

FENIN bevestigd

Mr. J.J.M. Sluijs

Op 11 juli 2006 bevestigde het Hof van Justitie het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 4 maart 2003 in de zaak FENIN/Commissie (T-319/99, Jur. p. II-357), waarin het Gerecht oordeelde dat beheersorganen van het nationale Spaanse gezondheidsstelsel geen ondernemingen zijn in de zin van artikel 82 EG.

HvJEG 11 juli 2006, zaak C-205/03P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) t. Commissie, n.n.g.

Feiten

FENIN is een vereniging waarbij de meeste leveranciers van medische hulpmiddelen, in het bijzonder medische instrumenten voor ziekenhuizen in Spanje, zijn aangesloten. De leden van FENIN verkopen dit materiaal vooral aan de beheersorganen van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel (hierna ook: SNS-organen). Met de verkoop van medische hulpmiddelen aan deze organen behalen de bij FENIN aangesloten ondernemingen meer dan 80 procent van hun omzet.

In 1997 beklagde FENIN zich bij de Commissie erover dat de SNS-organen hun schulden stelselmatig te laat betaalden, wat volgens haar in strijd was met het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De organen zouden hun schulden tegenover de leden van FENIN met een gemiddelde vertraging van 300 dagen betalen, terwijl zij hun schulden tegenover andere leveranciers binnen veel redelijker termijnen betaalden. Deze discriminatie is volgens FENIN mogelijk omdat haar leden geen commerciële druk kunnen uitoefenen op de SNS-organen, omdat deze op de Spaanse markt van de medische hulpmiddelen een machtspositie innemen.

De Commissie heeft de klacht van FENIN afgewezen op grond dat de SNS-organen niet als ondernemingen handelen wanneer zij deelnemen aan het beheer van de openbare gezondheidsdienst, en verder dat hun hoedanigheid van koper niet kan worden losgemaakt van het gebruik dat ná de aankoop van de medische hulpmiddelen wordt gemaakt. Volgens de Commissie handelen de SNS-organen dan ook niet als ondernemingen in de zin van het communautaire mededingingsrecht wanneer zij medische hulpmiddelen kopen, en zijn de artikelen 81 en 82 EG op hen niet van toepassing.

Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

Tegen de ongunstige beschikking van de Commissie voerde FENIN in beroep drie middelen aan, te weten: i) schending van de rechten van verdediging, ii) een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het ondernemingsbegrip, en iii) een ontoereikende motivering van de beschikking.

Het Gerecht begint zijn beoordeling met het tweede, materieel-rechtelijke middel dat de kwalificatie van het ondernemingsbegrip betrof. In punt 40 van het bestreden arrest oordeelde het Gerecht dat SNS-organen niet als ondernemingen handelen wanneer zij van leden van FENIN medische hulpmiddelen kopen om de aangeslotenen van het SNS gratis gezondheidsdiensten te verstrekken. Volgens het Gerecht volgde deze conclusie uit de in punt 39 van zijn arrest weergegeven situatie, dat het SNS op basis van het solidariteitsbeginsel werkt, aangezien het met sociale en andere bijdragen van de overheid wordt gefinancierd, en het zijn aangeslotenen op basis van een algemene dekking gratis diensten verleent, zodat de SNS-organen bij hun beheer van het gezondheidsstelsel niet als ondernemingen handelen.

Het Gerecht heeft geen rekening gehouden met het – in repleik – aangevoerde argument van FENIN dat de Spaanse openbare ziekenhuizen van het SNS, in specifieke gevallen, tegen betaling diensten verrichten ten behoeve van personen die niet bij het stelsel zijn aangesloten. Terwijl dit feit volgens FENIN betekent dat de SNS-organen bij die dienstverlening als ondernemingen handelen voor zover hun aankopen van medische hulpmiddelen daarmee verband houden.

Ten slotte deelde het Gerecht niet de opvatting van FENIN dat de Commissie de rechten van verdediging zou hebben geschonden en dat de beschikking op een ontoereikende motivering zou berusten.

Hogere voorziening

FENIN voert tot staving van haar hogere voorziening één middel aan: schending door het Gerecht van het begrip 'onderneming' in de zin van de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

Met het eerste onderdeel stelt FENIN dat het Gerecht ten onrechte eraan is voorbijgegaan dat de aankoopactiviteit een op zichzelf staande economische activiteit is, die los kan worden gezien van de daarna verrichte dienst, en dat de SNS-organen bijgevolg aan deze mededingingsregels moeten worden onderworpen.

De auteur is advocaat bij GMW Advocaten te Den Haag.

Met het tweede onderdeel van haar middel 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. Het Hof verklaart dit tweede onderdeel echter niet-ontvankelijk, omdat het middel voor het eerst in hogere voorziening wordt aangevoerd.

FENIN zet haar middel nog kracht bij door zich op het standpunt te stellen dat het Gerecht het begrip 'economische activiteit' te eng heeft omschreven, waar het vaststelt dat deze noodzakelijkerwijs bestaat in het aanbieden van producten of diensten op een bepaalde markt, en elke aankoopactiviteit van deze definitie uitsluit. Volgens FENIN biedt deze zienswijze talrijke entiteiten de mogelijkheid om zich aan de verdragsregels inzake mededinging te onttrekken, hoewel deze door het gedrag van dergelijke entiteiten negatief wordt beïnvloed.

De Commissie stelt daartegenover dat onder het begrip 'economische activiteit' wel degelijk het aanbieden van producten of diensten op een bepaalde markt – en niet de aankoopactiviteit als zodanig – wordt verstaan. De aankoop mag dus niet los worden gezien van het gebruik waarvoor het gekochte goed is bestemd.

Beoordeling door het Hof

Het Hof bekrachtigt het arrest van het Gerecht in slechts drie randnummers. Volgens het Hof heeft het Gerecht op de eerste plaats terecht in herinnering gebracht dat het begrip 'onderneming' in de context van het mededingingsrecht elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Daarbij heeft het Gerecht conform de rechtspraak van het Hof benadrukt dat onder 'economische activiteit' wordt verstaan, het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (arrest van 18 juni 1988, Commissie/Italië, C-35/96, Jur. p. I-3851, punt 36).

Vervolgens stelt het Hof dat het Gerecht, eveneens terecht, in zijn arrest uit de aangehaalde jurisprudentie heeft afgeleid dat voor de bepaling van de aard van de activiteit de aankoop van het product niet los mag worden gezien van het latere gebruik ervan, en dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijs de aard van de aankoopactiviteit bepaalt (punt 26).

Hiermee is voor het Hof de kous af en stelt hij dat het eerste onderdeel van het enige middel van FENIN ongegrond moet worden verklaard.

Commentaar

Het meest opmerkelijke van deze uitspraak is wellicht de eenvoud van het oordeel dat is gewezen door de Grote Kamer van het Hof. Het heeft er alles van weg dat de rechters het niet eens onderen worden over een uitgebreide, materiële motivering met betrekking tot het kwalificeren van een entiteit als onderneming.¹

Wat betekent deze uitspraak voor het Nederlandse gezondheidsstelsel?

Consequenties voor de Basisverzekering van de Zorgverzekeringswet heeft dit arrest niet. Zorgverzekeraars zijn namelijk als aanbieder van de Basisverzekering aan te merken als onderneming. Dit wordt bevestigd door de Commissie in haar staatssteunbeschikking omtrent het Nederlandse zorgstelsel.² Hoewel de Commissie

in paragraaf 4.2.1 van deze beschikking oordeelde dat zorgverzekeraars – in zoverre zij de Basisverzekering aanbieden – zijn te kwalificeren als 'bijzondere ondernemingen', dat wil zeggen als ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang, zoals bedoeld in artikel 86 lid 2 EG, betekent dit niet dat het aanbieden van de Basisverzekering géén economische activiteit zou zijn. Zorgverzekeraars zijn dus voor het inkopen van de 'basiszorg' gewoon ondernemingen, al dan niet belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Anders ligt dit bij het aanbieden en uitvoeren van de AWBZ-verzekering. De NMa had bij besluit van 10 maart 2000, zaak 181 (Zorgkantoren), geoordeeld dat zorgkantoren/zorgverzekeraars te dien aanzien niet zijn aan te merken als ondernemingen, maar dat dit niet gold voor het inkopen van AWBZ-zorg. Naar aanleiding van het arrest van het Gerecht maakte de NMa bekend dat zij de zorgverzekeraars (zorgkantoren), ook als het gaat om het inkopen van AWBZ-zorg, niet meer zou aanmerken als ondernemingen.³

Het feit dat zorgkantoren sinds jaar en dag het inkopen van AWBZ-zorg aanbesteden, kan weliswaar bepaalde mededingingsbeperkingen voorkomen, maar zou bijvoorbeeld de door FENIN gestelde mededingingsbeperking niet uit de weg nemen. Het aanbestedingsrecht bepaalt immers niet dat, na gunning, binnen een redelijke termijn leveranciers moeten worden betaald.


Voor met name toekomstige ontwikkelingen in de AWBZ kan het arrest FENIN enkele gevolgen hebben. Want wanneer het instituut zorgkantoor per januari 2009 zou worden opgeheven, zal de door hen uitgevoerde AWBZ-zorg door individuele zorgverzekeraars worden uitgevoerd. De vraag rijst of deze individuele zorgverzekeraars zichzelf gaan verplichten de inkoop van AWBZ-zorg aan te besteden. Mogelijk zien zij hiervan af, en doen zij de inkoop even lief gezamenlijk met andere verzekeraars, daarbij wetende dat zij niet onder de mededingingsregels vallen, omdat zij voor deze activiteiten niet worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Onhebbelijk gedrag zoals het niet betalen of te laat betalen van rekeningen is dan misschien niet zozeer het probleem, maar het stellen van (te) scherpe voorwaarden aan het afnemen van diensten van AWBZ-zorgaanbieders.

De vraag rijst wat deze zorgaanbieders tegen mogelijke 'wurgcontracten' kunnen ondernemen. Indien er schaarste van het zorgaanbod is, behoeven zij in beginsel niet erg te vrezen voor een wurgcontract. Zij kunnen dan gemakkelijk weigeren te contracteren met een dergelijke zorgverzekeraar. Maar wanneer er geen schaarste is van het aanbod, rest hun weinig anders dan de handen ineen te slaan en samen te werken, en op deze wijze een tegenwicht te vormen tegen de zorgverzekeraar in kwestie. En juist collusie van zorgaanbieders heeft politieke weerstand ontmoet. Zo schrijft de NMa in haar Agenda 2007: 'De Tweede Kamer heeft de wens uitgesproken voor meer preventief toezicht, in ieder geval op zorgfusies'.

¹ Voor een uitgebreide bespreking van het arrest van het Gerecht, zie J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Is een inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?, *Ars Aequi* 2003, p. 464-475.

² Zaak N 541/2004 en N 542/2004 (http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf). Tegen deze beslissing heeft zorgverzekeraar Azivo beroep aangetekend bij het Gerecht van Eerste Aanleg (zaak T-84/06).

³ Visiedocument AWBZ-markten, januari 2004, www.nmanet.nl.



Verondersteld mag worden dat hiermee fusies van zorgaanbieders worden bedoeld nu het vooral deze instellingen zijn die de afgelopen jaren frequent zijn gefuseerd.

De eventuele nood wordt wellicht geledigd met de plannen om grotere delen van de AWBZ-zorg over te hevelen naar de Basisverzekering, waarbij ten minste gedacht moet worden aan de kortdurende GGZ-zorg. Wanneer deze zorg in de Basisverzekering komt zijn de zorgverzekeraars aan te merken als ondernemingen en zijn derhalve de mededingingsregels van toepassing op het inkopen van dergelijke zorg.