Dieter Jalowietzki
Były sędzia przewodniczący Apelacyjnego Sądu w Berlinie

Działania rynkowe publicznych instytucji ochrony zdrowia

I. Struktura niemieckiej służby zdrowia

Stworzenie funkcjonującego systemu zabezpieczenia warunków bytowych w zakresie opieki zdrowotnej jest nakazem konstytucyjnym, wypływającym z zasady państwa socjalnego (art. 20 konstytucji). W ramach UE państwa członkowskie mają swobodę organizowania swoich systemów ubezpieczeń społecznych, o ile przestrzegane są zasadnicze wolności (Trybunał Europejski z dnia 7.2.1984, Sprawa 238/82 „Duphar"; z dnia 28.4.1998 Sprawa C-158/96 „Kohll").

W RFN tradycyjnie istnieje **ustawowe ubezpieczenie na wypadek choroby**, ubezpieczenie od nieszczęśliwych wypadków przy pracy i chorób powstałych wskutek pracy oraz, od kilku lat, ubezpieczenie na wypadek wymagania opieki. Działalności ubezpieczeniowej państwo nie wykonuje samodzielnie, lecz właściwe w tym zakresie są posiadające strukturę publiczno-prawną **ustawowe kasy chorych** oraz branżowe organizacje przedsiębiorstw, działające jako zakład ubezpieczeń w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków przy pracy. Obecnie istnieje 320 ustawowych kas chorych. Pracobiorcy o rocznym dochodzie brutto wynoszącym poniżej 45.900 € podlegają obowiązkowi ubezpieczenia. Osoby uzyskujące wyższe dochody mogą ubezpieczyć się dobrowolnie w ustawowej kasie lub w prywatnej kasie chorych. Około 89 % ludności jest obecnie objętych ubezpieczeniem ustawowym, w 1981 roku było to jeszcze prawie 95 %. Wysokość **składek** uzależniona jest od dochodu osoby ubezpieczonej i jest ponoszona po połowie przez pracobiorcę i pracodawcę. Wysokość składek nie ma wpływu na zakres świadczeń kasy. Natomiast prywatne firmy ubezpieczeniowe pobierają składki, których wysokość powiązana jest z uzgodnionym zakresem świadczeń i z określonymi czynnikami ryzyka (ogólny stan zdrowia, wiek, płeć).

Ustawowe kasy chorych wypełniają swoje obowiązki wobec ubezpieczonego zasadniczo według **zasady świadczeń rzeczowych** (§ 2 ustęp 2 Kodeksu Socjalnego V), tzn., że udostępniają one pacjentowi produkty i usługi niezbędne dla potrzeb leczenia (szpital, opieka lekarska, leki, medyczne środki pomocnicze). W tym celu kasy zawierają porozumienia dotyczące cen i honorariów z dostawcami świadczeń względnie z organizacjami ich zrzeszającymi. Pacjent może zrealizować przepisane mu przez lekarza świadczenie za okazaniem odpowiedniej recepty u **dopuszczonego** przez kasę dostawcy. Inaczej niż w przypadku prywatnych firm ubezpieczeniowych, które pracują w oparciu **zasadę refundacji wydatków**, osoba ubezpieczona ustawowo nie musi sama ponosić żadnych opłat na rzecz danego dostawcy świadczeń. W rozumieniu prawa oznacza to, że **stosunek dostawca – odbiorca** istnieje **tylko pomiędzy kasami a dostawcami świadczeń.** Jak ważne są to zdarzenia gospodarcze, wynika już z faktu, że w sektorze służby opieki zdrowotnej zatrudnionych było 4,1 mln. pracowników, a łączne koszty chorób wyniosły 224 miliardy € (stan na rok 2002).

II. Miejsce ustawowych kas chorych w myśl prawa krajowego

1. Stan prawny do roku 2000

Stosunki prawne pomiędzy kasami a **osobami ubezpieczonymi** były i są przedmiotem regulacji prawno-publicznej. To samo dotyczy stosunków ze stowarzyszeniami lekarzy i aptekarzy. Spory pomiędzy tymi stronami należało już do tej pory regulować na drodze prawnej w **sądach ds. socjalnych** (Trybunał Federalny, orzeczenie z dnia 23.1.1964 KZR 2/63 „Izba Aptekarska"; orzeczenie z dnia 25.6.1964 KZR 4/63 „Środki przeciwbólowe").

Nieco inne zasady obowiązywały w stosunkach z **dostawcami** lekarstw i środków pomocniczych (okulary, aparaty słuchowe, pieluchy) oraz w korzystaniu z usług (przewozy chorych, domowa opieka nad chorym, lecznicze zakłady kąpielowe). Tutaj kasy zawierają cywilno-prawne umowy kupna-sprzedaży lub umowy o świadczenie usług na warunkach rynkowych. Nie ma stosunku nad- i podrzędności, lecz obowiązuje równość umawiających się stron. Zatem spory biorące się ze stosunku dostawca - odbiorca as natury cywilno – prawnej i były dotychczas rozstrzygane przez **sądy cywilne**, a tam, jeżeli chodziło o roszczenia wynikające z prawa kartelowego, przez wyspecjalizowane w tej dziedzinie składy orzekające (§ 87 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji).

Walka o skumulowany w kasach potencjał popytu już wcześnie narzuciła pytanie, czy ustawowe kasy chorych podlegają w swoich procedurach zamówieniowych restrykcjom proceduralnym wynikającym z prawa o wolnej konkurencji oraz **kontroli w oparciu o prawo kartelowe** zgodnie z ustawą o zakazie ograniczania wolnej konkurencji. Z reguły chodziło tutaj o dostęp do grona dopuszczonych dostawców. W swoim orzeczeniu w sprawie o szczególnym znaczeniu z dnia 26 października 1961 r. (KZR 1/61 „Pończochy gumowe") Trybunał Federalny określił jasno, że wprawdzie stosunki ustawowych kas chorych do osób w nich ubezpieczonych i do stowarzyszeń lekarzy kas chorych należą do sfery prawa publicznego, ale inne zasady obowiązują w odniesieniu do opartego o struktury prawa prywatnego stosunku do dostawców medycznych środków pomocniczych. W tym zakresie, orzekł Trybunał, jeżeli mamy do czynienia z **działaniem przedsiębiorstwa**, musi się ono stosować do ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji. Fakt, że kasa nie odsprzedaje dalej zakupionych produktów, nie wyklucza posiadaniu przez nią w tym zakresie cech przedsiębiorstwa. Pokrywanie kosztów środków użytych do zrealizowania świadczenia z dochodu płynącego z tego świadczenia jest wprawdzie jednoznaczną oznaką, nie jest jednak niezbędną przesłanką dla posiadania cech przedsiębiorstwa.

.

Stanowisko to Trybunał Federalny ponownie potwierdzał w następnych latach, pomimo gwałtownego sprzeciwu ze strony kas i sądownictwa socjalnego (Trybunał Federalny z dnia 26.4.1967 Ib ZR 45/65 „Aparaty słuchowe"; z dnia 4.4.1975 KZR 6/74 „Dodatkowe ubezpieczenie kosztów leczenia szpitalnego"; z dnia 22.3.1976 GSZ 2/75 „Autoanalizator"; z dnia 12. 5.1976 KZR 14/75 „Pomocnicze aparaty dla organu wzroku"; z dnia 1.6.1977 KZR 3/76 „Lecznicze zakłady kąpielowe"; z dnia 18. 12. 1981 ZR 34/80 „Punkty samodzielnego oddawania okularów"; z dnia 10.4.1986 GmS-OGB 1/85 „Ortopedyczne środki pomocnicze"; z dnia 10.2.1987 KZR 1/86 „Importowane leki gotowe"; z dnia 26.5.1987 KZR 13/85 „Przewóz chorych"; z dnia 10.11.1987 KZR 18/86 „Izba rozrachunkowa dla świadczeń aptecznych "; z dnia 10.10.1989 KZR 22/88 „Przewóz noworodków"; z dnia 8.5.1990 KZR 21/89 „Opieka fizjoterapeutyczna"; z dnia 12.3.1991 KZR 26/89 „Przedsiębiorstwa zajmujące się przewozem chorych II"; z dnia 25.6. 1991 KZR 19/90 „Opieka nad chorym"; z dnia 22.3.1994 KZR 9/93 „Obuwie ortopedyczne"). Ponieważ kasy były z reguły najważniejszym,

jeżeli wręcz nie jedynym podmiotem zgłaszającym popyt, nie było wątpliwości odnośnie ich **dominującej na rynku pozycji** i uzależnieniu dostawców. Chodziło wtedy zawsze już tylko o ocenę okoliczności danego pojedynczego przypadku dla znamion czynu przestępczego polegającego na nadużyciu.

2. Stan prawny od dnia 1.1. 2000

Wraz z ustawą o reformie służby zdrowia w zakresie ustawowych kas chorych 2000 nastąpiła, obowiązująca od dnia 01 stycznia 2000 r., zasadnicza **zmiana stanu prawnego**. Zgodnie z nowym brzmieniem § 69 Kodeksu Socjalnego V stosunki prawne kas chorych i ich związków do lekarzy, stomatologów, psychoterapeutów, aptek i **pozostałych dostawców usług** oraz ich związków uregulowane w sposób **wyczerpujący** przez rozdział 4 Kodeksu Socjalnego Z DNIA Przepis ten zawiera nie tylko **wyznaczenie drogi prawnej** przed sądy ds. socjalnych, lecz należy go także rozumieć jako **wyłączny stan faktyczny** dla zastosowania norm wynikających z prawa o wolnej konkurencji (ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji oraz ustawy przeciwko nieuczciwej konkurencji) (tak Federalny Trybunał Socjalny z dnia 31.8. 2000 B3KR 11/98 R. oraz z dnia 25.9.2001 B 3 KR 3/01 R;) Uregulowanie to jest poparte przez § 87 zdanie 3 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji oraz § 51 ustęp 2 ustawy o sądach ds. socjalnych, gdzie jest wyraźnie powiedziane, że wyłączna właściwość dla sporów cywilno – prawnych wynikających z prawa kartelowego nie rozciąga się już na stosunki dostawca – odbiorca wymienione w § 69 Kodeksu Socjalnego V, lecz przekazana jest sądom ds. socjalnych.

Wynikają z tego następujące konsekwencje: dostawcy mogą się bronić przed będącymi nadużyciem procedurami zakupowymi kas, zgodnie z prawem krajowym, już tylko przy użyciu środków prawa publicznego, tak jak przy naruszeniu uregulowań prawa socjalnego lub pozycji konstytucyjnych (art. 12 konstytucji). Odpadł obowiązkowy dotąd udział urzędów ds. karteli w tego rodzaju sporach (§ 90 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji w dawnym brzmieniu).

Ponieważ jednak prawodawca krajowy nie może unieważniać norm europejskich, § 69 Kodeksu Socjalnego V nie ma wpływu na stosowanie art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej. Tylko tym sposobem można w przyszłości rozważać przeprowadzenie kontroli ustawowych kas chorych pod kątem przestrzegania prawa o wolnej konkurencji.

III. Miejsce ustawowych kas chorych zgodnie z prawem europejskim.

Obszarowi zakazu art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej podlegają tylko **przedsiębiorstwa**. Ponieważ nie jest przewidziane ograniczenie tylko do przedsiębiorstw prywatnych, do adresatów tej normy należą zasadniczo również przedsiębiorstwa publiczne. Wynika to pośrednio również artykułu 86, który przewiduje dla określonych przedsiębiorstw publicznych, przy spełnieniu szczególnych warunków – w drodze wyjątku - nie stosowanie reguł wolnej konkurencji.

1) Pojęcie przedsiębiorstwa

W ciągłej praktyce sądy europejskie definiują jako przedsiębiorstwo „każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu jej finansowania" (Trybunał Europejski z dnia 23.4.91 Sprawa C-41/90 „Höfner i Elser"). W ten sposób zostaje od razu jasno określone, że nie odgrywa przy tym roli, czy państwo jako zarządca majątku publicznego działa bezpośrednio czy też poprzez zorganizowane jednostki

prawa prywatnego. Decydujące znaczenie posiada kwestia, czy rozwijana jest **działalność gospodarcza**, czy też mamy do czynienia z działaniem wykonywanym przez władzę zwierzchnią. W tym przyporządkowaniu kryje się główny problem stosowania prawa.

a) **Działanie wykonywane przez władzę zwierzchnią**

Pewne jest jedynie, że obszar klasycznej **zwierzchniej administracji władczej** celem zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego (policja, wymiar sprawiedliwości, wykonanie kary) nie może zostać sklasyfikowany jako działalność gospodarcza. Trybunał Europejski opisuje ten sektor jako „zadanie leżące w **interesie ogółu**, które należy do **istotnych zadań państwa** " (orzeczenie z dnia 18. 6. 1975 Sprawa C-94/74 „IGAV/ENCC"; orzeczenie z dnia 12.7.1973 Sprawa C-2/73 „Geddo/Ente Nazionale Risi"; orzeczenie z dnia 30.4.1974 Sprawa C-155/73 "Sacci"). Do tych zadań orzeczenie to zalicza również nadzorowanie krajowego obszaru powietrznego (Trybunał Europejski z dnia 19.1.1994 Sprawa C-364/92 „SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol") oraz ochronę środowiska naturalnego (Trybunał Europejski z dnia 18.3.1997 Sprawa C- 343/95 „Diego Cali & Figli"). Jeśli chodzi o służbę zdrowia, do tego obszaru zostają zaliczone działania w zakresie zwalczania zarazy i epidemii.

b) **Działanie czysto gospodarcze**

Z drugiej strony w sposób oczywisty mamy do czynienia z działaniem gospodarczym, kiedy państwo jako oferent prywatny poprzez własne zakłady lub jako konkretny udziałowiec działa **w celach zarobkowych** (Trybunał Europejski z dnia 18.6.1998 Sprawa C-35/96 „Komisja/Włochy"; z dnia 19.2.2002 Sprawa C-309/99 „Wouters").

c) **Działalność gospodarcza z odniesieniem zwierzchnim**

Odniesienie zwierzchnie do działalności gospodarczej jednostki publicznej nie sprzeciwia się jej sklasyfikowaniu jako przedsiębiorstwa. Obowiązuje to na przykład w odniesieniu do emitowania **programów telewizyjnych** (Trybunał Europejski z dnia 30.4.1974 Sprawa 155/73 „Sacchi") dla zorganizowanych na zasadach publiczno - prawnych **zakładów usług pogrzebowych** (Trybunał Europejski z dnia 4.5.1988 Sprawa 30/87 „Bodson"), dla państwowego **pośrednictwa pracy** (Trybunał Europejski z dnia 23.4.1991 Sprawa C- 41/90 „Höfner i Elser"; z dnia 11.12. 1997 Sprawa C-55/96 „Job Centre II"), dla **izb zawodowych** adwokatów (Trybunał Europejski z dnia 19.2.2002 Sprawa C-309/99 "Wouters") i architektów, dla urzędowo organizowanych **przewozów chorych** oraz **służb ratowniczych** (Trybunał Europejski z dnia 25.10.2001 Sprawa C-475/99 „Ambulanz Glöckner"), dla **spedytorów celnych** (Trybunał Europejski z dnia 18.6.1998 Sprawa C-35/96 „Komisja/Włochy"), dla **zarządców portów lotniczych** (Trybunał Europejski z dnia 24.10.2002 Sprawa C- 82/01 P „Aeroports de Paris » ADP »).

Podobnie jak w prawie niemieckim, nie należy stosować ryczałtowej klasyfikacji. Ten sam podmiot może działać zarówno w sposób zwierzchni, jak i na zasadzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwem jest wówczas tylko w odniesieniu do działalności gospodarczej. W sprawie „ADP" należało zatem odgraniczyć – zwierzchnią – kontrolę obszaru powietrznego od – prowadzonej gospodarczo – działalności w zakresie odpraw.

Kryteria przyporządkowania są przy tym złożone. W przypadku pośrednictwa pracy ważne jest, że nie zawsze jest ono prowadzone przez placówki prawa publicznego i że **nie** jest to **konieczne**. Rozstrzygające znaczenie dla zakwalifikowania spedytorów celnych, pracujących

pod kontrolą państwa, jako przedsiębiorstwa, miała **odpłatność** za świadczone przez nich usługi (załatwianie formalności celnych przy wwozie i wywozie) oraz okoliczność, że ponosili oni **ryzyko** biznesowe. W przypadku ośrodków należących do systemów zabezpieczeń społecznych wchodzą w grę inne czynniki, widoczne dopiero przy kazuistycznym podejściu do zagadnienia.

2. Publiczne przedsiębiorstwa systemów zabezpieczeń społecznych

a) Sprawa **Poucet/Pistre** (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 17.2.1993, C-159 i 160/91):

Kwestia, czy krajowe podmioty ubezpieczenia społecznego podpadają pod pojęcie przedsiębiorstwa, powstała po raz pierwszy w sprawie „Poucet/Pistre". W sprawie tej chodziło o dopuszczalność przymusowego członkostwa w kombinowanym ubezpieczeniu zdrowotno-rentowym dla samodzielnych rzemieślników we Francji. Osoby będące powodami w postępowaniu wyjściowym pragnęły mieć możliwość swobodnego wyboru prywatnego ubezpieczenia.

Trybunał Europejski z następujących powodów zanegował posiadanie cech przedsiębiorstwa: ponieważ system służy **celowi społecznemu**, i opiera się na zasadzie s**olidarności**, a jego celem **nie jest zysk,** zaś wysokość składki oraz zakres świadczenia są **określone ustawowo**, kasa nie prowadzi działalności gospodarczej.

Cel społeczny wynika z ustalenia, iż chodzi o zapewnienie ubezpieczonemu – niezależnie od jego sytuacji majątkowej oraz stanu zdrowia w momencie przystąpienia - ochrony ubezpieczeniowej w przypadku choroby, starości, śmierci i inwalidztwa. Zasada solidarności wyraża się w przypadku **ubezpieczenia na wypadek choroby** w tym, że składki uiszczane są w zależności od dochodów, a świadczenia są jednakowe dla wszystkich członków. W systemie **zabezpieczenia na starość** zasada solidarności konkretyzuje się przez to, że emerytury osób będących w stanie spoczynku finansowane są przez osoby czynne zarobkowo, a ich wysokość nie zależy od wysokości uiszczonych składek. Obowiązek ubezpieczenia jest, stwierdza dalej Trybunał Europejski, niezbędny dla równowagi finansowej tego rodzaju systemów.

b) Sprawa **Fédéderation Francaise des Sociétés d'Assurance** (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 16.11.1995, C-244/94):

Chodziło tutaj o wprowadzone drogą ustawy **dobrowolne dodatkowe ubezpieczenie emerytalne** dla osób wykonujących samodzielne zawody rolnicze we Francji, działające również **bez zamiaru osiągania zysku** i wykazujące elementy **solidarności**. Jednakże Trybunał Europejski potwierdził istnienie cech przedsiębiorstwa, ponieważ członkostwo jest **dobrowolne** i system funkcjonuje na **zasadzie kapitalizacji.** Zakres świadczeń zależy wyłącznie od wysokości składek i od dochodów przynoszonych przez inwestycje dokonywane przez tę instytucję. W związku z tym konkuruje ona z (prywatnymi) przedsiębiorstwami zajmującymi się ubezpieczeniami na życie. Ponieważ członkostwo jest dobrowolne, wywodzi dalej Trybunał Europejski, elementy solidarności (składki niezależne od ryzyka ubezpieczeniowego, pozostawanie wpłaconych składek w funduszu po śmierci ubezpieczonego, zwolnienie od płacenia składek w przypadku choroby i złej sytuacji w zakresie dochodów) mają jedynie podrzędne znaczenie.

c) Sprawy **Brentjens** (C-115/97 do 117/97) oraz **Albany** (C-67/96), Trybunał Europejski, orzeczenia z dnia 21. 9.1999:

Chodziło tutaj o obowiązkowe członkostwo w systemie dodatkowych emerytur dla osób pracujących w sektorze handlu materiałami budowlanymi (Brentjens) i w przemyśle włókienniczym (Albany), przewidziane w **zbiorowych układach pracy.** Zgodnie z opinią Trybunału Europejskiego ograniczające wolną konkurencję skutki zbiorowych układów pracy muszą być tolerowane, jeżeli służą celom polityki socjalnej, w tym przypadku poprawie warunków zatrudnienia i pracy. System dodatkowych emerytur służy w swojej istocie zagwarantowaniu określonego poziomu emerytur dla wszystkich pracowników danej gałęzi przemysłu i dlatego przyczynia się bezpośrednio do poprawy wynagrodzeń.

Uzasadnienie to opiera się na pewnego rodzaju **wyważeniu dóbr** i pozostawia nierozstrzygniętą kwestię posiadania cech przedsiębiorstwa.

d) Sprawa **Pavlov** i inni (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 12.9.2000, C-180/98 do 184/98):

Chodziło tutaj o ocenę pewnego funduszu, założonego przez **przedstawicielstwo zawodowe lekarzy specjalistów** dla zarządzania przewidzianym ustawowo systemem dodatkowych emerytur. Trybunał potwierdził w tym przypadku posiadanie przez lekarzy cech przedsiębiorstwa uzasadniając, że oferują oni **świadczenia w zamian za odpłatność** i ponoszą związane z tym **ryzyko finansowe**. Udział w systemie dodatkowych emerytur zawodowych jest z tym związany, ponieważ zapewnia on określony poziom dochodów na okres po zakończeniu pracy zawodowej. Powiązanie w wykonywaniem działalności zawodowej widoczne jest również w tym, że system ten jest nacechowany przez zwiększony stopień **solidarności** wśród wszystkich lekarzy. I tak wysokość składki, wywodzi dalej Trybunał, nie zależy od ryzyka, indywidualny stan zdrowia nie odgrywa roli, uwzględniane są roszczenia działające wstecz, a wysokość emerytury powiązana jest z indeksem. Jeżeli jednak lekarze byliby przedsiębiorstwem, wówczas ich przedstawicielstwo zawodowe działałoby jako zjednoczenie przedsiębiorstw, gdy podjęło decyzję o utworzeniu funduszu emerytalnego.

e) Sprawa **INAIL** (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 22. 1. 2002, C-218/00):

Należało ocenić nadzorowane przez państwo obowiązkowe ubezpieczenie przed nieszczęśliwymi wypadkami przy pracy oraz chorobami zawodowymi we Włoszech. Trybunał zanegował posiadanie w tym przypadku charakter przedsiębiorstwa, ponieważ spełnia ono **zadanie czysto społeczne**. Wprawdzie społeczny cel systemu ubezpieczeniowego nie wystarcza, aby wykluczyć zaklasyfikowanie jako przedsiębiorstwa, tutaj jednak realizowana jest – nawet jeżeli tylko w ograniczonym zakresie - zasada **solidarności**. Wysokość składek nie jest ściśle uzależniona od ubezpieczanego ryzyka, ponieważ obowiązuje składka maksymalna. Luka finansowa pokrywana jest przez wszystkie przedsiębiorstwa danej grupy ryzyka. Miarodajne dla wysokości składki jest nie ryzyko wypadku, lecz wysokość dochodów ubezpieczonego. Zakres zapewnianych świadczeń niekoniecznie jest proporcjonalny do dochodów ubezpieczonego. I wreszcie, konkluduje Trybunał, ustalenie wysokości składek i zakres świadczeń podlega nadzorowi państwa.

f) Sprawa **AOK** (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 16.3.2004, C-264/01, 306/01, 354/01 i 355/01):

Podczas gdy w sprawach 1. – 5. chodziło o stosunek kas do członków, a zatem badane było postępowanie **po stronie oferenta**, sprawa „AOK" dotyczył stosunku do dostawców, a zatem pozycji kasy jako **podmiotu zgłaszającego popyt**. Przedmiotem rozstrzygnięcia było, czy związki ustawowych niemieckich kas chorych w przypadku ograniczenia zakresu swoich świadczeń poprzez **ustalenie stałych kwot** za lekarstwa działają jako przedsiębiorstwo.

Przy ustalaniu stałych kwot chodzi o działanie przewidziane w ustawie (§ 35 Kodeksu Socjalnego V), mające na celu ograniczenie kosztów w służbie zdrowia. Zaopatrzenie w lekarstwa odbywa się w następujący sposób: pacjent uiszcza opłatę według recepty, podczas gdy kasa chorych płaci wydającej lek aptece cenę w granicach ustalonych przez ustawę stałych kwot. Jeżeli stała kwota zostanie przekroczona, pacjent musi zapłacić sumę przewyższającą daną stałą kwotę.

Ustalenie stałych kwot odbywa się zgodnie z procedurą określoną w ustawie. W pierwszym etapie określone gremium (federalna Komisja Lekarzy i Kas Chorych), przy uwzględnieniu substancji czynnych i rodzajów działania, grupy leków pochodzących od różnych producentów. Wybór ten podlega kontroli ze strony ministerstwa zdrowia. W drugim etapie związki kas ustalają w sposób wiążący stałe kwoty dla zdefiniowanych grup. W tym przypadku system stałych kwot działa jak kartel cenowy po stronie podmiotów zgłaszających popyt. Dlatego jest oczywiste, że przemysł farmaceutyczny widział w tym ingerencję w swoją swobodę kształtowania cen, ponieważ w trwały sposób zmniejszało to rynkowe szanse preparatów, które oferowane są w cenach przekraczających stałe kwoty maksymalne.

Odnosząc się do swojego przeczenia w sprawach „Poucet/Pstre" oraz „INAIL" Trybunał Europejski zanegował przede wszystkim generalnie posiadanie cech przedsiębiorstwa przez ustawowe kasy chorych i ich związki. Kasy współdziałają w zarządzaniu systemem bezpieczeństwa socjalnego, stąd wykonują **zdanie czysto społeczne,** które opiera się na zasadzie **solidarności** i realizowane jest **bez zamiaru osiągnięcia zysku.** Szczególnie podkreślić należy, dowodziła dalej Trybunał w swoim orzeczeniu, ustawowe zobowiązanie kas do oferowania swoim członkom zasadniczo takich samym świadczeń obowiązkowych niezależnie od wysokości składek i dokonywanie pomiędzy sobą wyrównania kosztów i ryzyka.

Następnie Trybunał bada, czy ustalenie stałych kwot może służyć – odchodząc od zasadniczo społecznego celu kas - nie celowi społecznemu, lecz gospodarczemu. Trybunał odpowiada na to pytanie przecząco, uzasadniając, że ustalenie to opiera się na ustawowym obowiązku którego celem jest zapewnienie trwania systemu.

g) Sprawa **FENIN** (Trybunał Europejski, orzeczenie z dnia 4.3.2003, T-319/99):

Orzeczenie dotyczy hiszpańskiej służby zdrowia, która zarządzana jest w sumie przez 26 podmiotów – w tym trzy ministerstwa. Stosowały one praktykę płacenia rachunków za zakupione na potrzeby szpitali wyroby medyczne dopiero 300 dni po dostawie. Dostawcy widzieli w tym nadużycie dominującej pozycji na rynku ze strony podmiotu zgłaszającego popyt. Argumentacja ta nie znalazła zrozumienia ani w oczach Komisji, ani w sadzie pierwszej instancji.

Trybunał Europejski wprowadził w swoich rozważaniach na temat problematyki przedsiębiorstwa nowy element uzasadniający. Wywiódł mianowicie, że pojęcie działalności gospodarczej nacechowane jest nie przez działalność w zakresie zakupów jako taką, ale poprzez **oferowanie** dóbr lub usług na określonym rynku. Działanie polegające na zakupie wyrobów nie może być oceniane w izolacji od ich późniejszego wykorzystania. Wykorzystanie nie mające charakteru gospodarczego określa zatem w sposób konieczny charakter działalności polegającej na dokonywaniu zakupów. Ponieważ dane podmioty prowadziły wobec osób ubezpieczonych działalność o charakterze czysto społecznym, konieczny do tego zakup nie przedstawiał sobą działalności gospodarczej.

Pozostaje odczekać, czy Trybunał Europejski potwierdzi tę ocenę. Rzuca się w oczy, że nie skorzystał on z tej argumentacji w swoim – wydanym znacznie później – orzeczeniu w sprawie „AOK". Wystarczyłoby tam stwierdzić społeczny charakter kas jako takich, wówczas rozważania na temat gospodarczej jakości cen stałych byłyby zbyteczne.

Należy ubolewać, że Trybunał Europejski nie zajął się (spóźnionym) wywodem składających zażalenie, którzy zwracali uwagę, że ze świadczeń szpitali korzystają również **samodzielnie płacący pacjenci**, pozostający poza obrębem systemu obowiązkowych ubezpieczeń. W rzeczywistości mielibyśmy tutaj do czynienia, także w rozumieniu stosowanym przez Trybunał Europejski, z działalnością gospodarczą. W przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem tak późnych płatności, szpitale musiałyby znaleźć sposób na rachunkowe wyodrębnienie wyrobów wykorzystywanych dla potrzeb leczenia tych pacjentów i płacenia za nie w stosownym terminie. Wątpliwe jest, aby było to możliwe w sposób uzasadniony ekonomicznie. Bardziej właściwe merytorycznie wydaje się tutaj położenie nacisku na **punkt ciężkości** wykonywanej działalności, którym są świadczenia do osób objętych obowiązkowym ubezpieczeniem.

IV. Posumowanie i spojrzenie w przyszłość

1. Kontrolowanie ustawowego ubezpieczenia na wypadek choroby, ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenia na wypadek wymagania opieki zgodnie z niemieckim prawem o wolnej konkurencji (ustawa o zakazie ograniczania wolnej konkurencji, ustawa o przeciwdziałaniu wolnej konkurencji) jest na mocy ustawy wykluczone. Prawo europejskie (art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej) nie może być zastosowane w tych sprawach, kiedy obowiązkowe kasy, zorganizowane zgodnie z zasadą solidarności, działają w ramach swego społecznego związania celem. Systemy, gdzie członkostwo jest dobrowolne, działające na zasadzie kapitalizacji, podlegają zasadniczo uregulowaniom w zakresie wolnej konkurencji i są zwolnione od obowiązku ich przestrzegania tylko stosownie do art. 86 ustęp 2 Traktatu Wspólnoty Europejskiej.

2. Ogólna tendencja zwiększenia udziału obywateli w odpowiedzialności za zabezpieczenie socjalne będzie prowadzić do przesunięcia punktu ciężkości na systemy dobrowolne w związku z tym do zwiększenia kontroli w zakresie przestrzegania zasad wolnej konkurencji.

3. Jeżeli przyjmie się wykładnia prawna Trybunału Europejskiego z orzeczenia w sprawie „FENIN", będzie to mieć niemałe konsekwencje dla stosowania prawa krajowego w sprawach spoza obszaru systemów zabezpieczenia socjalnego. Podstawowe założenie, że dla pojęcia przedsiębiorstwa wystarczająca jest działalność jako podmiotu zgłaszającego popyt, nie da się wówczas utrzymać. Konsekwencją tego byłby fakt, że państwo jako zamawiający świadczenia budowlane (drogi) i kupujący produkty (wyroby dla straży pożarnej) nie podlegałoby kontroli w zakresie prawa kartelowego.