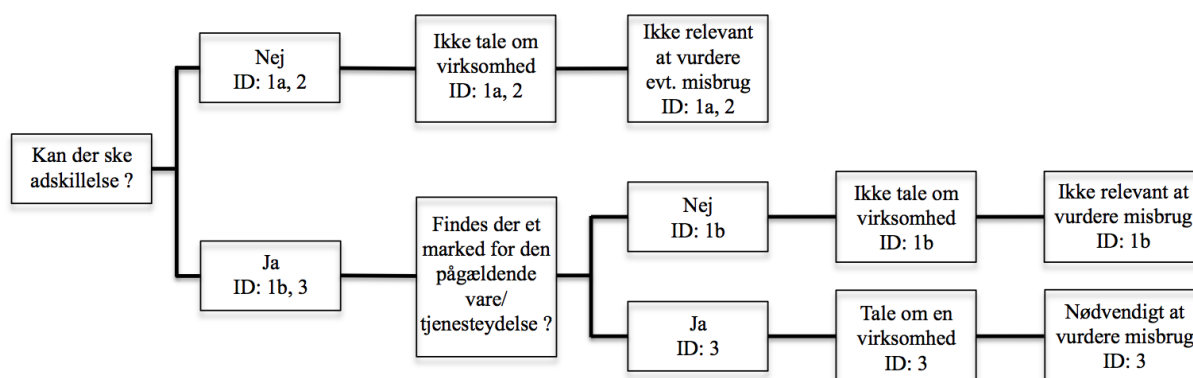
For hver af de aktiviteter Eurocontrol udfører, vurderer Retten herefter først og fremmest, om aktiviteten kan adskilles fra udøvelsen af de offentlige opgaver der er pålagt Eurocontrol. Såfremt aktiviteten ikke kan adskilles, er der ikke tale om en virksomhed, idet det er selve adskillelsesmuligheden der i sidste ende definerer om der er tale om en økonomisk aktivitet, altså hvorvidt aktiviteten er accessorisk til en ikke-økonomisk aktivitet. Denne fremgangsmåde følger Domstolens fremgangsmåde i *FENIN*. Dernæst, og kun i tilfælde, hvor der kan ske adskillelse, vurderer Retten, hvorvidt der eksisterer et marked for den pågældende tjenesteydelse/aktivitet. Denne test af, hvorvidt der eksisterer et marked for den pågældende ydelse adskiller sig således fra Domstolens fremgang i *Höfner og Elser*, hvor Domstolen foretager den såkaldte ”potentialitets-test”.¹⁵⁴ Her vurderer Domstolen, hvorvidt der er basis for at indføre konkurrenceelementer i en given sektor, ved at undersøge, om aktiviteten i princippet kunne udføres af private. Såfremt det ligeledes konstateres, at der findes et marked for aktiviteten, kan det derefter statueres, at der er tale om en virksomhed. Det vil først i denne situation være relevant at vurdere en eventuelt dominerede stilling, samt om der foreligger misbrug heraf. Konkret kan den beskrevne systematik fremstilles på følgende måde:

¹⁵² Sag C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*.

¹⁵³ Sag T-155/04 *Selex*, præmis 54.

¹⁵⁴ Se afsnit 2.4.1 om det fællesskabsretligt udviklede begreb om økonomisk aktivitet

Figur 3.2



Kilde: Egen tilvirkning

Som nævnt tidligere afviger RFI's vurdering af, hvorvidt Eurocontrol udøver økonomisk aktivitet fra Domstolens på ét punkt. RFI mener nemlig, at opgaven vedrørende hjælp til de nationale myndigheder¹⁵⁵ kan adskilles fra den opgave Eurocontrol udfører i sin egenskab af offentlig myndighed, og at der, idet der findes et marked for den pågældende tjenesteydelse, er tale om en økonomisk aktivitet. Følgelig kan Eurocontrol altså på dette punkt defineres som en virksomhed, der potentielt kan dømmes for misbrug af dominerende stilling i henhold til art. 102 TEUF.

Denne vurdering deler Domstolen ikke. Konkret vurderer Domstolen, at opgaven med hjælp til de nationale myndigheder, bidrager direkte til gennemførelsen af Eurocontrol's formål, nemlig at opretholde og sikre luftfartsikkerheden.¹⁵⁶ Domstolen vurderer, at hjælpen til de nationale myndigheder kan udledes af konventionens artikel 1 hvorved det er fastslået, at Eurocontrol bl.a. har til opgave at fremme fælles tilvejebringelse af lufttrafiksystemer- og anlæg.¹⁵⁷ Det fremgår ikke klart af Domstolens udtalelser at det konkret er denne opgave der henvises til, men det må antages, at det er denne opgave, der på bedste vis dækker over aktiviteten med at hjælpe nationale myndigheder, når de skal anskaffe ATM-systemer via nationale udbud. Retten mener derimod, at selvom hjælpen til de nationale myndigheder kan gavne den almene interesse, er denne forbindelse kun indirekte. Selve aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder er således hverken grundlæggende eller

¹⁵⁵ Opgaven med identifikation nr. 3 i figur 3.1 og 3.2

¹⁵⁶ Sag C-113/07 P, *Selex*, præmis 76

¹⁵⁷ Op. Cit, præmis 74

uundværlig for udførelsen af Eurocontrol's offentlige opgaver. Retten mener nemlig, at idet Eurocontrol kun vil have mulighed for at påvirke luftfartsikkerheden gennem udbudsprocessen, kan der blot være tale om en indirekte påvirkning af den almene sikkerhed.¹⁵⁸ Retten accepterer således en graduering i forhold til graden af adskillelse. En indirekte forbindelse mellem den konkrete aktivitet og enhedens offentlige opgave er således ikke tilstrækkelig til at statuere, at enheden skal være undtaget fra konkurrencereglerne.

Domstolen og Retten argumenterer altså forskelligt, når de kommer frem til den endelige vurdering af, om den givne aktivitet er af økonomisk karakter. Mens Retten end ikke tager den vedtagne konvention med i deres overvejelser, lader Domstolen til at basere hele deres argumentation på konventionen. Man kan sige, at Domstolen ved at anvende denne form for argumentation, lader det være fuldstændigt op til Eurocontrol's medlemsstater at beslutte, hvorvidt deres opgaver falder ind under offentlige myndighedsopgaver. Eurocontrol's medlemsstater har nemlig selv vedtaget Konventionen, og dermed hvilke opgaver de skal løse. Man kan spørge, hvorvidt Domstolen med denne metode i princippet lader ulven vogte får?

Rettens tilgang til fortolkningen kan betegnes som funktionsorienteret. Retten vurderer nemlig, hvad den konkrete aktivitet består i, og sammenholder den med de effekter opgaven har. Retten lægger herved ikke til grund, hvilken form enheden har. Omvendt anlægger Domstolen en ikke-funktionel tilgang i deres vurdering af virksomhedsbegrebet. Idet Domstolen i højere grad vurderer de kendetegn Eurocontrol har, altså hvilken opgave de er pålagt at løse i medfør af Konventionen, fremfor at vurdere den konkrete aktivitet de udøver, altså hjælp til de nationale myndigheder, lægger Domstolen til grund hvilken form Eurocontrol har, frem for hvilken type aktivitet den reelt udøver.

Det ses altså, at Domstolen anlægger samme fortolkning i såvel *FENIN* som *Selex*, og at der i begge sager i højere grad lægges vægt på kendetegnene ved aktøren, frem for den type af aktivitet der udøves. *FENIN* og *Selex* dommene skal herved ses som et skifte væk fra den funktionelle tilgang der ellers er kendt fra retspraksis, og som beskrevet i afsnit 2.4. Som det vil fremgå i næste afsnit, har denne fremgangsmåde givet anledning til en del kritik i den juridiske litteratur.

¹⁵⁸ Sag T-155/04 *Selex*, præmis 86

3.1.3 Kritik af *FENIN/Selex*

Implikationerne af afgørelsen i *FENIN-sagen* er blevet diskuteret indgående i den juridiske litteratur. Kritikere mener, at det er vanskeligt at forudsige, hvornår Domstolen vil definere en given aktivitet som økonomisk, hvilket skaber usikkerhed når sager af denne karakter skal afgøres.¹⁵⁹ Domstolens fremgangsmåde, hvorved en økonomisk aktivitet efter *FENIN/Selex-sagerne* bliver fortolket i lyset af den efterfølgende anvendelse af økonomisk eller ikke-økonomisk karakter, er blevet kritiseret for hverken at være en tilfredsstillende eller metodisk passende måde at afgrænse begrebet på, og det anføres ligeledes, at fremgangsmåden er tilfældig, idet den afhænger af, hvilke præjudicielle spørgsmål der henvises til Domstolen.¹⁶⁰ Denne kritik er i og for sig korrekt, men i denne afhandlings forfatteres optik bør det holdes for øje, at EU-retten bygger på retspraksis, hvorfor praksis uundgåeligt udvikler sig efter, hvilke sager der forelægges Domstolen.

Nogle juridiske forfattere har den anskuelse, at der er behov for at få defineret, i hvilke tilfælde staten agerer som markedsdeltager, og følgelig skal behandles som sådan.¹⁶¹ Der føres yderligere i litteraturen bevis for, at Domstolen har udviklet undtagelsen til virksomhedsbegrebet for at begrænse anvendelsen af konkurrencereglerne i visse tilfælde.^{162,163} Det er sågar blevet antydnet, at *FENIN/Selex* doktrinen er følgen af et politisk ønske.¹⁶⁴ Denne gisning er meget nærliggende, dog noget udokumenteret. Men som det er konstateret i afsnit 3.1.2 ovenfor, kan det virke modstridende at Retten i *FENIN* på den ene side anerkender risikoen for dominerende stilling, og dermed potentielt også misbrug af en sådan, men på den anden side afskærer muligheden for at anvende konkurrenceretlige sanktionsmuligheder på ordregiver. Under alle omstændigheder er Domstolen, som påpeget i afsnit 2.4 om virksomhedsbegrebet, på en noget vanskelig opgave når hensynet mellem Medlemsstaternes ønske på den ene side, og hensynet til den fri konkurrence på den anden side, skal balanceres.

¹⁵⁹ Se bl.a. Sierra (1999) s. 58 og Heide-Jørgensen (2009) s. 79.

¹⁶⁰ Se Szyszczak (2007), s. 9.

¹⁶¹ Se eksempelvis Louri (2002), s. 96 der anfører, at; "It is important therefore that the ECJ clarifies whether the activity of purchasing goods and services and the subsequent offering of these purchased goods and services should always be looked at together".

¹⁶² Se Louri (2002), s. 147, Szyszczak (2009), s. 210.

¹⁶³ Som det vil fremgå i næste afsnit, er afhandlingens forfattere ikke enige i denne betragtning.

¹⁶⁴ Se til eksempel Jones and Sufrin (2008), s. 620.

3.2 En doktrins tilblivelse?

Ovenstående analyse har vist, at Domstolen i deres behandling af, hvorvidt ordregivers aktiviteter skal underlægges konkurrencereglerne, delvist har valgt at følge den etablerede praksis vedrørende virksomhedsbegrebet, som beskrevet i afsnit 2.4.1 om det EU-retligt udviklede begreb om økonomisk aktivitet. Der er dog også identificeret tegn på, at Domstolen ønsker et skifte væk fra den funktionsorienterede tilgang der ellers kendes ved fastlæggelsen af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Man kan således diskutere, hvorvidt det kriterium der anvendes i *FENIN/Selex-sagerne*, hvor det afgørende netop er, hvad den efterfølgende aktivitet skal anvendes til, stemmer overens med Domstolen hidtidige praksis, hvor der lægges vægt på typen af den enkelte aktivitet der udøves fremfor kendetegnene ved aktøren. Denne dimension er ifølge denne afhandlings forfattere et tegn på, at Domstolen udvider virksomhedsbegrebet. Det ses således, at Domstolen anerkender, at ikke alle aktiviteter udøvet af ordregiver nødvendigvis skal ”fredes” fra konkurrencereglerne. Resultatet i *FENIN/Selex-sagerne* er altså umiddelbart noget overraskende, taget den i afsnit 2.4 fastslåede tilgang til virksomhedsbegrebet i betragtning. Domstolen lader således ikke til fuldstændig at ville videreføre den praksis der ellers er på området vedrørende virksomhedsbegrebet når der testes på indkøbsaktiviteter i udbudssituationer.

Afgørelserne i *FENIN/Selex-sagerne* skal i dette lys ses som en udvidelse af hidtidig retspraksis på området, idet sagerne potentielt har den retsfølge, at en aktivitet kan anses som økonomisk, såfremt der kan statueres adskillelse. Man kan ligeledes gisne om, hvorvidt Domstolen potentielt over tid vil acceptere, at også indkøbsaktiviteten kan ses som en økonomisk aktivitet, så længe der kan statueres adskillelse. Dette vil således være en yderligere udvidelse af begrebet. Domstolen har endnu ikke haft lejlighed til at vurdere, hvad konsekvensen bliver for ordregiver, såfremt der statueres adskillelse, og ovenstående skal derfor læses som afhandlingens forfatteres bud på, hvordan dette retsområde vil udvikle sig i fremtiden.¹⁶⁵ Således tog Domstolen ikke *FENIN*’s anbringende vedrørende det faktiske videresalg til private samt turister til realitetsbehandling, idet dette anbringende var anført for sent.¹⁶⁶ På den ene side kan man forestille sig en situation, hvor Domstolen vælger at underlægge ordregiver

¹⁶⁵ Se afhandlingens kapitel 7 der belyser dette yderligere

¹⁶⁶ Sag C-205/03 P, *FENIN*, præmis 9

konkurrencereglerne for samtlige de aktiviteter der testes på, i en given situation. Det vil sige, at ordregiver underlægges konkurrencereglerne i både indkøbs og udbudssituationen¹⁶⁷, hvis der kan statueres adskillelse. Man kan også forestille sig en situation, hvor ordregiver blot underlægges konkurrencereglerne for de aktiviteter hvor der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet, således at selve indkøbsforretningen relateret til Udbudsdirektivet, afskærmes fra konkurrencereglerne. Sidstnævnte fremgangsmåde vil følge etableret praksis fra virksomhedsbegrebet, som analyseret i afsnit 2.4.

Når afgørelserne skal ses i et bredere perspektiv, vil Domstolens fremgangsmåde, hvorefter der skal statueres adskillelse, for at en given aktivitet kan anses for økonomisk, ligeledes kunne anvendes på andre offentlige myndigheder, og i andre sektorer. Det er altså ikke kun i udbudssituationer, hvor en ordregiver indkøber og derefter distribuerer en given vare eller tjenesteydelse, at denne fremgangsmåde kan finde anvendelse. Der er således ikke noget til hinder for, at også andre offentlige myndigheder kan underlægges konkurrencereglerne, såfremt kriterierne fra *FENIN/Selex* afgørelserne er opfyldt. Dermed får afgørelserne store konsekvenser i vurderingen af, hvornår en offentlig myndighed skal underlægges konkurrencereglerne.¹⁶⁸ Set i dette lys er der med *FENIN/Selex*-sagerne, efter denne afhandlings forfatteres opfattelse, belæg for at konkludere, at vi har set startskuddene til en doktrin i sager hvor det skal vurderes, hvorvidt en given aktivitet skal betegnes som økonomisk i udbudssituationer.¹⁶⁹ Der er på nuværende tidspunkt ikke tale om en fuldt udviklet doktrin, men nærmere en iterativ proces, der vil udvikle sig over tid, og det bliver især spændende at se, om Domstolens holdning ændrer sig over tid for henholdsvis sager hvor der statueres adskillelse, og sager hvor der ikke statueres adskillelse. Behovet for en doktrin på dette område bliver ikke mindre af de divergerende holdninger der findes i Medlemsstaterne, for så vidt angår muligheden for at regulere ordregiver efter konkurrencereglerne.¹⁷⁰ En doktrin vil således bidrage

¹⁶⁷ 'Udbudssituationen' skal i denne henseende forstås som udbud af en vare eller tjenesteydelse på et marked, og ikke udbudsforretning i Udbudsdirektivets forstand

¹⁶⁸ Se i samme retning Krajewski og Farley (2007) s. 112

¹⁶⁹ Doktrinen benævnes herefter *FENIN/Selex* doktrinen

¹⁷⁰ Som eksempel på sådanne divergerende holdninger kan nævnes den allerede omtalte afgørelse i *Bettercare*-sagen, i sag 1006/2/1/01 *Bettercare Group Limited v. the Director General of Fair Trading [2002] CAT*, hvor de engelske konkurrencemyndigheder havde det synspunkt, at en social aktivitet kunne udgøre en økonomisk aktivitet. Det danske Klagenævn for Udbud har ydermere i to kendelser, vedrørende ordregivers misbrug af Rammeaftaler, udtalt at 'der ikke efter ordlyden af

til at skabe klarhed på dette område, hvilket vil være en fordel for såvel Medlemsstater (og dermed ordregiverne) men også for leverandører på markedet.

3.2.1 Doktrinen juridiske konsekvenser

Som nævnt i indledningen af dette kapitel har Domstolen med *FENIN/Selex* doktrinen fået anledning til at tage stilling til, hvorvidt indkøbsaktiviteter i udbudssituationer skal anses som en økonomisk aktivitet, og dermed falde ind under virksomhedsbegrebet.

Med afgørelserne i *FENIN/Selex* doktrinen, antyder Domstolen, hvilken retning den ønsker at gå, i situationer hvor det skal vurderes, om visse af ordregivers aktiviteter skal kunne udgøre økonomisk aktivitet. Til trods for, at Domstolen principielt skal vurdere hver sag for sig, har ovenstående analyse vist, at der kan tegnes et generelt billede af den fremgangsmåde Domstolen ønsker at anvende i disse sager. Således viser ovenstående gennemgang, at det ikke efter gældende retspraksis er muligt at anvende konkurrencereglerne på en offentlig ordregiver. Eller sagt med andre ord, er der ikke på nuværende tidspunkt identificeret aktiviteter der kan adskilles fra ordregivers offentlige opgaver, og som dermed kan udgøre aktiviteter af økonomisk karakter. Afgørelserne har vidtrækkende konsekvenser, ikke mindst for ordregivere, der med denne dom ikke skal bekymre sig om, hvorvidt deres dispositioner i udbudssituationer kan underkendes af konkurrencemyndighederne.

Doktrinen juridiske konsekvenser i henhold til denne opgaves problemstilling er således, at der på det nuværende udviklingstrin ikke er set eksempler på aktiviteter der kan retfærdiggøre, at konkurrencereglerne kan finde anvendelse i udbudssituationer. Afgørelserne har, med andre ord, skabt et potentielt juridisk tomrum, som ordregiver kan udnytte. Helt grundlæggende kan man ikke afvise, at ordregiver, i hvert fald i teorien, vil kunne misbruge sin dominerende stilling, vel vidende at der ikke på nuværende udviklingstrin, findes EU-retlige sanktionsmuligheder til at hindre en

udbudsdirektivets artikel 32. stk. 2 sidste punktum, eller i betragtningerne i direktivet som vedrører bestemmelsen, er grundlag for en anderledes forståelse af bestemmelsen end forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i Traktatens art. 101 og 102'. Denne udtalelse tyder ligeledes på, at de danske konkurrencemyndigheder er villige til at dømme ordregiver efter konkurrencereglerne i visse tilfælde. Se kendelse af 26. September 2011, TDC A/S mod Økonomitstyrelsen og kendelse af 25. September 2012, UVdata A/S mod Københavns Kommune.

sådan adfærd.¹⁷¹

Denne konstatering siger i sig selv ikke noget om Domstolens hensigt med dette retsområde, men som afsnit 3.2 ovenfor konkluderer, ønsker Domstolen at udvikle en doktrin der kan anvendes på disse typer af sager, og som efter afhandlingens forfatteres vurdering vil udvikle sig over tid. Som nævnt tidligere, skal Domstolen foretage en afvejning mellem at sikre den fri konkurrence på den ene side, og respektere medlemsstaternes kompetence på den anden side, når denne doktrin skal udvikles.

3.3 Afrunding

Dette kapitel har haft til formål at besvare, hvorfor Domstolen dømmer som den gør i sagerne *FENIN* og *Selex*. Analysen af de to domme har vist, at Domstolen ikke umiddelbart anerkender muligheden for lade ordregiver være underlagt konkurrencereglerne i tilfælde hvor der ikke kan ske adskillelse af aktiviteten fra den offentlige opgave. I den konkrete vurdering af, hvorvidt der kan ske adskillelse fra den offentlige opgave var Retten i *Selex* villig til anse en given aktivitet for adskilt, selv i situationer hvor aktiviteten kun indirekte er med til at opfylde den offentlige opgave der er pålagt enheden. Retten anlægger således en mere liberal holdning til dette spørgsmål. Dette til trods ses det, at Domstolen med doktrinen udvider virksomhedsbegrebet ved at acceptere, at der kan ske adskillelse fra den offentlige opgave, såfremt det efterfølgende brug af den indkøbte vare kan anvendes til udøvelsen af en økonomisk aktivitet. Dette skal ses som et tegn på, at Domstolen anerkender, at offentlige enheder kan udføre opgaver der ikke er i almenhedens interesse. Samtidig betræder Domstolen et farligt område når det skal vurderes hvorvidt ordregiver kan underlægges konkurrencereglerne. Medlemsstaterne er således ikke interesserede i at blive frataget deres kompetencer til frit at agere indenfor deres offentlige sektorer, hvilket gør Domstolen påpasselig når sager af denne karakter skal afgøres. Det skal således konkluderes, at Domstolen dømmer som den gør, fordi den på den side ønsker at udvikle en doktrin som tillader at ordregiver underlægges konkurrencereglerne for visse aktiviteter, men samtidig skal balancere hensynet til Medlemsstaternes kompetencer og politiske interesser på den anden side.

¹⁷¹ Se kapitel 7 for en analyse af, hvilke misbrugsformer der kan identificeres i udbudssituationer

Indledning kapitel 4-6

Der arbejdes i det følgende ud fra tesen, at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Det afprøves således, om den juridiske regulering kan begrundes ud fra økonomisk teori. De følgende kapitler vil, via selvstændige analyser, søge at afprøve denne overordnede tese. I forhold til afhandlingens problemstilling afprøves det nu, hvorvidt tesen, om at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i industriøkonomiske rationaler, skal bekræftes eller forkastes.

Kapitel 4

I kapitel 3 blev det fastslået, at Domstolen med afgørelserne i *FENIN/Selex*, er ved at udvikle en doktrin som for fremtiden vil medføre, at ordregiver kan underlægges konkurrencereglerne for visse aktiviteter. Nærværende kapitel søger at afprøve afhandlingens tese ved dels at analysere, hvilken incitamentsstruktur ordregiver agerer under, dels hvorledes ordregivers adfærd begrænser konkurrencen.

4.1 Ordregivers incitamentsstruktur

Det er i denne afhandling fastslået, at offentlige ordregivere nyder en vis beskyttelse når de agerer på markedet, idet de ikke i samme grad som private markedsaktører er underlagt konkurrencereglerne. Offentlige myndigheder varetager mange forskelligartede funktioner og et kendetegn ved mange af dets opgaver er, som det er anført i denne afhandlings kapitel 2, at disse udføres i almenhedens interesse. Begrundelsen for at ordregivers aktiviteter som oftest ikke falder ind under virksomhedsbegrebet er, at aktiviteterne ikke anvendes som led i en økonomisk aktivitet på markedsvilkår, hvilket dommen *FENIN* er et eksempel på.

I litteraturen sondres der mellem profitmaksimerende og velfærdsmaksimerende adfærd, hvor holdningen er at private virksomheder alene agerer med profit for øje hvorimod offentlige ordregivere alene handler velfærdsmaksimerende.¹⁷² Stater, herunder offentlige ordregivere, er ansvarlige overfor skatteyderne penge og opnår politisk tilslutning netop gennem skatteyderne i deres egenskab af politiske vælgere. En af statens centrale opgaver er at omfordele ressourcer og sikre velfærdsydelser til

¹⁷² For dette synspunkt se Viscusi, Harrington og Vernon (2005), s. 503

skatteyderne.¹⁷³ Private virksomheder er derimod ansvarlige overfor dets aktionærer og har til opgave på bedste vis at forvalte disses penge ved at søge at profitmaksimere indtjeningen. General Advokat Maduro anfører samme synspunkt i sit forslag til afgørelse i *FENIN* betragtning 26, nemlig at statens magtudøvelse på det politiske område (i denne sag sundhedsområdet) er underlagt demokratisk kontrol. Han anfører at erhvervsdrivende, der er aktive på et marked, derimod er underlagt en anden form for kontrol, idet deres adfærd reguleres af konkurrencereglerne.

Domstolen har i sin praksis givet samme holdning til kende i dommen *Kommissionen mod Italien*¹⁷⁴, hvor det først og fremmest er anført at offentlige virksomheder drives under andre vilkår end dem virksomheder normalt er underlagt. Domstolen foretager i denne dom herudover en sondring mellem offentlig virksomhed og offentlig myndighed. Domstolen finder at begrebet offentlige myndigheder skal forstås som staten samt lokale organer, hvorimod offentlig virksomhed er enhver virksomhed hvor offentlige myndigheder direkte eller indirekte råder over en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler der gælder for virksomheden.¹⁷⁵ Domstolen påpeger, at idet staten kan bevilge midler fra statsbudgettet må den have mulighed for at udøve indflydelse på offentlige virksomheders økonomiske forvaltning, således at virksomheden drives under andre vilkår end dem virksomheder normalt er underlagt.¹⁷⁶ Det kan hertil bemærkes, at offentlige myndigheder på samme måde er underlagt statens kontrol, hvilket indikerer at de ligeledes er underlagt andre vilkår end private virksomheder og agerer velfærdsmaksimerende i opfyldelsen af deres pålagte opgaver i almenhedens interesse.

Det kan således ikke betvivles, at offentlige myndigheder, herunder ordregivere, besidder en særlig status, idet deres betroede opgaver løses for staten i almenhedens interesse. Herudover besidder de en særlig beskyttelse når de agerer med private aktører på markedsvilkår, i de tilfælde hvor de ikke er underlagt samme reguleringsramme som private virksomheder (konkurrencereglerne). Der kan stilles spørgsmålstejn ved, om ikke staten i nogle af dets aktiviteter kan agere profitmaksimerende, eller tilnærmelsesvis profitmaksimerende. Dette afsnit skal

¹⁷³ Forslag til afgørelse fra General Advokat Maduro i sag C-205/03 P *FENIN*, hvor Maduro anser sikring af omfordeling af ressourcer som staters vigtigste rolle, se betragtning 27

¹⁷⁴ Sag C-118/85 *Kommissionen mod Italien*.

¹⁷⁵ Sag C-118/85 *Kommissionen mod Italien*, præmis 5

¹⁷⁶ Op. Cit, præmis 13

således analysere hvorledes offentlige ordregiveres incitamentsstruktur spiller ind på deres ageren som offentlig myndighed.

4.1.1 Sondring mellem profitmaksimerende- og velfærdsmaksimerende adfærd

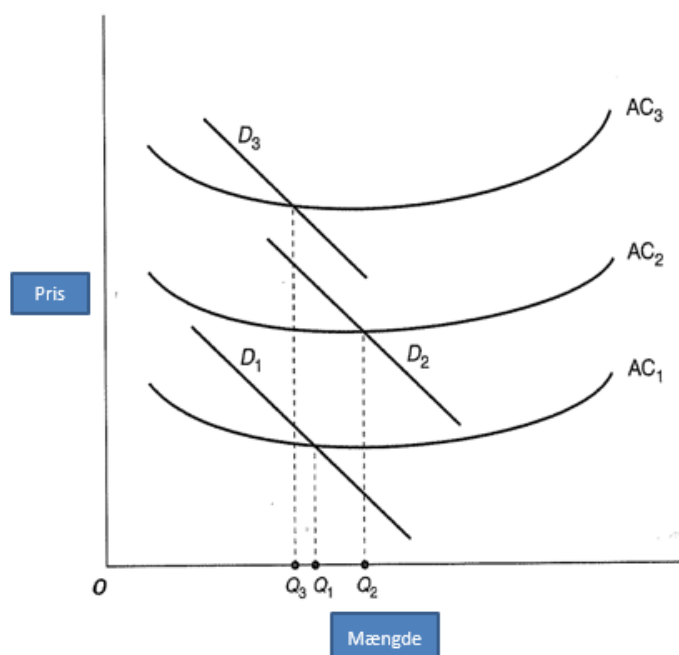
Såfremt det antages, at offentlige instanser ikke agerer profitmaksimerende kan man stille spørgsmålet hvilken motivation der ligger bag offentlige institutioners beslutningstagning.¹⁷⁷ En økonomisk model for non-profit hospitaler, der er anvendelig i denne analyse, er introduceret af Newhouse¹⁷⁸. Denne model antager at non-profit hospitaler maksimerer dets objekt-funktion i henhold til mængde og kvalitet af output, hvilket svarer til en profitmaksimerende virksomhed. Den administrerende del af et hospital ønsker at yde en stor mængde output da dette fremmer ansvar, og ønsker samtidig at yde høj kvalitet da dette signalerer prestige for hospitalet. Modellen tilsiger at hospitalet vil maksimere dets objektfunktion ved, at yde den maksimale mængde output i forhold til den efterspurgte mængde ved enhver given kvalitet, hvilket medfører en efficient anvendelse af input. Hospitalet vil herved yde den kombination af mængde og kvalitet der medfører de laveste omkostninger.

I figur 4.1 nedenfor er efterspørgselskurven nedadgående idet det antages at hospitalet har monopollignende status. AC kurverne svarer til forskellige niveauer af kvalitet. Kvaliteten stiger jo højere AC kurven ligger. Efterspørgslen stiger ved højere niveau af kvalitet til en given pris, hvorfor efterspørgselskurven rykker opad til højre når kvalitetsniveauet stiger. Dette peger i retning af, at der er et marked for hospitalsydelser, et privat hospital vil principielt kunne dække efterspørgslen. Mængden hvor ingen profit indtjenes svarer til skæringen mellem efterspørgsel og AC. Efterspørgslen aftager efter et vis niveau af kvalitet (fra AC_2 til AC_3), hvorefter det ikke længere er attraktivt at opnå højere kvalitet.

¹⁷⁷ Dette spørgsmål opstilles i Friedman (2002), s. 419

¹⁷⁸ Newhouse (1970), s. 64-74

Figur 4.1



Kilde: Friedman (2002), s. 422

Modellen tilsiger på den anden side, at hospitaler ikke vil yde et efficient niveau af tjenesteydelser, da de vil være forudindtaget 'against economy care', hvilket vil sige at hospitalet vil vægte kvaliteten ved udøvelsen af tjenesteydelserne fremfor opnåelsen af økonomisk effektivitet. Effektiv ressource allokering medfører at alle niveauer af kvalitet ydes indtil det punkt hvor betalingsvilligheden for den marginale enhed er lig de marginale omkostninger. Udvidelse af den ydede mængde vil forringe kvaliteten, og på et tidspunkt vil hospitalet ikke udvide den ydede mængde/output da den gennemsnitlige kvalitet herved vil falde. Herved vil tjenesteydelser der ville kunne udøves efficient ikke blive tilbudt på markedet. Dette medfører en adfærd der strider imod hvad en profitmaksimerende enhed ville gøre; denne ville udbyde alle niveauer af kvalitet der var profitable (hvor der var efterspørgsel).¹⁷⁹ Dette er et tegn på hospitalets velfærdsmaksimerende adfærd; et offentligt hospital søger at sikre velfærdsydelser til skatteyderne til den bedst mulige kvalitet og har ikke kun indtjening for øje.

¹⁷⁹ En anden økonomisk model for non-profit hospitaler er introduceret af Pauly og Redisch. Denne model gør gældende at hospitalets medarbejdere har kontrollen over beslutningstagningen og at disse vil agere efter at maksimere deres egen indkomst/nytte. Se M. Pauly og M. Redisch, 'The Not-for-Profit Hospital as a Physicians' Cooperative', American Economic Review, 63, No. 1, March 1973, 87-99

Ovenstående model anfører således to forskellige handlingsmønstre for offentlige institutioner; en situation hvor institutionen vil sikre en efficient anvendelse af input og herved agere som en profitmaksimerende enhed samt en situation hvor institutionen ikke vil opfylde hele markedets efterspørgsel og herved i højere grad agerer velfærdsmaksimerende. Offentlige institutioner løser opgaver indenfor mange forskellige grene, hvilket muliggør at incitamentsstrukturen kan være forskellig alt efter opgavens karakter. Rettens holdning i *Selex* dommen er netop, at offentlige ordregiveres opgaver kan opdeles i forskelligartede aktiviteter.¹⁸⁰ Incitamenterne bag disse aktiviteter kan derfor være af forskellig karakter, hvorfor det er centralt at analysere hver aktivitet for sig med henblik på at vurdere hvorvidt den enkelte aktivitet har økonomisk karakter.

4.1.2 Budget maksimerende adfærd

Som anført ovenfor består offentlige myndigheders indtjeningsgrundlag af indtægter der opnås fra skatteopkrævninger. Fordelingen af indtægterne sker politisk via et budget bevilliget til myndigheder af staten. Myndigheden, og de politiske organer myndigheden er underlagt, varetager herefter selv fordelingen af budgettet. På dette punkt adskiller offentlige myndigheder sig i høj grad fra en privat virksomhed hvis indtjeningsgrundlag afhænger af virksomhedens afsætning på et marked. Dette medfører at private virksomheders fokus er profitmaksimering; at opnå så stor indtjening som muligt på baggrund af virksomhedens output og skaber incitament til at fokusere på effektivitet i alle virksomhedens aktiviteter for herved at opnå så stor indtjening som muligt. Offentlige myndigheder har ikke umiddelbart samme incitament til at agere effektivt, idet dets indtjeningsgrundlag på forhånd er givet og ikke afhænger af dets ageren på et marked – myndighedens væsentligste opgave er at omfordele skatteindtægterne. I dette udgangspunkt anses offentlige instanser som en samlet institution ud fra et helhedsperspektiv. Anlægger man derimod en anden betragtning består alle offentlige instanser af individuelle individer, som kan anses for hver i sær at søge at maksimere deres indkomst. En mulig måde at maksimere deres indkomst på, er at maksimere myndighedens budget. Staten bestemmer myndighedens budgetbevilling og forventes herved at kende skatteydernes efterspørgsel for bestemte output af tjenesteydelser. Men på grund af asymmetrisk information kender myndigheden bedst selv deres laveste omkostninger ved udøvelsen af deres opgaver,

¹⁸⁰ Se analysen af *Selex* dommen i afhandlingens kapitel 3

staten vil herved acceptere alle budgetter når efterspørgslen ikke er mindre end omkostningerne. De indkomstmaksimerende myndigheder vil herved have mulighed for, at udbyde det maksimale output til de laveste omkostninger og agere profitlignende.¹⁸¹ I den juridiske litteratur foretages en opdeling af statslige aktiviteter af forskellig art i tvetydige og specifikke aktiviteter.¹⁸² Tvetydige statsaktiviteter er kendetegnet ved deres sociale karakter ved at være til gavn for samfundet som helhed, fordelene for den enkelte borger er herved svære at konstatere. Dette medfører at aktiviteten er vanskelig at udskille fra statens øvrige opgaver, hvilket gør aktiviteten vanskelig for private markedsaktører at udbyde rentabelt.¹⁸³ Ved specifikke statsaktiviteter er det i højere grad muligt at identificere fordelene for hver enkelt borger, hvilket medfører muligheden for at substituere ydelsen med en tilsvarende tilbudt af en privat aktør.¹⁸⁴ Det vurderes således, at offentlige myndigheders profitlignende adfærd indenfor specifikke aktiviteter kan være konkurrencebegrænsende hvis den offentlige myndighed agerer på markedet i samspil med private aktører. Denne pointe er central i forhold til at vurdere, hvorvidt en offentlig ordregiver kan udøve økonomisk aktivitet, og dermed falde ind under konkurrencereglerne.

På baggrund af ovenstående kan det opsummeres, at offentlige ordregiveres incitamentsstruktur kan variere alt efter karakteren af den udøvede opgave. Det fremgår af Newhouse økonomiske model for non-profit hospitaler, at offentlige institutioner under forskellige forudsætninger agerer henholdsvis velfærdsmaksimerende og profitmaksimerende. Yderligere ses det i EU retspraksis samt i den juridiske litteratur, at det er relevant at opdele det offentlige opgaver under forskellige karakteristika og ikke automatisk anskue alle aktiviteter som værende velfærdsmaksimerende. Det er derfor på baggrund af ovenstående analyse muligt at adskille ordregiver aktiviteter og anskue dem hver for sig i vurderingen af om de enkelte aktiviteter har økonomisk karakter. Teorien om budgetmaksimerende adfærd giver ligeledes et bud på, hvad der kendetegnes som profitmaksimerende adfærd fra offentlige myndigheders side og underbygger denne afhandlings afsnit 2.3

¹⁸¹ Friedman (2002), s. 429

¹⁸² Buendia Sierra (1999) benytter begreberne 'diffuse' og 'specific'

¹⁸³ Buendia Sierra (1999), s. 48. Som eksempler på tvetydige statsaktiviteter kan nævnes forsvar og politi

¹⁸⁴ Buendia Sierra (1999), s. 48. Som eksempler på specifikke statsaktiviteter kan nævnes pensionskasser og sygehusvæsen

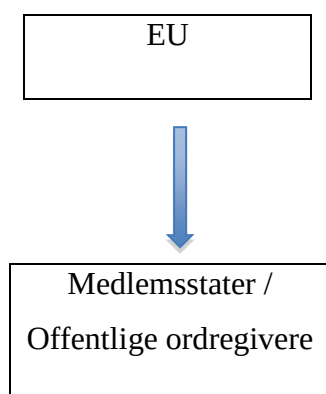
om, at offentlige ordregivere ikke nødvendigvis handler i almenhedens interesse ved udførelsen af alle dets aktiviteter.

4.1.3 Ordregiver som agent

EU som institution regulerer offentlige ordregiveres adfærd via udbudsdirektivet.

Som det fremgår af denne afhandling nyder ordregivere en beskyttet position i forhold til konkurrencelovgivningen, idet EU ikke på nuværende udviklingstrin anerkender muligheden for at regulere ordregivere via konkurrencereglerne. Relationen mellem EU og Medlemsstaterne kan karakteriseres som et kontraktuelt forhold, idet parterne indgår aftaler om EU-retlig regulering som Medlemsstaterne forpligter sig til at overholde. EU repræsenterer herved, som lovgivende enhed, principalen i relation til Medlemsstaterne som handler som agenter.¹⁸⁵ Kontrakten der er indgået på dette område er udbudsdirektivet, som Medlemsstaternes offentlige ordregivere er forpligtet til at overholde. EU påvirker således som principal Medlemsstaterne som agenter via regulatoriske tiltag. Dette forhold er skitseret nedenfor i figur 4.2

Figur 4.2



Kilde: Egen tilvirkning

EU er interesseret i at give Medlemsstaterne incitamenter til at medvirke til udviklingen af et europæisk konkurrencedygtigt marked for offentlige indkøb. Udfordringen ligger i den asymmetriske information mellem parterne, hvilket medfører at EU har vanskeligt ved at observere ordregivernes handlinger.¹⁸⁶ Det faktum at EU har svært ved at overvåge hver enkelt ordregiver i Medlemsstaterne, forøger ordregivernes incitamenter til at foretage skjulte handlinger til fordel for deres

¹⁸⁵ Dette forhold betegnes som Principal-agent teorien, se Knudsen(1997) s. 164

¹⁸⁶ Hansen(2007), s. 120.

egne aktiviteter.¹⁸⁷ I afsnit 4.1.1 ovenfor så vi, at offentlige hospitaler i udøvelsen af nogle opgaver vil handle efter rationaler der ligner dem vi kender fra virksomheders profitmaksimerende adfærd. Det fremmer ordregivers ansvar og signalerer prestige at være i stand til at yde en stor mængde output til en høj kvalitet. Dette faktum indikerer, at ordregivers incitamentsstruktur påvirker Medlemsstaternes offentlige sektorer, som har indvirkning på det europæiske marked for offentlige indkøb.

På baggrund af ovenstående kan det fastslås, at offentlige ordregivere kan agere profitmaksimerende i udøvelsen af deres offentlige opgaver. Ved udøvelsen af opgaver hvor en offentlig aktør opererer på det frie marked i samspil med private aktører, er det derfor uhensigtsmæssigt for den frie konkurrence hvis den offentlige aktør opnår en beskyttet stilling på markedet ved ikke at være underlagt de samme reguleringsmekanismer som private spillere. Ordregivere kan agere profitmaksimerende uden at blive reguleret af de samme begrænsninger som private virksomheder i tilfælde af misbrug af en dominerende stilling, hvis de ikke underligges konkurrencereglerne. Som det fremgår af situationen i dommen *FENIN* kan ordregivers adfærd herved påvirke leverandørmarkedet. Det centrale spørgsmål er om offentlige ordregivere kan begrænse konkurrencen som følge af misbrug af en dominerende stilling i lighed med private virksomheder.¹⁸⁸

4.2 Adskillelse af ordregivers aktiviteter

4.2.1 Test af anbringenet om muligt videresalg til private samt turister

Idet ordregivere kan have incitament til at agere profitlignende, vil ordregiver, for visse aktiviteter, kunne handle som en virksomhed. Nedenfor vil det med udgangspunkt i dommen *FENIN* analyseres hvorvidt visse af SNS' aktiviteter kan anses for økonomiske og herved underligges konkurrencereglerne.

I det følgende diskuteres *FENIN*'s påstand om, at videresalg af medicinske produkter til private og til turister, vil udgøre en økonomisk aktivitet.¹⁸⁹ Retten og Domstolen tager ikke dette anbringende op, idet *FENIN* anfører deres argument for sent.¹⁹⁰ Det er særlig interessant at analysere hvorvidt Retten og Domstolen ville være nået frem til

¹⁸⁷ Dette betegnes Moral Hazard, se Knudsen(1997) s. 167.

¹⁸⁸ Se afhandlingens kapitel 7 der behandler, hvori ordregivers misbrug kan bestå.

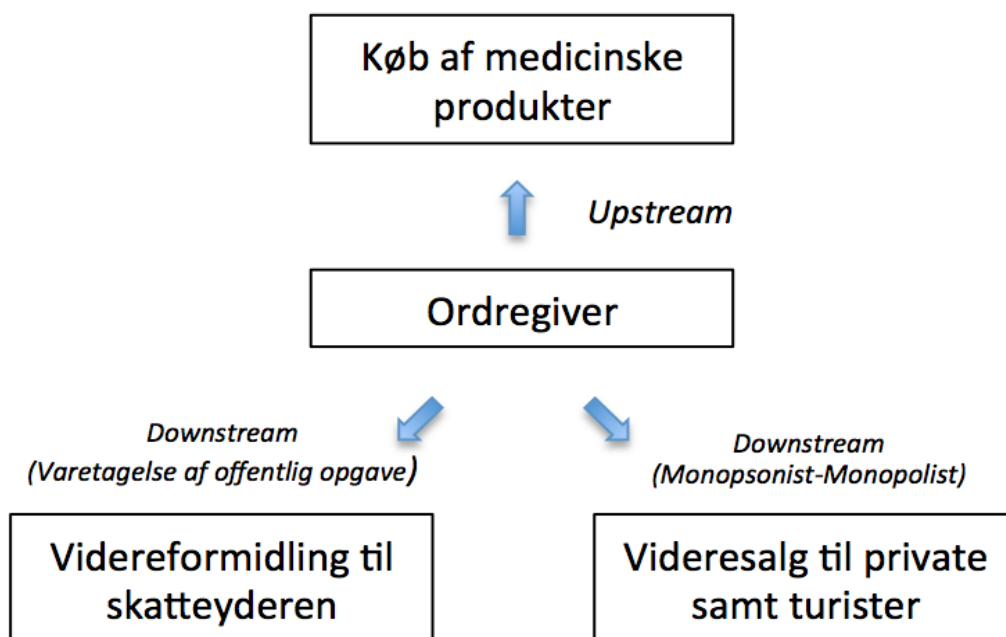
¹⁸⁹ Se T-319/99 *FENIN*, præmis 41

¹⁹⁰ Forslag til afgørelse fra General Advokat Maduro i sag C-205/03 P *FENIN*, hvor Maduro opfordrer Domstolen til at behandle anbringenet, se betragtning 36.

en anden afgørelse, såfremt anbringenet var blevet antaget til behandling. Nedenstående analyse vil anvende samme fremgangsmåde som Retten og Domstolen anvender i dommene *Selex* og *FENIN*.

For at kunne vurdere anbringenet, er det først nødvendigt at skitsere, hvilket marked SNS som ordregiver agerer på, når der foretages videresalg af medicinske produkter til private samt til turister. Nedenstående figur viser, at SNS opererer på upstream markedet når der foretages indkøb af medicinske produkter hovedsageligt fra FENIN's medlemmer. SNS opererer derimod på downstream markedet når der sker videreformidling af de købte produkter til skatteyderne via udførelsen af medicinske tjenesteydelser, og når der sker salg af medicinske tjenesteydelser til private parter samt turister. Det er således den vertikale relation mellem SNS og private samt turister der analyseres med henblik på at vurdere, om salgsaktiviteten kan anses som en økonomisk aktivitet.

Figur 4.3



Kilde: Egen tilvirkning

I situationen hvor ordregiver videresælger hospitalsydelser til private og turister konkurrerer ordregiver i princippet med private markedsaktører om at levere sundhedsydelser til dette marked. Private leverandører af hospitalsydelser begrænses

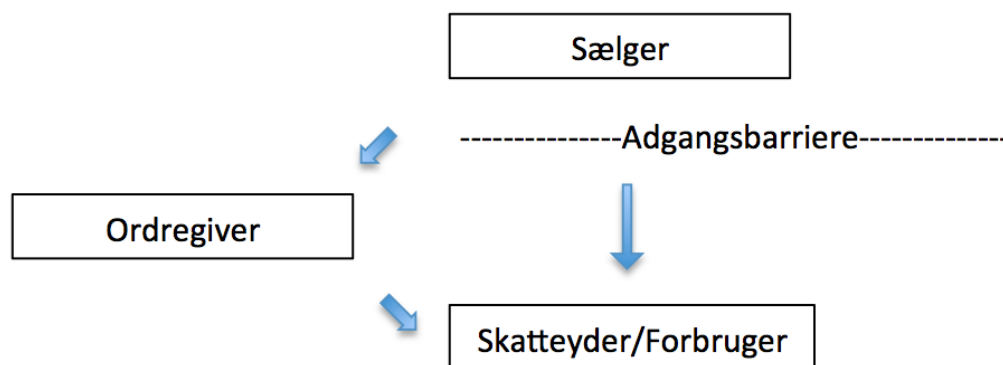
potentielt i muligheden for at levere direkte til forbrugerne, og leverer alene indirekte ydelser gennem salget til ordregiver. Når ordregiver agerer indenfor aktiviteter hvor private udbydere ligeså vel kunne agere kan der opstå adgangsbarrierer til markedet for private sundhedsydelser, idet ordregiver ikke er underlagt konkurrencereglerne (se figur 4.4 nedenfor). Ordregiver har mulighed for at agere uden hensyntagen til konkurrencereglerne, hvilket især er problematisk såfremt ordregiver agerer profitmaksimerende. Ordregivers ageren indenfor denne aktivitet får dermed karakter af ekskluderende adfærd, og medfører en risiko for at konkurrencen på markedet for private sundhedsydelser begrænses. I tilfælde hvor en offentlig ordregiver er i stand til, at begrænse adgangen til markedet i tilstrækkelig høj grad kan konkurrencen helt forsvinde, hvorefter ordregiver er eneste udbyder af hospitalsydelser til private og turister. Der findes omfangsrige diskussioner indenfor industriøkonomisk litteratur der vedrører spørgsmålet om, hvad der udgør en adgangsbarriere. I den ene ende af skalaen findes de økonomer der argumenterer for, at de eneste reelle adgangsbarrierer der findes på et marked, er politisk forankrede. Modsat, argumenterer andre økonomer for, at nærmest alle former for udgifter der kan relateres til opstart eller indtræden på et marked, vil udgøre en adgangsbarriere. Blandt de vigtigste bidragsydere til debatten er blandt andet Joe Bain og George Stigler, der har hver deres definition på adgangsbarrierer. Bain identificerer adgangsbarrierer med en etableret virksomheds mulighed for at hæve prisen uden at tiltrække ny konkurrence.¹⁹¹ Denne definition lægger især vægt på etablerede virksomheders mulighed for at tjene overnormale profitter på lang sigt. Ifølge Bain kan mulige adgangsbarrierer eksempelvis udgøre; skala økonomi; kapitalomkostninger forbundet med opstart eller indtræden på markedet; regeringsrelaterede restriktioner, herunder tariffer, patenter etc.; omkostningsfordele for de eksisterende virksomheder på markedet, herunder teknologisk overlegenhed og fordele forbundet med 'the learning curve'¹⁹². Modsat identificerer Stigler adgangsbarrierer med en etableret virksomheds relative omkostningsfordel overfor en potentiel konkurrent. Stiglers definition er smallere end Bains, idet Stigler eksempelvis ikke identificerer skala økonomi som en adgangsbarriere. Overføres ovenstående definitioner på den konkrete problemstilling står det således klart, at der kan identificeres juridiske barrierer, som ordregiver

¹⁹¹ Viscusi, Harrington Jr. og Vernon (2005), s. 168

¹⁹² The learning curve refererer til den situation, at en virksomhed med større erfaring indenfor et givent område, har en relativ fordel idet den har større erfaring med at optimere sin produktionsproces

følgelig kan udnytte. Det er således uomtvisteligt, at den beskyttede stilling ordregiver nyder, udgør en juridisk barriere til et givent marked. I situationen hvor ordregiver indtager en monopsonist-monopolist stilling på downstream markedet for medicinske produkter, kan ordregiver altså agere frit, som følge af den juridiske adgangsbarriere der er opsat. Karakteren af denne adgangsbarriere er strukturel, idet ordregiver med sin adfærd er i stand til at påvirke markedsstrukturen ved at begrænse private aktørers direkte adgang til at sælge hospitalsydelser til forbrugerne.¹⁹³ Situationen beskrevet ovenfor er skitseret nedenfor i figur 4.4. Figuren viser, hvordan ordregiver, via den nuværende regulering, kan udnytte den juridisk/strukturelle adgangsbarriere der eksisterer på markedet.

Figur 4.4



Kilde: Egen tilvirkning

I *FENIN* dommen ser vi altså, at SNS opererer på to forskellige markeder, med forskellige aftagere på downstream markedet. Spørgsmålet er, om SNS's incitamentsstruktur kan have indflydelse ved denne opdeling af deres aktiviteter. Er det med andre ord fordelagtigt for markedet, at ordregiver gives rum til at agere på samme vis på begge markeder? Det er herved relevant at teste, hvorvidt det faktiske videresalg af medicinske tjenesteydelser der foretages til private samt til turister kan betegnes som en økonomisk aktivitet. Dette gøres i det efterfølgende i afsnit 4.2.2 og 4.2.3 ud fra henholdsvis en juridisk og en økonomisk synsvinkel.

¹⁹³ Viscusi, Harrington Jr. og Vernon (2005), s. 182

4.2.2 Juridisk test af anbringenet om muligt videresalg til private samt turister

I afhandlingens kapitel 3 blev Rettens og Domstolens fremgangsmåde i dommene *Selex* og *FENIN* analyseret. Her blev det anskueliggjort at der blev anlagt en tre-ledet test i vurderingen af om en offentlig myndigheds opgaver var af økonomisk karakter. Fremgangsmåden fra de to sager, vil ligeledes blive anvendt på denne test; det testes hvorvidt det faktiske videresalg af medicinske tjenesteydelser der foretages til private, som ikke er en del af det spanske offentlige sundhedssystem, samt til turister kan betegnes som en økonomisk aktivitet.

De tre parametre der testes på er:

1. Er der tale om udbud af varer og tjenesteydelser
2. Hvorvidt den pågældende aktivitet kan adskilles fra den opgave enheden udfører i sin egenskab af offentlig myndighed
3. Hvorvidt der findes et marked for den pågældende vare/tjenesteydelse

Såfremt ovenstående parametre besvares positivt kan det konstateres, at der er tale om en økonomisk aktivitet og det vil i så fald være nødvendigt at vurdere om den offentlige enhed besidder en dominerende stilling samt om enheden misbruger denne position.¹⁹⁴

SNS, som er en sammenslutningen af offentlige enheder, har primært til opgave at administrere det spanske sundhedsvæsen. Til denne administration hører indkøb af produkter til hospitalssektoren, som SNS hovedsageligt aftager fra virksomheder der er medlem af foreningen FENIN. Den offentlige opgave der er pålagt SNS består i sikring af, at skatteyderne opnår den medicinske behandling de har behov for. Spørgsmålet er, om videresalg af medicinske tjenesteydelser til private og turister er en integreret del af den offentlige opgave som er tildelt SNS. Retten anfører i dommen *Selex*, at en meget indirekte forbindelse mellem to aktiviteter ikke kan medføre sammenhæng mellem disse.¹⁹⁵ Det skal her bemærkes, at SNS uden problemer alene kunne varetage sin offentlige opgave og sikre videreformidling af sundhedsydelser til skatteyderne. Udførelse af sundhedsydelser til private og turister

¹⁹⁴ Afhandlingens kapitel 7 beskæftiger sig med spørgsmålet om, hvori ordregivers misbrug af en dominerende stilling kan tænkes at bestå.

¹⁹⁵ Se i samme retning Retten i sag T-155/04 *Selex*, præmis 86.

er herved ikke en uundværlig opgave for sikringen af skatteydernes medicinske behandling¹⁹⁶, hvilket indikerer at denne aktivitet kan adskilles fra enhedernes offentlige opgave.

Retten anvender i *Selex* holdningen, at enhver aktivitet der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et marked udgør økonomisk aktivitet.^{197,198} Herved argumenterer Retten for at Eurocontrol's udbud af rådgivning til de nationale myndigheder er af økonomisk karakter. Som omtalt i kapitel 3 er denne holdning ligeledes fremtrædende i *FENIN*, da der, både i Rettens afgørelse og Domstolens dom, alene ligges vægt på SNS' indkøbsaktivitet som ikke udgør økonomisk aktivitet, idet der ikke i Domstolens termer sker udbud af tjenesteydelser. Under alle omstændigheder er der ikke fokus på SNS' indkøbsaktivitet når der testes på aktiviteten videresalg til private samt turister, men derimod SNS' udbud af medicinske tjenesteydelser til et marked der falder udenfor dets primære offentlige opgave. Dette kan være indikation på økonomisk aktivitet.

Det kan dog på den anden side diskuteres hvor stor en grad af SNS' opgaver der faktisk vedrører videresalg af medicinsk behandling til private og turister.¹⁹⁹ Det er væsentligt at stille spørgsmålet om der kan defineres en bagatelgrænse for hvornår en aktivitet har relevans for ordregiveres adfærd. Hvis SNS' ageren indenfor markedet til private samt turister spiller en ikke betydelig rolle for de offentlige enheders opgaver som helhed, kan det være vanskeligt at adskille aktiviteten fra enhedernes offentlige opgaver, og herved vil det ikke være relevant at anse en sådan aktivitet for økonomisk. Herooverfor står dog det faktum, at SNS kan opnå et indtjeningsgrundlag ved at levere sundhedsydelser til private og turister, hvilket kan betyde at SNS i udøvelsen af denne aktivitet har et andet fokus. Hvor det primære fokus er velfærdsmaksimering i relation til varetagelsen af SNS' primære offentlige opgave, er der mulighed for at SNS ved videresalg af sundhedsydelser til private og turister kan agere i spilrummet mellem velfærdsmaksimerende adfærd og profitmaksimerende adfærd.²⁰⁰ Det må herved konstateres, at aktiviteten videresalg af medicinske tjenesteydelser til private og

¹⁹⁶ Op. Cit

¹⁹⁷ Se sag T-155/04 *Selex*, præmis 87

¹⁹⁸ Denne holdning udtrykte Domstolen tilbage i dommen C-118/85 *Kommissionen mod Italien*

¹⁹⁹ Se afhandlingens kapitel 7 for en nærmere diskussion af misbrugsformen obligatorisk eller systematisk aktivitet

²⁰⁰ Se sag T-319/99 *FENIN*, præmis 90, hvor Retten (omvendt) advokerer for at vederlagsfrihed ikke i sig selv kan medføre at der ikke er tale om en økonomisk aktivitet

turister består af et udbud af tjenesteydelser, hvilket medfører at Domstolen forudsætning om, at der skal ske udbud af varer eller tjenesteydelser før der kan være tale om økonomisk aktivitet er opfyldt. Herudover slås det fast, at SNS' aktivitet med videresalg af medicinske tjenesteydelser til private og turister kan adskilles fra enhedernes primære offentlige opgave som er at videreformidle sundhedsydelser til skatteyderne.

Tilbage står spørgsmålet om, hvorvidt der findes et marked for den pågældende tjenesteydelse. Som indicium for at en aktivitet kan adskilles fra enhedens aktivitet anfører Retten i *Selex*, det faktum at aktiviteten kan udøves af private virksomheder ligeså vel som offentlige myndigheder.²⁰¹ Spørgsmålet om hvorvidt der findes et marked for SNS' aktivitet bestående i levering af sundhedsbehandlinger til private og turister kan besvares bekræftende, idet private aktører opererer indenfor sundhedssektoren ligeså vel som offentlige enheder gør det.²⁰²

SNS' aktivitet med levering af sundhedsydelser til private og turister opfylder på baggrund af ovenstående diskussion de tre parametre som er opstillet af Retten i *Selex*. Der er i henhold til ovenstående analyse herved belæg for at karakterisere denne specifikke aktivitet som økonomisk, hvorfor SNS ved udøvelsen af aktiviteten med videresalg til private samt turister vil være underlagt konkurrencereglerne.

4.2.3 Økonomisk test af anbringnet om muligt videresalg til private samt turister

I den klassiske upstream/downstream situation er der oftest tale om, at en upstream virksomhed producerer en vare, som sælges til downstream virksomheden, der herefter videresælger produktet til forbrugeren.²⁰³ Det er netop relationen mellem upstream og downstream aktøren, som EU's konkurrenceregler søger at regulere. Forestiller man sig eksempelvis, at upstream aktøren udviser en adfærd der helt eller delvist vil være egnet til at begrænse konkurrencen, og besidder aktøren en dominerende stilling på det relevante marked, vil dette potentielt være i strid med konkurrencereglerne. Situationen er i denne afhandling tilpasset, så SNS som offentlig ordregiver nu udgør downstream aktøren, mens FENIN repræsenterer upstream aktøren. Forskellen er her, at SNS' adfærd ikke reguleres af

²⁰¹ Se sag T-155/04 *Selex*, præmis 88

²⁰² Forslag til afgørelse fra General Advokat Maduro i sag C-205/03 P *FENIN*, hvor Maduro ligger vægt på, om private aktører agerede indenfor den spanske hospitalssektor, se betragtning 53

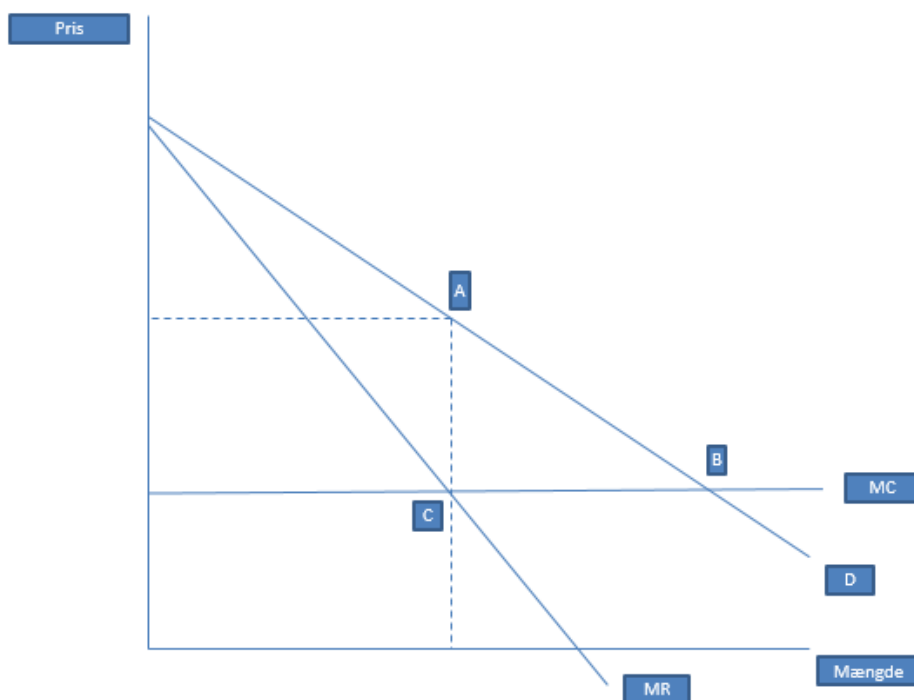
²⁰³ Se til eksempel Cabral (2000) for denne definition

konkurrencereglerne, hvorfor de besidder en beskyttet position på markedet, i hvert fald når de agerer indenfor deres offentlige opgave. Som konkluderet i den juridiske test i forrige afsnit, kan SNS' aktivitet vedrørende videresalg af sundhedsydelser til private og turister ansues som en økonomisk aktivitet. Dette afsnit vil på baggrund heraf analysere om ordregivers adfærd medfører konkurrencebegrænsende virkninger på markedet. Dette gøres via teorien om monopol.²⁰⁴

Rent intuitivt, opnår SNS en langt større grad af markedsmagt, og dermed også en højere forhandlingsstyrke, når der ligeledes leveres sundhedsydelser til private og turister. Dette skyldes, at SNS dermed får adgang til en langt større del af markedet, og at producenterne bedst mulighed for at levere medicinske produkter til det private marked dermed reelt går gennem SNS. I ekstremit indtager SNS med andre ord en form for monopsonist-monopolist stilling i denne situation, hvor ordregiver kan anses som monopsonist i upstream relationen, og monopolist i downstream relationen. Ved udøvelsen af aktiviteten videresalg af sundhedsydelser til private og turister indtager SNS monopolist status, mens producenterne ikke har nogen betydelig forhandlingsstyrke, da denne er underlagt konkurrencereglerne og ikke kan udnytte sin position i forhold til andre leverandører. Spørgsmålet er, hvad denne monopsonist-monopolist stilling har af effekter på markedet.

²⁰⁴ Der tages udgangspunkt i teorien, som beskrevet i Scherer og Ross(1990) s. 21 ff.

Figur 4.5



Kilde: Scherer og Ross(1990) s. 24

En monopolist opererer med en nedadgående efterspørgselskurve, hvilket medfører at monopolisten ved salg af yderligere enheder er nødsaget til at reducere sin pris. Monopolistens profitmaksimerende mængde er hvor dets marginale indtægt (MR) er lig dets marginale omkostninger (MC). Idet monopolistens marginale indtægt er mindre end den fastsatte pris (ved positiv afsat mængde) vil prisen overstige de marginale omkostninger. I den rene monopol situation vil SNS kunne prissætte deres hospitalsydelser på et niveau over de marginale omkostninger ved at levere ydelser til private og turister. Monopolistisk prissættelse medfører inefficent ressource allokering, idet den udbudte mængde begrænses af monopolisten, da denne ikke vil ofre den profit der opnås ved at tage en høj pris for en mindre udbudt mængde. I figur 4.5 ses det at monopolsituationen formindsker forbrugeroverskuddet og øger producentoverskuddet set i forhold til et konkurrencepræget marked, hvilket medfører en inefficent ressource allokering. Set fra samfundets synsvinkel opstår et dødvægtstab svarende til området ABC. Dette tab realiseres i monopolsituationen hverken af producent eller forbrugersiden.

Det ses herved, at det medfører utilsigtede økonomiske implikationer hvis SNS ikke underlægges konkurrencereglerne for så vidt angår aktiviteten vedrørende videresalg til private og turister. Videresalgssituationen giver SNS mulighed for, at agere som en monopolist og fastsætte deres priser svarende til et niveau der er samfundsøkonomisk inefficiënt. Dette faktum indikerer, at SNS har mulighed for at udnytte deres position når de opererer indenfor aktiviteten videresalg af medicinske produkter til private og turister, hvis ikke det anerkendes at aktiviteten er af økonomisk karakter og kan reguleres via konkurrencereglerne. Dette peger i retning af, at Retten og Domstolen burde have foretaget en selvstændig vurdering af netop denne aktivitet, og vurderet om SNS indtager en dominerende stilling på det private marked for sundhedsydelser, og om de misbruger denne position når de agerer på dette marked på lige fod med private leverandører.

4.3 Afrunding

Dette kapitel har overordnet søgt, at afprøve tesen om at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Kapitlet har afprøvet tesen, ved at analysere hvorvidt ordregivers incitamentsstruktur har indflydelse på deres ageren på markedet. Det er klarlagt, at ordregiveres incitamentsstruktur spiller en afgørende rolle på deres ageren som offentlig myndighed. Ordregiver agerer således profitmaksimerende og budgetmaksimerende for visse af sine aktiviteter. Ordregiver udviser dermed, ifølge denne analyse, samme adfærdsnorm som private virksomheder. Dernæst har kapitlet søgt at belyse, hvorvidt en konkret aktivitet med videresalg til private samt turister, kan siges at udgøre økonomisk aktivitet. Dette er gjort med henblik på, at anskueliggøre om der kan identificeres aktiviteter der kan siges ikke at falde ind under ordregivers offentlige opgaver. Denne analyse har vist, at ordregiver kan påvirke markedsstrukturen ved at begrænse private markedsaktørers adgang til at levere ydelser til forbrugerne. De konstaterede adgangsbarrierer medfører, at ordregivers adfærd kan begrænse konkurrencen og i værste fald udviske markedet.

Kapitlet har hernæst identificeret, at doktrinen er anvendelig på situationen hvor en offentlig ordregiver videresælger hospitalsydelser til private og turister. Den juridiske analyse af aktiviteten har vist, at denne kan betegnes som økonomisk, hvorfor konkurrencereglerne finder anvendelse herpå.

Endelig har kapitlet belyst, hvorvidt ordregivers monopolistiske adfærd medfører inefficiens på markedet. Det ses således, at der opstår utilsigtede økonomiske implikationer hvis en ordregiver ikke underlægges konkurrencereglerne, idet videresalgssituationen giver ordregiver mulighed for, at agere som en monopolist og fastsætte deres priser svarende til et niveau der er samfundsøkonomisk inefficiënt.

Kapitel 5

Dette kapitel søger at afprøve afhandlingens tese ved at behandle, hvordan retstilstanden efter *FENIN/Selex* doktrinen, hvor ordregiver ikke kan underlægges konkurrencereglerne, påvirker strukturen på markedet. For at belyse dette, tages der først udgangspunkt i Williamsons transaktionsomkostningsteori om den fundamentale transformation. Dernæst tages der udgangspunkt i teorien om købermagt. Kapitlet vil, ved hjælp af ovennævnte teorier, belyse hvorledes markedsstrukturen ændres gennem den fundamentale transformation, og hvilke effekter dette har på konkurrencesituationen på markedet.

5.1 Udbudssituationen – en fundamental transformation

Den fundamentale transformation er kendetegnet ved en situation, hvor mange leverandører bliver til få, for til sidst at ende i en bilateral relation, gennem eksempelvis tildelingen af en kontrakt.²⁰⁵ Williamsons transaktionsomkostningsteori om den fundamentale transformation er velegnet til at forklare udbudssituationen med økonomiske termer. En situation, hvor ingen parter har foretaget transaktionsspecifikke investeringer, kan sammenlignes med den neoklassiske situation for fuldkommen konkurrence.²⁰⁶ Denne situation er skitseret nedenfor, i øverste tredjedel af figur 5.1. En udbudsforretning er kendetegnet ved, at ordregiver beslutter sig for at indkøbe en given vare eller tjenesteydelse. Beslutningen om at ordregiver vil anskaffe varen eller tjenesteydelsen annonceres herefter til markedet gennem en udbudsbekendtgørelse, således at alle interesserede parter har mulighed for at afgøre, om de vil byde ind på den udbudte kontrakt.²⁰⁷ Denne situation er skitseret nedenfor, i midterste tredjedel af figur 5.1. Det ses, at antallet af tilbudsgivere reduceres, i midterste tredjedel af figur 5.1. Forklaringen herpå er, at udbudsbekendtgørelsen sætter visse begrænsninger op for kontrakten, hvorefter ikke alle tilbudsgivere er i stand til at levere den efterspurgte vare eller tjenesteydelse.²⁰⁸ Heri ligger en antagelse om, at flere tilbudsgivere er i stand til at tilbyde den efterspurgte vare eller tjenesteydelse. Det antages med andre ord, at der ikke er tale

²⁰⁵ Lippert-Rasmussen og Mols (1993), s. 19

²⁰⁶ Op. Cit

²⁰⁷ Udbudsdirektivets art. 36 hjemler pligt for ordregiver til at udarbejde og offentliggøre bekendtgørelser i EU-tidende (EUT)

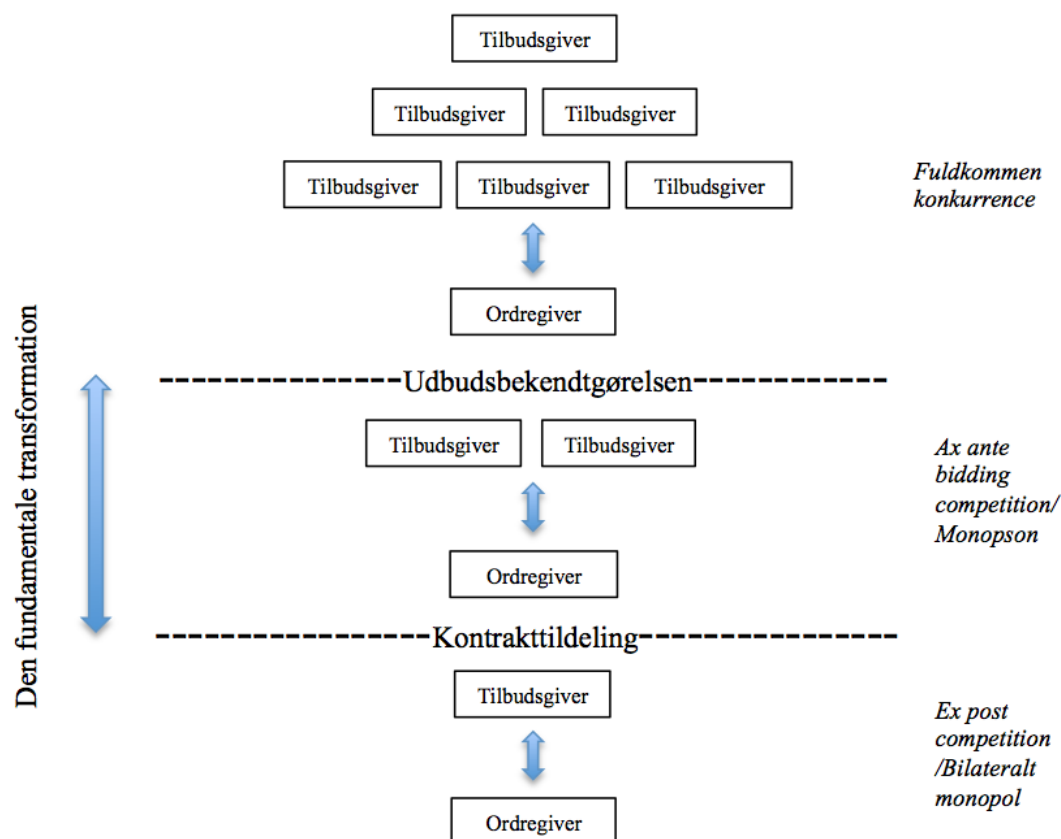
²⁰⁸ Williamson kalder denne proces for "ex ante bidding competition" og kendetegnes ved, at kvalificerede udbydere (i denne situation tilbudsgivere) kæmper om kontrakten, se Williamson (1985), s. 61

om et marked præget af monopol. Udbudsbekendtgørelsen udgør herefter den transaktionsspecifikke omkostning for ordregiver. Ordregiver har altså initiale transaktionsomkostninger ved at udarbejde udbudsbekendtgørelsen, men de langsigtede søgeomkostninger vil mindskes, idet ordregiver ikke har omkostninger til at undersøge og opsøge hver enkelt tilbudsgiver. Udbudsbekendtgørelsen lægger altså søgeomkostningerne over på tilbudsgiverne. Det ses således, at ordregivers transaktionsomkostninger mindskes gennem den fundamentale transformation i løbet af udbudsprocessen. Ordregiver har med andre ord gevinst af den fundamentale transformation. Den fundamentale transformation fører i udbudssituationer i sidste ende til en bilateral relation, gennem tildelingen af kontrakten til den vindende tilbudsgiver.²⁰⁹ Denne situation er skitseret nedenfor, i nederste tredjedel af figur 5.1. Udbudsprocessen er således kendetegnet ved, at mange tilbudsgivere initialt kæmper om at få lov til at levere til én stor køber, og at processen ender med, at kontrakten tildeles til den vindende tilbudsgiver.

Ovennævnte situation kan skitseres ved hjælp af følgende figur, der overordnet viser, hvorledes markedsstrukturen ændres, gennem den fundamentale transformation;

²⁰⁹ Williamson kalder denne tilstand for "ex post competition" se Williamson (1985), s. 61

Figur 5.1



Kilde: Egen tilvirkning

Figur 5.1 ovenfor viser altså, hvordan markedet via den fundamentale transformation ender i en tilstand af monopsony, eller bilateralt monopol.²¹⁰ I nederste tredjedel af figuren, er kontrakten tildelt, og parterne kan ikke ændre udfaldet. Kontrakten ses her som en aktivspecifik transaktion. Transaktionsomkostningerne for ordregiver ved at skifte leverandør efter kontrakten er tildelt, vil være høje (der er høje switching costs). Tilbudsgiver, som nu er kontraktpart, vil i dette tilfælde agere stærkt opportunistisk. Modsat vil ordregiver som en følge heraf være interesseret i at udforme en kontrakt, der muliggør nødvendige tilpasninger i længerevarende relationer.²¹¹ Williamsons transaktionsomkostningsteori om effiente reguleringsstrukturer tilsiger i dette

²¹⁰ Disse to markedsformer gennemgås nærmere i afsnit 5.2

²¹¹ Ordregiver vil i dette tilfælde være begrænset af retspraksis. Som eksempel kan nævnes sag C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, der er den ledende dom om adgangen til at ændre i indgåede kontrakter. Sagen vedrørte hvorvidt en indgået kontrakt var gen-udbudspligt som følge af udskiftningen af en kontraktpart. Domstolen afgjorde, at der er tale om væsentlige ændringer når tre tilfælde er opfyldt, jf. dommens præmis 35-37. Således afgjorde Domstolen at en kontrakt er gen-udbudspligtig når der er tale om væsentlige ændringer i kontrakten.

tilfælde, at kontrakten vil udformes efter den neoklassiske kontraktlov.²¹² Herefter vil den efficiente reguleringsstruktur være trilateral regulering.²¹³ Denne reguleringsstruktur accepteres i det følgende som efficient, og analysen vil herefter ikke beskæftige sig videre med dette spørgsmål. Det er således midterste tredjedel af figuren der er relevant at analysere nærmere, idet det er i denne fase, at parternes forhandlingsstyrke kan påvirke udfaldet af kontrakten. Som konkluderet i kapitel 3, kan ordregiver med den nuværende retstilstand, ikke underlægges konkurrencereglerne. Dette giver unægtelig ordregiver en konkurrencemæssig fordel overfor tilbudsgiver. Det undersøges nu, om den konstaterede tilstand på markedet, hvor ordregiver besidder monopson magt, men ikke er underlagt konkurrencereglerne, begrænser konkurrencen på markedet. Analysen tager udgangspunkt i den industriøkonomiske teori om købermagt.

5.2 Ordregivers markedsmagt

Teorien om købermagt indebærer en situation hvor efterspørgselssiden på et marked er koncentreret. Herved kan købere udøve markedsmagt overfor sælgere ved at presse priserne under niveauet for markedsprisen. Kendetegnet ved et marked med en enkelt køber og flere indbyrdes konkurrerende sælgere er markedsformen monopsony, hvorimod der er tale om et bilateralt monopol hvis der blot er en enkelt stor køber og en enkelt stor sælger.²¹⁴ Ifølge teorien kan monopsony potentielt medføre velfærdstab, på grund af fald i output, men kan i princippet også medføre velfærdsgevinster. Effekterne af købermonopol er altså tvetydige; en koncentreret efterspørgselsside kan føre til velfærdstab på grund af fald i markedets output, men kan også have positive effekter på et marked, eksempelvis hvis en stor aftager skaber et modpol til en stor udbyder med stor forhandlingsstyrke²¹⁵. Sidstnævnte situation vil da kunne føre til lavere priser for skatteyderne.²¹⁶ Hvis én køber kan påvirke markedsprisen, er tre forudsætninger nødvendige for at statuere buyer power nemlig at; 1) køberen foretager en betydelig del af indkøbene på markedet, 2) der eksisterer adgangsbarrierer på købermarkedet og endelig 3) udbudskurven er stigende.²¹⁷ Da det

²¹² Se Lippert-Rasmussen og Mols (1993), s. 23-27

²¹³ Op. Cit. s. 27

²¹⁴ Se Scherer og Ross (1990), s. 519, der ligeledes identificerer yderligere to markedsstrukturer, hvor købersiden er koncentreret, nemlig; bilateralt oligopol, og oligopsony

²¹⁵ Dette betegnes i teorien som ”countervailing buyer power”

²¹⁶ Kokkoris (2006), s. 141

²¹⁷ Kokkoris (2006), s. 144

allerede er fastslået i kapitel 4, at der eksisterer adgangsbarrierer til købermarkedet, vil analysen i det følgende ikke behandle den forudsætning. Analysen vil således alene behandle de to resterende forudsætninger. Analysen tager udgangspunkt i *FENIN* sagen. Dette er valgt for at anskueliggøre ovenstående analyse på en konkret situation. Da dommen allerede er gennemgået i kapitel 3, og yderligere behandlet i kapitel 4, introduceres dommen ikke yderligere.

FENIN's medlemmer sælger primært deres produkter til SNS, og salg fra FENIN's medlemmer til SNS udgør således mere end 80% af omsætningen for FENIN's medlemmer.²¹⁸ Der er altså ingen tvivl om, at SNS besidder en grad af købermagt, som potentielt kan udnyttes. Ydermere kan det konstateres, at SNS i gennemsnit betaler deres regninger 300 dage for sent.²¹⁹ Der er ikke belæg for at konkludere at regningerne betales for sent som følge af det eksisterende købermonopol, men det er uomtvisteligt, at FENIN befinder sig i en prekær situation, og at deres forhandlingsstyrke på dette punkt er svækket i forhold til SNS. Retten erkender da også, at et organ kan købe ind i så store mængder, at det pågældende organ kan risikere at indtage en monopolstilling.²²⁰ Retten udtaler sig ikke om, hvorvidt den mener, at en sådan situation er skadelig i det konkrete tilfælde, men ovenstående giver altså anledning til at undersøge, hvorvidt SNS udgør et købermonopol, med en høj grad af købermagt. Dernæst, hvad virkningerne af et sådant vil være.

I *FENIN* er der tale om en enkelt stor køber (SNS) og en sammenslutning af flere indbyrdes konkurrerende sælgere (FENIN). Det antages, at SNS er langt den største aftager af medicinske produkter på det spanske marked, hvilket vil sige at SNS kan påvirke efterspørgslen på markedet i høj grad. Til grund for denne antagelse ligger en formodning om, at langt de fleste medicinske produkter i Spanien bliver tilbudt gennem det offentlige hospitalsvæsen, og at efterspørgslen fra det private hospitalsvæsen derfor er meget lavere. Det antages med andre ord, at der er tale om et marked der er præget af monopsony. Således vil SNS, via deres købermonopol, kunne

²¹⁸ Sag C-205/03 P, *FENIN*, præmis 3

²¹⁹ Op. Cit, præmis 4

²²⁰ Se sag T-319/99, *FENIN*, præmis 37 hvor det anføres at: ”...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.”

presse priserne på medicinske produkter, til gavn for den spanske skatteyder. I dette tilfælde vil købermonopolet medføre velfærdsgevinster. I princippet kan SNS dog lige så vel udnytte deres købemonopol ved ikke at redistribuere deres gevinst til de spanske forbrugere, men tværtimod beholde gevinsten selv. I så fald vil købermonopolet medføre velfærdstab. Det er ikke ud fra sagens faktum, muligt at afgøre, hvilken af de to ovennævnte situationer en ordregiver vil vælge, men teorien tilsiger at begge scenarier er mulige. Det kan dermed ikke ud fra økonomisk teori afvises, at koncentreret købermagt på ordregiversiden kan udnyttes til egen vinding for ordregiveren.²²¹

Nedenstående gennemgang vil nu illustrere, hvorvidt SNS' købermonopol generelt kan siges at have positive eller negative effekter på samfundet. To situationer vil blive gennemgået, nemlig tilfældet med bilateralt monopol overfor monopson.

Først undersøges situationen hvor markedsformen er bilateralt monopol. Idet analysen søger at belyse situationen, før kontrakten tildeles, antages det nu, at FENIN, teoretisk set, konsoliderer deres sælgerkraft, eksempelvis ved at styre den udbudte mængde på markedet.²²² Denne markedsform afspejler midterste tredjedel i figur 5.1. Det antages at FENIN får en forhandlingsmagt der overstiger SNS', og at FENIN derfor kan påvirke prisen, og dermed blive prisledere. I denne situation tilsiger teorien om købermagt, at sælger vil indse, at køber maksimerer sin profit ved at øge output indtil punktet der skærer udbudskurven (MC, Sc). Sælger vil da profitmaksimere ved at udbyde færre varer på markedet, hvilket svarer til, at der udbydes mængden X_s , til prisen P_s .²²³

I tilfældet hvor der eksisterer et rent monopson, og de indbyrdes konkurrerende sælgere accepterer den tilbudte pris, vil monopsonisten indse, at jo mere input (X) der købes, jo højere bliver prisen.²²⁴ I kapitel 4 er der redegjort for, at SNS befinder sig i en situation hvor der ligeledes indtages monopolstatus på downstream markedet. I dette tilfælde tilsiger teorien, at jo mere input (X) der aftages, jo mere input kommer der på markedet, hvilket vil sænke den gennemsnitslige værdi af output på markedet. SNS vil altså med andre ord have incitament til at efterspørge mere. Dette illustreres i

²²¹ Se afsnit 4.1 om ordregivers incitamentsstruktur

²²² Denne situation er kun teoretisk mulig, idet en sådan form for samordning potentielt vil være i strid med art. 101 TEUF

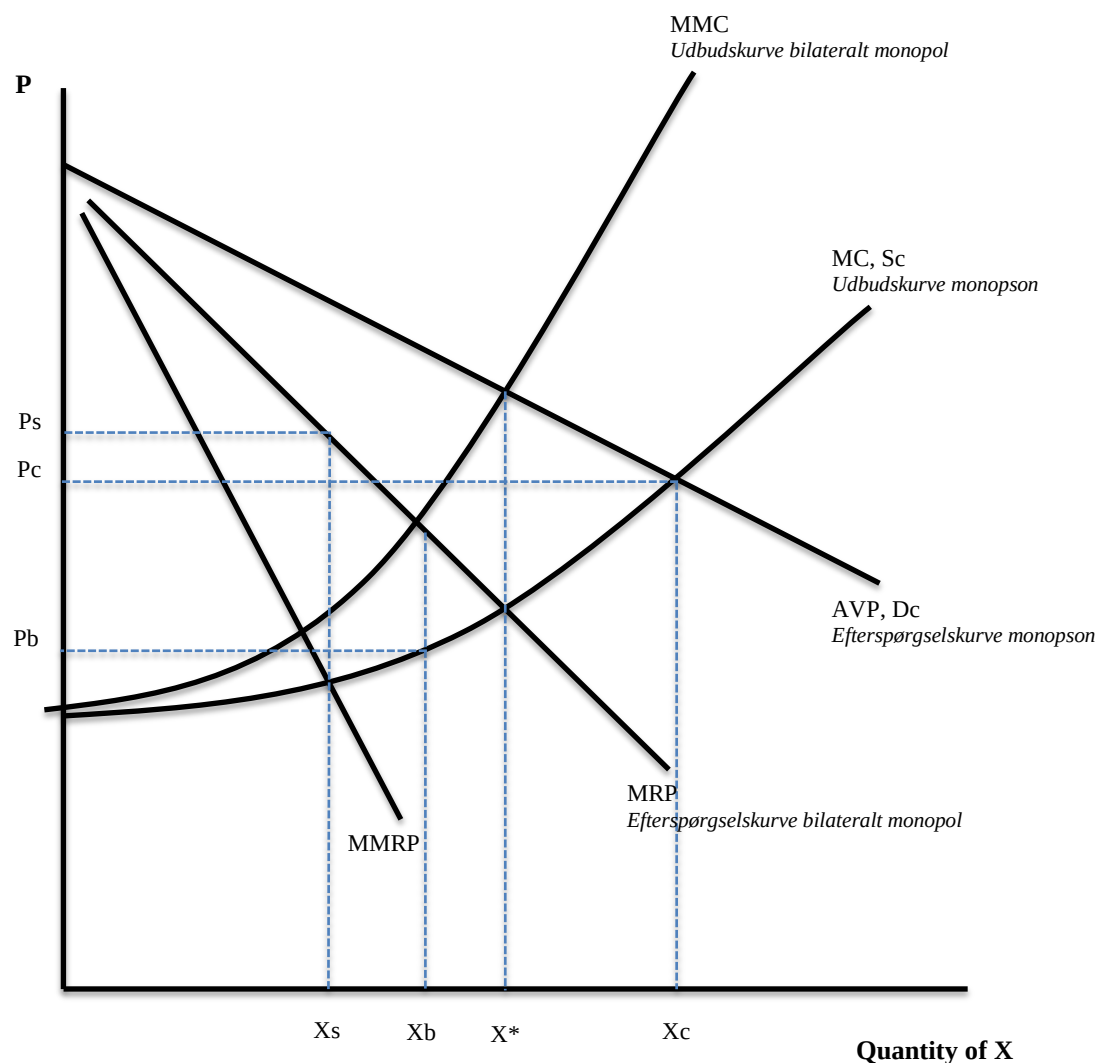
²²³ Scherer og Ross (1990), s. 520

²²⁴ Scherer og Ross (1990), s. 520

figur 5.2 ved efterspørgselskurven, MRP, der er nedadgående. Det ses altså, at situationen hvor ordregiver indtager monopsonist-monopolist status, vil medføre en stigning i output, og et fald i pris. Modsat vil FENIN befinde sig i en situation hvor deres medlemmer er indbyrdes konkurrerende,²²⁵ hvilket leder frem til udbudskurven, MC,Sc. illustreret i figur 5.2. SNS vil i denne situation efterspørge en mængde der svarer til punktet X_B , til prisen P_B , hvilket afspejler en situation, hvor SNS får dækket deres efterspørgsel fuldt ud. Det kan med andre ord konstateres, at der under det bilaterale monopol vil blive udbudt en mindre mængde til end højere pris, end i situationen med monopson, hvor monopsonisten ligeledes har monopol status på downstream markedet.

²²⁵ Da der er tale om, at SNS indkøber medicinske produkter via udbud, vil FENIN's medlemmer konkurrere på pris, hvorefter tildelingskriteriet vil være *laveste pris* jf. Direktiv 2004/18, art. 53, litra b) eller en kombination af pris og kvalitet, hvorefter tildelingskriteriet vil være *økonomisk mest fordelagtige tilbud* jf. Direktiv 2004/18, art. 53, litra a)

Figur 5.2



Kilde: Scherer og Ross (1990), s. 520, tilpasset version

Situationen hvor FENIN anses som én samlet sælger vil altså, ifølge teorien, medføre velfærdstab, idet FENIN da vil kunne udbyde en mindre mængde på markedet, til en højere pris, hvilket vil være til skade for de spanske skatteydere. Isoleret set vil situationen, hvor FENIN har højere grad af markedsmagt end SNS, altså være den mest skadelige for skatteyderne, idet denne situation vil medføre den lavest udbudte mængde og samtidig den højeste pris per vare. Det ses med andre ord, at ordregivers købermonopol vil medføre velfærdsgevinster. I henhold til afsnit 2.1.2 om konkurrencereglernes formål ses det altså, at de traditionelle industriøkonomers syn på konkurrencepolitikken, hvorefter en vis form for indblanding vil være nødvendig, vil være den mest optimale. Ingen af situationerne kan dog siges at være ideelle. Det kan således vises, at der vil kunne opnås et højere output, svarende til punktet X^* , hvis parterne søger at profitmaksimere i fællesskab. Parterne vil i denne situation

forhandle sig frem til en pris, der under alle omstændigheder vil ligge mellem punkterne L og H. Prisen vil da afhænge af, hvilken part der har den største forhandlingsstyrke.

5.3 Afrunding

Dette kapitel har overordnet søgt at besvare, hvordan retstilstanden efter *FENIN/Selex* doktrinen påvirker strukturen på markedet. Analysen har vist, at markedsstrukturen, gennem den fundamentale transformation, ændres fra en situation der kan sammenlignes med fuldkommen konkurrence situationen, til et monopson eller et bilateralt monopol. Det er konkluderet, at ordregiver har gevinst af den fundamentale transformation, idet ordregivers transaktionsomkostninger vil mindskes gennem udbudsbekendtgørelsen. Effekterne af den fundamentale transformation er herefter analyseret. På den baggrund konkluderede afsnit 5.2, at der under det bilaterale monopol vil blive udbudt en mindre mængde til en højere pris, end i situationen med monopson, hvor ordregiver samtidig har monopolist status på downstream markedet. Denne pointe er central for det overordnede spørgsmål om, hvorvidt *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Doktrinen medfører således en tilstand, hvor konkurrencen på markedet forbedres. Domstolens doktrin medfører således en tilstand hvor ordregiver bibeholder købermagt for aktiviteter udøvet i almenhedens interesse, hvilket ifølge ovenstående analyse skaber velfærdsgevinster. Denne konklusion modificeres dog af pointen i afsnit 5.2, hvorefter det konstateres, der kan skabes forbedret efficiens, når der skabes modvægt til købermagten. Dette fører naturligt til spørgsmålet, hvorledes Domstolens doktrin, hvorefter ordregiver underlægges konkurrencereglerne for visse aktiviteter, medfører forbedret efficiens for markedet. Dette spørgsmål belyses videre i kapitel 6.

Kapitel 6

I kapitel 3 er det fastslået, at Domstolen er ved at udvikle en doktrin, hvor ordregiver for visse af sine aktiviteter kan underlægges konkurrencereglerne. Det er ligeledes, i kapitel 4 sandsynliggjort at sådanne situationer kan opstå, og der er analyseret på en konkret situation der konkluderede, at ordregiver skulle underlægges konkurrencereglerne i den konkrete situation der blev testet på. Samtidig har analysen i kapitel 5 vist at det, alt andet lige, vil medføre et mindre velfærdstab når ordregiver besidder monopsonmagt, end når det modsatte er tilfældet. Det er således konkluderet, at det vil være efficient for samfundet, hvis tilbudsgiver har mulighed for at skabe en vis grad af modvægt til det købermonopson som ordregiver har mulighed for at opretholde med den nuværende retspraksis. Kapitlet søger at afprøve afhandlingens tese ved at undersøge, om doktrinen medfører samlet forbedret efficiens for samfundet. Spørgsmålet søges besvaret gennem en retsøkonomisk analyse der analyserer graden af anvendelse af konkurrencereglerne for henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver. Der analyseres på tre situationer, nemlig situationen med høj, mellem og lav grad af anvendelse af konkurrencereglerne på parterne.

6.1 Retsøkonomisk analyse

Der opstilles i det efterfølgende en matrix med forskellige grader af anvendelse af konkurrencereglerne for parterne. En høj grad af anvendelse illustrerer situationen hvor parterne er fuldt underlagt konkurrencereglerne, mens en lav grad af anvendelse betyder, at parterne slet ikke er underlagt konkurrencereglerne. Det er allerede fastslået i afhandlingen, at førstnævnte situation ikke er mulig, og situationen er derfor medtaget som et ekstremer der skal understøtte illustreringen af en pointe. En mellem grad af forhandlingsstyrke skal illustrere situationen som er skitseret i afhandlingen, nemlig at Domstolen er ved at udvikle en doktrin hvor ordregiver for visse af sine aktiviteter er underlagt konkurrencereglerne. Værdierne i matrixen skal symbolisere parternes payoff ved udfaldet af de ovenfor skitserede situationer. Værdierne symboliserer forholdet mellem de forskellige udfald, og udgør således ikke en direkte økonomisk værdi. Samtidig vil det samlede tab for samfundet blive analyseret. Dette gøres ved at lægge parternes nytter sammen, hvorved det samlede tab for samfundet udledes.

Figur 6.1

		Økonomisk aktør/Tilbudsgiver		
		Lav	Mellem	Høj
Ordregiver	Lav	(0,0)	(-6,-11)	(-7,-14)
	Mellem	(-11,-6)	(-8,-8)	(-8,-10)
	Høj	(-16,-7)	(-10,-8)	(-12,-12)

Kilde: Egen tilvirkning

Konkurrencereglerne har, som allerede angivet i kapitel 2, til formål at sikre en åben markedøkonomi med fri konkurrence. De konkurrencepolitiske tiltag der indføres på EU plan skal på den baggrund medvirke til at sikre dette overordnede mål. Blandt andet skal EU's konkurrencepolitik sikre, at private virksomheder ikke kan opnå og misbruge en høj grad af markedsmagt, til skade for forbrugerne. Målet om at private virksomheder ikke skal kunne opnå og misbruge en høj grad af markedsmagt udelukker således muligheden for, at tilbudsgiver ikke underlægges konkurrencereglerne overhovedet. Det vil sige, at resultaterne (0,0), (-11,-6) og (-16,-7) vil være direkte modstridende med politiske ønsker og målsætninger, hvorfor disse tre payoff's ikke er realistiske at opnå, og derfor ikke behandles yderligere.

Såfremt FENINs påstand blev taget til følge, og ordregiver blev underlagt konkurrencereglerne, ville der opstå en situation hvor begge parter i høj grad blev underlagt konkurrencereglerne. I denne situation ville parterne ville ende i payoff'et (-12,-12). Dette payoff er samlet set det værste, nemlig -24, og dermed mindst økonomisk efficient for samfundet. Dette resultat støtter op om konklusionerne i kapitel 2, hvor det er anført, at der er visse aktiviteter der ønskes fredet fra konkurrencereglerne, idet disse aktiviteter udføres i almenhedens interesse. Det er således politisk accepteret, at visse offentlige opgaver hverken kan eller skal udføres på markedsvilkår. Det ses altså, at en høj grad af anvendelse af konkurrencereglerne

vil være skadelig for parterne, idet de da slet ikke kan agere frit, hvilket vil være det mindst efficiente resultat for samfundet. Denne pointe underbygger altså Domstolens udvikling af en doktrin, hvor det ikke ønskes at ordregiver underlægges konkurrencereglerne for alle dens aktiviteter, men at ordregiver på samme tid bibeholder en del af sin købermagt. Som beskrevet ovenfor vil situationen hvor ordregiver er fuldt underlagt konkurrencereglerne, mens tilbudsgiver ikke er underlagt, ikke være mulig, og parterne vil derfor ikke ende i resultaterne (-16,-7) og (-10,-8). Det vil således ikke være i overensstemmelse med konkurrencereglernes sigte om at regulere virksomheders adfærd, såfremt man lod ordregiver, men ikke tilbudsgivere være underlagt konkurrencereglerne.

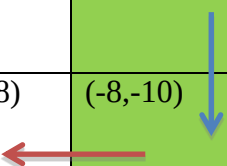
Kapitel 5 viste, at situationen hvor ordregiver har mest markedsmagt, og parternes payoff dermed udgør (-7,-14), alt andet lige, vil være mindre skadeligt for samfundet, end hvis det modsatte er tilfældet, og parternes payoff dermed udgør (-16,-7). Dette ses i matrixen ved at det samlede resultat er værre når ordregiver i høj grad er underlagt konkurrencereglerne, nemlig -23, end når tilbudsgiver i høj grad er underlagt konkurrencereglerne, nemlig -21. Ingen af disse resultater kan dog siges at være optimale. Teorien om countervailing power tilsiger, at købermagt vil være mest effektivt, hvis risikoen for ikke at opnå en aftale mellem parterne er mest omkostningsfuld for sælger.²²⁶ Ifølge teorien vil det altså skabe efficiens, såfremt det medfører flest omkostninger for tilbudsgiver ikke at opnå en aftale. Tilbudsgivers mulighed for at skabe modvægt symboliseres da ved en lavere grad af underlæggelse af konkurrencereglerne. Dette ses i matrixen, ved at den situation hvor ordregiver tildeles den laveste grad af anvendelse af konkurrencereglerne, og markedsformen dermed udgør et bilateralt monopol, vil medføre en lavere samfundsmæssig værdi end situationen hvor tilbudsgiver er underlagt lavere grad af konkurrencereglerne end ordregiver. Denne situation symboliseres i matrixen ved payoff'ene (-6,-11) og (-7,-14) hvoraf førstnævnte payoff samlet giver et værre resultat, -17, end sidstnævnte, -23. Ovenstående stemmer således overens med analysen i kapitel 5 der viste, at den økonomiske efficiens, alt andet lige, ville være højest i situationer hvor ordregiver har den højeste grad af forhandlingsstyrke, hvis man sammenligner monopson med bilateralt monopol.

²²⁶ Se Kokkoris (2006), s. 142 der anfører dette argument

Der opstilles nu en matrix der skal vise, hvorledes situationen ændrer sig med den påståede udvikling af en doktrin på området.

Figur 6.2

		Økonomisk aktør/FENIN		
		Lav	Mellem	Høj
Ordregiver/SNS	Lav	(0,0)	(-6,-11)	(-7,-14)
	Mellem	(-11,-6)	(-8,-8)	(-8,-10)
	Høj	(-16,-7)	(-10,-8)	(-12,-12)



Kilde: Egen tilvirkning

Før udviklingen af *FENIN/Selex* doktrinen var der en retstilstand hvor ordregiver i lav grad var underlagt konkurrencereglerne, mens tilbudsgiver i høj grad var underlagt. Denne situation vil medføre et payoff på (-7,-14), og det næst værste resultat samlet set, på -21. Situation lever samtidig op til Medlemsstaternes ønske om ikke at regulere de nationale offentlige ordregivere gennem konkurrencereglerne. Vi ser altså, at den beskyttede stilling som den offentlige ordregiver nyder, ikke er efficient for samfundet. Denne pointe er central i spørgsmålet om, hvorvidt Domstolens doktrin kan begrundes i økonomiske rationaler.

Som vist i kapitel 5, er købermagt mest optimalt, hvis tilbudsgiver har mulighed for at skabe en modvægt til ordregivers monopsonmagt. Muligheden for at skabe modvægt symboliseres i det efterfølgende ved at ordregiver underlægges konkurrencereglerne i en eller anden grad. Dette ses i matrixen ved at det samlede payoff mellem parterne ændres fra (-7,-14) til (-8,-10) hvor sidstnævnte situation symboliserer, at ordregiver går fra slet ikke at underlagt, til at være underlagt i en lempeligere form (altså for visse aktiviteter). Det samlede payoff forbedres således fra -21 til -18, hvilket samtidig er en paretoforbedring. Udviklingen af *FENIN/Selex* doktrinen medfører

altså en situation, hvor ordregiver for visse af sine aktiviteter kan underlægges konkurrencereglerne. Ordregiver går altså fra i lav grad at være underlagt, til at være underlagt i mellem grad. Denne situation symboliseres i ovenstående matrix ved den blå pil. Situationen vil medføre et payoff for parterne på $(-8, -10)$, hvilket giver et samlet resultat på -18 . Vi ser altså at doktrinen samlet set medfører en forbedring for samfundet.

Doktrinen åbner op for to mulige situationer, nemlig at ordregiver enten er i mellem eller lav grad er underlagt konkurrencereglerne. Tilbudsgiver vil fortsat være fuldt underlagt. De to grønne felter i matrixen skal således vise de to eneste mulige situationer, nemlig situationen før og efter doktrinen.

Som allerede beskrevet, vil det skabe efficiens for samfundet, såfremt tilbudsgiver har mulighed for at skabe en modvægt til ordregivers købermonopol, hvilket blandt andet kan opnås ved at underlægge tilbudsgiver en lempeligere grad af konkurrencereglerne. Denne pointe er ligeledes med til at forklare, hvorfor doktrinen blot medfører paretoforbedringer, men altså ikke paretooptimalitet. Den røde pil i ovenstående matrix skal således symbolisere, at den paretooptimale situation hvor begge parter i mellem grad er underlagt konkurrencereglerne ikke vil være mulig at opnå med den nuværende doktrin. På den baggrund, åbner denne analyse op for yderligere anbefalinger. Det vil således skabe efficiens for samfundet, såfremt Domstolen ligeledes tillod tilbudsgiver blot at være underlagt konkurrencereglerne for visse af sine aktiviteter.²²⁷

6.2 Afrunding

Ovenstående analyse har vist, at *FENIN/Selex* doktrinen overordnet vil medføre paretoforbedringer, og at doktrinen dermed samlet set medfører forbedret efficiens samfundet. Dette resultat underbygger således Domstolens udvikling af en doktrin, hvor det ikke ønskes at ordregiver underlægges konkurrencereglerne for alle dens aktiviteter, og at ordregiver på samme tid bibeholder en del af sin købermagt. Det kan konkluderes, at situationen hvor ordregiver har mest markedsmagt, alt andet lige, vil være mindre skadelig for samfundet, end hvis det modsatte er tilfældet. Samtidig åbnes der på baggrund af analysen i dette kapitel op for yderligere anbefalinger, nemlig at Domstolen ligeledes bør tillade tilbudsgiver blot at være underlagt

²²⁷ Det ligger uden for denne afhandlings område at analysere ovenstående situation i dybden.

konkurrencereglerne for visse af sine aktiviteter. En sådan situation vil nemlig være paretooptimal. Det vil altså skabe efficiens, hvis graden af anvendelse af konkurrencereglerne lempes for tilbudsgiver. På kapitels delspørgsmål om, i hvor høj grad Domstolens regulering medfører en efficient markedsstruktur kan det altså svares, at Domstolens doktrin medfører øget efficiens, og at Medlemsstaternes ønske om ikke at regulere ordregiver efter konkurrencereglerne ikke er anbefalelsesværdig set ud fra efficiensbetragtninger, idet en sådan fremgangsmåde vil medføre et samlet tab for samfundet.

Delkonklusion på kap. 4-6

De foregående tre kapitler har afprøvet tesen, at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Kapitel 4-6 har via selvstændige analyser bidraget til at afprøve denne tese. Kapitel 4 konkluderede først og fremmest, at ordregiver agerer profitmaksimerende og budgetmaksimerende for visse af sine aktiviteter, og at der dermed kan identificeres samme adfærdsnorm for ordregiver som den der kendetegner en privat virksomheds. Kapitlet sandsynliggjorde ligeledes, at private aktørers adgang til markedet begrænses, som følge af de juridiske adgangsbarrierer der opsættes til markedet. Det ses således, at ordregiver kan indtage monopolstilling på downstream markedet, hvilket i værste fald vil udviske konkurrencen på markedet. Ovenstående forhold medfører, at der kan identificeres en begrænset konkurrence på markedet, i tilfælde hvor ordregiver agerer profitmaksimerende. Hernæst konkluderede kapitel 5, at markedet via den fundamentale transformation ender i en tilstand af monopsony. Udbudsproceduren medfører således, at ordregiver tildeles købermagt. På baggrund heraf konkluderede kapitlet, at ordregivers købermagt, alt andet lige medfører et mindre velfærdstab, end hvis tilbudsgiver har monopolmagt. Denne konstatering modificeres dog, idet det ses, at det vil skabe øget efficiens, hvis tilbudsgiver kan skabe modvægt til ordregivers monopson magt. Resultaterne fra kapitel 4 og 5 blev herefter sammenholdt i en retsøkonomisk analyse. Kapitel 6 konkluderede således, at Domstolens doktrin medfører efficiens for samfundet, men at der kan skabes paretooptimalitet såfremt graden af anvendelse af konkurrenceregler lempes for tilbudsgiver. Til fælles for de tre ovenstående analyser er således, at en manglende underlæggelse af konkurrencereglerne giver ordregiver en beskyttet stilling, som følgelig kan begrænse konkurrencen.

Herefter kan tesen, om at *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler, bekræftes.

Kapitel 7

7.1 Indledning

I de foregående kapitler er det set, hvordan Domstolens holdning til begrebet økonomisk aktivitet influerer på offentlige ordregiveres adfærd. Det er således set, at ordregiver i visse situationer kan underlægges konkurrencereglerne, nemlig i situationen, hvor der sker videresalg af medicinske produkter til private samt turister.²²⁸ Det er således konkluderet, at der i fremtiden opstår flere situationer, hvor ordregivers adfærd i princippet kan underkastes konkurrencereglerne, for visse aktiviteter. Dette kapitel vil med udgangspunkt i den konstatering, forsøge at behandle situationen samlet ud fra et konkurrenceretligt og et udbudsretligt perspektiv. På baggrund af den analyse, der er foretaget hidtil i kapitel 6, hvor det er set, at Domstolens doktrin medfører forbedret efficiens for samfundet, er det således relevant at diskutere, hvilke metoder der bør identificeres til at regulere ordregiver i udbudssituationer. Kapitlet undersøger med andre ord, hvilke ændringer konklusionerne i analysen hidtil bør medføre? Til brug for denne analyse, besvares spørgsmålet, om der bør udledes et udbudsretligt dominansbegreb til at regulere offentlige ordregiveres adfærd, og herunder; hvori ordregivers misbrug af dominans kan tænkes at bestå i udbudssituationer. De retspolitiske forslag til ændringer, der fremføres i kapitlet, omhandler alene de situationer, hvor det konstateres, at ordregiver udøver økonomisk aktivitet.²²⁹

7.2 Om misbrug af dominerende stilling - det konkurrenceretlige dominansbegreb og dets økonomiske pendant

Som tidligere nævnt, regulerer art. 102 TEUF misbruget af en virksomheds dominerende stilling. Dette har ledt til den følgeslutning, at såfremt ordregiver kan falde ind under virksomhedsbegrebet, vil konkurrencereglerne per automatik finde anvendelse på ordregiver. Det virker dog rimeligt at tage stilling til, om art. 102 TEUF i det hele taget egner sig til at regulere ordregiver. Følgende afsnit vil belyse dette.

Indenfor EU-konkurrenceretten er forekomsten af en dominerende stilling ikke i sig selv ulovlig, kun et misbrug heraf vil være i strid med konkurrencereglerne.²³⁰ Art.

²²⁸ Se afhandlingens kapitel 4.

²²⁹ Se kapitel 3 der analyserer i hvilke tilfælde ordregiver udøver økonomisk aktivitet.

²³⁰ Se eksempelvis Fejø (2009) s. 141.

102 TEUF beskæftiger sig således ikke med selve opbyggelsen af markedsmagten. Denne sondring tager højde for den økonomiske incitament-tankegang, idet det er incitament skabende for virksomhederne, at de har mulighed for at vokse sig store og klare sig godt, uden retlig indblanding.²³¹ Konkurrencereglerne retter sig altså umiddelbart i højere grad mod anvendelsen af markedsmagt, end mod selve størrelsen af markedsandelen. Art. 102 TEUF regulerer med andre ord den adfærd enheden udfører, men Domstolen har dog anerkendt, at art. 102 TEUF ligeledes kan anvendes til at regulere ændringer i markedsstrukturen.²³² Misbrug kan altså foreligge, såfremt en given adfærd medfører strukturelle ændringer på et marked.²³³

I Domstolens dom 27/76, *United Brands*²³⁴ fastlagdes dominansbegrebet således, at dominans kendetegnes ved: "*evnen til rentabelt at hæve priserne over det konkurrenceudsatte niveau over en betydelig periode*"²³⁵ I *United Brands* fastlagde Domstolen altså for første gang, hvordan begrebet dominerende stilling skal forstås, og begrebet er senere hen blevet præciseret af Domstolen i *Hoffman-La Roche-sagen*²³⁶ som blev afsagt året efter *United Brands-sagen*.²³⁷ Således præciserede Domstolen i *Hoffman-La Roche* at;

Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang

²³¹ Se kapitel 2 for en diskussion af, hvilke konkurrencepolitiske konsekvenser forskellige syn på markedsmagt medfører.

²³² Se eksempelvis sag C-6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can Company inc. mod Kommissionen*, præmis 26-27; sag C-62/86 *AKZO mod Kommissionen*, præmis 69 samt sag T-228/97 *Irish Sugar mod Kommissionen*, præmis 111.

²³³ Se endvidere Fejøl(2009), s. 147ff. der anfører, at i fastlæggelsen af, hvorvidt der er sket strukturelle ændringer på et marked, er det uden betydning, om markedsstrukturen skyldes økonomiske og tekniske forhold, eller om den er et udslag af eksempelvis særlige rettigheder der er tildelt fra regeringens side.

²³⁴ Sag 27/76 *United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Dommen omhandlede hvorvidt United Brands indtog en dominerende stilling på markedet for bananer indenfor EU. Kommissionen fandt, at United Brands ved at hindre visse distributører i at sælge bananer, misbrugte deres dominerende stilling. United Brands påstand i sagen var, at der blot var tale om et forsvar mod deres primære konkurrenter. Domstolen fandt, at der forelå misbrug af dominerende stilling, og stadfæstede herved Kommissionens beslutning.

²³⁵ Op. Cit., præmis 65.

²³⁶ Sag 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Dommen omhandlede afgrænsningen af det relevante produktmarked for vitaminpræparater. I dommen anfægtede Hoffman-La Roche Kommissionens holdning om, at selskabet havde misbrugt deres dominerende stilling på flere adskilte markeder for vitaminer. Hoffman-La Roche mente at særligt to vitaminpræparater befandt sig på samme marked, hvorimod Domstolen fandt at de to præparater hver især udgjorde et afgrænset produktmarked.

²³⁷ Det skal dog bemærkes, at Domstolen ikke var villig til at anvende art. 102 TEUF på denne sag.

*uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter og kunder og i sidste instans overfor forbrugerne*²³⁸

Der kan således ifølge Domstolens definition statueres dominans, hvis den pågældende enhed opnår en stilling, hvor den eksempelvis frit kan hæve eller sænke priserne. Inden for moderne industriøkonomi kan udtrykket *'udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter'* overføres på en situation, hvor en dominerende virksomhed maksimerer dens profit under forudsætning af den bedste *'modhandling'* fra konkurrenten.

Overføres ovenstående på afhandlingens problemstilling, kan det diskuteres, hvorvidt ordregivers adfærd kan sammenholdes med den adfærd, som konkurrencereglerne søger at hindre. Analysen i kapitel 4 viste, at ordregiver indtager en monopolstilling på downstream-markedet for videresalg af medicinske produkter til private samt turister. Denne situation vil potentielt kunne medføre, at strukturen på markedet ændres, idet de strukturelle/juridiske adgangsbarrierer der opsættes, kan risikere at udviske markedet.²³⁹ På den baggrund vil art. 102 TEUF være anvendelig på ordregiver, da art.102 TEUF netop skal søge at hindre ændringer i markedsstrukturen. Udover de nævnte ændringer i markedsstrukturen, vil ordregiver også have mulighed for at hæve/sænke priserne frit på downstream-markedet, hvilket potentielt kan være konkurrencebegrænsende. Såfremt ordregiver agerer profitmaksimerende, hvilket kapitel 4 konkluderer, er tilfældet, vil ordregiver dermed have incitament til at hæve priserne på det private marked til skade for forbrugerne. I dette tilfælde, vil ordregivers adfærd medføre en tilstand, som konkurrencereglerne søger at hindre, hvorfor det vil være problematisk, at konkurrencereglerne ikke kan finde anvendelse på ordregiver. Domstolens doktrin bør således finde anvendelse i ovennævnte tilfælde. Domstolen har endvidere slået fast, at en dominerende virksomhed har en særlig forpligtelse over for markedet, selv i situationer hvor den dominerende position ikke misbruges.²⁴⁰ Graden af ansvar må naturligvis variere fra sag til sag, men ikke desto mindre accepterer Domstolen, at private virksomheder kan påtage sig forpligtelser

²³⁸ Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, præmis 38, 3. led.

²³⁹ Se afsnit 4.2 der diskuterer dette yderligere.

²⁴⁰ Sag T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, præmis 55.

som ellers påhviler staten.²⁴¹ Denne konstatering leder til det retoriske spørgsmål, om ikke det vil være rimeligt at lade ordregiver påtage sig samme særlige forpligtelser som dem der normalt påhviler virksomheder, i tilfælde hvor ordregivere agerer på virksomhedsvilkår.

Såfremt ordregiver ikke underlægges konkurrencereglerne for nogen af sine aktiviteter, kan man sige, at de markedsøkonomiske grundsætninger der normalt er til stede mellem to parter, vil være sat ud af spil. Ordregiver behøver således ikke bekymre sig om, hvilke konsekvenser det vil have at agere på en given facon, heller ikke i de tilfælde, hvor ordregiver agerer profitmaksimerende. Denne konstatering, taler for at konkurrencereglerne anvendes, og måske endda i skærpet form, for på den måde at opveje de konkurrencefordele ordregiver besidder. Ser man på formålet med art. 102 TEUF er det netop at sikre, at en dominerende virksomheds adfærd ikke frarøver forbrugerne de fordele som markeds kræfterne normalt medfører.²⁴² På den baggrund, bør konkurrencereglerne finde anvendelse på ordregiver i de tilfælde, hvor forbrugerne/markedet ellers potentielt vil lide skade af ordregivers adfærd.²⁴³ Ovenstående er altså alle eksempler der taler for, at lade ordregiver være undergivet konkurrencereglerne.

På den anden side, har kapitel 4 vist, at ordregivers incitamentsstruktur ikke fuldstændigt kan sammenlignes med en privat virksomheds, selvom der kan konstateres sammenfald. Offentlige ordregivere agerer således velfærdsmaksimerende for dele af sine aktiviteter, hvilket vil sige, at en offentlig ordregiver vil udbyde varer og tjenesteydelser, som en profitmaksimerende virksomhed ikke vil udbyde. Det bør holdes for øje, at den offentlige ordregiver, til trods for at være profitmaksimerende i visse tilfælde, vel ikke maksimerer sin profit under forudsætning af den bedste 'modhandling' fra konkurrenten. Dette underbygges især af det forhold, at der næppe består et konkurrenceforhold mellem ordregiver og virksomheden, og

²⁴¹ Denne pointe er ligeledes anført af Szyszczak (2007), s. 94, der anfører at; "there is thus some fluidity between the idea that under competition law principles private undertakings are taking on public duties of responsibility towards the market and the state, when acting in a regulatory and a commercial capacity, is subject to the same obligations as private power in the market."

²⁴² Se i samme retning; General Advokat Jacobs Forslag til afgørelse i sag C-41/90, *Höfner og Elser*, betragtning 47.

²⁴³ En lignende opfattelse ses hos General Advokat Maduro i hans Forslag til afgørelse i sag C-205/03 P, *FENIN*, betragtning 26; hvor det blandt andet anføres at; "... Når staten optræder som virksomhed, synes det dog urimeligt at fritage dens økonomiske aktiviteter fra kontrol. Tværtimod skal staten i så fald respektere de samme regler."

endvidere, at ordregiver ikke tager de private virksomheders handling eller modhandling in mente, i sine egne dispositioner. Endelig bør det holdes for øje, at offentlige ordregivere løser opgaver i almenhedens interesse, som ikke kan og bør underlægges samme regler, som private virksomheder. I henhold hertil er det vigtigt at huske på, at offentlige ordregivere vel ikke er etableret med henblik at agere på det frie marked.²⁴⁴ Disse forhold taler således imod at lade ordregiver være underlagt konkurrencereglerne.

Ovenstående diskussion viser altså, at der kan identificeres argumenter for og imod anvendelsen af konkurrencereglerne på ordregiver. Diskussionen viser dog overordnet, at hvor ordregiver agerer konkurrencestridigt, eksempelvis ved at agere konkurrencebegrænsende, kan og bør konkurrencereglerne finde anvendelse.

7.3 Fastlæggelse af misbrug af dominans i udbudssituationer – den relevante test

For at kunne forholde sig til spørgsmålet om, hvorvidt der bør udvikles et udbudsretligt dominansbegreb, er det nødvendigt at forholde sig til, hvilke former for dominans ordregiver kan tænkes at udøve. Til denne analyse, kan Rettens fremgangsmåde i *Selex* være af relevans. Retten var, som beskrevet i kapitel 3, af den overbevisning, at det for dele af Eurocontrol's aktiviteter kunne konstateres, at Eurocontrol agerede som en virksomhed.²⁴⁵ Domstolen valgte som bekendt ikke at lægge sig op af Rettens fortolkning, men Rettens metode kan anvendes som fortolkningsbidrag.

Idet testen af, hvorvidt Eurocontrol udøver økonomisk virksomhed, for så vidt angår aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder, allerede er behandlet i kapitel 3, vil følgende afsnit alene forholde sig til den konkurrenceretlige vurdering af tilstedeværelsen af misbrug af dominerende stilling. Nedenstående afsnit vil således belyse og diskutere Rettens fremgangsmåde når der skal vurderes, om Eurocontrol's adfærd har karakter af misbrug. Det skal bemærkes, at Eurocontrol ikke agerer i egenskab af ordregiver i det tilfælde der testes på, men i egenskab af offentlig myndighed. Situationen angår således ikke de tilfælde hvor Eurocontrol selv gennemfører udbudsforretninger, men snarere de tilfælde hvor enheden agerer som rådgiver for en ordregiver. Det vurderes dog, at Rettens metode kan dog overføres

²⁴⁴ Se ligeledes Ølykke(2010), s. 86ff. der anfører samme pointe.

²⁴⁵ Således aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder, jf. sag T-155/04, *Selex*, præmis 92.

analogt på ordregiver, idet Eurocontrol, til trods for sin rådgivningsydelse, fortsat agerer i egenskab af offentlig myndighed.

7.3.1 Rettens systematik

Først og fremmest er det værd at bide mærke i, at Selex påstand, hvad angår misbrug af dominans, omhandler tilsidesættelsen af de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling.²⁴⁶ Til denne påstand udtaler Retten, at alene de nationale myndigheder er ansvarlige for overholdelsen af relevante bestemmelser om udbudsprocedurer.²⁴⁷ Eurocontrol kan med andre ord, ifølge Retten, ikke dømmes for manglende overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, i situationer hvor Eurocontrol agerer som rådgiver for ordregivende myndigheder. Denne konstatering siger imidlertid ikke noget om, hvorvidt en ordregiver kan dømmes for misbrug af dominerende stilling ved ikke at overholde ovennævnte principper, og dette spørgsmål må således siges at være uafklaret i retspraksis. Retten går herefter videre til at behandle Selex' påstand om, at Eurocontrol har mulighed for at påvirke den beslutning om tildeling som den ordregivende myndighed skal træffe som led i en udbudsprocedure.²⁴⁸ Retten konstaterer i den forbindelse, at det ikke konkret er godtgjort af Selex, at Eurocontrol har påvirket en beslutning om kontrakttildeling, andet end ved at rådgive om den bedste tekniske løsning.²⁴⁹ Det er altså uklart, hvorvidt en sådan påvirkning ville medføre konstatering af misbrug, men man kan forestille sig, at der kan konstateres misbrug såfremt det godtgøres, at Eurocontrol har påvirket en beslutning i en bestemt retning. Det man dog skal holde sig for øje i denne sammenhæng er, at de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, som hjemlet i udbudsdirektivets art. 2, jo netop skal virke som et værn mod ordregivers forsøg på at påvirke udbudsprocessen usagligt, ved at kræve at alle tilbudsgivere behandles lige og gennemsigtigt. Det tjener således ikke noget mål i sig selv at anlægge sag med påstand om anvendelse af konkurrencereglerne i udbudssituationer, når udbudsreglerne i forvejen tager højde for situationen. Der hvor påstanden kan være relevant er i situationer, hvor ordregiver/den offentlige myndighed drager fordel af

²⁴⁶ Sag T-155/04, *Selex*, præmis 96.

²⁴⁷ Op. Cit præmis 104.

²⁴⁸ Sag T-155/04, *Selex*, præmis 104.

²⁴⁹ Op. Cit.

den konstaterede handling. Altså hvor adfærden medfører en konkurrencefordel. Dette forhold behandler Retten ved at konstatere, at der ikke eksisterer noget konkurrenceforhold mellem Eurocontrol og Selex.²⁵⁰ Retten ligger vægt på, at Eurocontrol ikke vil få nogen konkurrencefordel af at påvirke de nationale myndigheders valg af leverandører.²⁵¹ Med denne konstatering synes Domstolen altså at fastsætte et kriterium om, at der skal kunne konstateres et konkurrenceforhold mellem den offentlige myndighed og virksomheden. Derudover skal den offentlige myndighed have uddraget sig en konkurrencefordel af adfærden.

7.3.2 Misbrugsformer

Som opsamling på ovenstående kan det konstateres, at Retten ikke i det konkrete tilfælde fandt, at Eurocontrol har handlet i strid med konkurrencereglerne, og nærmere bestemt, tilsidesat artikel 102 TEUF. Dette til trods, kan flere relevante forhold påpeges ud fra Rettens metode, og nedenstående kriterier udledes:

- 1) Obligatorisk eller systematisk aktivitet²⁵²
- 2) Reel påvirkning af en ellers truffet beslutning²⁵³
- 3) Konstatering af dominerende stilling som forudsætning for misbrug²⁵⁴
- 4) Udfører myndigheden virksomhed på det relevante marked²⁵⁵
- 5) Er der udvist en adfærd som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked²⁵⁶
- 6) Eksisterer der et konkurrenceforhold²⁵⁷

Der kan altså formentlig udsondres tre misbrugsformer fra Rettens afgørelse. Kriterium nr. 1, 3, 4 og 6 udgør vel næppe i sig selv misbrugsformer, men skal snarere klassificeres som kriterier der skal være til stede for at misbrug kan konstateres. Kriterium 3, 4 og 5 kendes alle fra den etablerede praksis fra konkurrenceretten, mens den første og sjette kriterium formentlig relaterer sig specifikt til situationer, hvor en ordregivende myndighed udøver økonomisk aktivitet for en del af sine aktiviteter. Sondringen af, om aktiviteten er obligatorisk eller systematisk følger således den systematik der ses fra Domstolen og Retten i

²⁵⁰ Op. Cit, præmis 108.

²⁵¹ Op. Cit.

²⁵² Op. Cit, præmis 104.

²⁵³ Op. Cit.

²⁵⁴ Op. Cit, præmis 105.

²⁵⁵ Op. Cit, præmis 106.

²⁵⁶ Op. Cit, præmis 107.

²⁵⁷ Op. Cit, præmis 108.

FENIN/Selex doktrinen når det skal udledes, hvorvidt en given aktivitet er af økonomisk art. Det ses at markedssondringen, altså om myndigheden hovedsageligt agerer på det pågældende marked, har relevans. Dette spørgsmål synes at være en selvfølge i konkurrenceretlige sager, hvor der de facto er tale om en virksomhed. Denne konstatering bakker op om analysen i afhandlingens afsnit 2.4.1, hvor det blev fremført, at den såkaldte ”markeds-test” vil være en mere anvendelig test i vurderingen af, om konkurrencereglerne kan finde anvendelse på en given situation. Denne test omfatter ifølge denne afhandlings forfattere en stillingtagen til, hvorvidt en offentlig enhed udfører opgaver på markedsvilkår. Det må således formodes, at en ordregiver skal udføre den pågældende aktivitet systematisk, eller være pålagt udførelsen, før der kan konstateres misbrug. Spørgsmålet er, i hvor høj grad aktiviteten skal være obligatorisk eller systematisk, og om der bør udvikles en bagatelgrænse for tilstedeværelsen af denne misbrugsform. I afhandlingens forfatteres øjne, vil selv en lav grad af systematisk eller obligatorisk aktivitet kunne medføre potentielt misbrug. Det vurderes således, at konstateringen af, om aktiviteten er systematisk eller obligatorisk bør være en nødvendig, men ikke tilstrækkelig forudsætning, hvilket indikerer, at hovedvægten af vurderingen ikke bør lægges på tilstedeværelsen af dette kriterium.

Den anden misbrugsform relaterer sig til, hvorvidt der er sket en reel påvirkning af en ellers truffet beslutning. I *Selex* var der tale om, hvorvidt Eurocontrol påvirkede beslutninger om tildeling af kontrakter, i en bestemt retning og om Eurocontrol derved misbrugte sin stilling som rådgiver, med egen vinding for øje. Kriteriet kan altså tolkes således, at det vil udgøre misbrug, såfremt ordregiver anvender en opnået position til at påvirke andre situationer.

Tredje kriterium relaterer sig til den pointe der allerede er fremhævet flere gange tidligere, nemlig at det ikke i sig selv udgør et misbrug at besidde en dominerende stilling på et marked. Omvendt kan misbruget vel næppe være af relevans, hvis ikke der indtages en stilling der dominerer markedet

Fjerde kriterium omhandler definitionen af det relevante marked, for på den måde at vurdere, om der kan siges at eksistere en dominerende stilling. Definitionen af dette kriterium er af stor relevans for denne afhandlings problemstilling. Det vurderes, at ordregiver ofte vil operere på ”tilstødende”, eller accessoriske markeder i de tilfælde

hvor der konstateres økonomisk aktivitet. Den tendens der er set hidtil i analysen er, at ordregiver udfører visse kerneaktiviteter, der ikke kan karakteriseres som økonomisk aktivitet. Det vurderes derfor, at de aktiviteter der fremover vil blive testet på, er aktiviteter der er sekundære til de opgaver ordregiver normalt udfører. Det relevante marked i udbuds-misbrugssager, vil således ikke nødvendigvis være det marked som ordregiveren hovedsageligt opererer på. Overføres situationen fra *Selex* dommen, vil det være relevant at afgøre, hvorvidt det relevante marked skal defineres som markedet for rådgivning indenfor levering af ATM-udstyr, eller markedet for teknisk rådgivning generelt.²⁵⁸ Det vil være af stor betydning, hvad det relevante marked udgør, idet der alt andet lige vil være større risiko for at indtage en dominerende stilling på markeder med få spillere. Det generelle marked for teknisk rådgivning formodes at være et større marked end markedet for rådgivning indenfor ATM-udstyr, og ordregiver vil, alt andet lige, med større sandsynlighed indtage en dominerende stilling på sidstnævnte marked.

Femte misbrugsform omhandler det forhold, at der udvises en adfærd som påvirker strukturen på et marked. Man kan anvende eksemplet fra kapitel 4 til belysning af problemstillingen. Denne analyse viste netop, at ordregiver gennem anvendelse af sin monopson magt, tilegnede sig en monopoliststilling på et tilsvarende marked. Dette kan potentielt påvirke strukturen på et marked, idet den beskyttede stilling som ordregiver nyder, potentielt kan udnyttes, med konkurrencebegrænsende virkninger for markedsstrukturen til følge. Man kan forestille sig, at markedet for hospitalsydelser vil blive ændret, som følge af ordregivers adfærd. Såfremt en ordregiver har mulighed for at sælge de indkøbte produkter videre til private til en lavere pris end de private aktører ville sælge dem til, vil ordregiver følgelig drive de private aktører ud af markedet, og dermed bidrage til at begrænse konkurrencen på markedet. Ordregiver vil da indtage monopolstilling, og dermed have mulighed for at hæve priserne på lang sigt. Denne situation vil potentielt være til skade for forbrugerne og samfundet.

Sjette kriterium beskæftiger sig med spørgsmålet, om der eksisterer et konkurrenceforhold mellem en given ordregiver og leverandørmarkedet. Dette spørgsmål omhandler således indirekte, hvorvidt ordregiver vil opnå en

²⁵⁸ Denne pointe rejser Retten ligeledes i dommens præmis 106.

konkurrencefordel af en given aktivitet. I dette ligger implicit en formodning om, at ordregiver alene vil misbruge en dominerende stilling, såfremt der kan drages nytte af handlingen. Med dette kriterium synes Retten altså at indikere, at misbruget skal udøves overfor en konkurrent. Spørgsmålet er således, om Retten og Domstolen vil acceptere et misbrug der udøves over for forbrugerne, ved eksempelvis at hæve priserne på markedet. Såfremt alene misbrug over for konkurrenter accepteres af Domstolen når det skal besluttes, om ordregiver skal underlægges konkurrencereglerne, vil det være et skifte væk fra den hidtidige fortolkning af art. 102 TEUF.²⁵⁹

7.3.2.1 Perspektivering på afsnit om misbrugsformer

Ovenstående analyse har klargjort, hvilke misbrugsformer der foreløbigt kan identificeres når det skal vurderes, om ordregiver misbruger en dominerende stilling. De identificerede misbrugsformer skal ses i lyset af, hvilket udviklingstrin denne doktrin er på, og det vurderes således, at der for fremtiden vil udvikles flere misbrugsformer. Der kan således nævnes flere relevante parametre der bør diskuteres, og som Retten ikke har forholdt sig til i deres gennemgang af sagen. Retten behandler således ikke forhold såsom; hvorvidt der er sket påvirkning af samhandlen, eller om kravet om grænseoverskridende interesse er overholdt. Ifølge denne afhandlings forfatteres opfattelse, bør Retten og Domstolen være varsom med at identificere, hvilke parametre der skal være opfyldt, for at konkurrencereglerne kan finde anvendelse på ordregiver. Her tænkes især på de førnævnte parametre; påvirkning af samhandlen, eller kravet om grænseoverskridende interesse, men også afgrænsningen af det relevante marked. Det bør nøje overvejes, om afgrænsningen af det relevante marked bør identificeres anderledes, end i almindelige konkurrenceret sager. Det er således tænkeligt, at afgrænsningen af det relevante marked skal justeres eller ændres, når man har med virksomheder at gøre, der ikke hovedsageligt udøver den pågældende aktivitet, ligesom tilfældet ofte vil være for ordregivere. I henhold til kravet om grænseoverskridende interesse er det klart, at dette krav bør bibeholdes, og det bør overvejes, om et rent nationalt udbud vil leve op til kravet om grænseoverskridende interesse. Vil eksempelvis et dansk udbud, hvor en dansk leverandør tildeles kontrakten således kunne leve op til kravet om

²⁵⁹ Se Fejø(2009), s. 162 der anfører, at misbrug i art. 102 TEUF's forstand kan udøves overfor aktuelle eller potentielle konkurrenter, overfor leverandører og overfor forbrugere.

grænseoverskridende interesse? Ydermere bør der identificeres en afvejning af, hvornår der er sket påvirkning af samhandlen når konteksten er udbudsretlig.

7.4 Det udbudsretlige dominansbegreb

Ud fra de udledte misbrugsformer i foregående afsnit, diskuteres det nu, om der kan udledes et udbudsretligt dominansbegreb. Denne diskussion inddrager både udbudsretlige elementer, såvel som konkurrenceretlige. Der inddrages ligeledes kriterier og definitioner kendt fra andre grene af EU-retten. Afsnittet vil ligeledes inddrage forfatterens tanker om, hvad mulige misbrugsformer kan udgøre.

I kapitel 2 blev det fastslået, at konkurrencereglerne og udbudsreglerne grundlæggende har forskellige målsætninger og pligtssubjekter. Således søger udbudsreglerne at hindre protektionistiske indkøb foretaget af offentlige ordregivere,²⁶⁰ mens konkurrencereglerne søger at forebygge konkurrencestridig adfærd hos tilbudsgiverne.²⁶¹ Dog har de to regelsæt en fælles målsætning om, at skabe effektiv konkurrence på det indre marked. På den baggrund, vil det således være muligt at anvende konkurrencereglerne på udbudssituationer når dette overordnede sigte er i fare for ikke at blive opfyldt. Det udbudsretlige dominansbegreb bør på den baggrund sikre opfyldelsen af det fælles mål, som konkurrencereglerne og udbudsreglerne søger at opnå.

7.4.1 Den markedsøkonomiske indkøber

Udtrykket 'den markedsøkonomiske indkøber' kendes fra retspraksis vedrørende statsstøtterne.²⁶² Den nævnte sag har ikke som sådan relevans for denne afhandlings problemstilling, hvorfor den ikke vil blive behandlet yderligere. Ikke desto mindre, kan tankegangen fra dommen overføres på problemstillingen i denne afhandling. Det ses således, at det for et givent forhold vurderes, om en aktivitet udgør en normal kommerciel disposition. Denne vurdering, kan ligeledes anvendes som et kriterium til det udbudsretlige dominansbegreb. Tankegangen er, at det i vurderingen af, om en dominerende stilling misbruges også testes, om den givne aktivitet foregår på

²⁶⁰ Se Direktiv 2004/18/EF præambel 2 hvor det statueres at ikke-forskelsbehandling er en målsætning bag direktivet.

²⁶¹ Ølykke (2011), s. 183.

²⁶² Se eksempelvis sag T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, præmis 45, hvor det i Rettens afgørelse blandt andet blev behandlet, hvorvidt der, i en given aftale, bestod et normalt og forretningsmæssigt forhold mellem den pågældende virksomhed og den offentlige myndighed.

kommercielle vilkår. Er dette tilfældet, er der en formodning for, at den femte misbrugsform fra afsnit 7.3.2, er opfyldt, og at der derfor muligvis kan statueres misbrug af dominerende stilling. Udover de ovenfor, i afsnit 7.3.2, identificerede parametre, kan man altså med fordel se på, hvorvidt ordregiver har foretaget en normal kommerciel disposition, i den pågældende aktivitet. Er det således eksempelvis tilfældet, at ordregiver hæver/sænker priserne som følge af en dominerende stilling på et marked, vil dette således ikke udgøre en normal kommerciel disposition. Det samme vil gøre sig gældende, hvis ordregiver på anden vis kan agere anderledes end en normal markedsdeltager vil kunne. I *FENIN* var påstanden, at ordregiver, ved at vente op mod 300 dage med at betale sine regninger, misbrugte sin dominerende stilling på markedet.²⁶³ Domstolen afgjorde som bekendt, at SNS ikke agerede som en virksomhed, og dermed ikke kunne falde ind under konkurrencereglerne. Antager man for eksemplets skyld, at SNS var blevet klassificeret som en virksomhed, ville den manglende betaling i forfatterens øjne, kunne klassificeres som en misbrugsform, idet den udførte handling ikke vil udgøre en normal kommerciel disposition.

7.4.2 Ordregivers særlige opgaver – om anvendelsen af art. 106 TEUF

Ud fra analysen i de forrige kapitler står det klart, at ordregiver er pålagt visse særlige forpligtelser, og at konkurrencereglerne for disse aktiviteter ikke kan finde anvendelse. Situationen er således, at hvor det kan bevises, at ordregiver ikke varetager særlige opgaver, kan ordregiver underlægges konkurrencereglerne. Man kan imidlertid også tænke på situationen omvendt. Konkurrencereglerne vil da automatisk finde anvendelse, medmindre det bevises, at anvendelsen af konkurrencereglerne vil hindre udførelsen af den særlige opgave der er pålagt. Denne fremgangsmåde kendes allerede fra artikel 106 TEUF. Ifølge art. 106(2) TEUF er;

2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler,[...] underkastet traktaternes bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesse.

Virksomheder der er pålagt særlige opgaver i medfør af art. 106 (2)TEUF, vil således være fritaget for konkurrencereglerne, såfremt anvendelsen af disse ville hindre den

²⁶³ Sag C-205/03 P, *FENIN*, præmis 4

særlige opgave de er pålagt at udføre.²⁶⁴ Det kan således tænkes, at denne tankegang kan overføres på ordregiver. Ved at anvende denne fremgangsmåde accepterer man dermed indirekte, at ordregiver defineres som en virksomhed i udgangspunktet. På baggrund af den diskussion, der allerede er foretaget i denne afhandlings afsnit 2.2, hvor det er fastlagt, at Medlemsstaterne ikke er interesserede i at ordregiver underlægges konkurrencereglerne, er det svært at se, at denne fremgangsmåde kan vedtages i praksis. Dette til trods, har metoden en række fordele. Disse vil kort gennemgås i det følgende.

Som anført i afsnit 7.4.1 ovenfor, vil det udgøre en mulig misbrugsform, når ordregiver venter op mod 300 dage med at betale sine regninger. I det konkrete tilfælde, kunne ordregiver dog ikke dømmes for det påståede misbrug, idet der ikke kunne statueres økonomisk aktivitet. Fulgte man i stedet metoden, hvor ordregiver er underlagt konkurrencereglerne, medmindre anvendelsen vil hindre udførelsen af den særlige opgave der er pålagt, ville situationen være faldet anderledes ud. Det må således formodes, at rettidig betaling ikke vil hindre ordregiver i at udføre den særlige opgave der er pålagt, og dermed ville påstanden muligvis kunne tages til følge.

Til trods for ovenstående, vil metoden som nævnt, nok næppe blive implementeret foreløbigt. *FENIN/Selex* doktrinen indikerer dog, at Domstolen viser en spirende vilje til at lade offentlige myndigheder være underlagt de samme spilleregler som private virksomheder. Det kan således ikke afvises, at Domstolen med tiden ønsker at lade ordregiver være underlagt konkurrencereglerne som udgangspunkt.

7.4.3 Indkøbsfællesskaber – den udbudsretlige pendant til karteller?

Til trods for, at denne afhandling alene fokuserer på overtrædelsen af art. 102 TEUF, tager nærværende afsnit en lille afstikker til art. 101 TEUF. Det vil således i det følgende blive diskuteret, hvorvidt der kan identificeres eksempler på adfærd fra ordregivers side, der kan have karakter af konkurrencebegrænsende aftaler.

Mange gange årligt mødes ordregivere i forskellige fora og ERFA-grupper for at diskutere erfaringer og oplevelser fra deres hverdag som offentlige indkøbere. Disse fora kan, udover erfaringer og gode råd, også tænkes at danne basis for udveksling af

²⁶⁴ Det bør holdes for øje, at overtrædelse af art. 106 TEUF ikke i sig selv er traktatstridigt. Der skal således også være overtrådt en anden Traktat bestemmelse for at en given situation kan være i strid med art. 106 TEUF.

andre informationer. Der er således ikke noget til hinder for at ordregivere deler udbudsmateriale, konferer omkring hvilke priser der blev opnået i det ene eller andet udbud, eller noget helt tredje. Der findes ingen beviser for, hvorvidt sådanne udvekslinger udgør ulovlige former for konkurrencebegrænsende aftaler, men muligheden kan ikke udelukkes. Når ovenstående eksempler er nævnt, er det for at gøre opmærksom på, at de fællesskaber ordregiver indgår i, potentielt kan skade den effektive konkurrence i lige så høj grad, som når virksomheder indgår prisaftaler eller deltager i karteller. Man kan således forestille sig, at når ordregiver presser priserne i et givent udbud, er den private leverandør følgelig nødsaget til, at hente den tabte fortjeneste hjem, på den resterende del af forbrugermarkedet. Man kan eksempelvis forestille sig, at ordregiver angiver et loft for, hvilken timepris leverandørerne må byde ind med. Såfremt timeloftet sættes på baggrund af viden indhentet fra andre ordregivere, vil det potentielt være i strid med konkurrencereglernes forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i art. 101 TEUF. I tilfælde, hvor ordregiver agerer profitmaksimerende virker det således urimeligt at der kan indgås konkurrencebegrænsende aftaler til skade for forbrugerne, uden at konkurrencereglerne kan finde anvendelse.

7.4.4 Den ordregivende virksomhed – det udbudsretlige dominansbegreb

Afsnit 7.4 har haft til formål at udlede et udbudsretligt dominansbegreb på baggrund af analysen i afhandlingen. I henhold til ovenstående analyse bør der, ifølge denne afhandlings forfattere, udvikles en selvstændig doktrin når ordregiver agerer i udbudssituationer, som på visse punkter kan adskille sig fra den etablerede retspraksis der ellers kendes fra konkurrenceret sager. Afhandlingen indfører nu et udtryk der skal identificere det udbudsretlige dominansbegreb, nemlig 'den ordregivende virksomhed'. Dette udtryk skal herefter danne begrebsramme for det udbudsretlige dominansbegreb i resten af afhandlingen.

På baggrund af analysen i afsnit 7.4 er det set, at den ordregivende virksomhed først og fremmest skal sikre opfyldelsen af det fælles mål der er identificeret mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne, nemlig at sikre effektiv konkurrence på det indre marked. Dernæst er en række retspolitiske forslag fremført. Forslagene skal ses som en yderligere udvikling af Domstolens doktrin. Det foreslås således at udtrykket 'den markedsøkonomiske indkøber' anvendes, og at det for hver aktivitet derfor bør vurderes, om den ordregivende virksomhed udøver en normal kommerciel

disposition. Er dette ikke tilfældet, vil det være et udtryk for, at der kan statueres misbrug. Herefter belyses muligheden for at anvende fremgangsmåden kendt fra art. 106(2) TEUF, hvorefter konkurrencereglerne vil finde anvendelse på den ordregivende virksomhed, medmindre det bevises, at anvendelsen af konkurrencereglerne vil hindre ordregiver i at udføre de særlige opgaver den er pålagt. Dette medfører implicit, at ordregiver i udgangspunktet er underlagt konkurrencereglerne, hvor det modsatte er tilfældet i dag. Endelig identificerer analysen i afsnit 7.4 eksempler på adfærd fra ordregiver, der kan skade den effektive konkurrence. Eksemplerne skal ses som et forsøg på at anskueliggøre, at ordregiver lige så vel kan indgå i fællesskaber der har som følge, at konkurrencen begrænses. Såfremt sådanne aktiviteter konstateres, bør den ordregivende virksomhed således kunne underlægges konkurrencereglerne.

7.4.5 Afrunding

Dette afsnit har, på baggrund af den analyse der hidtil er foretaget, haft til formål at besvare spørgsmålet, hvorvidt der bør udledes et udbudsretligt dominansbegreb til at regulere offentlige ordregiveres adfærd? Først og fremmest har analysen i afsnit 7.2 identificeret konkrete tilfælde, i hvilke konkurrencereglerne egner sig til at finde anvendelse i udbudssituationer. Således kan konkurrencereglerne finde anvendelse i situationer hvor markedsstrukturen er i fare for at blive påvirket, ligesom art. 102 TEUF vil kunne finde anvendelse på den ordregivende virksomhed i situationer, hvor ordregivers udviste adfærd vil medføre konkurrencebegrænsende virkninger. Samtidig er der, i afsnit 7.3.2, identificeret seks relevante kriterier til fastlæggelsen af misbrugsbegrebet, hvoraf første og sjette kriterium er nyskabende i relation til det udbudsretlige dominansbegreb. Udover de identificerede kriterier, vurderes det i afsnit 7.3.2.1, at der vil udvikles flere misbrugsformer, i takt med doktrinen udvikling. Der er således identificeret tre konkrete parametre, som bør inddrages i vurderingen af, om den ordregivende virksomhed kan underlægges konkurrencereglerne. Således anføres det, at det bør vurderes, om den ordregivende virksomheds adfærd har medført en påvirkning af samhandlen, samt at kravet om grænseoverskridende interesse bør bibeholdes, ligesom afgrænsningen af det relevante marked bør inddrages. I henhold til sidstnævnte parameter er der, ifølge afhandlingens forfattere, behov for en anden og mindre snæver afgrænsning, end den der kendes fra nuværende retspraksis.

Ud fra ovenstående skal det således konkluderes, at der bør udvikles et udbudsretligt dominansbegreb. Konkurrencereglerne kan og bør således ikke overføres direkte på offentlige ordregivere. Til trods for, at der kan konstateres sammenfald med den private virksomheds incitamentsstruktur, bør der udvikles kriterier der alene tester den ordregivende virksomheds adfærd. Denne konstatering skal ses i lyset af, at den offentlige ordregiver udfører opgaver i almenhedens interesse, som bør nyde en særlig beskyttelse, men at konkurrencereglerne kan og bør finde anvendelse i modificeret form, i tilfælde hvor ordregiver agerer som den ordregivende virksomhed.

8 Konklusion

Afhandlingens formål har overordnet været at analysere, hvorvidt offentlige ordregivere bør underlægges konkurrencereglerne i udbudssituationer, og hvad de økonomiske konsekvenser herved er?

Analysen har vist, at udbudsreglerne og konkurrencereglerne grundlæggende har forskelligt sigte, men at der kan identificeres ligheder, idet begge regelsæt har en målsætning om, at skabe effektiv konkurrence på det Indre Marked. Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb medfører, at offentlige ordregivere kan underlægges konkurrencereglerne i tilfælde hvor en udøvet aktivitet kan anses som økonomisk.

Afhandlingen har herefter analyseret relevant EU retspraksis med henblik på, at belyse hvorfor Domstolen dømmer som den gør i dommene *C-205/03 P FENIN* og *C-113/07 P Selex*. Denne analyse viste, at Domstolen anerkender, at der kan ske adskillelse af en aktivitet fra den offentlige opgave, såfremt det efterfølgende brug af den indkøbte vare, anvendes til udøvelsen af en økonomisk aktivitet. I det konkrete tilfælde fastslog Domstolen at en sådan adskillelse ikke kunne statueres. Dette til trods konkluderes det, at Domstolen som følge af ovennævnte retspraksis udvider det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Det konkluderes således, at udviklingen af en doktrin, som tillader at ordregiver underlægges konkurrencereglerne for visse aktiviteter, kan identificeres.

Dernæst har afhandlingen afprøvet tesen om, hvorvidt *FENIN/Selex* doktrinen kan begrundes i økonomiske rationaler. Det konkluderes på baggrund af denne analyse, at det vil medføre forbedret efficiens, såfremt ordregiver underlægges konkurrencereglerne for visse af sine aktiviteter. Den opstillede tese bekræftes som følge heraf.

Endelig konkluderes det, at der bør udvikles et udbudsretligt dominansbegreb til regulering af offentlige ordregiveres adfærd. Afhandlingen har herefter introduceret begrebet 'den ordregivende virksomhed' til at danne begrebsramme for det udbudsretlige dominansbegreb. Det anføres, at konkurrencereglerne hverken kan eller bør overføres direkte på ordregiver. Der bør således udvikles kriterier der alene tester den ordregivende virksomheds adfærd. Denne anbefaling skal ses i lyset af, at ordregiver udfører opgaver i almenhedens interesse, og at disse opgaver bør nyde en

særlig beskyttelse, hvorfor konkurrencereglerne bør finde anvendelse i modificeret form.

Det skal således konkluderes, at offentlige ordregivere bør underlægges konkurrencereglerne, i tilfælde hvor ordregiver agerer under begrebet 'den ordregivende virksomhed', som identificeret i denne afhandling. De økonomiske konsekvenser herved vil være positive i form af forbedret økonomisk efficiens.

Anvendt litteratur

Bøger

- Amato, Giuliano og Ehlerman, Claus-Dieter. 2007. *EC Competition Law. A Critical Assessment*. Hart Publishing.
- Arrowsmith, Sue. 2005. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet & Maxwell.
- Cabral, Luís M. B. 2000. *Introduction to Industrial Organization*. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts – London, England.
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas. 2008. *Law and Economics*. 5th edition. Pearson Education, international edition.
- Craig, Paul og Búrca, Gráinne de. 2011. *EU Law. Text, Cases and Materials*. Fifth Edition. Oxford University Press.
- Fejøl, Jens. 2009. *EU-Konkurrenceret almindelig del*. 4. udgave, 1. oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Friedman, Lee S. 2002. *The Microeconomics of Public Policy Analysis*. Princeton University Press.
- Graells, Sanchez Albert. 2011. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 1. Udgave, 1. Oplag. Hart Publishing.
- Hansen, Anders Christian. 2007. *Uden for hovedstrømmen – Alternative strømninger i økonomisk teori*. Roskilde Universitetsforlag.
- Heide-Jørgensen, Caroline m.fl. 2009. *Konkurrenceretten i EU*. 3. Udgave, 1. Oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hix, Simon og Høyland, Bjørn. 2011. *The Political System and the European Union*. 3rd edition. Palgrave Macmillian.
- Jones, Alison og Sufrin, Brenda. 2008. *EC Competition Law. Text, cases, and materials*. Third edition. Oxford Univeristy Press.
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi – Virksomhedsteori og industriøkonomi*. Bind 2. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter. 1993. *Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson*. Institute of Management, University of Aarhus.
- Nielsen, Ruth. 2010. *Udbud af offentlige kontrakter*. 4. Udgave. Jurist- og økonomforbundets forlag.
- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. 2011. *Retskilder & Retsteorier*. 3. Udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Odudu, Okeoghene. 2009. *Economic Activity as a Limit to Community Law*. Trykt i: *The Outer Limits of European Union Law*. s. 225-243. Hart Publishing 2009. ed. Barnard, Catherine and Odudu, Okeoghene
- Scherer, F.M and Ross, David. 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 3rd edition. Boston Houghton Mifflin Company.
- Sierra, Luis Buendia José. 1999. *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, article 86 (former article 90 of the EC Treaty)*. Oxford University Press.
- Trepte, Peter. 2007. *Public Procurement in the EU: A Practitioners Guide*. Oxford University Press.
- Viscusi W. Kip, Jr. Harrington E. Joseph, Vernon M. John. 2005. *Economics of Regulation and Antitrust*. Fourth Edition. MIT Press.
- Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. The Free Press, New York.

- Szyszczak, Erika. 2007. *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*. Hart Publishing.
- Szyszczak, Erika. 2009. *Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?* Trykt i: *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe- Between Competition and Solidarity*. s. 191-213. Eds. Krajewski, Markus, Neergaard, Ulla and Gronden, Johan van de
- Ølykke, Grith Skovgaard. 2012. *How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law be Adressed in the New Directive?* Trykt i: *EU Procurement Directives – Modernisation, Growth and Innovation. Discussions on the 2011 proposals for Procurement Directives* s. 57-84. Eds. Ølykke, Grith Skovgaard; Hansen, Risvig Karina og; Tvarnø, D. Christina. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ølykke, Skovgaard Grith. 2010. *Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers*. DJØF Publishing Copenhagen.

Artikler

- Arrowsmith, Sue. 2011. *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*. Cambridge Yearbook of European Legal Studies Vol. 14, 2012, s. 1-47.
- Arrowsmith, Sue. 2012. *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*. Public Procurement Law Review Vol. 3, s. 71-82.
- Drijber, Berend Jan, 2005. *Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, AOK Bundesverband a.o, judgment of the Full Court of 16 March 2004, not yet reported*. Common Market Law Review Vol. 42, 523-533.
- Holmes, Josh. 2004. *Fixing the Limits of EC Competition Law: State Action and the Accomodation of the Public Servises*. Current Legal Problems Vol. 57, s. 149-174.
- Kokkoris, Ioannis. 2006. *Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace?* World Competition Vol. 29 (1), s. 139-164.
- Krajewski, Markus and Farley, Martin. 2007. *Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN*. E.L. Rev., Vol. 32(1), s. 111-124.
- Louri, Victoria, 2002. *'Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules*. Legal Issues of Economic Integration Vol. 29(2), s. 143-176.
- Louri, Victoria, 2005. *The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity*. Legal Issues of Economic Integration Vol. 32 (1), s. 87-97.
- Møllgaard, H. Peter. 1998. *Markedsmagt: En detaljeret Oversigt*. Working paper 14-98, Institut for Nationaløkonomi, Handelshøjskolen i København.
- Newhouse, Joseph P., 1970. *Towards a Theory of Nonprofit Institutions: An Economic Model of a Hospital*. American Economic Review, 60, No. 1, s. 64-74.
- Noll, Roger G. 2005. *Buyer Power and Economic Policy*. Antitrust Law Journal Vol. 72(2) s. 589-624

- Ølykke, Grith Skovgaard. 2011. *How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context?* Public Procurement Law Review, 6, s. 179-192.

Supplerende litteratur:

- Coase, Ronald. 1937. *The Nature of the firm*. Economica vol. IV, November, s. 386-405
- Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan.(red.) 2013. *Skriftlig jura, Den juridiske fremstilling*. Ex Tuto Publishing.
- Neergaard, Ulla. 2009. *Medlemsstaternes loyalitetsforpligtelse*. Kapitel 11 i Heide-Jørgensen, Caroline mf.l. 2009. *Konkurrenceretten i EU*. 3. Udgave, 1. Oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Retskilder:

Regulering:

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)
- Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- Kommissionens forslag til nyt udbudsdirektiv offentliggjort den 20. december 2011 (KOM(2011) 896 (2011/0428(COD)))

Retspraksis:

EU Domstolen:

- Sag C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Domstolens Dom af 11. juli 2006. Saml. 2006 I-06295.
- Sag C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*. Domstolens Dom af 26. marts 2009. Saml. 2009 I-02207.
- Sag C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH*. Domstolens Dom af 23. april 1991. Saml. 1991 I-01979.
- Sag C-26/03 *Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*. Domstolens Dom af 11. januar 2005. Saml. 2005 I-00001.

- Sag C-95/10 *Strong Segurança SA mod Município de Sintra og Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*. Domstolens Dom af 17. marts 2011. Saml. 2011 I-01865.
- Sag C-373/00 *Adolf Truley GmbH mod Bestattung Wien GmbH*. Domstolens Dom af 27. februar 2003. Saml. 2003 I-01931.
- Sag C-147-148/06 *SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mod Comune di Torino*. Domstolens Dom af 15. maj 2008. Saml. 2008 I-03565.
- Forenede sager C-264/01, C-306/01 og C-355/01 *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft og See-Krankenkasse mod Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. (C-264/01), Mundipharma GmbH (C-306/01), Gödecke GmbH (C-354/01) og Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (C-355/01)*. Domstolens Dom af 16. marts 2004. Saml. 2004 I-02493.
- Sag 118/85 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik*. Domstolens dom af 16. juni 1987. Saml. 1987 02599.
- Sag C-218/00 *Cisal di Battistello Venziano & C. Sas mod Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*. Domstolens Dom af 22. januar 2002. Saml. 2002 I-00691.
- Sag C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (FFSA)*. Domstolens Dom af 16. november 1995. Saml. 1995 I-04013.
- Sag C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH mod Eurocontrol*. Domstolens Dom af 19. januar 1994. Saml. 1994 I-00043.
- Sag C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*. Domstolens Dom af 19. juni 2008. Saml. 2008 I-04401.
- Sag 27/76 *United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Domstolens Dom af 14. februar 1978. Saml. 1978 00207.
- Sag 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Domstolens Dom af 13. februar 1979. Saml. 1979 00461.

Retten i Første instans:

- Sag T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Dom afsagt af Retten i Første Instans den 4. marts 2003. Saml. 2003 II-00357.
- Sag T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. Dom afsagt af Retten i Første Instans den 12. december 2006. Saml. 2006 II-04797.

National retspraksis:

- Sag 1006/2/1/01 *Bettercare Group Limited v. the Director General of Fair Trading [2002] CAT*. England.
- Kendelse af 26. September 2011, *TDC A/S mod Økonomistyrelsen*. Afsagt af det danske Klagenævn for Udbud.
- Kendelse af 25. September 2012, *UVdata A/S mod Københavns Kommune*. Afsagt af det danske Klagenævn for Udbud.

Forarbejder, meddelelser og vejledninger:

- KOM (2007)724 endelig 'Tjenesteydelser af almen interesse, herunder sociale ydelser af almen interesse: Europas nye udfordringer'
- COM (96)583 final Green Paper from the Commission of the European Communities 'Public Procurement in the European Union: Exploring the way forward'
- COM (85)310 final White Paper from the Commission to the European Council 'Completing the Internal Market'
- Europa Kommissionens XXX. Beretning om Konkurrencepolitikken 2000, første del SEK(2001)694 endelig