

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 10 november 2005¹

1. Of een eenheid onder het communautaire mededingingsrecht valt is afhankelijk van de kwalificatie daarvan als onderneming. Hoewel het er veelvuldig naar verwijst, omschrijft het EG-Verdrag dit begrip niet, zodat de rechtspraak het heeft gepreciseerd en er een functionele inhoud aan heeft gegeven. Vaststaat dat een eenheid welke een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, een onderneming is in de zin van de artikelen 81 EG tot en met 86 EG.² Terwijl het niet-economische karakter van bepaalde taken van algemeen belang, zoals de handhaving en de verbetering van de veiligheid van de luchtvaart³ of de bescherming van het milieu⁴ wordt erkend, is het minder gemakkelijk om vast te stellen wanneer activiteiten kunnen worden gekwalificeerd als niet-economisch wanneer zij zijn verbonden met het functioneren van het nationale stelsel van sociale zekerheid, aangezien de rechtspraak in dat kader van geval tot geval onderzoekt of het solidariteitsbeginsel de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels dient uit te sluiten. Het is derhalve moeilijk de voorwaarden vast te stellen waaronder dit begin-

sel aan een activiteit het economische karakter daarvan ontnemt.

2. De kernvraag in de onderhavige zaak betreft de aankoop van medische instrumenten door een overheidsorgaan dat is belast met het beheer van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel (hierna: „SNS”). Twee punten zullen de aandacht vragen. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld of de omstandigheid dat de door dit orgaan uitgeoefende activiteit is onderworpen aan het solidariteitsbeginsel de kwalificatie daarvan als onderneming belet en in de tweede plaats of het mogelijk is de aankopen door dit orgaan te scheiden van de door hem verstrekte gezondheidsdiensten.

3. De Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (hierna: „FENIN”) heeft hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van 4 maart 2003, FENIN/Commissie (T-319/99, Jurispr. blz. II-357; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft bevestigd. De beschikking hield in dat de klacht van FENIN is afgewezen, omdat het mededingingsrecht niet toepasselijk is op het

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979).

3 — Arrest van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft, „Eurocontrol” (C-361/92, Jurispr. blz. I-43).

4 — Arrest van 18 maart 1997, Diego Cali & Figli (C-343/95, Jurispr. blz. I-1547).

betrokken orgaan op grond dat het geen onderneming is. Met de onderhavige voorziening wordt het Hof verzocht om te oordelen over de vraag of deze conclusie overeenstemt met het begrip „onderneming”, zoals dat is omschreven in de rechtspraak van het Hof.

I — Kader van de hogere voorziening

4. Uit het bestreden arrest blijkt dat het geding voortspruit uit een beschikking van de Commissie van 26 augustus 1999 (hierna: „bestreden beschikking”) om geen gevolg te geven aan een door FENIN ingediende klacht strekkende tot de vaststelling dat 26 overheidsorganen, waaronder drie ministeries van de Spaanse regering, die het SNS beheren artikel 82 EG hebben geschonden door hun schulden aan FENIN met een aanzienlijke vertraging van gemiddeld 300 dagen te betalen.

5. FENIN is een vereniging waarbij de meeste leveranciers van medische hulpmiddelen voor ziekenhuizen in Spanje is aangesloten. Op 12 december 1997 heeft zij bij de Commissie een klacht ingediend, omdat de beheersorganen van het SNS op de Spaanse markt van medische hulpmiddelen een machtspositie zouden innemen en daarvan misbruik zouden hebben gemaakt door hun schulden met vertraging te betalen. Op 12 mei 1998 heeft FENIN bij de Commissie een aanvullende memorie ingediend. Bij brief van 2 december 1998 heeft de Commissie

rekwirante in kennis gesteld van haar voorlopige beschikking tot afwijzing van de klacht. Op 10 februari 1999 heeft FENIN bij de Commissie opmerkingen ingediend. De bestreden beschikking heeft FENIN's klacht definitief afgewezen, enerzijds omdat „de 26 betrokken ministeries en organen geen ondernemingen zijn wanneer zij deelnemen aan het beheer van de openbare gezondheidsdienst” en anderzijds omdat „de positie van vrager van de 26 betrokken ministeries en organen niet kan worden losgemaakt van het latere aanbod”. De Commissie heeft hieruit afgeleid dat de betrokken organen niet handelden als ondernemingen en dat artikel 82 EG bijgevolg niet op hen van toepassing was.

6. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10 november 1999, heeft FENIN beroep ingesteld tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, met name op grond van het middel dat de Commissie een kennelijk verkeerde beoordeling zou hebben verricht bij de toepassing van de artikelen 82 EG en 86 EG. De Commissie heeft gesteld dat zij bij haar beoordeling van de situatie van het SNS wel degelijk een functioneel criterium heeft aangewend, zoals dat door het Hof is ontwikkeld in het arrest Poucet en Pistre⁵.

7. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het door FENIN ingestelde beroep verworpen en geconcludeerd dat de Commissie het begrip „onderneming” in de zin van de artikelen 82 EG en 86 EG juist had toegepast. Het Gerecht komt tot deze conclusie aan de hand van een drietrapsargumentatie. In

5 — Arrest van 17 februari 1993 (C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637).

punt 36 van het genoemde arrest maakt het om te beginnen onderscheid tussen de aankoopactiviteit en de activiteit van het aanbieden, door op te merken dat „onder economische activiteit [wordt] verstaan, de activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt [...] en niet de aankoopactiviteit als zodanig”. Het Gerecht stelt vervolgens vast dat „voor de bepaling van de aard van de activiteit de aankoop van het product derhalve niet los [mag] worden gezien van het latere gebruik van het door de koper verworven product.” Bijgevolg dient de al dan niet economische aard van het gebruik van het gekochte product te worden onderzocht. Aan het slot van zijn beoordeling, zich baserend op de arresten Poucet en Pistre, reeds aangehaald, en FFSA e.a.⁶, oordeelt het Gerecht in punt 39 van het bestreden arrest dat „het SNS, beheerd door de in verzoeksters klacht vermelde ministeries en andere entiteiten, werkt op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het wordt gefinancierd door sociale bijdragen en andere bijdragen van de overheid en het zijn leden op basis van een algemene dekking gratis diensten verleent.” Bijgevolg heeft de aankoopactiviteit die is verbonden aan een activiteit van niet-economische aard dezelfde aard. Hieruit volgt, concludeert het Gerecht, dat de in de klacht van FENIN bedoelde entiteiten geen ondernemingen zijn in de zin van de artikelen 82 EG en 86 EG.

eerste onderdeel van de hogere voorziening stelt FENIN enerzijds dat het Gerecht ten onrechte eraan is voorbijgegaan dat de aankoopactiviteit een economische activiteit is, en anderzijds dat het Gerecht op onjuiste wijze de aard van de aankoopactiviteit heeft verbonden met die van de daarna verrichte dienst. Met het tweede — subsidiair aangevoerde — onderdeel van de hogere voorziening stelt FENIN dat het Gerecht had moeten vaststellen dat de aankoopactiviteit een activiteit van economische aard is, omdat de latere activiteit, namelijk het verstrekken van geneeskundige verzorging, zelf ook een activiteit van economische aard is. In haar memorie van antwoord stelt de Commissie dat de door het Gerecht in het bestreden arrest gegeven beoordeling overeenkomt met de uitlegging in de rechtspraak van het begrip „onderneming” in de zin van het communautaire mededingingsrecht. De Commissie meent voorts dat het tweede onderdeel van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is, omdat het voor het eerst in hogere voorziening is aangevoerd. Bovendien stelt dit middel een feitelijke beoordeling door het Gerecht ter discussie, hetgeen geen voorwerp van een hogere voorziening kan zijn. Het Verenigd Koninkrijk en het Koninkrijk Spanje zijn ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie geïnterveneerd. Zij zijn van mening dat noch de aankoop als zodanig, noch het verstrekken van geneeskundige verzorging een economische activiteit vormt.

8. De door FENIN ingestelde hogere voorziening heeft betrekking op dit onderdeel van het bestreden arrest. FENIN voert als enige middel aan dat het Gerecht een onjuiste uitlegging zou hebben gegeven aan het begrip „onderneming” in de zin van het communautaire mededingingsrecht. Met het

9. Alvorens achtereenvolgens de twee onderdelen van dit ene middel te bespreken, dient eerst te worden teruggekomen op het begrip „onderneming” in de zin van het communautaire mededingingsrecht, zoals dat is uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof. De praktijk van rechters en mededingingsautoriteiten in de lidstaten zal eveneens worden vermeld.

6 — Arrest van 16 november 1995 (C-244/94, Jurispr. blz. 1-4013).

II — Prelabele vraag: het begrip „onderneming”

10. Zoals hierboven in herinnering is gebracht, hangt de kwalificatie van een eenheid als onderneming in de zin van het gemeenschapsrecht af van de economische aard van de activiteit die wordt uitgeoefend. Wanneer de aard van een eenheid per uitgeoefende activiteit afzonderlijk wordt beoordeeld, is het zeer wel mogelijk dat eenzelfde eenheid met betrekking tot bepaalde activiteiten wordt beschouwd als onderneming, terwijl wat andere activiteit betreft die eenheid niet onder het mededingingsrecht valt.⁷ Om onderscheid te kunnen maken tussen activiteiten van economische aard en activiteiten van niet-economische aard, baseert de rechtspraak zich op verschillende criteria die cumulatief of alternatief worden toegepast en die moeten worden besproken, omdat FENIN tot staving van haar hogere voorziening het middel aanvoert dat het Gerecht deze rechtspraak onjuist heeft toegepast.

A — Rechtspraak met betrekking tot het begrip „onderneming”

11. Het gebruik van een vergelijking als criterium, dat ten grondslag ligt aan een functionele en ruime uitlegging van het begrip „onderneming”, stamt van het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald. Het Hof

heeft daarin geoordeeld dat de betrokken activiteit van economische aard was, omdat „[d]e arbeidsbemiddeling [...] niet altijd in handen van overheidsdiensten [is] geweest en een dergelijk overheidsmonopolie [...] ook niet noodzakelijk [is]”⁸. In zijn conclusie in de zaak Poucet en Pistre, reeds aangehaald, heeft advocaat-generaal Tesauro op grond van dezelfde argumentatie geoordeeld, dat de betrokken activiteit enkel kon worden uitgeoefend door een overheidsorgaan en niet vergelijkbaar was met de verzekeringsactiviteiten van particuliere ondernemingen, hetgeen hem tot de conclusie heeft gebracht dat de betrokken eenheid geen onderneming was.⁹ Het arrest Ambulanz Glöckner biedt nog een voorbeeld van het gebruik dat het Hof maakt van de vergelijking: medische hulpverleningsorganisaties die diensten op de markt voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer verlenen, werden beschouwd als ondernemingen omdat „[d]ie activiteiten [...] niet altijd noodzakelijkerwijs door dergelijke organisaties of door overheidsinstanties [werden en worden] verricht.”¹⁰

12. Wanneer er geen markt bestaat waarop verschillende ondernemingen met elkaar concurreren, wordt de vraag inzake de economische aard van een activiteit en de toepassing van de vergelijking moeilijker. Teneinde te voorkomen dat de afwezigheid van daadwerkelijke mededinging op een markt ertoe leidt dat deze markt automatisch wordt uitgesloten van de werkingssfeer van het mededingingsrecht, dient de vergelijking

7 — Arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië (118/85, Jurispr. blz. 2599), dat in punt 7 vermeldt dat „het handelen van de staat ofwel uitoefening van overheidsgezag kan zijn, ofwel het verrichten van economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt.”

8 — Punt 22 van het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald.

9 — Punt 12 van de conclusie in de zaak Poucet en Pistre, reeds aangehaald.

10 — Arrest van 25 oktober 2001 (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 20).

om die reden in het begrip „economische activiteit” elke activiteit te omvatten die kan worden uitgeoefend door een eenheid met een winst oogmerk.¹¹ Hoewel het Hof deze vergelijking niet systematisch doorvoert, verwijst het in bijna al zijn arresten die betrekking hebben op het begrip „onderneming” naar het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, dat het uitgangspunt van zijn argumentatie blijft. Wanneer deze vergelijking evenwel letterlijk wordt toegepast, kan elke activiteit onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen.¹² Bijna alle activiteiten kunnen immers worden uitgeoefend door particuliere ondernemers. Zo verzet zich in theorie niets ertegen dat de verdediging van een staat wordt uitbesteed, de geschiedenis kent voorbeelden daarvan. Om die reden heeft het Hof in zijn latere arresten het begrip nader uitgewerkt door het te koppelen aan de deelname aan een markt.

13. Het tweede door de rechtspraak ontwikkelde criterium om een economische activiteit te kwalificeren, is dat van de deelname aan een markt, ofwel de uitoefening van een activiteit in het kader van een markt. Hoewel in het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, de economische aard van de activiteit enkel impliciet uit de deelname aan een markt voortvloeit, omdat de staat de

deelname aan de markt van particuliere ondernemingen aanvaardde, heeft het Hof in andere arresten een duidelijk verband aangebracht tussen de deelname aan een markt en de uitoefening van een economische activiteit. Teneinde de Italiaanse douane-expediteurs als ondernemingen aan te merken, heeft het Hof namelijk hun activiteiten op deze wijze beschreven: „[z]ij verrichten [...] tegen betaling diensten, bestaande in het vervullen van douaneformaliteiten, voornamelijk met betrekking tot de in-, uit- en doorvoer van goederen, alsook andere aanvullende diensten, zoals diensten op monetair, commercieel en fiscaal gebied.”¹³ In latere arresten stelt het Hof de deelname aan een markt en de economische aard van de uitgeoefende activiteit duidelijk gelijk. Aldus bevestigt het in de arresten Pavlov e.a. en Ambulanz Glöckner, dat „onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”¹⁴. Niet het simpele feit dat de activiteit in theorie kan worden uitgeoefend door particuliere ondernemers is van belang, maar het feit dat de activiteit wordt uitgeoefend in marktomstandigheden. Deze omstandigheden worden, in tegenstelling tot het solidariteitsbeginsel, gekarakteriseerd door een handelwijze welke is gericht op de vorming van kapitaal. Daardoor kan worden vastgesteld of er al dan niet een markt bestaat, zelfs wanneer de geldende wettelijke bepalingen de totstandkoming van daadwerkelijke mededinging op die markt beletten.

11 — Zie punten 67 en 27 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald, respectievelijk AOK-Bundesverband e.a. (arrest van 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, Jurispr. blz. I-2493).

12 — Chérot, J. Y., „Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?” in *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pivovano*, 2003, bekritiseert deze methode van vergelijking door te beklemtonen dat „in theorie enerzijds elke activiteit kan worden uitgeoefend door het particulier initiatief, terwijl anderzijds de ervaring aantoonde dat alle activiteiten op enig moment in de geschiedenis zijn uitgeoefend door het particulier initiatief” (blz. 569). Zie eveneens Idot, L., „La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel” in hetzelfde werk, volgens wie „een dergelijke omschrijving ertoe leidt dat morgen alles een „economische activiteit” wordt” (blz. 528).

13 — Arrest van 18 juni 1998, *Commissie/Italië* (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 37). Men kan eveneens oudere rechtspraak aanhalen, zoals het arrest van 16 juni 1987, *Commissie/Italië*, reeds aangehaald, punt 3, waar het Hof bevestigt dat „als onbetwist [vast]staat [...], dat de Amministrazione autonoma dei monopoli di stato een economische activiteit ontplooit, doordat zij in de sector tabaksfabrikaten goederen en diensten op de markt aanbiedt.”

14 — Arrest van 12 september 2000, *Pavlov e.a.* (C-180/98–C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punt 75); arrest *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald, punt 19. Zie eveneens arrest van 19 februari 2002, *Wouters e.a.* (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 47), en arrest van 24 oktober 2002, *Aéroports de Paris/Commissie* (C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punt 79).

Zodra de staat de ontwikkeling van een gedeeltelijke mededinging toestaat, houdt de betrokken activiteit daarentegen de deelname aan een markt in.

14. In deze context is het begrijpelijk dat in de rechtspraak wordt gewezen op de mogelijkheid om schendingen van het mededingingsrecht te begaan, als argument voor de kwalificatie van een eenheid als onderneming.¹⁵ Zelfs wanneer geen enkel winstoogetmerk wordt nagestreefd, kan er sprake zijn van een deelname aan de markt die de doelstellingen van het mededingingsrecht kan ondermijnen. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt niet dat dit criterium volstaat voor de kwalificatie als onderneming, maar het versterkt de conclusie dat het mededingingsrecht moet worden toegepast.

15. Behalve de hierboven uiteengezette criteria, die het Hof in verschillende zaken tot de conclusie hebben gebracht dat er sprake was van een onderneming, is het eveneens nuttig de rechtspraak te bespreken waar het Hof bepaalde activiteiten als „niet-economisch” heeft gekarakteriseerd. Deze kwalificatie maakt het mogelijk a contrario de toepassingsfeer van het communautair mededingingsrecht af te bakenen. Het Hof onderzoekt de aard, het doel en de regels

waaraan een activiteit is onderworpen.¹⁶ Naar aanleiding van dat onderzoek heeft het Hof taken van algemeen belang, zoals de handhaving van de veiligheid in de lucht¹⁷ en de bescherming van het milieu¹⁸, welke worden geacht deel uit te maken van de kerntaken van de staat, uitgesloten van de toepassingsfeer van het mededingingsrecht.¹⁹ Meer algemeen zijn van de toepassingsfeer van het mededingingsrecht uitgesloten alle uitingen van de uitoefening van overheidsmacht welke tot doel hebben de markt te reguleren en niet eraan deel te nemen.²⁰

16. Hoewel de mededinging steeds meer terrein wint binnen de gezondheidszorg, meestal op initiatief van de nationale wetgever²¹, behoren gehele deelterreinen van deze sector nog exclusief tot de activiteiten van de staat. Hoe dan ook is het mededingingsrecht daarop enkel toepasselijk, voorzover de solidariteit niet overheerst. Teneinde de aanwezige graad van solidariteit te beoordelen, heeft het Hof zich in de daarvoor gewezen arresten gebaseerd op een reeks aanwijzingen om vast te stellen of de verplichte deelneming aan pensioenfondsen

15 — Arrest FFSA e.a., reeds aangehaald, punt 21, volgens hetwelk „het enkele feit dat de CCMSA geen winstoogetmerk heeft, aan de door haar uitgeoefende activiteit niet het economisch karakter [ontneemt], nu deze activiteit [...] kan leiden tot gedragingen die de mededingingsregels beogen te voorkomen.” Zie eveneens conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Cisal* (arrest van 22 januari 2002, C-218/00, Jurispr. blz. I-691), waar in punt 71 wordt gepreciseerd dat „[d]e onderliggende vraag is of dit orgaan in staat is situaties te creëren die tegen de mededingingsvoorschriften indruisen.”

16 — In punt 30 van het arrest *Eurocontrol*, reeds aangehaald, heeft het Hof uitgesproken dat „[i]n hun geheel beschouwd, [...] de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen” geen economisch karakter hebben. Zie eveneens punt 23 van het arrest *Diego Call & Figli*, reeds aangehaald, dat beklemtoont dat dergelijke activiteiten „[w]egens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen”, neerkomen op het uitoefenen van prerogatieven inzake de overheidsmacht.

17 — Arrest *Eurocontrol*, reeds aangehaald.

18 — Het arrest *Diego Call & Figli*, reeds aangehaald, betrof de voorkoming van verontreiniging in de haven van Genua.

19 — Het bewijs dat een activiteit tot de taken van algemeen belang behoort, kan worden bevestigd door de positie ervan in de rij van grondwettelijke beginselen van de betrokken lidstaat. Zie punt 22 van het arrest *Diego Call & Figli*, reeds aangehaald.

20 — Arrest *Gerecht* van 30 september 2004, *Meca-Medina en Majcen/Commissie* (T-313/02, Jurispr. blz. II-3291, punt 41).

21 — Zie bijvoorbeeld de feiten van het arrest *AOK-Bundesverband e.a.*, reeds aangehaald, en *Hervey, I.*, en *McHale, J.*, *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, blz. 136.

of verzekerings- of pensioenstelsels in overeenstemming is met het mededingingsrecht. In twee gevallen heeft het geoordeeld dat de betrokken activiteit niet economisch van aard was, terwijl het in drie gevallen tot een tegengestelde conclusie is gekomen.

17. In de zaak Poucet en Pistre, reeds aangehaald, was de vraag aan de orde of een verplichte aansluiting bij een stelsel van sociale zekerheid verenigbaar was met het mededingingsrecht. Zonder dat het om een bepaalde activiteit in het bijzonder ging, heeft het Hof verwezen naar de aard van de betrokken eenheden. Het dictum van het arrest luidt namelijk dat „[h]et begrip onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [...] niet de organen [omvat] die belast zijn met het beheer van socialezekerheidsstelsels als die welke in de verwijzingsbeschikkingen zijn beschreven.” Om tot dit oordeel te geraken en zonder aan te geven welk belang het toekent aan elk op zichzelf staand element, heeft het Hof opgemerkt dat „[d]eze stelsels [...] een sociaal doel [hebben] en berusten op het solidariteitsbeginsel.”²² Het tableau van de verschillende uitingen van het solidariteitsbeginsel vormt de context waarbinnen de kwalificatie tot stand moet komen²³, terwijl de „zuiver sociale” aard van de door deze organen vervulde taak voortvloeit uit het feit dat deze „berust [...] op het beginsel van nationale solidariteit en [...] ieder winstoogmerk [mist].” Het Hof voegt daaraan toe dat „[d]e betaalde uitkeringen [...] wettelijke uitkeringen [zijn], die niet afhangen van het bedrag van de premies.”²⁴

18. In de zaak *Cisal*, reeds aangehaald, diende te worden vastgesteld of de verplichte aansluiting bij een wettelijke verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten in overeenstemming was met de artikelen 82 EG en 86 EG. Het Hof stelt in dit arrest vast dat het betrokken orgaan, het Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Nationaal Instituut voor arbeidsongevallenverzekering; hierna: „INAIL”), functioneert op basis van het solidariteitsbeginsel²⁵ en dat het is onderworpen aan het toezicht van de staat, welke het bedrag van de bijdragen vaststelt en een verplichte aansluiting oplegt. Dientengevolge sluit het Hof uit dat INAIL een economische activiteit uitoefent, hetgeen de toepassing van het mededingingsrecht belet.

19. De aan het Hof voorgelegde vraag in het arrest *FFSA e.a.*, reeds aangehaald, had betrekking op het monopolie voor het beheer van een stelsel van ouderdomsverzekering door een coöperatieve verzekering. Aan het slot van zijn beoordeling kwalificeert het Hof het orgaan dat het aanvullende en facultatieve stelsel beheert, als onderneming. Het Hof benadrukt het feit dat de aansluiting bij het stelsel van ouderdomsverzekering facultatief is, dat dit stelsel werkt volgens het kapitalisatiebeginsel en dat de uitkeringen afhangen van de bijdragen die de rechthebbers hebben betaald. Impliciet wordt aldus toegegeven dat er sprake is van concurrentie met levensverzekeringsmaatschappijen. Ten slotte, hoewel er solidari-

22 — Punt 8, arrest *Poucet en Pistre*, reeds aangehaald.

23 — Punt 16, arrest *Poucet en Pistre*, reeds aangehaald.

24 — Punt 18, arrest *Poucet en Pistre*, reeds aangehaald.

25 — In de punten 38-40 van het arrest *Cisal*, reeds aangehaald, wordt gepreciseerd dat de solidariteit blijkt uit het feit dat de bijdragen niet strikt evenredig zijn aan het verzekerde risico en dat de betaalde uitkeringen niet noodzakelijkerwijs evenredig zijn aan de inkomsten van de verzekerde.

teitsaspecten aanwezig zijn, oordeelt het Hof dat deze „[niet] [af-]doen aan” de kwalificatie als onderneming.

20. Een Nederlands bedrijfspensioenfonds, dat in de zaak Albany²⁶ werd onderworpen aan een onderzoek door het Hof, is eveneens als onderneming in de zin van het mededingingsrecht beschouwd. Het Hof noemt drie elementen: de facultatieve deelneming aan het fonds, de toepassing van het kapitalisatiebeginsel en het feit dat de uitkeringen evenredig zijn aan de hoogte van de betaalde premies. Hieruit wordt afgeleid dat dit fonds in zekere mate concurreert met levensverzekeringsmaatschappijen. Het nastreven van een sociaal doel, het ontbreken van winst oogmerk, de vereisten van solidariteit en de wettelijke beperkingen „ontnemen” aan de verrichte activiteit niet haar economische aard. De door het fonds ingevoerde solidariteit is immers van beperkte aard, omdat alleen de deelnemers daarvan profiteren.

21. In het arrest Pavlov e.a., reeds aangehaald, is een soortgelijke argumentatie gevolgd. Na de elementen te hebben genoemd die het fonds voor een aanvullende pensioenverzekering van de Nederlandse artsen doen lijken op een onderneming die levensverzekeringen beheert, sluit het Hof uit dat de door het fonds in acht te nemen vereisten van solidariteit zijn aard van onderneming kunnen wijzigen.

22. Ten slotte moet het arrest AOK-Bundesverband e.a., reeds aangehaald, worden vermeld, waarin het Hof niet de deelname aan een pensioenkas of een pensioenfonds onderzocht, maar de vaststelling door de Duitse ziekenfondsen van maximumbedragen voor de vergoeding van geneesmiddelen. Hoewel de mogelijkheid daartoe aanwezig was, heeft het Hof niet uitgesloten dat de fondsen, op grond dat zij een regulerende taak uitoefenden op de markt, als onderneming konden worden gekwalificeerd. In zijn motivering verwees het naar het begrip solidariteit door de staat, aangezien de elementen van mededinging die aanwezig zijn in de sector van de ziekteverzekering geen marktvoorwaarden kunnen scheppen. Ik wijs er echter op dat in punt 58 van dit arrest de mogelijkheid uitdrukkelijk is voorbehouden dat de betrokken eenheden handelen als ondernemingen wanneer zij „handelingen verrichten die geen sociaal doel hebben”.

B — Op nationaal niveau ontwikkeld criterium

23. Een rechtsvergelijkend onderzoek leidt tot de vaststelling dat het nationale recht van de lidstaten criteria hanteert die verwant zijn aan de door het Hof ontwikkelde criteria. Enkele voorbeelden verdienen vermelding, omdat zij tonen hoe de nationale autoriteiten en rechters het begrip „onderneming” heb-

²⁶ — Arrest van 21 september 1999 (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751).

ben uitgelegd. Men treft in de Duitse²⁷ en de Spaanse²⁸ rechtspraak criteria aan die zijn gehanteerd door de communautaire rechter. Blijkbaar wordt een overheidsorgaan als een onder het mededingingsrecht vallende onderneming beschouwd wanneer zij op een markt een activiteit uitoefent die mededingingsverstorende gevolgen kan hebben.

Tribunal stelde eveneens vast dat het beheer van wooncomplexen en de levering van ziekenzorg in handen is van de particuliere sector en dat N&W in dat kader concurreert met particuliere ondernemers. Ten slotte benadrukte het Tribunal nog, dat N&W in een positie was om het mededingingsrecht te schenden.

24. Het arrest van het Engelse Competition Commission Appeal Tribunal in de zaak *BetterCare c/ The Director of Fair Trading*²⁹ verdient in het bijzonder de aandacht. De North & West Belfast Health & Social Services Trust (hierna: „N&W”) was wettelijk verplicht te voorzien in ziekenzorg en huis-houdelijke zorg voor bejaarden. N&W is eigenaar van wooncomplexen, waarvan enkele worden beheerd door particuliere ondernemingen. Een van deze ondernemingen, BetterCare, heeft geprotesteerd tegen het misbruik van haar dominante positie door N&W dat, als enige afnemer van deze diensten, BetterCare had verplicht akkoord te gaan met te lage prijzen. De Engelse rechter achtte het beslissend dat N&W voor deze diensten commerciële transacties aangaat met particuliere ondernemingen die wooncomplexen beheren, zodat haar activiteiten van commerciële aard zijn. Het

25. Het feit dat op basis van een wettelijke bepaling een activiteit wordt uitgeoefend door een overheidsorgaan, kan er naar Fins recht toe bijdragen dat deze activiteit als niet-economisch wordt aangemerkt. De mededingingsautoriteit heeft niettemin geoordeeld dat een openbaar ziekenhuis, dat werd beschuldigd van het hanteren van woekerprijzen voor laboratorium- en radiologiediensten op de particuliere markt, geacht kon worden onder het mededingingsrecht te vallen.³⁰ In de Zweedse rechtspraak valt de uitoefening van overheidsgezag eveneens buiten het mededingingsrecht, op voorwaarde dat dit is gebaseerd op een wet.³¹ De Ierse autoriteiten daarentegen volstaan met het onderscheid tussen economische activiteiten en de uitoefening van taken die van regelgevende aard zijn of betrekking hebben op de organisatie van de industriële betrekkingen. Zo heeft de Ierse mededingingsautoriteit geoordeeld dat een gezondheidsdienst belast met de administratie van gezondheidsdiensten en de verstrekking van ziekenhuisdiensten in een geografisch gebied, die onroerende goederen verhuurde, een economische activiteit uitoefende.³²

27 — Zie Van de Gronden, J. W., „Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?” ECLR 2004, nr. 2, blz. 87, met name blz. 90. De situatie van de ziekenfondsen is anders, want zij vallen niet meer onder het mededingingsrecht sedert de op 1 januari 2004 van kracht geworden wet inzake de modernisering van de ziekteverzekering. Zie op dit punt Jaeger, W., „Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb”, ZWeR 2005, nr. 1, blz. 31.

28 — Bij beslissing van 29 januari 1997 „Cruz Roja Española” (Expte R 179/96), heeft het Tribunal de Defensa de la Competencia (rechter die toezicht houdt op de mededinging) geoordeeld dat het Spaanse Rode Kruis als ondernemer handelt wanneer het ziekenvervoer verricht met ambulances, omdat het deze diensten aanbiedt in een context van onbeperkte mededinging en zich niet beperkt tot het beheer van overheidssubsidies voor liefdadigheidsdoelinden.

29 — Zaak nr. 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

30 — Kilpailuvirasto, 17 maart 2000, dno 343/61/1997.

31 — De nationale dienst inzake de mededinging heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat de beslissingen van het nationale bureau voor geneesmiddelen om een geneesmiddel goed te keuren, binnen dit kader vallen.

32 — Beslissing nr. 358 van de mededingingsautoriteit, FDB/Southern Health Board, van 12 oktober 1994.

C — *Toepasselijk criterium*

26. Wanneer het Hof tracht vast te stellen of een door de staat of een overheidsorgaan uitgeoefende activiteit economisch van aard is, betreft het gevaarlijk terrein, omdat het een evenwicht moet vinden tussen enerzijds de noodzaak om een onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt te beschermen en anderzijds de eerbiediging van de bevoegdheden van de lidstaten.³³ De bevoegdheden van de staat, die worden uitgeoefend op politiek niveau, zijn onderworpen aan democratische controle. De op een markt handelende ondernemers vallen onder een verschillend soort controle: hun gedrag wordt geregeld door het mededingingsrecht. Maar wanneer de staat handelt als marktdeelnemer lijkt het niet gerechtvaardigd zijn handelen van iedere controle vrij te stellen. Integendeel, de staat dient in dat geval dezelfde regels te eerbiedigen. Het is derhalve noodzakelijk een duidelijk criterium te ontwikkelen teneinde vast te stellen waar de scheidslijn ligt voor de toepassing van het mededingingsrecht. De regels van het mededingingsrecht zijn in principe enkel toepasselijk op marktdeelnemers die actief zijn op een markt, en niet op staten, behalve wanneer zij steun toekennen aan onderne-

mingen (artikelen 88 EG tot en met 92 EG). Het vereiste van coherentie houdt evenwel in dat wanneer de staat door ondernemingen genomen beslissingen bekrachtigt³⁴ of wanneer hij zich in feite als een marktdeelnemer gedraagt, de artikelen 81 EG tot en met 86 EG op hem toepasselijk kunnen zijn. Daarnaast dient te worden toegevoegd dat aan artikel 86, lid 2 EG ieder nuttig effect zou worden ontnomen, indien de toepasselijkheid van het mededingingsrecht was uitgesloten zodra de staat op een markt aanwezig is.³⁵

27. Zeker, het heeft geen zin om mededingingsrechten in te voeren binnen sectoren die niet de kenmerken van een markt vertonen. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de lidstaten zich uit het oogpunt van artikel 86, lid 2, EG, stelselmatig dienen te rechtvaardigen, en zou neerkomen op een onbegrensde uitbreiding van de toepassingsfeer van het mededingingsrecht. De staat handelt niet voornamelijk als marktdeelnemer, omdat een van zijn belangrijkste taken het totstandbrengen van herverdelingsmechanismen is. In dat kader wordt het handelen van de staat enkel bepaald door een solidariteitsdoelstelling, zodat het niets gemeen heeft met de logica van de markt. Het valt enkel onder het mededingingsrecht voorzover de organen die zijn belast met de verwezenlijking van de solidariteitsdoelstellingen worden beschouwd als ondernemingen. Wanneer daarentegen geen enkele kapitalisatiedoelstelling wordt nagestreefd bij de uitoefening van de activiteit, hetgeen de ontwikkeling

33 — Overeenkomstig artikel 152, lid 5, EG, „[worden] [bij] het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid [...] de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig gaeerbiedigd.” Omtrent de organisatie van de sociale zekerheid bepaalt artikel 137, lid 4, EG: „De krachtens dit artikel vastgestelde bepalingen laten het recht van de lidstaten om de fundamentele beginselen van hun sociaalzekerheidsstelsel vast te stellen onverlet en mogen geen aanmerkelijke gevolgen hebben voor het financiële evenwicht van dat stelsel”. Zie eveneens arresten van 7 februari 1984, Duphar e.a. (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 16), en 28 april 1998, Kohl (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punt 41). Artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1) bepaalt eveneens dat „[d]e Unie [de toegang] erkent en eerbiedigt [...] tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.”

34 — Arresten van 3 december 1987, BNIC (136/86, Jurispr. blz. 4789) en van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851).

35 — Artikel 16 EG legt weliswaar de nadruk op de noodzaak om het functioneren van de diensten van algemeen economisch belang te waarborgen, doch dat vormt geen beperking van de toepassingsfeer van artikel 86, lid 2, EG, maar geeft veeleer de richting aan waarin deze bepaling moet worden uitgelegd.

van een marktlogica belet, is dit recht niet van toepassing. De staat dient echter wél te voldoen aan het coherentievereiste: het staat hem enkel vrij bepaalde activiteiten te onttrekken aan de markt wanneer hij daadwerkelijk het solidariteitsbeginsel toepast en een herverdelingsbeleid uitvoert. Aldus wordt erkend dat de staat twee verschillende rollen vervult, afhankelijk of hij handelt als marktdeelnemer dan wel een op solidariteit gebaseerd beleid voert. Maar de staat kan zich niet verschuilen achter de solidariteit om marktdeelnemers te laten ontkomen aan de greep van het mededingingsrecht.

28. Er dienen twee gevallen te worden onderscheiden. In de eerste plaats kan er sprake zijn van concurrentie, zij het in beperkte mate en gereguleerd, wanneer particuliere en publieke eenheden dezelfde activiteit uitoefenen. Het feit dat de twee soorten eenheden dezelfde activiteit uitoefenen, houdt namelijk in dat de geleverde diensten vergelijkbaar zijn en aan dezelfde vraag op een markt tegemoetkomen. Het Hof gebruikt de vergelijking niet om de liberalisatie voor te schrijven van elke activiteit waarmee de staat zich bemoeit, maar wil niettemin voorkomen dat publieke eenheden concurreren met ondernemingen, terwijl zij er tegelijkertijd aanspraak op maken niet onder het mededingingsrecht te vallen. Het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, kan worden uitgelegd in het licht van deze criteria. Het lijkt immers dat een bepalend element in de argumentatie van het Hof het onvermogen van de staat is geweest om aan de op de markt bestaande vraag te voldoen, omdat hij in de praktijk een inbreuk door particuliere ondernemingen op zijn bemid-

delingsmonopolie tolereerde.³⁶ De staat is vrij om beperkingen te stellen aan de marktvoorwaarden in deze sector, zoals bijvoorbeeld het opleggen van de verplichting om een algemene dienst te verschaffen.³⁷ De eenheden die onder het toezicht van de staat zijn geplaatst, zullen derhalve worden beschouwd als ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, zoals omschreven in artikel 86, lid 2, EG. Er zal moeten worden nagegaan of aan de door deze bepaling voorgeschreven voorwaarden is voldaan, dat wil zeggen of de toepassing van de mededingingsregels de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. In dit stadium zullen de sociale vereisten in aanmerking worden genomen, afgezet tegen de doelstelling om een onvervalste mededinging te handhaven.³⁸

29. In de tweede plaats, wanneer de staat zich een wettelijk monopolie voorbehoudt voor de uitoefening van een activiteit, hetgeen inhoudt dat zich geen werkelijke mededinging zal kunnen ontwikkelen, is het echter niet uitgesloten dat hij handelt als marktdeelnemer, omdat het bestaan van een dergelijk monopolie niet kan afdoen aan de aard van de betrokken activiteit.³⁹ In dat

36 — Punt 25, arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald.

37 — Zie arrest van 24 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477), waar punt 48 vermeldt dat „[e]en dergelijke onderneming [...] ervoor [moet] zorgen, dat binnen het gehele gebied dat haar is toegewezen, alle verbruikers, zowel lokale distributeurs als eindverbruikers, ononderbroken van de op elk moment door hen gewenste hoeveelheid elektriciteit worden voorzien, een en ander tegen uniforme tarieven en op voorwaarden die slechts mogen variëren volgens objectieve, voor alle afnemers geldende criteria”, en arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533).

38 — Zie Baquero Cruz, J., „Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, deel XIV/2, *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, uitgave van G. de Burca, Oxford, 2005.

39 — De verspreiding van audiovisuele programma's bijvoorbeeld was vroeger voorbehouden aan overheidsorganen en wordt thans eveneens verzorgd door particuliere ondernemingen.

kader zal, uitgaande van relevante aanwijzingen, dienen te worden nagegaan of de activiteit zodanig is georganiseerd dat zij overwegend voldoet aan solidariteitsvereisten, dan wel of zij daarentegen een kapitalisatie doelstelling nastreeft en een marktlogica volgt. De onmogelijkheid voor de betrokken eenheid om zonder bijdrage van de staat aan haar begroting een financieel evenwicht te bereiken, zal een aanwijzing zijn dat er sprake is van het eerste geval.

30. Wat het betrokken terrein ook zij, de door de staat toegepaste solidariteit kan meer of minder sterk zijn. In de verzekeringssector kan, zoals het Hof heeft vastgesteld in zijn rechtspraak betreffende de deelneming aan pensioenfondsen of pensioen- of ziektekassen, aan de hand van drie elementen de graad van solidariteit worden bepaald: het verplichte karakter van de deelneming, het verband van de te betalen bijdragen met ofwel het risico van de verzekerde, ofwel juist, vanuit een perspectief van solidariteit, met zijn inkomsten, en tenslotte de verhouding tussen de geleverde prestaties en de betaalde bijdragen.⁴⁰

31. Wanneer het erom gaat de graad van solidariteit te bepalen bij de verstrekking van een dienst, zijn andere parameters relevant. De waarborg van een algemene toegankelijkheid voor de gebruikers, of dat is op het gebied van de gezondheidszorg, de telecommunicatie of de energievoorziening, komt overeen met de invoering van solidariteit voorzover de verschillen in reële kosten

worden opgeheven ten gunste van een uniforme prijs. De met de algemene toegankelijkheid gepaard gaande beperkingen kunnen evenwel op zich het economische karakter niet ontnemen aan de betrokken activiteit. Een hogere graad van solidariteit wordt bereikt wanneer de betrokken dienst om niet beschikbaar is, omdat er dan geen enkel verband bestaat tussen de kosten van de dienst en de door de gebruiker betaalde prijs. Een laatste voorwaarde is doorslaggevend voor de conclusie dat een sector niet volgens de logica van de markt opereert. Wanneer overheidsorganen en particuliere organen namelijk dezelfde diensten leveren, dient de beoordeling plaats te vinden in het kader van artikel 86, lid 2, EG. Wanneer de gezondheidszorg daarentegen enkel kan worden geleverd door instellingen die onder toezicht van de staat staan, welke verplicht zijn alle bij hen aankloppende patiënten om niet te behandelen, dan ontbreekt de marktlogica en wordt de activiteit uitsluitend geleid door het solidariteitsbeginsel.

32. Hoewel de onderhavige zaak betrekking heeft op de sector van de gezondheidszorg, verschilt zij niettemin van de hierboven aangehaalde arresten. Uit het bestreden arrest blijkt namelijk dat het SNS niet alleen het stelsel van ziekteverzekering in Spanje beheert, maar eveneens is belast met de levering van gezondheidsdiensten aan zijn leden. Indien de verhouding aan de orde was tussen de ontvangers van de gezondheidszorg en het orgaan dat het stelsel van nationale gezondheidszorg beheert, zouden de criteria aan de hand waarvan de graad van solidariteit van het stelsel kan worden beoordeeld moeten worden gehanteerd, zoals door het Hof uitgewerkt sinds het arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald. De

40 — Zie op dit punt Winterstein, A., „Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law”, [1999] ECLR, nr. 6, blz. 324; Mossialos, E., en McKee, M., *EU Law and the Social Character of Health Care*, Brussel, P. I. E.-Peter Lang, 2002, blz. 34.

in hogere voorziening opgeworpen vraag is evenwel een andere; zij betreft de economische aard van enerzijds de levering van gratis gezondheidsdiensten aan de leden en anderzijds van de aankoop van medische hulpmiddelen van de leveranciers (punt 40 van het bestreden arrest). Om op deze vraag antwoord te geven, zal in het licht van de hierboven ontwikkelde beoordeling moeten worden bepaald of het bestreden arrest terecht heeft geconcludeerd dat deze activiteiten niet van economische aard zijn.

III — Beoordeling van het in hogere voorziening aangevoerde middel

33. Nadat ik de bezwaren van de Commissie met betrekking tot de ontvankelijkheid terzijde zal hebben geschoven, zal ik in de eerste plaats het tweede onderdeel van het middel bespreken, want indien het Gerecht de levering van gratis gezondheidsdiensten door het SNS ten onrechte als niet-economische activiteit heeft gekwalificeerd, is dit van invloed op zijn conclusie. In de tweede plaats zal ik aandacht schenken aan het verband tussen de aankoopactiviteit en het gebruik waartoe zij dient, hetgeen voorwerp is van het eerste onderdeel van het middel.

A — *Ontvankelijkheid*

34. De Commissie stelt dat het tweede onderdeel van het door FENIN aangevoerde middel niet ontvankelijk is, omdat het niet in eerste aanleg is aangevoerd en betrekking heeft op een feitelijke beoordeling.

35. Volgens de Commissie heeft FENIN in zijn bij het Gerecht ingediende memories niet betwist dat de door de beheersorganen van het SNS uitgeoefende activiteit in de hoedanigheid van leveranciers van geneeskundige verzorging geen economische activiteit vormt.

36. Ik wijs er echter op dat, in antwoord op een op 8 februari 2002 door het Gerecht gestelde vraag met betrekking tot het arrest Smits en Peerbooms⁴¹, rekwirante zich heeft uitgesproken over de economische aard van gratis verstrekte gezondheidsdiensten. Omdat de kwalificatie van deze door het SNS verzorgde activiteit bijgevolg tijdens de behandeling voor het Gerecht is besproken, moet worden geoordeeld dat zij deel uitmaakte van het voorwerp van het geding voor het Gerecht.

37. Het Gerecht behandelt deze vraag bovendien in punt 40 van zijn arrest en stelt daar de niet-economische aard van deze activiteit vast. Het is vaste rechtspraak dat een partij de overwegingen kan betwisten welke dienen ter ondersteuning van de oplossing van het arrest.⁴² Derhalve dient het tweede onderdeel van het middel in hogere voorziening ontvankelijk te worden verklaard.

⁴¹ — Arrest van 12 juli 2001 (C-157/99, Jurispr. blz. I-5473).

⁴² — Artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Middelen met betrekking tot overwegingen ten overvloede zijn daarentegen niet-ontvankelijk: arresten van 18 maart 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Jurispr. blz. I-991), 22 december 1993, Pincherle/Commissie (C-244/91 P, Jurispr. blz. I-6965, punt 25), en 16 juni 1994, SFEI e.a./Commissie (C-39/93 P, Jurispr. blz. I-2681, punt 23).

38. De kwalificatie van een activiteit als economisch of niet-economisch, zoals is geschied in punt 39 van het bestreden arrest met betrekking tot de gratis verstrekking van gezondheidsdiensten, is een handeling die in het kader van een hogere voorziening onder het toezicht van het Hof valt en geen feitelijke beoordeling.⁴³ Hieruit volgt dat geen van de door de Commissie aangevoerde niet-ontvankelijkheidsgronden aan het tweede onderdeel van het middel in hogere voorziening kunnen worden tegengeworpen.

B

— *Aard van de activiteit, inhoudend de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten aan de leden van het SNS*

39. Het Gerecht heeft in punt 39 van het bestreden arrest geoordeeld dat „het SNS, beheerd door de in verzoeksters klacht vermelde ministeries en andere entiteiten, werkt op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het wordt gefinancierd door sociale bijdragen en andere bijdragen van de overheid en het zijn leden op basis van een algemene dekking gratis diensten verleent.” Het heeft daaruit met toepassing van de rechtspraak van het Hof met betrekking tot het begrip „onderneming” afgeleid dat „[d]ie organen [...] bij hun beheer van het SNS bijgevolg niet [handelen] als ondernemingen.”

40. Volgens rekwirante heeft het Gerecht tweemaal het recht geschonden. De eerste maal door na te laten een functionele uitlegging te geven aan het begrip „economische activiteit” en de tweede maal door het solidariteitsbeginsel ruim uit te leggen.

41. De eerste schending van het recht vloeit volgens rekwirante eruit voort dat het Gerecht elke activiteit van het SNS niet afzonderlijk heeft gekwalificeerd. Het Gerecht heeft immers de activiteiten van het SNS globaal gekwalificeerd, zonder te overwegen dat het SNS enerzijds een verplichte ziekteverzekering verschaft aan zijn aangeslotenen en anderzijds verplicht is hun gratis gezondheidsdiensten te verstrekken. Ofschoon aan de hoedanigheid van verzekerde het recht op gezondheidsdiensten wordt ontleend, kan de verstrekking van gezondheidsdiensten onafhankelijk van de verzekeringsplicht worden bezien. Het is denkbaar dat de verplichte verzekering wordt beheerst door het solidariteitsbeginsel, terwijl de verstrekkers van gezondheidszorg met elkaar concurreren, omdat de verzekerden vrij zijn te kiezen wie hen verzorgt.

42. Uit het bestreden arrest blijkt dat het SNS daadwerkelijk is belast met deze twee activiteiten. Het staat eveneens vast dat het Gerecht, in plaats van elke activiteit afzonderlijk te kwalificeren, is overgegaan tot één enkele, globale kwalificatie van het SNS.

43. Uit de rechtspraak volgt dat een afzonderlijk onderzoek van elke door een orgaan

43 — Beschikking van 11 juli 1996, An Taise en WWF UK/Commissie (C-325/94 P, Jurispr. blz. I-3727, punt 28); arrest van 15 mei 1997, Siemens/Commissie (C-278/95 P, Jurispr. blz. I-2507, punt 44).

verrichte activiteit noodzakelijk is om vast te stellen of deze moet worden gekwalificeerd als economisch.⁴⁴ Een kwalificatie van elke activiteit afzonderlijk is des te meer noodzakelijk wanneer het een publiek orgaan betreft dat met betrekking tot één enkele activiteit kan handelen als marktdeelnemer, terwijl het daarnaast niet-economische taken op zich neemt.

44. Het Gerecht heeft derhalve het recht geschonden door het SNS globaal te kwalificeren, zonder afzonderlijk zijn activiteit inzake de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten te onderzoeken. Deze schending zou evenwel de conclusie van het bestreden arrest niet aantasten, voorzover deze activiteit als niet-economisch mocht worden gekwalificeerd.⁴⁵

45. Volgens rekwirante heeft het Gerecht, door het begrip solidariteit ruim uit te leggen, ten onrechte de activiteit inzake de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten als niet-economische activiteit gekwalificeerd. Dit onderdeel van het middel heeft betrekking op het belangrijkste punt waarover het Hof zich in de onderhavige zaak dient uit te spreken, namelijk of de activiteit van het SNS inzake de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten terecht als een niet-economische activiteit is gekwalificeerd.

44 – Reeds aangehaalde arresten AOK-Bundesverband e.a., punt 58, en van 16 juni 1987, Commissie/Italië, punt 7; punt 114 van de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Ferlini (arrest van 3 oktober 2000, C-411/98, Jurispr. blz. I-8081).

45 – Arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie (C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28), en 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punten 46 en 47).

46. Ter onderbouwing van de conclusie dat het SNS een activiteit van niet-economische aard uitoefent, heeft het Gerecht de reeds aangehaalde arresten Poucet en Pistre, FFSA e.a. en Albany uitgelegd en in punt 38 van het bestreden arrest overwogen dat „de beheersorganen van de [...] ziekenkassen [...] een taak van uitsluitend sociale aard vervulden, dat die activiteit op het beginsel van nationale solidariteit berustte en geen winstoogmerk had, en dat de betaalde uitkeringen bij wet waren ingesteld en niet afhingen van het bedrag van de premies.”

47. Het door het Hof in de aangehaalde arresten ontwikkelde criterium vormt echter niet de juiste basis om de aard van een activiteit inzake de verstrekking van gezondheidsdiensten te kwalificeren. Terwijl in de door het Gerecht aangehaalde arresten het Hof namelijk, zoals hierboven reeds in herinnering is gebracht, heeft onderzocht of de verplichte aansluiting bij een ziekenkas of -verzekering in overeenstemming was met het communautaire mededingingsrecht, staat vast dat de in casu te kwalificeren activiteit niet die van het bieden van een verplichte ziekteverzekering is, welke eveneens door het SNS wordt uitgeoefend, maar de verstrekking van gezondheidsdiensten. De graad van solidariteit binnen die sector dient derhalve te worden beoordeeld aan de hand van andere parameters dan die welke relevant zijn voor de activiteit van een ziekenkas of -verzekering.⁴⁶

46 – Zie hierboven, punten 30 en 31 van deze conclusie.

48. Aangezien het Hof herhaalde malen heeft geoordeeld over medische activiteiten in het kader van het vrij verkeer van diensten, kan het nuttig zijn een parallel te trekken met deze rechtspraak, om de aard te beoordelen van de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten door het SNS aan zijn aangeslotenen.

49. Uit artikel 50 EG blijkt dat „[i]n de zin van dit Verdrag [...] als diensten [worden] beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.”⁴⁷ Meer algemeen heeft het Hof geoordeeld dat „medische werkzaamheden binnen het toepassingsgebied van artikel 60 EEG-Verdrag vallen.”⁴⁸ Men kan wat dat betreft de woorden van advocaat-generaal Tesauro herhalen, die heeft gesteld dat de sector van de sociale zekerheid geenszins „een eiland is dat ontoegankelijk is voor de invloed van het gemeenschapsrecht”⁴⁹, zodat de nationale regelingen op dat gebied niet buiten de toepassings sfeer van dat recht vallen. Volgens het Hof verzet de bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsels in te richten zich niet tegen de toepasselijkheid van de fundamentele vrijheden.⁵⁰ Het is evenwel een zorg van nationale wetgeving om „de voorwaarden

vast te stellen waaronder een persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid en waaronder recht bestaat op uitkeringen.”⁵¹

50. De bijdrage van de staat aan de financiering van medische verstrekkingen sluit de kwalificatie van een medische activiteit als dienst niet uit.⁵² De rechtspraak heeft eveneens vastgesteld dat het enkele feit dat een medische activiteit voor de patiënt gratis kan worden verricht niet voldoende is om deze activiteit uit te sluiten van de toepassings sfeer van artikel 49 EG. Het Hof heeft in het arrest Smits en Peerbooms namelijk uitdrukkelijk geoordeeld dat door ziekenhuizen gratis verstrekte medische diensten, diensten zijn in de zin van artikel 49 EG. Het is van weinig belang dat de dienst niet wordt betaald door degene te wiens behoeve hij wordt verricht, omdat „de betalingen die de ziekenfondsen [...] verrichten [...] wel degelijk de economische tegenprestatie [vormen] voor de door het ziekenhuis verleende diensten en [...] zij zonder enige twijfel het karakter van een vergoeding voor het ziekenhuis [hebben]”⁵³.

51. Het lijkt op het eerste gezicht wenselijk om wat het vrij verkeer van diensten betreft dezelfde oplossing te kiezen als bij de vrije mededinging, omdat deze bepalingen van gemeenschapsrecht hetzelfde oogmerk nastreven, dat erin bestaat de gemeenschap-

47 — Arresten van 31 januari 1984, Luisi en Carbone/Ministerie van de schatkist (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punt 9), 13 mei 2003, Müller-Fauré en Van Riet (C-385/99, Jurispr. blz. I-4509, punt 38), en 23 oktober 2003, Inizan (C-56/01, Jurispr. blz. I-12403, punt 16).

48 — Arrest van 4 oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, „Grogan” (C-159/90, Jurispr. blz. I-4685, punt 18).

49 — Punt 17 van de conclusie in de zaken Kohll, reeds aangehaald, en Decker (arrest van 28 april 1998, C-120/95, Jurispr. blz. I-1831).

50 — Arresten, reeds aangehaald, Kohll, punt 21, Smits en Peerbooms, punt 54, Müller-Fauré en Van Riet, punt 39, en Inizan, punt 17.

51 — Arrest Kohll, reeds aangehaald, punt 18.

52 — Punt 41 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de reeds aangehaalde zaken Decker en Kohll; arrest Smits en Peerbooms, reeds aangehaald, punt 58. Zie, voor een afwijkende mening, de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Smits en Peerbooms, reeds aangehaald, punten 42-49.

53 — Arrest Smits en Peerbooms, reeds aangehaald, punt 58.

pelijke markt tot stand te brengen.⁵⁴ De toepassingsgebieden van de vrije mededinging en van het vrij verkeer van diensten vallen evenwel niet volledig samen. Niets verzet er zich namelijk tegen dat een transactie die een ruil inhoudt, wordt gekwalificeerd als dienst, zelfs wanneer de bij de ruil betrokken partijen geen ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht.⁵⁵ Zoals hierboven is uiteengezet⁵⁶, kunnen de lidstaten bepaalde activiteiten onttrekken aan de sfeer van de mededinging wanneer zij deze zodanig organiseren dat het solidariteitsbeginsel overheerst, hetgeen de uitsluiting van het mededingingsrecht ten gevolge heeft. De wijze waarop een activiteit op nationaal niveau is georganiseerd, heeft daarentegen geen enkele invloed op de toepassing van het beginsel van het vrij verkeer van diensten. Hoewel de verstrekking van een gratis gezondheidsdienst dus zonder enige twijfel een economische activiteit vormt in de zin van artikel 49 EG⁵⁷, volgt daaruit niet noodzakelijkerwijs dat de eenheden die deze activiteit uitoefenen onder het mededingingsrecht vallen.

52. In het onderhavige geval lijken de door het SNS aan zijn leden verstrekte gezond-

heidsdiensten niet van andere aard te zijn dan die welke de openbare ziekenhuizen aanboden in de zaak Smits en Peerbooms, reeds aangehaald. Ofschoon deze diensten niet uitsluitend bestaan uit ziekenhuisdiensten, houden zij niettemin dergelijke diensten in. En ook al betalen patiënten niet de prijs voor de diensten die hun door medische beroepsbeoefenaren worden verstrekt, laatstgenoemden worden er niet minder door beloond. Maar om te bepalen of deze activiteit onder het mededingingsrecht valt, dient te worden vastgesteld of de staat, met het oog op het nastreven van een herverdelingsbeleid, deze activiteit uitsluitend heeft toevertrouwd aan overheidsorganen die alleen worden geleid door overwegingen van solidariteit, met de bedoeling haar te onttrekken aan elke marktlogica.

53. Uit het bestreden arrest blijkt dat het SNS gratis een algemene dekking voor al zijn aangeslotenen dient te waarborgen. Het Gerecht heeft evenwel niet gepreciseerd of de behoefte van de markt volledig wordt bevredigd door openbare eenheden of dat ook particuliere eenheden die de aard van ondernemingen hebben, daaraan deelnemen. De noodzakelijke gegevens om te concluderen tot het niet-economische karakter van de verstrekking van gezondheidsdiensten door het SNS zijn derhalve niet beschikbaar.

54 — K. Mortelmans, „Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition”, CML Rev. 2001, blz. 613; punt 22 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak B & Q (arrest van 23 november 1989, C-145/88, Jurispr. blz. I-3851); arrest Gerecht, Meca-Medina en Majcen/Commissie, reeds aangehaald, punt 42.

55 — De eenheden die zijn belast met het beheer van de ziekteverzekering, zoals in de zaak Cislal, reeds aangehaald, zijn geen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht, maar de op hen toepasselijke bepalingen kunnen echter uit andere lidstaten afkomstige werknemers niet van de verzekering uitsluiten zonder inbreuk te maken op het beginsel van het vrij verkeer van werknemers.

56 — Zie hierboven de punten 27-29 van deze conclusie.

57 — Arrest Smits en Peerbooms, reeds aangehaald.

54. Ingevolge de Ley 15/1997 van 25 april sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud⁵⁸ is het SNS blijkbaar bevoegd de verstrekking van gezondheidsdiensten uit te besteden aan

58 — Aangehaald in voetnoot 17 van bijlage V bij het verzoekschrift in hogere voorziening (BOE nr. 100 van 26 april 1997, blz. 13449).

particuliere eenheden. Uit de antwoorden van de Spaanse regering op de door het Gerecht op 15 januari 2002 aan haar gestelde vraag blijkt voorts dat een deel van de gezondheidsdiensten wordt verricht door de particuliere sector. Derhalve dient de zaak naar het Gerecht terug te worden verwezen opdat het de noodzakelijke feiten kan vaststellen om te beoordelen of er in Spanje een openbare en een particuliere gezondheidssector naast elkaar bestaan en of de solidariteit overheerst bij de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten.

55. Mocht worden geconcludeerd dat het SNS een economische activiteit uitoefent, dan doet dat in elk geval niet af aan de door het SNS nagestreefde sociale doelstellingen, omdat dit geen beletsel vormt voor het hanteren van het solidariteitsbeginsel, hetzij met betrekking tot de wijze van financieren door sociale en andere bijdragen van de overheid, hetzij met betrekking tot het op basis van een algemene dekking verlenen van gratis diensten aan de bij het SNS aangesloten. Er bestaat namelijk geen tegenstelling tussen de toepassing van het mededingingsrecht en de erkenning dat voor bepaalde sectoren specifieke regels moeten gelden. Integendeel, artikel 86, lid 2, EG beoogt juist te rechtvaardigen dat exclusieve rechten worden verleend aan ondernemingen die zijn belast met diensten van algemeen belang.⁵⁹ De te verwachten gevolgen wanneer bepaalde activiteiten welke worden uitgeoefend door ondernemingen die zijn belast met diensten van algemeen belang, onder het mededingingsrecht vallen, leiden evenmin als de gevolgen die voortvloeien uit de toepassing van het beginsel van het vrij verkeer op de gezondheidssector tot een vermindering van de sociale bescherming. In

beide situaties zal het gemeenschapsrecht ertoe bijdragen dat de beginselen van openheid en transparantie ingang vinden in gezondheidsstelsels die aanvankelijk op nationale schaal zijn ontworpen.⁶⁰

56. Hoewel het in het onderhavige geval aan geen twijfel onderhevig is dat het SNS is belast met het op basis van een algemene dekking verstrekken van gratis diensten aan zijn aangesloten (punten 39 en 40 van het bestreden arrest), is het niet duidelijk welke de rol de ministeries en andere organen als bedoeld in de klacht bij het beheer van het SNS spelen. Een eenheid kan enkel worden gekwalificeerd als onderneming in verband met de economische activiteiten die zij uitoefent, wanneer zij de betrokken activiteiten daadwerkelijk uitoefent.⁶¹ Zelfs indien dus vaststond dat het SNS voor de toepassing van het mededingingsrecht moet worden beschouwd als een onderneming, zou nog moeten worden onderzocht of de organen bedoeld in de klacht van FENIN de daadwerkelijke uitvoerder van dergelijke activiteiten zijn. Deze vaststelling zal moeten plaatsvinden door het Gerecht, indien het zou concluderen dat de verstrekking van gezondheidsdiensten door het SNS een activiteit van economische aard is.

57. Op grond van bovenstaande overwegingen stel ik het Hof voor, het tweede

60 — Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, Den Haag, 2003, Chapter 9, Free Movement of Welfare, met name blz. 183 en 184.

61 — Zie mutatis mutandis mijn conclusie in de zaak BBL (arrest van 21 oktober 2004, C-8/03, Jurispr. blz. I-10157, punt 16).

59 — Arrest *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald.

onderdeel van het middel gegrond te verklaren en de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen, opdat het de noodzakelijke feiten kan vaststellen teneinde te bepalen of de activiteit van de organen die het SNS beheren van economische aard is en bijgevolg of de afwijzing van de klacht van FENIN door de Commissie terecht was.

60. FENIN verzet zich tegen het verband dat het Gerecht heeft gelegd tussen de aard van de aankoop en die van het latere gebruik ervan. Volgens FENIN is dit verband gebaseerd op een onjuiste uitlegging van de rechtspraak, levert het praktische bezwaren op en wordt het nuttig effect van het communautaire mededingingsrecht erdoor verminderd.

C — Verband tussen de aankoopactiviteit en de aard van de activiteit waarvoor de producten of diensten zijn bestemd

58. Indien het Hof, anders dan ik voorstel, zou besluiten het bestreden arrest te bevestigen voorzover daarin de gratis verstrekking van gezondheidsdiensten als niet-economische activiteit is gekwalificeerd, moet het eerste onderdeel van het middel in hogere voorziening, dat het verband kritiseert dat is gelegd tussen de aard van de aankoop en het latere gebruik van de aangekochte goederen nog worden besproken.

61. FENIN stelt in de eerste plaats dat de rechtspraak waar het Gerecht zich in zijn argumentatie op baseert, te weten de arresten Commissie/Italië⁶² en Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie⁶³, zich beperkt tot het kwalificeren als economische activiteit van iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt, zonder zich uit te spreken over de aard van een aankoopactiviteit. Om uit te sluiten dat een aankoopactiviteit een economische activiteit vormt, doen deze arresten volgens rekwirante derhalve niet ter zake.

59. In het eerste onderdeel van het middel komt FENIN op tegen punt 36 van het bestreden arrest, waarin wordt gesteld dat „onder economische activiteit [wordt] verstaan, de activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt, en niet de aankoopactiviteit als zodanig.” Het Gerecht vervolgt dat „de aankoop van het product [...] niet los [mag] worden gezien van het latere gebruik van het door de koper verworven product”, zodat „de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijze de aard van de aankoopactiviteit [bepaalt].”

62. Het is juist dat een van de criteria om een eenheid als onderneming te kwalificeren, haar deelname aan een bepaalde markt is. Een markt wordt gekenmerkt door handelsverkeer tussen marktdeelnemers, dat tot uiting komt in vraag en aanbod. Wat dat betreft valt niet in te zien, hoe het een onder het toezicht van het mededingingsrecht zou kunnen vallen, terwijl het andere daarvan zou worden uitgesloten, omdat het één de keerzijde is van het andere. Deze kritiek is

62 — Arrest van 18 juni 1998, aangehaald in voetnoot 13.

63 — Arrest Gerecht van 30 maart 2000 (T-513/93, Jurispr. blz. II-1807).

echter onvoldoende om de argumentatie van het Gerecht te ondergraven dat de kwalificatie van de aankoop afhankelijk is van het latere gebruik ervan.

63. In de tweede plaats wijst FENIN op een tegenstrijdigheid tussen het bestreden arrest en het arrest Pavlov e.a., reeds aangehaald. In laatstgenoemd arrest heeft het Hof, om de economische aard te bepalen van de deelneming van medisch specialisten in een pensioenregeling, vastgesteld dat de deelneming verband hield met hun beroepswerkzaamheden en derhalve geacht werd deel uit te maken van deze werkzaamheden, die van economische aard waren.⁶⁴ Zoals advocaat-generaal Jacobs⁶⁵ hem in overweging heeft gegeven, heeft het Hof onderscheid gemaakt tussen activiteiten die in de persoonlijke sfeer liggen en activiteiten die deel uitmaken van de economische sfeer van hun activiteit als medisch specialist. Enkel de tussenhandel kan namelijk, anders dan de eindvraag, worden geacht te behoren tot de economische sfeer.⁶⁶ De vraag van natuurlijke personen als consument, die altijd een eindvraag is, valt daarentegen niet onder het mededingingsrecht.

64. Het bestreden arrest bevat geen enkele strijdigheid met deze argumentatie. Met betrekking tot overheidsorganen die zowel economische activiteiten als activiteiten van een andere aard uitoefenen, kan namelijk

64 — Arrest Pavlov e.a., reeds aangehaald, dat in punt 79 preciseert dat „[d]e deelneming van een medisch specialist in een dergelijke regeling [...] voort[spruit] uit de uitoefening van zijn beroep.” In punt 80 wordt daaraan toegevoegd dat het feit „[d]at alle zelfstandige medisch specialisten bijdragen aan dezelfde aanvullende beroepspensioenregeling [...] te meer verband [houdt] met de uitoefening van hun beroep, daar deze regeling wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit tussen alle artsen”.

65 — Punt 115 van de conclusie in de zaak Pavlov e.a., reeds aangehaald.

66 — Arcelin, L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, blz. 223.

enkel de met hun economische activiteiten verband houdende vraag binnen de sfeer van het mededingingsrecht vallen. Aankopen die zijn bestemd voor niet-economische activiteiten zijn daarentegen vergelijkbaar met de eindvraag van consumenten en vallen niet onder het mededingingsrecht. In het onderhavige geval is de aankoop van medische hulpmiddelen echter ontegenzeggelijk verbonden met de verstreking van gezondheidsdiensten door het SNS.

65. Volgens rekwirante had het Gerecht, om te bepalen of de aankoopactiviteit van het SNS van economische aard was, moeten nagaan of deze mededingingsversturende gevolgen kon hebben, teneinde geen „ongerechtvaardigde immuniteitsgebieden” te scheppen. Een dergelijk criterium kan echter niet worden gehanteerd, omdat dat zou inhouden dat elke aankoop door de staat, door een overheidsorgaan of door consumenten onder het mededingingsrecht zou vallen. Zoals het bestreden arrest terecht in herinnering heeft geroepen, valt een aankoop daarentegen enkel binnen de toepassings-sfeer van het mededingingsrecht, voorzover zij deel uitmaakt van de uitoefening van een economische activiteit. Indien men de stelling van rekwirante volgde, zou daarenboven het nuttig effect van de bepalingen met betrekking tot openbare aanbestedingen worden verminderd.⁶⁷ Het verband dat is gelegd tussen het door klagers gelaakte gedrag en de niet-economische activiteit van het betrokken orgaan vormt eveneens de kern van de motivering in het arrest Eurocontrol, reeds aangehaald, om de toepassing van het mededingingsrecht uit te sluiten. In dat arrest werd geoordeeld dat de

67 — Arrest van 24 september 1998, Tögel (C-76/97, Jurispr. blz. I-5357).

inning van een heffing door Eurocontrol niet van economische aard was, omdat dit geschiedde in het kader van een niet-economische activiteit.

66. Het arrest *Ambulanz Glöckner*, in hogere voorziening aangehaald ter ondersteuning van de argumentatie, bevestigt daarentegen de door het Gerecht gevolgde benadering, omdat het Hof daarin heeft uitgesloten dat de weigering door een overheidsinstantie om een vergunning te verlenen aan een vervoerder, moet worden getoetst aan artikel 81 EG, omdat deze beslissing niet neerkomt op de uitoefening van een economische activiteit, maar deze activiteit juist beoogt te reguleren en af te bakenen. Aldus kan een aankoop, wanneer deze is verbonden met het vervullen van niet-economische taken, buiten de toepassingsfeer van het mededingingsrecht vallen. Deze conclusie strookt met de economische theorie die beklemtoont dat het bestaan van een monopsonie een gering gevaar vormt voor de mededinging, omdat het niet noodzakelijkerwijs gevolgen heeft voor de markt in een volgend stadium van de keten. Bovendien heeft een onderneming in een monopsonie positie er geen belang bij om op haar leveranciers een zodanige druk uit te oefenen dat zij worden gedwongen om de voorafgaande markt te verlaten.⁶⁸ Er is derhalve geen reden om het bestreden arrest te vernietigen op grond dat het de rechtspraak met betrekking tot de kwalificatie van een aankoop als economische activiteit onjuist zou hebben uitgelegd.

67. Ten slotte voert FENIN aan dat het Gerecht een onjuiste uitlegging heeft gege-

ven, omdat deze vele praktische bezwaren met zich brengt. Zo is het op het moment van de aankoop nagenoeg onmogelijk om de aankopen die zijn bestemd voor economische activiteiten te scheiden van die welke worden gebruikt voor niet-economische activiteiten.

68. Het is soms zeker moeilijk de economische activiteiten te scheiden van de niet-economische wanneer zij worden uitgeoefend door hetzelfde orgaan. Anders dan wordt gesteld in hogere voorziening, kan deze moeilijkheid echter het criterium voor de toepassing van het mededingingsrecht, namelijk het „uitoefenen van een economische activiteit”, niet wijzigen. Het onvermijdelijke gevolg van dit criterium blijft namelijk, dat eenheden die gemengde taken uitoefenen enkel onder het mededingingsrecht vallen voor het deel van hun activiteiten dat economisch van aard is.⁶⁹ Indien men het argument in hogere voorziening volgde, zou een orgaan onder het mededingingsrecht vallen voor al zijn activiteiten, zodra het een economische activiteit uitoefent. Een dergelijke conclusie zou in strijd zijn met het functionele criterium van de onderneming, zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak.

69. Aangezien geen van de argumenten die in het eerste onderdeel van het middel in hogere voorziening zijn aangevoerd, heeft aangetoond dat de aankoop van medische hulpmiddelen door het SNS los moet worden gezien van de verstrekking van gezondheidsdiensten, dient het bestreden arrest op dit punt te worden bevestigd.

68 — Zie Scherer, F. en Ross, D., *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, blz. 517, en Noll, R., „Buyer power” and economic policy”, *Antitrust Law Journal*, deel 72, 2005, blz. 589.

69 — Zie reeds aangehaalde arresten van 16 juni 1987, *Commissie/Italië*, *Eurocontrol*, *AOK-Bundesverband e.a.*, en conclusie van advocaat generaal Jacobs in de zaak *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald, punt 72.

IV — Conclusie

70. In het licht van het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging:

- 1) het tweede onderdeel van het middel gegrond te verklaren en de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen terug te verwijzen, zodat het de noodzakelijke feiten kan vaststellen teneinde te bepalen of de activiteit van de organen die het Spaanse nationale gezondheidsstelsel beheren al dan niet van economische aard is en of dus de klacht van de Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) terecht door de Commissie van de Europese Gemeenschappen is afgewezen;

- 2) het eerste onderdeel van het middel af te wijzen.