



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
P. PIKAMÄE  
van 19 december 2019<sup>1</sup>

**Gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P**

**Europese Commissie  
tegen  
Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (C-262/18 P)  
en  
Slowaakse Republiek  
tegen**

**Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (C-271/18 P)**

„Hogere voorziening – Staatssteun – Ziektekostenverzekeringsinstanties – Begrip ‚onderneming‘ –  
Complexe economische beoordelingen – Omvang van de rechterlijke toetsing van het Gerecht –  
Begrip ‚economische activiteit‘ – Winstoogmerk van andere entiteiten die actief zijn binnen het  
socialezekerheidsstelsel – Concurrentie op basis van kwaliteit en aanbod van zorgverstrekkingen”

### Inhoud

|      |                                                                                                                                                                                 |    |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Voorgeschiedenis van het geding .....                                                                                                                                           | 3  |
| II.  | Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest .....                                                                                                                             | 4  |
| III. | Procedure bij het Hof en conclusies van partijen .....                                                                                                                          | 5  |
| IV.  | Principale hogere voorzieningen .....                                                                                                                                           | 7  |
| A.   | Eerste middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de overschrijding van<br>de grenzen van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid van het Gerecht .....      | 7  |
| 1.   | Argumenten van partijen .....                                                                                                                                                   | 7  |
| 2.   | Beoordeling .....                                                                                                                                                               | 7  |
| 3.   | Conclusie over het eerste middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P .....                                                                                            | 12 |
| B.   | Eerste middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en vierde middel van de Slowaakse<br>Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de niet-nakoming van de motiveringsplicht ..... | 12 |

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Frans.

|                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Argumenten van partijen .....                                                                                                                                                                                                                        | 12 |
| 2. Beoordeling .....                                                                                                                                                                                                                                    | 13 |
| 3. Conclusie over het eerste middel in zaak C-262/18 P en het vierde middel in zaak C-271/18 P .....                                                                                                                                                    | 17 |
| C. Tweede middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en derde middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het begrip „onderneming” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU ..... | 17 |
| 1. Argumenten van partijen .....                                                                                                                                                                                                                        | 17 |
| 2. Beoordeling .....                                                                                                                                                                                                                                    | 18 |
| a) Inleidende opmerkingen .....                                                                                                                                                                                                                         | 18 |
| b) Relevantie van het nastreven van winst door de andere entiteiten die actief zijn binnen het socialezekerheidsstelsel met het oog op de kwalificatie als economische activiteit ....                                                                  | 19 |
| c) Bestaan van voldoende concurrentie om de kwalificatie als economische activiteit te rechtvaardigen .....                                                                                                                                             | 22 |
| 3. Conclusie over het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P en het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P .....                                                                                                 | 26 |
| D. Derde middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en tweede middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de onjuiste opvatting van bepaalde bewijselementen ..                                                                    | 26 |
| 1. Argumenten van partijen .....                                                                                                                                                                                                                        | 26 |
| 2. Beoordeling .....                                                                                                                                                                                                                                    | 27 |
| 3. Conclusie over het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P en het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P .....                                                                                                 | 28 |
| V. Incidentele hogere voorzieningen .....                                                                                                                                                                                                               | 29 |
| A. Argumenten van partijen .....                                                                                                                                                                                                                        | 29 |
| B. Beoordeling .....                                                                                                                                                                                                                                    | 29 |
| C. Conclusie over de incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-262/18 P en C-271/18 P .....                                                                                                                                                        | 30 |
| VI. Beroep voor het Gerecht .....                                                                                                                                                                                                                       | 30 |
| VII. Kosten .....                                                                                                                                                                                                                                       | 30 |
| VIII. Conclusie .....                                                                                                                                                                                                                                   | 31 |

1. Met de onderhavige hogere voorzieningen verzoeken de Europese Commissie en de Slowaakse Republiek om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 5 februari 2018, Dôvera zdravotná poisťovňa/Commissie (T-216/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:64; hierna: „bestreden arrest”), houdende toewijzing van het door Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (hierna: „Dôvera”) ingestelde beroep tot nietigverklaring van besluit C(2014) 7277 final van de Commissie betreffende een aantal financiële steunmaatregelen die deze lidstaat ten uitvoer had gelegd ten gunste van Spoločná zdravotná poisťovňa a.s. (hierna: „SZP”) en Všeobecná zdravotná poisťovňa a.s. (hierna: „VšZP”) (hierna: „litigieus besluit”).<sup>2</sup>

2. Hoewel deze zaak deel uitmaakt van een uitgebreide rechtspraak inzake de kwalificatie als „onderneming”, met het oog op de toepassing van de concurrentieregels van het Verdrag, van entiteiten die actief zijn binnen een socialezekerheidsstelsel, biedt zij het Hof de mogelijkheid om een zeer welkome opheldering te geven over met name de invloed, op die kwalificatie, van de aanwezigheid van andere marktdeelnemers binnen dit stelsel die winst nastreven. Bovendien wordt het Hof in de gelegenheid gesteld om zich voor het eerst uit te spreken over de omvang van het rechterlijk toezicht op de beoordelingen die de Commissie verricht in het kader van de vraag of een entiteit moet worden aangemerkt als onderneming.

## I. Voorgeschiedenis van het geding

3. In 1994 is het Slowaakse zorgverzekeringsstelsel overgegaan van een systeem met één publieke verzekeringsonderneming naar een gemengd stelsel waarbinnen zowel publieke als particuliere instanties opereren. In 2005 is door een hervorming van het stelsel onder meer de rechtsvorm van alle verzekeraars veranderd van rechtspersonen sui generis in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. In 2007 is aan de verzekeraars per 1 januari 2008 bij wet een algeheel verbod opgelegd om winst uit te keren in de vorm van dividend. Naar aanleiding van een arrest van het Slowaakse grondwettelijk hof waarbij dit verbod onverenigbaar met de grondwet werd geacht, is de wet in juli 2011 gewijzigd waardoor het deze verzekeraars is toegestaan om onder bepaalde voorwaarden winst uit te keren.

4. Op dit moment hebben Slowaakse ingezetenen de keuze tussen drie ziektekostenverzekeringsinstanties:

- de publieke zorgverzekeraars SZP en VšZP, die op 1 januari 2010 zijn gefuseerd;
- de particuliere zorgverzekeraar Dôvera, en
- de particuliere zorgverzekeraar Union zdravotná poisťovňa a.s. (hierna: „Union”).

5. Naar aanleiding van een klacht van Dôvera betreffende vermeende staatssteun van de Slowaakse Republiek aan SZP en VšZP, heeft de Commissie op 2 juli 2013 de formele onderzoeksprocedure ingeleid.

6. Op 15 oktober 2014 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld waarin staat dat de betrokken maatregelen geen staatssteun vormen, omdat de activiteit van de verplichte zorgverzekering zoals die in Slowakije wordt georganiseerd en verricht, niet kan worden beschouwd als een economische activiteit en SZP en VšZP, als begunstigden van die maatregelen, bijgevolg niet kunnen worden aangemerkt als „ondernemingen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

2 Besluit (EU) 2015/248 van de Commissie van 15 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) door de Slowaakse Republiek ten uitvoer gelegd ten gunste van Spoločná zdravotná poisťovňa a.s. (SZP) en Všeobecná zdravotná poisťovňa a.s. (VšZP) (PB 2015, L 41, blz. 25).

## II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

7. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 24 april 2015, heeft Dôvera beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit, ter ondersteuning waarvan zij twee middelen heeft aangevoerd. Met het eerste middel heeft deze instantie in wezen betoogd dat de Commissie in twee opzichten blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het begrip „onderneming” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Ten eerste had de Commissie niet onderzocht of *enige* activiteit van SZP en VŠZP kon worden aangemerkt als economisch, ongeacht of die binnen of buiten het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering werd verricht, in welk geval zij hadden moeten worden aangemerkt als ondernemingen. Ten tweede had de Commissie verklaard dat de vraag of de activiteit die wordt uitgeoefend door de instanties die actief zijn binnen het Slowaakse ziektekostenverzekeringssstelsel, „economisch” is, afhangt van een afweging van economische en niet-economische aspecten, terwijl, volgens Dôvera, de aanwezigheid van een economisch aspect in een zorgverzekeringssstelsel, ongeacht welk, voldoende is om die activiteit te beschouwen als economisch van aard. Met het tweede middel heeft Dôvera in wezen betoogd dat de Commissie blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en beoordelingsfouten heeft gemaakt door te verklaren dat de niet-economische aspecten in het Slowaakse zorgverzekeringssstelsel zwaarder wogen dan de economische aspecten.

8. Het Gerecht heeft, zonder het eerste middel te onderzoeken, het tweede middel toegewezen en het litigieuze besluit op grond hiervan nietig verklaard.

9. Na de rechtspraak inzake het begrip „onderneming” in herinnering te hebben gebracht<sup>3</sup>, met name wat betreft de sociaizekerheidsstelsels, is het Gerecht nagegaan of de Commissie blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te verklaren dat de economische aspecten van de Slowaakse verplichte zorgverzekering niets afdeden aan de niet-economische aspecten ervan.<sup>4</sup> Ten behoeve van dit onderzoek heeft het Gerecht allereerst vastgesteld dat het betrokken stelsel voornamelijk de volgende niet-economische aspecten kende:

- ziektekostenverzekeringsinstanties zijn wettelijk verplicht om elke Slowaakse ingezetene die daarom verzoekt te accepteren en kunnen geen verzekering weigeren op grond van iemands leeftijd, gezondheidstoestand of ziekterisico;
- het betreft een stelsel van verplichte bijdragen, waarbij de premiebedragen bij wet worden vastgesteld naar rato van het inkomen van de verzekerden, maar ongeacht de ontvangen vergoedingen of de risico's die voortvloeien uit met name de leeftijd of de gezondheidstoestand van de verzekerde;
- alle verzekerden hebben recht op dezelfde minimumdekking;
- er bestaat een risicovereveningsregeling, waarbij de instanties die verzekerden met een hoger risico hebben, middelen ontvangen van instanties die een portfolio met een lager risico hebben;
- de ziektekostenverzekeringsinstanties worden gereguleerd door bijzondere voorschriften; behalve dat zij dezelfde status, rechten en plichten hebben, is elke instantie opgericht met het oog op het aanbieden van de publieke zorgverzekering en mag zij geen andere activiteiten verrichten dan die welke bij wet zijn voorzien;

<sup>3</sup> Bestreden arrest, punten 45-53.

<sup>4</sup> Bestreden arrest, punt 54.

- de activiteiten van de zorgverzekeraars vallen onder het toezicht van een toezichthouder, die erop toeziet dat deze instanties binnen het hierboven genoemde wettelijke kader blijven en ingrijpt wanneer overtredingen worden begaan.

10. Zodoende heeft het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest geoordeeld dat „moest worden ingestemd met de conclusie van de Commissie dat de Slowaakse verplichte zorgverzekering in wezen belangrijke sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering bezat”.

11. Vervolgens zet het Gerecht zijn analyse voort door in te gaan op de economische aspecten van dit stelsel.<sup>5</sup> In het bijzonder heeft het Gerecht in de eerste plaats geoordeeld dat de mogelijkheid voor de zorgverzekeraars om winst te maken en deze gedeeltelijk te gebruiken en uit te keren, afbreuk kon doen aan de niet-economische aard van hun activiteit. In dit verband was de vaststelling dat die mogelijkheid afhankelijk was van de naleving van strikte voorwaarden die dienen te garanderen dat de regeling blijft voortbestaan en dat de hieraan ten grondslag liggende sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen worden behaald, niet relevant, aangezien de mogelijkheid voor de Slowaakse zorgverzekeraars om vrijelijk winst na te streven en te maken hoe dan ook aantoonde dat zij een winstoogmerk hebben en dus dat de activiteiten die zij op de markt uitoefenen, tot de economische sfeer behoren.

12. In de tweede plaats heeft het Gerecht vastgesteld dat er tussen de verschillende zorgverzekeraars „enige” concurrentie bestaat op basis van de kwaliteit en de omvang van het aanbod. In dit verband heeft het Gerecht geoordeeld dat, ook al had de concurrentie binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering geen betrekking op de verplichte wettelijke vergoedingen noch op het bedrag van de premies, er toch sprake was van een „intense en complexe” concurrentie, aangezien die instanties de verplichte wettelijke vergoedingen mochten uitbreiden met aanverwante gratis diensten en de verzekerden vrij waren om hun zorgverzekeraar te kiezen en één keer per jaar van verzekeraar te veranderen.<sup>6</sup>

13. Dientengevolge heeft het Gerecht, gezien het winstoogmerk van die zorgverzekeraars en het bestaan van een „intense” concurrentie op basis van kwaliteit en aanbod van diensten, de activiteit van het aanbieden van een ziektekostenverzekering in Slowakije aangemerkt als een economische activiteit.<sup>7</sup>

### III. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

14. Met haar hogere voorziening in zaak C-262/18 P verzoekt de Commissie, ondersteund door de Republiek Finland, het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen,
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht of, subsidiair, de zaak zelf af te doen en
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden of Dôvera en Union te verwijzen in de kosten.

15. De Slowaakse Republiek verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening toe te wijzen en
- Dôvera en Union te verwijzen in de kosten of de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

<sup>5</sup> Bestreden arrest, punten 63 en 64.

<sup>6</sup> Bestreden arrest, punten 65-67.

<sup>7</sup> Bestreden arrest, punt 68.

16. Dôvera verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

17. Met haar hogere voorziening in zaak C-271/18 P verzoekt de Slowaakse Republiek, ondersteund door de Republiek Finland, het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen,
- het beroep te verwerpen of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en
- Dôvera en Union te verwijzen in de kosten of de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

18. De Commissie verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen,
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht of, subsidiair, de zaak zelf af te doen en
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden of Dôvera en Union te verwijzen in de kosten.

19. Dôvera en Union verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen en
- de Slowaakse Republiek te verwijzen in de kosten.

20. Met haar incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-262/18 P en C-271/18 P verzoekt Dôvera het Hof:

- punt 58 van het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin staat dat Dôvera de bewering dat de Slowaakse zorgverzekering „belangrijke sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering” bezit, niet had betwist.

21. Union verzoekt het Hof:

- punt 58 van het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin staat dat Dôvera de bewering dat de Slowaakse zorgverzekering „belangrijke sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering” bezit, niet had betwist en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

22. De Slowaakse Republiek verzoekt het Hof:

- de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk te verklaren en
- Dôvera te verwijzen in de kosten.

23. De Commissie verzoekt het Hof:

- de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk te verklaren of, subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen,

- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht of, subsidiair, de zaak zelf af te doen en
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden of Dôvera en Union te verwijzen in de kosten.

24. Bij beschikking van de president van het Hof van 19 november 2018 zijn de zaken C-262/18 P en C-271/18 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en voor het arrest.

25. De Commissie, de Slowaakse Republiek, Dôvera en Union hebben pleidooi gehouden ter terechtzitting van 1 oktober 2019.

#### **IV. Principale hogere voorzieningen**

26. Ter ondersteuning van hun hogere voorzieningen voeren de Commissie en de Slowaakse Republiek, ondersteund door de Republiek Finland, respectievelijk drie en vier middelen aan. Aangezien de drie middelen van de Commissie in wezen overeenkomen met het tweede, het derde en het vierde middel van de Slowaakse Republiek, zal ik die tezamen behandelen in deze conclusie, na het eerste middel van de Slowaakse Republiek te hebben onderzocht.

#### ***A. Eerste middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de overschrijding van de grenzen van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid van het Gerecht***

##### *1. Argumenten van partijen*

27. De Slowaakse Republiek is van mening dat het Gerecht in het bestreden arrest de hem ter beschikking staande bevoegdheid tot rechterlijke toetsing van de besluiten van de Commissie inzake staatssteun heeft overschreden, aangezien het Gerecht de vraag of de betrokken activiteit van de verplichte zorgverzekering een economische activiteit vormde, heeft onderworpen aan een volledige toetsing. Volgens de Slowaakse Republiek behelst deze vraag immers zonder meer complexe economische beoordelingen, waarvoor de Commissie volgens vaste rechtspraak van het Hof een ruime beoordelingsmarge heeft. In het bestreden arrest heeft het Gerecht die beoordelingsmarge evenwel niet geëerbiedigd, maar heeft het zijn eigen economische beoordeling in de plaats gesteld van die van de Commissie.

28. Dôvera en Union betogen dat dit middel ongegrond is. Ter ondersteuning van hun conclusies voeren zij aan dat de vraag of de activiteit van de verplichte zorgverzekering in Slowakije een economische activiteit vormt, geen complexe economische beoordelingen vereist, maar slechts een onderzoek van de feiten. Dergelijke beoordelingen blijken immers alleen nodig bij het beoordelen van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, VWEU. De beoordeling door het Gerecht in het bestreden arrest komt hoe dan ook neer op een kennelijke beoordelingsfout, aangezien het Gerecht heeft geoordeeld dat de in het litigieuze besluit genoemde bewijselementen de in dat besluit getrokken conclusies niet konden onderbouwen.

##### *2. Beoordeling*

29. Allereerst lijkt het mij nuttig, teneinde vast te stellen of het Gerecht inderdaad zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid heeft overschreden, om enkele opmerkingen te maken over de beginselen die van toepassing zijn op de omvang van die toetsing op het gebied van staatssteun.



30. Op dit gebied heeft de Unierechter bij het toetsen van de rechtmatigheid van de besluiten van de Commissie over het algemeen twee mogelijkheden: een volledige toetsing, waarbij hij zijn beoordeling in de plaats stelt van die van de Commissie, of een beperkte toetsing van geringere omvang.<sup>8</sup> In dit laatste geval beperkt de rechter zich „tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt, juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van die feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid”.<sup>9</sup>

31. Volgens vaste rechtspraak bestaat de factor op grond waarvan de Unierechter slechts een beperkte toetsing in plaats van een volledige toetsing verricht, uit het complexe economische of technische karakter van de beoordelingen die de Commissie in het betrokken besluit heeft verricht.<sup>10</sup> Als gevolg van dit karakter moet aan de Commissie een beoordelingsmarge worden toegekend die noopt tot een rechterlijke toetsing van een beperktere omvang.

32. Bijgevolg bestaat de eerste stap van de analyse betreffende de vaststelling van de omvang van de door de Unierechter te verrichten toetsing erin om na te gaan of de aan hem voorgelegde beoordelingen moeten worden aangemerkt als complexe economische beoordelingen.

33. Aangezien een algemene definitie van het begrip „complexe economische beoordeling” ontbreekt, nodigt de rechtspraak ons uit om in dit verband allereerst de vraag te beantwoorden of de beoordelingen van de Commissie waar dit onderzoek betrekking op heeft, zijn uitgevoerd in het kader van het begrip staatssteun dan wel de verenigbaarheid met de interne markt.

34. In dit laatste geval is het niet nodig de analyse voort te zetten, omdat, zoals het Hof herhaaldelijk heeft bevestigd, het onderzoek van de verenigbaarheid overeenkomstig artikel 107, lid 3, VWEU *noodzakelijkerwijs* complexe economische beoordelingen omvat.<sup>11</sup>

35. Het door artikel 107, lid 1, VWEU voorgeschreven onderzoek daarentegen laat in beginsel geen ruimte voor dergelijke beoordelingen, aangezien het begrip staatssteun volgens vaste rechtspraak een juridisch begrip is en moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen.<sup>12</sup> Het Hof heeft echter erkend dat dit begrip in bepaalde gevallen complexe economische beoordelingen met zich kan brengen.

36. De vraag of de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de kwalificatie als onderneming in het kader van het begrip staatssteun, onder een van die gevallen kunnen vallen, is precies hetgeen het Hof moet onderzoeken teneinde het eerste middel van de Slowaakse Republiek te kunnen afdoen.

37. In haar hogere voorziening beperkt de Slowaakse Republiek zich tot de bewering dat de Commissie bij het nagaan of de instanties die actief zijn binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, onder het begrip „onderneming” vallen, zonder meer gebruik heeft gemaakt van complexe economische beoordelingen. Ter ondersteuning van haar argument haalt de Slowaakse Republiek een aantal beslissingen aan waarin het Hof heeft geoordeeld dat de door de Commissie

8 Zie in die zin arresten van 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, EU:C:1996:64, punt 11); 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252, punt 39); 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/UFEX e.a. (C-341/06 P en C-342/06 P, EU:C:2008:375, punt 143), en 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 114).

9 Zie met name arrest van 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, EU:C:1996:64, punt 11).

10 Zie arrest van 2 september 2010, Commissie/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, punt 97).

11 Arrest van 17 september 1980, Philip Morris Holland/Commissie (730/79, EU:C:1980:209, punt 24), waarin het Hof voor het eerst heeft verklaard dat „de Commissie [bij de beoordeling van de verenigbaarheid] over een discretionaire bevoegdheid [beschikt], waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, die dient te geschieden in een communautair kader”.

12 Deze door het Hof vaak herhaalde formulering is voor het eerst gebezigd in het arrest van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punt 25).



verrichte beoordelingen inderdaad als zodanig konden worden aangemerkt. Aangezien het Hof heeft erkend dat die beslissingen complexe economische beoordelingen bevatten, bestaat er volgens de Slowaakse Republiek geen enkele reden om de in deze zaken aan de orde zijnde beoordelingen niet ook als zodanig aan te merken.

38. Alvorens ik een mening kan geven over de gegrondheid van dit argument, lijkt het mij noodzakelijk om te bepalen wat het voorwerp is van de beoordelingen die in deze beslissingen aan de orde zijn <sup>13</sup>:

- in de zaak DSG/Commissie <sup>14</sup> betrof de betrokken beoordeling van de Commissie de vraag of een particuliere investeerder de aan een particuliere onderneming toegekende kredietlijn zou hebben verhoogd of verlengd tegen dezelfde voorwaarden als de Duitse regering, gezien de financiële toestand en het vooruitzicht op rendement van die onderneming;
- in de zaak Spanje/Lenzing <sup>15</sup> had de betrokken beoordeling betrekking op de vraag of een particuliere schuldeiser zich op dezelfde manier zou hebben gedragen als de twee betrokken Spaanse openbare instellingen wat betreft het sluiten van een overeenkomst tot herschikking van schulden met een particuliere onderneming en het niet overgaan tot gedwongen tenuitvoerlegging van die schulden in geval van niet-nakoming van deze overeenkomst door de betrokken onderneming, gezien een reeks factoren en omstandigheden, zoals de gestelde zekerheden voor haar schuldvorderingen en de vooruitzichten op rentabiliteit en levensvatbaarheid van de schuldplichtige onderneming;
- in de zaak Chronopost en La Poste/UFEX e.a. <sup>16</sup> betrof de betrokken beoordeling de vraag of de vergoeding voor de logistieke en commerciële bijstand van de Franse publieke marktdeelnemer in de sector van de gewone postdienst aan de vennootschap die met het beheer van de snelpostdienst was belast, waar hij indirect zeggenschap over had, gedurende een periode van tien jaar, overeenkwam met het gedrag dat een particuliere investeerder in dezelfde omstandigheden aan de dag zou hebben gelegd;
- in de zaak Commissie/Scott <sup>17</sup> had de betrokken beoordeling betrekking op de vraag of de prijs die een vennootschap had betaald voor een terrein dat werd verkocht door de Franse overheidsinstanties, kon worden vergeleken met de verkoopprijs die een particuliere verkoper zou hebben aanvaard;
- in de zaak Land Burgenland e.a./Commissie <sup>18</sup> betrof de betrokken beoordeling de vraag of de Oostenrijkse overheidsinstanties op dezelfde manier hadden gehandeld als een particuliere verkoper toen zij een regionale bank verkochten, niet aan de hoogste bidder, maar aan een andere partij, voor een duidelijk lagere aankoop prijs, gezien de verschillende omstandigheden, zoals de mate van zekerheid van de transactie en de daarbij behorende financiële risico's.

<sup>13</sup> Een van de door de Slowaakse Republiek genoemde beslissingen, te weten het arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), zal ik in mijn analyse niet bespreken, omdat die is gegeven op het gebied van antitrust en niet op dat van staatssteun. Dit aspect houdt volgens mij noodzakelijkerwijs in dat het betrokken arrest niet relevant is voor de vaststelling of de beoordelingen van de Commissie betreffende de vraag of SZP en VŠZP onder het in artikel 107, lid 1, VWEU genoemde begrip „onderneming” vallen, kunnen worden beschouwd als complexe economische beoordelingen, aangezien die vaststelling sterk wordt beïnvloed door de objectieve aard van het begrip staatssteun.

<sup>14</sup> Beschikking van 25 april 2002 (C-323/00 P, EU:C:2002:260).

<sup>15</sup> Arrest van 22 november 2007 (C-525/04 P, EU:C:2007:698).

<sup>16</sup> Arrest van 1 juli 2008 (C-341/06 P en C-342/06 P, EU:C:2008:375).

<sup>17</sup> Arrest van 2 september 2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480).

<sup>18</sup> Arrest van 24 oktober 2013 (C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, EU:C:2013:682).

39. Volgens mij bestaat er weinig twijfel over dat de enkele verwijzing naar die reeks beslissingen van het Hof op zich niet kan rechtvaardigen dat de beoordelingen inzake de kwalificatie van SZP en VŠZP als onderneming, worden aangemerkt als complexe economische beoordelingen, aangezien *geen enkele* van de in die beslissingen als complex economisch aangemerkte beoordelingen betrekking heeft op de vraag of de entiteit die de overheidssteun ontvangt, onder het begrip „onderneming” valt.

40. Bij alle complexe economische beoordelingen die aan de orde waren in de door de Slowaakse Republiek aangehaalde beslissingen ging het daarentegen om de vraag of sprake was van een voordeel door middel van de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie in zijn verschillende verschijningsvormen, te weten het criterium van de particuliere investeerder, van de particuliere schuldeiser en van de particuliere verkoper (hierna: „criterium van de particuliere marktdeelnemer”)<sup>19</sup>, hetgeen mij niet verbaast, aangezien het Hof in het kader van de toetsing die het moet verrichten om vast te stellen of aan alle voorwaarden voor staatssteun is voldaan, bij mijn weten alleen van de beoordelingen betreffende de toepassing van dit criterium heeft erkend dat het ging om complexe economische beoordelingen<sup>20</sup>, waarbij het Hof zelfs heeft verklaard dat deze toepassing altijd een complexe economische beoordeling vereist<sup>21</sup>.

41. Voor het geval dat de Slowaakse Republiek in haar hogere voorziening impliciet aanvoert dat de conclusie met betrekking tot het criterium van de particuliere marktdeelnemer *naar analogie* moet worden toegepast op het onderhavige geval, moet worden nagegaan of de overwegingen die ertoe hebben geleid dat het Hof heeft erkend dat de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer een complexe economische beoordeling vergt, ook van toepassing zijn op de beoordelingen die de Commissie heeft verricht om vast te stellen of SZP en VŠZP onder het begrip „onderneming” vallen, zoals de Slowaakse Republiek beweert.

42. Vastgesteld dient te worden om welke overwegingen het gaat. Ten eerste, wat betreft het economische karakter van de betrokken beoordelingen, bestaat er geen enkele twijfel dat, aangezien een particuliere marktdeelnemer handelt op grond van de te verwachten rentabiliteit, afgezien van alle andere overwegingen<sup>22</sup>, een vergelijking met zijn gedrag noodzakelijkerwijs een analyse van economische gegevens impliceert. Ten tweede, wat betreft het complexe karakter van die beoordelingen, kan dit naar mijn mening worden verklaard door het feit dat het criterium van de particuliere marktdeelnemer niet vereist dat de economische gegevens op bewezen feiten berusten, maar louter hypothetisch zijn, aangezien het gaat om een analyse *ex ante* van de rentabiliteitsvooruitzichten van een handeling op de markt.<sup>23</sup> Het is precies dit element van *prognose*, van *economische verwachting*, waardoor de beoordelingen op basis van de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer complexe economische beoordelingen zijn. Deze vaststelling lijkt mij bovendien in overeenstemming met een passage uit het arrest Commissie/Scott, waarin het Hof met name uit het feit dat het litigieuze terrein aan de betrokken particuliere vennootschap was verkocht zonder onvoorwaardelijke biedprocedure of waardebepaling door een onafhankelijk deskundige, afleidt dat „de taak van de Commissie dus ingewikkeld [was] en [...] zij de marktwaarde van het litigieuze terrein slechts *bij benadering* [kon] bepalen”.<sup>24</sup>

19 Deze criteria zijn gedefinieerd in de mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2016, C 262, blz. 1), punt 74.

20 Zie, naast de door de Slowaakse Republiek aangehaalde beslissingen, ook arresten van 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, EU:C:1996:64, punten 10 en 11), en 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252, punten 38 en 39).

21 Zie arresten van 22 november 2007, Spanje/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, punt 59); 2 september 2010, Commissie/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punt 68); 24 januari 2013, Frucona Košice/Commissie (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punt 74), en 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange (C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 90).

22 Zie in dit verband arrest van 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, EU:C:1986:302, punt 14).

23 Zie met name arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punten 82-85 en 105).

24 Arrest van 2 september 2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punt 70). Cursivering van mij.

43. Samengevat blijkt dat de Commissie bij de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer complexe economische beoordelingen moet verrichten vanwege het feit dat het risico dat samenhangt met elke economische prognose, een uitleggingsinspanning vereist waarvoor de Unierechter niet is toegerust, hetgeen rechtvaardigt dat aan de Commissie een beoordelingsmarge wordt toegekend.<sup>25</sup>

44. Het spreekt voor zich dat deze overwegingen niet naar analogie kunnen worden toegepast op beoordelingen van de Commissie zoals die welke betrekking hebben op de vaststelling of een entiteit die overheidssteun ontvangt, moet worden beschouwd als onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, waarbij geen enkel element van economische prognose aan de orde is.

45. Bijgevolg dient te worden nagegaan of die beoordelingen, en in het bijzonder die welke betrekking hebben op de kwalificatie als onderneming van een entiteit die actief is binnen een socialezekerheidsstelsel, toch kunnen worden beschouwd als complexe economische beoordelingen op basis van *andere* overwegingen dan die welke ertoe hebben geleid dat de beoordelingen in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer als zodanig werden aangemerkt.

46. Hierop moet mijns inziens ontkennend worden geantwoord.

47. Ik ben namelijk van mening dat deze beoordelingen van de Commissie hoe dan ook geen complexe economische beoordelingen zijn en wel om de hieronder genoemde redenen.

48. Ik merk allereerst op dat, zoals zal blijken uit het onderzoek van de middelen betreffende een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het begrip „onderneming”<sup>26</sup>, de vraag of de activiteit van een entiteit die actief is binnen een socialezekerheidsstelsel een economisch karakter heeft en die entiteit op grond daarvan als onderneming moet worden gekwalificeerd, betekent dat moet worden nagegaan of bepaalde elementen, zoals het verplichte of facultatieve karakter van de aansluiting bij het socialezekerheidsstelsel, de mate van vrijheid ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de premies of de mate van afhankelijkheid tussen die premies en de betaalde vergoedingen, aanwezig zijn in het nationale rechtstelsel dat van toepassing is op de uitoefening van de activiteit van het verrichten van de betrokken diensten op het gebied van de sociale zekerheid.

49. Allereerst lijkt het mij duidelijk dat de beoordelingen inzake het bestaan van die elementen, die betrekking hebben op de inhoud van de nationale wetgeving, strikt juridisch en niet economisch zijn.

50. Wat betreft het complexe karakter, zelfs wanneer die beoordelingen in gemengde stelsels een afweging van economische en niet-economische aspecten met zich brengen, denk ik niet dat een dergelijke exercitie zo complex is dat die de toekenning van een beoordelingsmarge aan de Commissie rechtvaardigt, zoals blijkt uit het feit dat het Hof die beoordelingen zelf heeft verricht in de prejudiciële zaken die hebben geleid tot de in de punten 115 en 120 van deze conclusie genoemde arresten.

51. Gezien het voorgaande is het mijns inziens niet nodig om aandacht te besteden aan een nadere uitwerking van dit middel, waarmee de Slowaakse Republiek het Gerecht verwijt niet te hebben vastgesteld dat sprake is van een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie. Die uitwerking is naar mijn mening immers afhankelijk van de vaststelling dat het begrip „onderneming” impliceert dat de Commissie complexe economische beoordelingen verricht, hetgeen volgens mij in casu niet het geval is.

25 Zie Ritleng, D., „Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires”, *AJDA*, 1999, nr. 9, blz. 645.

26 Zie deel C van deze conclusie.

52. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht, door in het bestreden arrest zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie ten aanzien van de kwalificatie van SZP en VŠZP als ondernemingen, niet de grenzen van zijn rechterlijke toetsing, zoals die zijn vastgesteld in de relevante rechtspraak, heeft overschreden.

### *3. Conclusie over het eerste middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P*

53. Gezien het voorgaande stel ik het Hof voor het eerste middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P ongegrond te verklaren.

## ***B. Eerste middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en vierde middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de niet-nakoming van de motiveringsplicht***

### *1. Argumenten van partijen*

54. De Commissie en de Slowaakse Republiek, ondersteund door de Republiek Finland, voeren aan dat de motivering van het bestreden arrest zowel tegenstrijdig als ontoereikend is. In het bijzonder valt op basis van die motivering niet te begrijpen welk juridisch criterium is toegepast in het bestreden arrest. Hoewel het Gerecht het litigieuze besluit nietig heeft verklaard op grond van de toewijzing van het tweede middel van het beroep, betreffende de weging van de economische en niet-economische aspecten, blijkt uit de punten 58 en 63 tot en met 69 van het bestreden arrest dat het Gerecht in werkelijkheid het in het kader van het eerste middel van het beroep voorgestelde juridische criterium heeft toegepast, volgens hetwelk de aanwezigheid van enig economisch aspect in een zorgverzekeringstelsel voldoende is om de activiteit die door de in dit stelsel opererende instanties wordt verricht, te beschouwen als economisch van aard.

55. De Slowaakse Republiek betoogt voorts dat uit de motivering van het bestreden arrest niet blijkt om welke redenen het Gerecht is afgeweken van de rechtspraak van het Hof, noch welk belang het Gerecht heeft toegekend aan de mogelijkheid voor zorgverzekeraars om hun winst gedeeltelijk te gebruiken en uit te keren alsmede aan het feit dat sprake was van een beperkte concurrentie. Met betrekking tot de winst heeft het Gerecht met name nagelaten om rekening te houden met het feit dat een van de in het litigieuze besluit aan de orde zijnde maatregelen van toepassing was in een periode waarin het verzekeringsinstanties verboden was winst uit te keren. Wat betreft de mate van concurrentie, is het bestreden arrest tegenstrijdig, aangezien het Gerecht enerzijds heeft geoordeeld dat slechts sprake was van „enige concurrentie” en anderzijds dat die concurrentie „intens en complex” was.

56. Dôvera en Union brengen daartegen in dat de motivering van het bestreden arrest voldoende duidelijk en nauwkeurig is. In het bijzonder blijkt uit punt 54 van dit arrest dat het Gerecht het door Dôvera in het kader van haar eerste middel voorgestelde juridische criterium niet heeft toegepast, maar een afweging heeft gemaakt van de verschillende elementen van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering. In dit kader vormt punt 69 van het bestreden arrest slechts een obiter dictum en blijkt duidelijk uit de punten 63 tot en met 68 van dit arrest dat de kwalificatie van de activiteit die wordt verricht door de binnen het stelsel van verplichte zorgverzekering opererende instanties, als economisch, was gebaseerd op de aanwezigheid van twee cumulatieve elementen, te weten het bestaan van concurrentie tussen hen en het nastreven van winst door andere instanties dan SZP en VŠZP. Wat betreft het gebruik en de uitkering van de door die zorgverzekeraars gemaakte winst, zijn de bestaande wettelijke beperkingen gebruikelijk voor verzekeringsactiviteiten en betekenen die niet dat de betrokken activiteiten geen economisch karakter hebben. Bovendien zijn de conclusies van het Gerecht betreffende de mate van concurrentie geheel consistent.



## 2. Beoordeling

57. De grieven waarop het onderhavige middel is gebaseerd, hebben betrekking op de vermeende ontoereikendheid en tegenstrijdigheid van de motivering van het bestreden arrest. Zij dienen een voor een te worden onderzocht.

58. Ten eerste, wat betreft de grief dat uit zijn redenering in het bestreden arrest alsmede uit zijn oordeel blijkt dat het Gerecht, zelfs al heeft het het litigieuze besluit nietig verklaard door het tweede middel van het beroep toe te wijzen, in werkelijkheid het juridische criterium dat de verzoekende partij in het kader van haar eerste middel had voorgesteld, heeft toegepast, merk ik op dat deze grief is gebaseerd op de hieronder weergegeven lezing van de punten 58 en 63 tot en met 69 van het bestreden arrest.

59. Bij de behandeling van het tweede middel van het beroep heeft het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest de conclusie van de Commissie dat het Slowaakse stelsel voornamelijk is gebaseerd op solidariteit, bevestigd en in punt 64 van dit arrest ingestemd met de latere uitleg van de Commissie dat de economische kenmerken van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering zijn ingevoerd om ervoor te zorgen dat de sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen van dat stelsel worden behaald. Op grond hiervan had het Gerecht dit middel moeten afwijzen, aangezien het juridische criterium dat de Commissie in haar besluit had toegepast en dat verzoekster in eerste aanleg in het kader van haar tweede middel had aanvaard, erin bestaat dat moet worden nagegaan of het betrokken stelsel voornamelijk is gebaseerd op solidariteit of dat het voornamelijk een economisch karakter heeft, en de verklaringen van het Gerecht in de hierboven genoemde punten duidelijk aangeven dat de eerste optie de juiste is. In punt 68 van het bestreden arrest daarentegen heeft het Gerecht dit middel toegewezen en het litigieuze besluit nietig verklaard op grond van de vaststelling dat de aanwezigheid van andere marktdeelnemers die winst nastreven en het bestaan van concurrentie binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, aantonen dat de activiteit die binnen een dergelijk stelsel wordt verricht, economisch van aard is. Alleen deze twee economische aspecten kunnen dus het aanbieden van de verplichte zorgverzekering in Slowakije veranderen in een economische activiteit, ondanks de hoofdzakelijk sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering.

60. Deze grief is volgens mij gebaseerd op het uitgangspunt dat het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering „hoofdzakelijk” sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering kent.

61. In dit verband merk ik op dat het Gerecht in de versie van de procestaal van het bestreden arrest, te weten de Engelse versie, in punt 54 eerst erop heeft gewezen dat de Commissie had vastgesteld dat dit stelsel „hoofdzakelijk” (predominant) sociale kenmerken en kenmerken inzake solidariteit en regulering kent. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 55 van dit arrest opgemerkt, zo lijkt mij althans, dat uit de toelichting van die kenmerken in het litigieuze besluit in feite blijkt dat die „belangrijk” (*significant*) zijn. Ten slotte is het Gerecht in de punten 56 en 57 van het bestreden arrest nagegaan, door het benoemen van die kenmerken, of deze laatste vaststelling juist was en is het aldus gekomen tot een positief antwoord in punt 58 van dat arrest.

62. Hoewel punt 58 van het bestreden arrest aangeeft dat sprake is van „hoofdzakelijk” (predominant) sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering, lijdt het mijns inziens nauwelijks twijfel dat dit punt, aangezien hierin wordt beoogd de vaststelling van punt 55 van dat arrest te bekrachtigen, aldus moet worden begrepen dat het die aspecten aanmerkt als „belangrijk” (*significant*), hetgeen bovendien overeenkomt met de Franse versie van het bestreden arrest. In punt 58 van die versie staat immers de term „importants” (belangrijk), die in de Engelse versie helaas is vertaald met de term „predominant”.

63. Bovendien en bovenal is de bewering dat sprake is van „hoofdzakelijk” die aspecten geenszins verenigbaar met de laatste zin van punt 58 van het bestreden arrest zelf („that finding is not challenged by the applicant”), aangezien vaststaat dat Dôvera een dergelijke karakterisering van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering meermaals uitdrukkelijk zou hebben tegengesproken tijdens de procedure in eerste aanleg.

64. Punt 58 van het bestreden arrest lijkt inderdaad de conclusies van het litigieuze besluit te bevestigen („In the light of those various factors, *it is necessary to uphold the Commission's conclusion* that, in essence, the Slovak compulsory health insurance scheme had predominant social, solidarity and regulatory features”<sup>27</sup>), waarin de Commissie meerdere keren had vastgesteld dat sprake was van hoofdzakelijk niet-economische aspecten. Echter, de toevoeging in de tekst van dit punt van de uitdrukking „in essence” (*in wezen*) laat volgens mij zien dat het Gerecht instemt met die conclusie voor zover die betrekking heeft op het *bestaan* van die aspecten en niet op de gevolgen die dit bestaan heeft voor de mate van solidariteit van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering met het oog op de karakterisering van de binnen dit stelsel verrichte activiteit als economisch.

65. Bijgevolg, indien ervan wordt uitgegaan dat het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest slechts wilde aangeven dat de niet-economische aspecten van dit stelsel „belangrijk” waren, zie ik niet hoe de motivering van het Gerecht als tegenstrijdig kan worden aangemerkt.

66. Immers, aangezien het Gerecht de conclusie van de Commissie dat het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering voornamelijk was gebaseerd op het solidariteitsbeginsel, niet heeft bevestigd, maar alleen heeft erkend, in het kader van de toepassing van het juridische criterium bestaande uit de afweging van economische en niet-economische aspecten van het stelsel, dat dit stelsel „belangrijke” niet-economische aspecten bezat, is zijn vaststelling dat de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering in Slowakije, gezien de in de punten 63 tot en met 67 van het bestreden arrest onderzochte economische aspecten, een economische activiteit was, geheel consistent met zijn uitgangspunt.

67. In die omstandigheden moet de onderhavige grief mijns inziens worden afgewezen.

68. Ten tweede wat betreft de grief, die volgens mij losstaat van de vorige, volgens welke punt 69 van het bestreden arrest, voor zover hierin is bepaald dat SZP en VŠZP als gevolg van de aanwezigheid van winstgerichte zorgverzekeraars „door het besmettingseffect” in ondernemingen veranderen, aldus moet worden gelezen dat dit element *op zich* voldoende is om vast te stellen dat de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering in Slowakije economisch van aard is, deze kan mij niet overtuigen.

69. Alvorens te beginnen met de analyse moet dit punt in zijn geheel worden weergegeven. Het Gerecht verklaart hierin dat „deze conclusie [volgens welke de betrokken activiteit economisch van aard is] niet ter discussie kan worden gesteld, ook al wordt staande gehouden dat SZP en VŠZP geen winst nastreefden. Wanneer de instanties waarvan de activiteit is onderzocht geen winstoogmerk hebben, maar wel over de vrijheid beschikken om in enige mate met elkaar te concurreren teneinde verzekerden aan te trekken, doet die concurrentie niet automatisch af aan de niet-economische aard van hun activiteit, met name wanneer dit element van concurrentie is ingevoerd om de zorgverzekeraars ertoe aan te zetten om hun activiteit te organiseren volgens de beginselen van goed beheer (arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punt 56). Uit de in punt 48 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt echter dat het feit dat goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, niet belet dat de entiteit die deze transacties op de markt verricht, als onderneming moet worden beschouwd, aangezien dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven.

27 Cursivering van mij.



Hieruit volgt dat het economische karakter van de activiteit niet wordt bepaald door het enkele feit dat sprake is van een concurrentiesituatie op een bepaalde markt, maar veeleer door de aanwezigheid op die markt van marktdeelnemers die winst nastreven. Dit is in casu het geval, aangezien tussen partijen vaststaat dat de andere deelnemers op de betrokken markt inderdaad winst nastreven, zodat SZP en VŠZP, door het besmettingseffect, moeten worden beschouwd als ondernemingen.”

70. Wanneer men zich beperkt tot een zuiver formeel onderzoek, zou kunnen worden ingestemd met de uitlegging van de Commissie en de Slowaakse Republiek. Ik merk op dat het Gerecht immers tot de in punt 69 van het bestreden arrest genoemde vaststellingen is gekomen na in punt 68 van dit arrest te hebben geoordeeld dat de economische aard van de betrokken activiteit het gevolg was van het bestaan van concurrentie op basis van kwaliteit en aanbod van diensten en de aanwezigheid van andere marktdeelnemers met winstoogmerk, waarbij de door het Gerecht gekozen formulering van die vaststelling zo kan worden opgevat dat enkel het nastreven van winst door andere marktdeelnemers, en niet de twee elementen tezamen, nodig was om vast te stellen dat de activiteit economisch van aard was. Voorts heeft het Gerecht meerdere keren een formulering gebruikt die impliceert dat er een hiërarchische verhouding bestaat tussen de twee betrokken elementen („maar *veeleer* door de aanwezigheid op die markt van deelnemers die winst nastreven”<sup>28</sup>) of dat het bestaan van concurrentie op basis van kwaliteit en aanbod van diensten overbodig is („*aangezien* tussen partijen vaststaat dat de andere deelnemers op de betrokken markt inderdaad winst nastreven [...] [moeten] SZP en VŠZP, *door het besmettingseffect*, worden beschouwd als ondernemingen”<sup>29</sup>).

71. Wanneer echter naar de inhoud van punt 69 van het bestreden arrest wordt gekeken, blijkt duidelijk dat de bedoeling ervan niet is om een verandering aan te brengen in de vaststelling in punt 68 van dit arrest, volgens welke het economische karakter van de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering in Slowakije berust op de gelijktijdige aanwezigheid binnen dit socialezekerheidsstelsel van een concurrentiesituatie en van andere marktdeelnemers die winst nastreven. Anders dan de Commissie en de Slowaakse Republiek hebben betoogd, ben ik van mening dat dit punt alleen is toegevoegd, omdat het Gerecht de juridische grondslag heeft willen verduidelijken van het in aanmerking nemen van de aanwezigheid van andere marktdeelnemers die winst nastreven, in het kader van de beoordeling van de vraag of een activiteit zoals de onderhavige moet worden beschouwd als een economische activiteit met het oog op artikel 107, lid 1, VWEU.

72. Dit lijkt mij voort te vloeien uit mijn poging om dit punt vrij weer te geven.

73. De redenering van het Gerecht gaat immers uit van een veronderstelling – hetgeen de verkeerde indruk kan wekken dat het gaat om een obiter dictum<sup>30</sup> –, namelijk dat SZP en VŠZP geen winst nastreven. Indien dit het geval was, vervolgt het Gerecht, kan het enkele feit dat de instanties die actief zijn binnen het socialezekerheidsstelsel over een zekere vrijheid beschikken om met elkaar te concurreren, op zich niets afdoen aan de niet-economische aard van hun activiteit. Deze activiteit heeft echter noodzakelijkerwijs een economisch karakter, verklaart het Gerecht onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, wanneer de marktdeelnemers van wie het aanbod concurreert met dat van SZP en VŠZP, winst nastreven. Bijgevolg – en hier gaat het Gerecht, zonder dit expliciet te vermelden, over van de beoordeling van dit concrete geval op de formulering van een meer algemeen beginsel – vormt de aanwezigheid van marktdeelnemers met winstoogmerk, tezamen met het bestaan van een concurrentiesituatie, een van de elementen die bepalen of een activiteit economisch is.

28 Cursivering van mij.

29 Cursivering van mij.

30 In de memories van antwoord die Dóvera en Union hebben ingediend in de onderhavige gevoegde zaken, hebben zij immers aangevoerd dat deze grief, aangezien die is gericht tegen een obiter dictum, moet worden beschouwd als niet ter zake dienend. Mijn uitlegging in punt 71 van deze conclusie laat zien dat ik het niet eens ben met die lezing.

Aangezien het feit dat de andere instanties die actief zijn binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering winst nastreven onbetwist is, moet de activiteit van SZP en VŠZP, volgens het Gerecht, derhalve worden beschouwd als economisch van aard met het oog op hun kwalificatie als onderneming.

74. Bijgevolg ben ik van mening dat deze tweede grief ook moet worden afgewezen.

75. Ten derde, wat betreft de grief dat het Gerecht niet heeft aangegeven waarom het is afgeweken van de rechtspraak van het Hof, waarin een specifiek socialezekerheidsstelsel altijd werd gekwalificeerd op basis van de overheersende aspecten ervan, wijs ik erop dat deze grief is gebaseerd op een vermeende tegenstrijdigheid tussen de vaststelling dat het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering „hoofdzakelijk” sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering kent (punt 58 van het bestreden arrest) en die dat de binnen dit stelsel verrichte activiteit economisch van aard is (punt 68 van dit arrest).

76. Aangezien punt 58 van het bestreden arrest, zoals ik reeds heb uiteengezet in de punten 61 tot en met 64 van deze conclusie, niet aangeeft dat sprake is van „hoofdzakelijk” die aspecten, maar alleen dat die „belangrijk” zijn, kan het mijns inziens niet anders dan dat deze grief moet worden afgewezen.

77. Ten vierde, wat betreft de grief dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de wettelijke beperkingen ten aanzien van het gebruik en de uitkering van winst ingevolge de Slowaakse wetgeving, ben ik echter van mening dat het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest zijn standpunt voldoende heeft gemotiveerd, voor zover het heeft verklaard dat niet het feit dat de zorgverzekeraars de mogelijkheid hebben om de winst te gebruiken en uit te keren van belang is voor de kwalificatie van hun activiteit als economisch van aard, maar wel dat zij de mogelijkheid hebben om vrijelijk winst na te streven, aangezien uit die laatste mogelijkheid blijkt dat de entiteit een winstoogmerk heeft en dus activiteiten verricht in de economische sfeer.

78. Gezien het feit dat de verklaringen van het Gerecht in die passage van het bestreden arrest geen leemten vertonen, ben ik van mening dat deze grief derhalve moet worden afgewezen.

79. Ten vijfde, wat betreft de grief waarin het Gerecht wordt verweten geen rekening te hebben gehouden met het feit dat een van de in het litigieuze besluit aan de orde zijnde maatregelen van toepassing was op een periode waarin het zorgverzekeraars verboden was winst uit te keren, ben ik van mening dat deze grief, anders dan Dóvera in haar memorie van antwoord in zaak C-271/18 P betoogt, niet voor het eerst in hogere voorziening is aangevoerd en dus ontvankelijk is.<sup>31</sup> Echter, wat betreft de inhoud, ben ik ervan overtuigd dat deze grief niet kan slagen, aangezien, zoals Union in haar memorie van antwoord heeft opgemerkt, het vaste rechtspraak is dat de vraag of een steunmaatregel van de staat staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt, moet worden beantwoord aan de hand van objectieve factoren die worden beoordeeld op de datum waarop de Commissie haar besluit vaststelt.<sup>32</sup> Bijgevolg was het Gerecht in casu gehouden om na te gaan of SZP en VŠZP ondernemingen waren op grond van de situatie zoals die bestond op het moment dat de Commissie haar besluit vaststelde. Op dat moment, te weten oktober 2014, was het verbod op winstuitkering ongrondwettelijk verklaard door het Slowaakse grondwettelijk hof sinds ongeveer drieënhalf jaar en dus niet meer van kracht. Aangezien het Gerecht op dit punt derhalve niet met succes kan worden verweten een ontoereikende motivering te hebben gegeven, moet deze grief volgens mij worden afgewezen.

31 Het is immers vaste rechtspraak van het Hof, dat indien een partij een argument dat zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof zou mogen aanvoeren, haar in feite zou worden toegestaan om bij het Hof, waarvan de bevoegdheid in hogere voorziening beperkt is, een geschil aanhangig te maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. Zie in die zin arrest van 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke en Freistaat Sachsen/Commissie (C-654/17 P, EU:C:2019:634).

32 Zie met name arrest van 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 50).

80. Ten slotte, wat betreft de grief met betrekking tot het tegenstrijdige karakter van de motivering als gevolg van het feit dat het Gerecht in punt 65 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat tussen de instanties die actief zijn binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, slechts sprake was van „enige concurrentie” en in punt 67 van dit arrest dat die concurrentie „intens en complex” was, deel ik het standpunt van Dóvera en Union dat dit verschil berust op het uitgangspunt dat de in punt 65 van het bestreden arrest gebruikte terminologie neerkomt op een „beperkte” concurrentie of een „beperkte mate” van concurrentie, terwijl deze terminologie in werkelijkheid neutraal is en alleen wil zeggen dat de mate van concurrentie niet onbeperkt is. Dit verschil in kwalificatie van de mate van concurrentie komt doordat, terwijl het bijvoeglijk naamwoord „enige” door het Gerecht wordt gebruikt om *in abstracto* een van de elementen te omschrijven die van invloed kunnen zijn op de economische aard van de activiteit, de bijvoeglijke naamwoorden „intens en complex” worden gebruikt na afloop van die beoordeling om de *daadwerkelijke* mate van concurrentie tussen de instanties die actief zijn binnen het Slowaakse stelsel van zorgverzekering, vast te stellen.

81. In die omstandigheden ben ik van mening dat ook deze grief moet worden afgewezen.

### *3. Conclusie over het eerste middel in zaak C-262/18 P en het vierde middel in zaak C-271/18 P*

82. Gezien het voorgaande stel ik het Hof voor om het eerste middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P alsmede het vierde middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P in hun geheel ongegrond te verklaren.

### ***C. Tweede middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en derde middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het begrip „onderneming” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU***

#### *1. Argumenten van partijen*

83. De Commissie en de Slowaakse Republiek, ondersteund door de Republiek Finland, voeren aan dat het Gerecht het begrip „onderneming” in de zin van artikel 107 VWEU verkeerd heeft uitgelegd en is voorbijgegaan aan de rechtspraak van het Hof, met name de arresten AOK Bundesverband e.a.<sup>33</sup>, Poucet en Pistre<sup>34</sup>, Císal<sup>35</sup>, Kattner Stahlbau<sup>36</sup> en AG2R Prévoyance<sup>37</sup>, door in de punten 63 tot en met 69 van het bestreden arrest te oordelen dat het nastreven van winst door de instanties die actief zijn binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, alsmede het bestaan van enige concurrentie tussen die instanties voldoende waren om hun activiteiten te kwalificeren als „economische activiteit”, ondanks het feit dat sprake was van in hoofdzaak niet-economische aspecten. De Slowaakse Republiek voegt hieraan toe dat de benadering van het Gerecht ook in strijd is met de arresten Fédération française des sociétés d'assurance e.a.<sup>38</sup>, Albany<sup>39</sup>, Brentjens<sup>40</sup>, Drijvende Bokken<sup>41</sup> en Pavlov e.a.<sup>42</sup>.

33 Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

34 Arrest van 17 februari 1993 (C-159/91 en C-160/91, EU:C:1993:63).

35 Arrest van 22 januari 2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

36 Arrest van 5 maart 2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

37 Arrest van 3 maart 2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

38 Arrest van 16 november 1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

39 Arrest van 21 september 1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

40 Arrest van 21 september 1999 (C-115/97–C-117/97, EU:C:1999:434).

41 Arrest van 21 september 1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

42 Arrest van 12 september 2000 (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428).

84. Bovendien is het Gerecht voorbijgegaan aan de rechtspraak van het Hof door in punt 69 van het bestreden arrest te oordelen dat door de loutere aanwezigheid van marktdeelnemers die winst nastreven en dezelfde activiteit verrichten als marktdeelnemers zonder winstoogmerk, deze laatste „door het besmettingseffect” ondernemingen worden in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Uit het arrest AOK Bundesverband e.a.<sup>43</sup> blijkt immers dat, behalve het feit dat het Slowaakse stelsel van zorgverzekering „[hoofdzakelijk] sociale kenmerken en kenmerken inzake solidariteit en regulering”<sup>44</sup> kent, de omstandigheid dat de economische kenmerken ervan beogen „te garanderen dat het stelsel blijft voortbestaan en de daaraan ten grondslag liggende sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen worden behaald”<sup>45</sup>, het Gerecht ertoe had moeten aanzetten om te verklaren dat dit stelsel een niet-economisch karakter heeft. Wat betreft de winst, berust punt 64 van het bestreden arrest op een kunstmatig onderscheid tussen enerzijds de mogelijkheid om die winst vrijelijk na te streven en te behalen, en anderzijds de mogelijkheid om die, onder strikte voorwaarden, te gebruiken en uit te keren.

85. Dôvera en Union voeren hiertegen aan dat het bestreden arrest in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof. In dit arrest heeft immers de vereiste analyse plaatsgevonden van de verschillende elementen in kwestie alsmede van het respectievelijke belang en doel ervan. Wat betreft het arrest AOK Bundesverband e.a.<sup>46</sup>, zijn zij van mening dat er zeer grote feitelijke verschillen bestaan tussen het stelsel dat in dat arrest werd onderzocht en het Slowaakse zorgverzekeringstelsel.

86. Zij zijn ook van mening dat de grief volgens welke de benadering van het Gerecht fundamenteel van de rechtspraak van het Hof verschilt, is gebaseerd op een verkeerde uitlegging van punt 58 van het bestreden arrest, aangezien het Gerecht hierin niet heeft geoordeeld dat binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering sprake is van „hoofdzakelijk” economische aspecten, maar alleen dat die aspecten „belangrijk” zijn.

87. Bovendien betogen Dôvera en Union, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie beweert, dat het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest niet heeft erkend dat de economische kenmerken van dit stelsel waren ingevoerd om ervoor te zorgen dat de sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen werden behaald. Volgens hen zijn de beperkingen ten aanzien van het gebruik en de uitkering van de winst gebruikelijk en leiden die niet tot een beperking van de concurrentie. Bovendien is „de mogelijkheid om de winst te gebruiken en uit te keren” niet onlosmakelijk verbonden met „de mogelijkheid om vrijelijk winst na te streven en te behalen”.

88. Ten slotte voeren Dôvera en Union aan dat de kritiek die is gericht tegen punt 69 van het bestreden arrest niet ter zake dienend is, aangezien dit punt een obiter dictum bevat.

## 2. Beoordeling

### a) Inleidende opmerkingen

89. Om te bepalen of het Gerecht, zoals de Commissie en de Slowaakse Republiek betogen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip „onderneming” zoals neergelegd in artikel 107, lid 1, VWEU, moet allereerst opnieuw in herinnering worden gebracht dat de elementen die ertoe hebben geleid dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering verrichte activiteit, ondanks de aanwezigheid van belangrijke

<sup>43</sup> Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

<sup>44</sup> Punt 58 van het bestreden arrest.

<sup>45</sup> Punt 64 van het bestreden arrest.

<sup>46</sup> Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering, moet worden aangemerkt als economisch van aard, bestaan in, ten eerste, het bestaan van concurrentie tussen de entiteiten die binnen dit stelsel actief zijn en, ten tweede, de aanwezigheid van andere marktdeelnemers die winst nastreven dan de entiteit op wie het onderzoek betrekking heeft.

90. Bijgevolg ben ik van mening dat eerst de vraag moet worden onderzocht die volgens mij a priori het meest controversieel is, dat wil zeggen de vraag of het feit dat die marktdeelnemers winst nastreven een *relevant* element is voor het bepalen van het al dan niet economische karakter van een bepaalde activiteit met het oog op de kwalificatie als onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU van de entiteit die deze activiteit verricht (deel b).

91. Vervolgens, nadat is vastgesteld dat dit element niet relevant is, zal ik nagaan, in het licht van de rechtspraak van het Hof betreffende de kwalificatie als onderneming van activiteiten die worden verricht binnen socialezekerheidsstelsels, of op grond van de concurrentie die is toegestaan binnen het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, kan worden geoordeeld dat ondanks de sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering van dit stelsel, de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering moet worden beschouwd als economisch van aard, zoals het Gerecht heeft verklaard in het bestreden arrest. In dit verband kom ik tot een negatief antwoord (deel c).

*b) Relevantie van het nastreven van winst door de andere entiteiten die actief zijn binnen het socialezekerheidsstelsel met het oog op de kwalificatie als economische activiteit*

92. Zoals ik in het voorgaande al heb aangegeven, blijkt uit de punten 68 en 69 van het bestreden arrest dat het nastreven van winst door de andere marktdeelnemers die een verplichte ziektekostenverzekering in Slowakije aanbieden, in de ogen van het Gerecht een aanwijzing vormt voor het economische karakter van de activiteit waarop het onderzoek betrekking heeft.

93. Hiermee heeft het Gerecht de benadering van de Commissie afgewezen, die, door te overwegen dat geen onderscheid hoeft worden gemaakt tussen het maken, het gebruik of de uitkering van winst, de mogelijkheid voor de deelnemers op de betrokken markt om de winst te gebruiken en uit te keren had beoordeeld *in het kader van het onderzoek naar het bestaan van concurrentie* tussen die marktdeelnemers. Meer in het bijzonder had de Commissie in haar besluit erop gewezen dat, zoals het Gerecht heeft herhaald in punt 64 van het bestreden arrest, de mogelijkheid om de gerealiseerde winst te gebruiken en uit te keren niets afdeed aan de niet-economische aard van de door SZP en VŠZP verrichte activiteit, rekening houdend met het feit dat die mogelijkheid strikter was geregeld dan in de klassieke marktsectoren en dat die was onderworpen aan de naleving van voorwaarden die beogen te garanderen dat het stelsel blijft voortbestaan en de sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen van dit stelsel worden behaald. In dit verband heeft het Gerecht, hoewel het de juistheid van die vaststelling erkent, aangegeven dat die niet meer relevant was met het oog op het uitsluiten van de economische aard van de betrokken activiteit „*zodra de betrokken marktdeelnemers winst nastreven*”.<sup>47</sup>

94. Ik ben het niet eens met de uitlegging van het Gerecht.

95. In dit verband merk ik op dat dit element in de rechtspraak van het Hof inzake socialezekerheidsstelsels, nooit in aanmerking is genomen bij de beoordeling van de aard van de door de betrokken entiteiten verrichte activiteit.

<sup>47</sup> Cursivering van mij.



96. Het was te verwachten dat het Gerecht andere rechtspraak noemt die als juridische grondslag kan dienen voor het in aanmerking nemen van dit element. In punt 69 van het bestreden arrest verwijst het Gerecht inderdaad naar „de rechtspraak die in bovenstaand punt 48 is aangehaald”, te weten de arresten van het Hof in de zaken *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>48</sup> en *MOTOE*<sup>49</sup>.

97. Deze dubbele verwijzing noopt mijns inziens tot een zorgvuldig onderzoek.

98. Wat betreft het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>50</sup>, wijst het Gerecht op het antwoord van het Hof met betrekking tot het economische of niet-economische karakter van de activiteit van Italiaanse bancaire stichtingen wanneer zij financiële, commerciële, onroerende en roerende transacties verrichten die noodzakelijk of nuttig zijn ter verwezenlijking van de hun gestelde doelstellingen op het gebied van openbaar belang en sociaal nut. In het bijzonder noemt het Gerecht de punten 122 en 123 van dit arrest, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de activiteit van die stichtingen moet worden beschouwd als economisch van aard, ondanks het feit dat zij hun goederen en diensten zonder winstoogmerk aanbieden, „zodra [hun] aanbod concurreert met dat van deelnemers aan het economische verkeer *die winst nastreven*”.

99. Wat betreft het arrest *MOTOE*<sup>51</sup>, verwijst het Gerecht naar punt 27, waarin de Grote kamer van het Hof met betrekking tot de vraag of het ontbreken van winstoogmerk bij de betrokken entiteit van invloed is op het economische karakter van een activiteit bestaande in het organiseren van motorwedstrijden en, in het kader daarvan, het sluiten van sponsor-, reclame- en verzekeringsovereenkomsten, bovenstaande passage uit het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>52</sup> heeft herhaald.

100. Hieruit volgt dat de juridische grondslag op basis waarvan het Gerecht de aanwezigheid van andere marktdeelnemers die winst nastreven binnen het stelsel waarin een bepaalde entiteit actief is, tezamen met het bestaan van een concurrentiesituatie heeft verheven tot beslissende factor voor het economische karakter van de door die entiteit verrichte activiteit, is gelegen in punt 123 van het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>53</sup>, *zoals bevestigd* door de Grote kamer van het Hof in het arrest *MOTOE*.<sup>54</sup>

101. Echter, net als de Slowaakse Republiek in haar hogere voorziening, ben ik van mening dat het Gerecht de samenhang tussen die twee arresten niet goed heeft begrepen, aangezien het Hof in het arrest *MOTOE*<sup>55</sup> niet de bedoeling had om een algemene betekenis toe te kennen aan de in punt 123 van het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>56</sup> gebruikte formulering, maar veeleer beoogde om de reikwijdte ervan te verduidelijken.

102. Immers, hoewel het Hof naar dit laatste arrest heeft verwezen in punt 27 van het arrest *MOTOE*<sup>57</sup>, toen het zich uitsprak over de invloed van het ontbreken van winstoogmerk bij de Griekse automobiel- en touringclub (hierna: „ELPA”) op de kwalificatie van enkele van zijn activiteiten als economisch van aard, neemt dit niet weg dat het Hof in het volgende punt van het arrest *MOTOE*<sup>58</sup> in wezen heeft aangegeven dat het feit dat *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*, die actief was in dezelfde sector als ELPA, evenmin winst nastreefde, *geen enkele invloed* had op de

48 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

49 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

50 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

51 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

52 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

53 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

54 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

55 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

56 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

57 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

58 Arrest van 1 juli 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

kwalificatie van de aard van de door ELPA verrichte activiteit, om de volgende redenen: „Enerzijds is het niet uitgesloten dat er in Griekenland naast de verenigingen die motorwedstrijden organiseren en commercieel exploiteren zonder winst na te streven, ook verenigingen bestaan die deze activiteit met winstoogmerk verrichten en zodoende met ELPA concurreren. Anderzijds kunnen verenigingen zonder winstoogmerk die goederen of diensten op een bepaalde markt aanbieden, in onderlinge concurrentie staan. Op lange termijn hangt het succes of het economische overleven van zulke organisaties immers af van hun vermogen, de prestaties die zij aanbieden op de betreffende markt te verkopen, ten koste van de prestaties die de andere marktdeelnemers aanbieden.”

103. Aldus heeft het Hof mijns inziens geoordeeld dat een activiteit als economisch kan worden aangemerkt zelfs wanneer de aanwezigheid van concurrenten met winstoogmerk puur hypothetisch is („is het niet uitgesloten dat er [...] bestaan”) of wanneer de concurrenten helemaal geen winst nastreven („kunnen verenigingen zonder winstoogmerk [...] in onderlinge concurrentie staan”).<sup>59</sup>

104. Hiermee heeft het Hof, zonder de in het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*<sup>60</sup> gebruikte formulering te willen toepassen buiten het feitelijk kader dat tot dit arrest had geleid, zijn rechtspraak mijns inziens verhelderd door aan te geven dat het winstoogmerk van de concurrenten van de entiteit op de activiteit waarvan het onderzoek betrekking heeft, geen relevant element vormt in het kader van de beoordeling van de aard van een activiteit. Hetgeen wel relevant is, is *uitsluitend* het feit dat de betrokken entiteiten zich bevinden in een concurrentiesituatie.

105. Bovendien moet worden opgemerkt dat het Hof op een ander gebied reeds heeft aanvaard dat bepaalde activiteiten een niet-economisch karakter kunnen hebben, *ondanks* het feit dat ze worden verricht door marktdeelnemers die winst nastreven.<sup>61</sup> In het arrest *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* heeft het Hof immers geoordeeld dat instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en uit overheidsmiddelen worden gefinancierd, geen economische activiteit uitoefenen wanneer zij educatieve diensten aanbieden, ongeacht het feit dat instellingen die uit particuliere middelen worden gefinancierd, diezelfde diensten aanbieden tegen vergoeding.<sup>62</sup>

106. Deze uitlegging vindt volgens mij steun in de vaste rechtspraak inzake het begrip „onderneming”. Het nastreven van winst door een bepaalde entiteit hangt over het algemeen immers af van haar rechtsvorm en die is volgens die rechtspraak niet relevant voor de kwalificatie van een entiteit als onderneming.<sup>63</sup>

59 Het Hof heeft zich volgens mij sterk laten leiden door de relevante passage uit de conclusie van advocaat-generaal Kokott in deze zaak (C-49/07, EU:C:2008:142, punten 41 en 42), volgens welke „[t]egen de opvatting dat er sprake is van een economische activiteit en dus van een onderneming, [...] evenmin de omstandigheid [pleit] dat een instelling als de ELPA een vereniging zonder winstoogmerk is. Ook zulke instellingen kunnen op een markt met de door hen aangeboden diensten concurreren met andere marktdeelnemers, *ongeacht of die andere marktdeelnemers al dan niet winst nastreven*. Het onderhavige geval laat dit heel duidelijk zien, aangezien wij hier te maken hebben met twee Griekse verenigingen zonder winstoogmerk – de ELPA en de MOTOE – die zich ten doel hebben gesteld, in Griekenland motorwedstrijden te organiseren en te exploiteren. *Zij zullen uiteindelijk slechts succesvol zijn als zij zich met de door hen aangeboden diensten kunnen handhaven tegen andere aanbieders en erin slagen de financiering van hun activiteiten rond te krijgen*” (cursivering van mij). Het enige verschil ligt in het feit dat het Hof, anders dan zijn advocaat-generaal, doet voorkomen alsof die conclusie een verduidelijking is van de reikwijdte van punt 123 van het arrest van 10 januari 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.* (C-222/04, EU:C:2006:8), hetgeen volgens mij de oorzaak is van de uitleggingsfout van het Gerecht in de onderhavige zaak.

60 Arrest van 10 januari 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

61 Zoals de Commissie in haar hogere voorziening heeft opgemerkt, heeft het Gerecht dit beginsel ook aanvaard. In het arrest van 28 september 2017, *Aanbestedingskalender e.a./Commissie* (T-138/15, niet gepubliceerd, EU:T:2017:675), heeft het Gerecht een litigieus besluit bevestigd waarbij was vastgesteld dat het beheer van een platform voor elektronische aanbestedingen, dat was opgericht om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten voldeden aan de op hen rustende wettelijke verplichtingen op grond van een aantal richtlijnen van de Unie inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, geen economische activiteit vormde, ondanks het feit dat ook winstgerichte marktdeelnemers vergelijkbare platforms beheerden. Een tegen dit arrest ingestelde hogere voorziening is onlangs door het Hof afgewezen (arrest van 7 november 2019, *Aanbestedingskalender e.a./Commissie*, C-687/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:932).

62 Arrest van 27 juni 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 50). Het lijkt mij zinvol om op te merken dat het Hof in punt 46 van dit arrest de formulering van punt 123 van het arrest van 10 januari 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.* (C-222/04, EU:C:2006:8), had herhaald. Echter, uit de conclusie die het Hof trekt wat betreft de aard van de onderzochte activiteit blijkt mijns inziens dat de zin „zodra haar aanbod concurreert met dat van deelnemers aan het economische verkeer die winst nastreven” niet aldus is opgevat dat de gelijktijdige aanwezigheid van deze beide elementen is vereist.

63 Deze vaste rechtspraak gaat terug tot het arrest van 23 april 1991, *Höfner en Elser* (C-41/90, EU:C:1991:161, punt 21).

107. Ik ben derhalve van mening dat het Gerecht het begrip „onderneming”, zoals bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU, verkeerd heeft uitgelegd, voor zover het in punt 68 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het nastreven van winst door particuliere verzekeraars een aanwijzing vormde voor de economische aard van de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering door SZP en VŠZP.

*c) Bestaan van voldoende concurrentie om de kwalificatie als economische activiteit te rechtvaardigen*

108. Allereerst moet kort worden ingegaan op de beginselen op grond waarvan het Hof het begrip „onderneming” heeft afgebakend op het gebied van het mededingingsrecht van de Unie.

109. Door het Hof is meermaals geoordeeld dat dit begrip functioneel moet worden opgevat en elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>64</sup> In dit verband omschrijft het Hof een economische activiteit als elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.<sup>65</sup>

110. Met andere woorden, het feit of een activiteit al dan niet als economisch wordt aangemerkt is van groot belang, aangezien de vraag of de concurrentieregels van het Verdrag van toepassing zijn op de onderzochte feitelijke situatie juist afhangt van het resultaat van die beoordeling. Hieruit volgt dat het Hof, wanneer het wordt verzocht om een dergelijke beoordeling uit te voeren, noodzakelijkerwijs „gevaarlijk terrein” betreedt, zoals advocaat-generaal Maduro het zo treffend heeft verwoord in zijn conclusie in de zaak FENIN/Commissie<sup>66</sup>, omdat het een evenwicht moet zien te vinden tussen de noodzaak om een onvervalste mededinging op de interne markt te beschermen en de eerbiediging van de bevoegdheden van de lidstaten.

111. Daarom luistert die beoordeling zo nauw wanneer het gaat om het vaststellen van het al dan niet economische karakter van activiteiten die worden uitgeoefend op gebieden die tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten behoren, waaronder, zoals in casu, de organisatie van een socialezekerheidsstelsel.

112. Op dat gebied werd bovengenoemd evenwicht bereikt op de volgende manier. Enerzijds is in de rechtspraak steeds opnieuw bevestigd dat de lidstaten in beginsel vrij zijn om te bepalen hoe zij hun socialezekerheidsstelsels willen organiseren<sup>67</sup> en anderzijds is hierin verklaard dat de lidstaten desalniettemin aan het coherentievereiste moeten voldoen, in die zin dat zij bepaalde activiteiten alleen aan de toepassing van de mededingingsregels mogen onttrekken indien zij *daadwerkelijk* het solidariteitsbeginsel toepassen.<sup>68</sup>

113. Het onderzoek van het Hof ziet immers op het geheel van nationale regels die van toepassing zijn op het concrete functioneren van elk socialezekerheidsstelsel. Het Hof stelt zichzelf met andere woorden de vraag of het nationale rechtskader zo ontworpen is dat moet worden aangenomen dat de entiteiten die actief zijn binnen het betrokken stelsel, goederen of diensten aanbieden *op een markt* of, om preciezer te zijn, in een concurrentiesituatie. Alleen in het ontkennende geval wordt de desbetreffende activiteit als niet-economisch aangemerkt en worden de mededingingsregels dus buiten toepassing gelaten.

64 Het betreft een rechtspraak die teruggaat tot het arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punt 21). Zie, meer recent, arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punt 103).

65 Zie arrest van 25 juli 2018, Commissie/Spanje e.a. (C-128/16 P, EU:C:2018:591, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66 Conclusie van advocaat-generaal Poiras Maduro in de zaak FENIN/Commissie (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punt 26).

67 Arrest van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, EU:C:1999:311, punt 37).

68 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Poiras Maduro in de zaak FENIN/Commissie (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punt 27). Zie ook mijn overwegingen naar aanleiding van het arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150), in de punten 125-127 en 129 van deze conclusie.

114. Wanneer de onderzochte socialezekerheidsstelsels een gemengd karakter hebben, omdat er naast niet-economische elementen aspecten zijn die wijzen op de aanwezigheid van een markt, hangt de kwalificatie van de binnen die stelsels verrichte activiteit af van een analyse van de verschillende elementen in kwestie alsmede van het respectievelijke belang en doel ervan. Een dergelijke kwalificatie is met andere woorden een „graduele vraag”.<sup>69</sup>

115. Niettegenstaande de casuïstische aanpak van het Hof op dit gebied, kan op grond van een onderzoek van de eerste groep beslissingen die in de memories van partijen zijn besproken, te weten de arresten Poucet en Pistre<sup>70</sup>, Císal<sup>71</sup>, AOK Bundesverband e.a.<sup>72</sup>, Kattner Stahlbau<sup>73</sup> en AG2R Prévoyance<sup>74</sup>, een aantal kenmerken worden onderscheiden waaruit blijkt dat een activiteit geen economisch karakter heeft, te weten, ten eerste, de sociale doelstelling van het stelsel, ten tweede, de toepassing van het solidariteitsbeginsel en, ten derde, het toezicht door de overheid.

116. Het lijkt nauwelijks twijfel dat het stelsel van verplichte zorgverzekering in Slowakije al die kenmerken bezit, zoals het Gerecht in de punten 55 tot en met 57 van het bestreden arrest heeft erkend. Ten eerste heeft het stelsel een sociale doelstelling, aangezien het alle Slowaakse ingezetenen beoogt te verzekeren tegen ziekte, ongeacht hun vermogenssituatie en hun gezondheidstoestand. Ten tweede bevat het stelsel een groot deel van de elementen die volgens de rechtspraak wijzen op de toepassing van het solidariteitsbeginsel, aangezien het voorziet in een verplichte aansluiting, verplichte bijdragen waarvan het bedrag wordt vastgesteld naar evenredigheid van het inkomen van de verzekerden en onafhankelijk van de risico's die voortvloeien uit met name de leeftijd of de gezondheidstoestand van de verzekerden, eenzelfde aanbod van verplichte wettelijke vergoedingen voor alle verzekerden, er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de betaalde uitkeringen en het bedrag van de premies en sprake is van een risicovereveningsregeling.<sup>75</sup> Ten derde bevat dit stelsel de elementen die volgens de rechtspraak wijzen op het bestaan van overheidstoezicht, te weten het feit dat elke zorgverzekerder is opgericht met het doel een dergelijke verzekering aan te bieden en geen andere activiteiten mag verrichten dan die bij wet zijn voorzien, het feit dat die instanties geen invloed kunnen uitoefenen op het bedrag van de premies en de omvang van de bij wet vastgestelde verplichte wettelijke vergoedingen alsmede het feit dat toezicht wordt uitgeoefend op de naleving van het wettelijk kader door een toezichthouder (Slowaakse zorgautoriteit of „HSA”) die ingrijpt wanneer overtredingen worden begaan.<sup>76</sup>

117. Gezien deze mate van solidariteit, moet het Hof in het kader van het onderzoek van de onderhavige middelen een standpunt innemen over de vraag of, zoals het Gerecht heeft geoordeeld na de analyse in de punten 65 tot en met 68 van het bestreden arrest, de ruimte die de Slowaakse wetgever de verzekeraars heeft gegeven om met elkaar te concurreren, voldoende is om de activiteit van het aanbieden van een zorgverzekering in Slowakije toch te beschouwen als een economische activiteit. In dit verband verwijst het Gerecht, zoals gezegd, naar de volgende elementen: ten eerste, de

69 Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de gevoegde zaken AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2003:304, punt 35).

70 Arrest van 17 februari 1993 (C-159/91 en C-160/91, EU:C:1993:63).

71 Arrest van 22 januari 2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

72 Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

73 Arrest van 5 maart 2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

74 Arrest van 3 maart 2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

75 Met betrekking tot de tot dusver opgesomde elementen, zie arresten van 17 februari 1993, Poucet en Pistre (C-159/91 en C-160/91, EU:C:1993:63, punten 10, 12, 13 en 18); 22 januari 2002, Císal (C-218/00, EU:C:2002:36, punten 39-44); 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punten 47-52); 5 maart 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, punten 44-59), en 3 maart 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, punten 47-52).

76 Arresten van 17 februari 1993, Poucet en Pistre (C-159/91 en C-160/91, EU:C:1993:63, punten 14 en 18); 22 januari 2002, Císal (C-218/00, EU:C:2002:36, punten 43-44); 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punten 48-52); 5 maart 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, punten 60-65), en 3 maart 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, punten 53-65).



concurrentie op basis van kwaliteit en efficiënte inkoop, ten tweede, de concurrentie op basis van kwaliteit en omvang van het aanbod, voor zover de zorgverzekeraars de verplichte vergoedingen mogen uitbreiden met aanverwante gratis diensten, en, ten derde, het feit dat de verzekerden het recht hebben om een zorgverzekeraar te kiezen en om eens per jaar van verzekeraar te veranderen.

118. Met betrekking tot de concurrentie op basis van kwaliteit en efficiënte inkoop, die het gevolg is van de vrijheid om te onderhandelen en contracten af te sluiten met de zorgverstrekkers, moet ik echter bij voorbaat zeggen dat die niet in aanmerking kan worden genomen in het kader van de beoordeling van de aard van de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering in Slowakije.

119. In het arrest FENIN/Commissie<sup>77</sup> heeft het Hof immers al geoordeeld dat, aangezien het de activiteit van het *aanbieden* van goederen of diensten op een bepaalde markt is die bepaalt of het een „economische activiteit” betreft, en niet de activiteit van het inkopen als zodanig, voor het bepalen van de aard van de activiteit, de aankoop van het product niet los mag worden gezien van het gebruik ervan, hetgeen betekent dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijs de aard van de inkoopactiviteit bepaalt. Hieruit volgt dat het bestaan van concurrentie bij het inkopen van zorg in casu niet kan worden beschouwd als een aanwijzing voor de economische aard van de activiteit van het aanbieden van de verplichte zorgverzekering, aangezien de aard van die inkoopactiviteit afhangt van die laatste activiteit.<sup>78</sup>

120. Wat betreft de concurrentie op basis van kwaliteit en omvang van het aanbod en de mogelijkheid voor de verzekerden om hun zorgverzekeraar vrijelijk te kiezen, merk ik allereerst op dat, anders dan de Slowaakse Republiek in haar hogere voorziening betoogt, het feit dat de socialezekerheidsstelsels waarvan het Hof tot dusver heeft aangegeven dat die een economisch kader scheppen, zoals de betrokken stelsels in de arresten *Fédération française des sociétés d'assurance* e.a.<sup>79</sup>, *Albany*<sup>80</sup>, *Brentjens*<sup>81</sup>, *Drijvende Bokken*<sup>82</sup>, *Pavlov* e.a.<sup>83</sup>, veel meer economische elementen bevatten dan in het onderhavige geval (vrijwillige of verplichte aansluiting met de mogelijkheid tot vrijstelling, stelsels gebaseerd op het kapitalisatiebeginsel, vaststelling van de hoogte van de premies en van de omvang van de vergoedingen overgelaten aan de betrokken entiteiten), op zich niet kan aantonen dat de betrokken elementen onvoldoende zijn om de activiteit in kwestie aan te merken als economische activiteit.

121. Hetgeen mijns inziens wel tot een dergelijke conclusie kan leiden, zijn de bevindingen die volgen uit het arrest *AOK Bundesverband* e.a.<sup>84</sup>, waarin het Hof een vraag is gesteld over de aard van de door de Duitse ziekenfondsen verrichte activiteit.

122. Twee kenmerken van het in die zaak aan de orde zijnde stelsel maken het volgens mij vergelijkbaar met het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering. Ten eerste voorzagt het in een mate van solidariteit die met dit laatste vergelijkbaar is aangezien het zich kenmerkte door een in beginsel verplichte aansluiting voor alle werknemers, premies waarvan de hoogte voornamelijk afhankelijk was van het inkomen van de verzekerden<sup>85</sup>, wettelijk vastgestelde vergoedingen die gelijk zijn voor alle verzekerden wat betreft de categorieën van verplichte zorg, het ontbreken van een direct verband tussen de premies en de ontvangen vergoedingen alsmede het feit dat de verschillende

<sup>77</sup> Arrest van 11 juli 2006 (C-205/03 P, EU:C:2006:453, punt 26).

<sup>78</sup> Zie ook punt 93 van het litigieuze besluit.

<sup>79</sup> Arrest van 16 november 1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

<sup>80</sup> Arrest van 21 september 1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

<sup>81</sup> Arrest van 21 september 1999 (C-115/97–C-117/97, EU:C:1999:434).

<sup>82</sup> Arrest van 21 september 1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

<sup>83</sup> Arrest van 12 september 2000 (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428).

<sup>84</sup> Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

<sup>85</sup> Arrest van 16 maart 2004, *AOK Bundesverband* e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punten 6 en 7).



ziekenfondsen in kwestie een soort gemeenschap vormden waardoor zij onderling tot een evenwichtige verdeling van kosten en risico's konden komen.<sup>86</sup> Ten tweede kende het stelsel dezelfde concurrentie-elementen als het Slowaakse stelsel, aangezien de ziekenfondsen de verplichte wettelijke vergoedingen mochten aanvullen met bijkomende facultatieve verstrekkingen en de verzekerden vrij waren in de keuze van hun ziekenfonds.<sup>87</sup>

123. In dit verband heeft het Hof in wezen geoordeeld dat het, gezien de solidariteitskenmerken van het stelsel, niet mogelijk was om op grond van de concurrentie-elementen de activiteit van het aanbieden van een zorgverzekering als economische activiteit aan te merken. Terwijl het recht van de verzekerden niet eens in aanmerking was genomen bij deze beoordeling, leidde het feit dat het de ziekenfondsen was toegestaan om aanvullende facultatieve verstrekkingen aan te bieden volgens het Hof niet tot een dergelijk kwalificatie, omdat de verplichte verstrekkingen „in wezen identiek [waren]”.<sup>88</sup> Gezien de in het vorige punt genoemde gemeenschappelijke kenmerken, ben ik ervan overtuigd dat de in dit arrest door het Hof getrokken conclusie kan worden toegepast op de onderhavige zaken<sup>89</sup>, temeer daar het aanbod van de verplichte en voor alle verzekerden identieke vergoedingen van de zorgverzekeraars in Slowakije buitengewoon groot is<sup>90</sup> en de aanvullende gratis verstrekkingen beperkt zijn tot de vergoeding van niet-verplichte vaccins en een onderscheid in openingstijden van de klantenservice.

124. Ik ben van mening dat de niet-economische aard van de betrokken activiteit ook niet in twijfel kan worden getrokken door het feit dat de Slowaakse wetgeving het de zorgverzekeraars toestaat om de winst die uit de uitoefening van hun activiteit voortvloeit, te gebruiken en uit te keren.

125. De juridische grondslag van mijn bewering ligt wederom in het arrest AOK Bundesverband e.a.<sup>91</sup>

126. Ik breng in herinnering dat het Duitse stelsel, behalve de elementen die het gemeen heeft met het onderhavige stelsel, immers een extra element van concurrentie kende waarvan werd verondersteld dat het van groot belang was bij de beoordeling van de aard van de activiteit die werd uitgeoefend binnen een gemengd stelsel, zoals dat in de onderhavige zaak, te weten dat het in dit stelsel de ziekenfondsen was toegestaan om met elkaar te concurreren op basis van de hoogte van de premies door het tarief ervan zelfstandig vast te stellen.<sup>92</sup>

127. Zelfs de mogelijkheid van onderlinge concurrentie op basis van de premies had volgens punt 56 van dat arrest geen invloed op de niet-economische aard van de activiteit, omdat dit element was ingevoerd „om in het belang van de goede werking van het Duitse socialezekerheidsstelsel de ziekenfondsen ertoe aan te zetten, hun activiteiten te organiseren volgens de beginselen van goed beheer, namelijk zo efficiënt en goedkoop mogelijk”. Met andere woorden, zelfs bij een

86 Arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punten 52 en 53).

87 Arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punten 8 en 9).

88 Arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punt 52).

89 Opgemerkt moet worden dat Dôvera ter terechtzitting heeft betoogd dat dit niet mogelijk is, aangezien beide zaken in drie opzichten van elkaar verschillen: ten eerste, de zorgverzekeraars die actief zijn op de Slowaakse markt streven geen winst na, ten tweede, zij zijn opgericht als vennootschappen en ten derde, zij mogen rechtstreeks onderhandelen en contracten afsluiten met de zorgverstrekkers. Wat betreft dit laatste aspect, heb ik reeds in de punten 118 en 119 van deze conclusie aangegeven waarom dit niet in aanmerking kan worden genomen. Met betrekking tot het nastreven van winst door de verzekeringsinstanties heb ik in de punten 92 tot en met 107 van deze conclusie uitgelegd waarom dit aspect niet relevant is voor de kwalificatie van een entiteit als onderneming. Ten slotte wat betreft het feit dat deze instanties zijn opgericht als vennootschappen, beperk ik mij ertoe nogmaals te wijzen op de vaste rechtspraak volgens welke de rechtsvorm van een entiteit, waar het winst oogmerk uiteraard van afhangt, niet relevant is voor die kwalificatie. Zie voor dit laatste punt arrest van 22 oktober 2015, EasyPay en Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90 In het bestreden arrest heeft het Gerecht geen vraagtekens gezet bij de vaststelling in punt 87 van het litigieuze besluit dat het niveau van de verplichte wettelijke vergoedingen inderdaad heel hoog was, aangezien bijna alle zorgprestaties die in Slowakije worden aangeboden, gedekt zijn. Ik merk in dit verband op dat de Slowaakse Republiek in haar hogere voorziening beweert dat 98,9% van alle geleverde zorgprestaties geheel door de zorgverzekeraars wordt vergoed op grond van de verplichte zorgverzekering, zodat de mogelijkheid om met elkaar te concurreren slechts betrekking heeft op 1,1% van de overige zorgprestaties.

91 Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

92 Arrest van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punt 7).

concurrentieniveau dat ontegenzeggelijk veel hoger lag dan dat in het onderhavige geval, heeft het Hof geoordeeld dat de activiteit van het aanbieden van een zorgverzekering in Duitsland niet van economische aard was, aangezien *de nationale wetgever*, door de verzekeringsinstanties er aldus toe aan te zetten om efficiënter te handelen, *de sociale doelstellingen van het stelsel beoogde te behalen*.

128. Dit lijkt mij in de onderhavige zaken ook het geval. Zoals het Gerecht heeft toegegeven in punt 64 van het bestreden arrest, is de mogelijkheid om de winst te gebruiken en uit te keren immers „striktter geregeld dan in de klassieke marktsectoren”, omdat die is „onderworpen aan de naleving van voorwaarden die beogen te garanderen dat het stelsel blijft voortbestaan en de sociale doelstellingen en solidariteitsdoelstellingen van dit stelsel worden behaald”. Deze voorwaarden bestaan in de verplichting tot het vormen van een reserve van 20 % van het volgestorte maatschappelijke kapitaal, in plaats van de 10 % die is vereist voor andere vennootschappen, alsmede een technische reserve om de geplande zorg voor de verzekerde personen op de wachtlijsten te betalen.<sup>93</sup> Het bestaan van deze voorwaarden geeft mijns inziens duidelijk aan dat de mogelijkheid om de winst te gebruiken en uit te keren tot doel heeft de levensvatbaarheid en de houdbaarheid van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering te waarborgen, zodat de sociale doelstellingen ervan kunnen worden behaald.<sup>94</sup>

129. Meer in het algemeen is het Hof volgens mij in de gelegenheid om in zijn komende arrest nader in te gaan op het beginsel dat mijns inziens voortvloeit uit het arrest AOK Bundesverband e.a.<sup>95</sup>, namelijk dat een activiteit als niet-economisch wordt aangemerkt en aldus wordt onttrokken aan de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, voor zover uit het onderzochte nationale socialezekerheidsstelsel blijkt dat de nationale wetgever de sociale doelstelling van het stelsel op *coherente wijze*<sup>96</sup> nastreeft.

130. Gezien al het voorgaande, ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de invloed van de mate van concurrentie die is toegestaan op grond van het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering, te overschatten, en derhalve in punt 70 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat SZP en VŠZP, door een activiteit van economische aard te verrichten, onder het in artikel 107, lid 1, VWEU neergelegde begrip „onderneming” vallen.

### *3. Conclusie over het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P en het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P*

131. Gezien het voorgaande stel ik het Hof voor het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P alsmede het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P toe te wijzen.

### ***D. Derde middel van de Commissie in zaak C-262/18 P en tweede middel van de Slowaakse Republiek in zaak C-271/18 P betreffende de onjuiste opvatting van bepaalde bewijselementen***

#### *1. Argumenten van partijen*

132. De Commissie en de Slowaakse Republiek, ondersteund door de Republiek Finland, voeren aan dat het Gerecht de bewijstukken in meerdere opzichten onjuist heeft opgevat. In het bijzonder is sprake van een dergelijke onjuiste opvatting ten aanzien van de vaststelling in punt 67 van het bestreden arrest dat sprake is van een „intense en complexe concurrentie”, die het gevolg is van de

<sup>93</sup> Zie voetnoot 7, punt 15 van het litigieuze besluit.

<sup>94</sup> Zie punt 95 van het litigieuze besluit.

<sup>95</sup> Arrest van 16 maart 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150).

<sup>96</sup> Het betreft het in punt 112 van deze conclusie genoemde coherentievereiste.

mogelijkheid om verzekerden aan te trekken en betrekking heeft op de kwaliteit van de diensten. De door het Gerecht in de punten 65 en 66 van het bestreden arrest genoemde concurrentie-elementen geven immers aan dat slechts sprake is van een beperkte concurrentie op basis van de kwaliteit van een aantal onbelangrijke aspecten van het aanbieden van een zorgverzekering.

133. De Slowaakse Republiek voegt hieraan toe dat het Gerecht bewijselementen onjuist heeft opgevat door geen rekening te houden met het feit dat een van de in het litigieuze besluit aan de orde zijnde maatregelen van toepassing was op een periode waarin het verzekeringsinstanties was verboden om winst uit te keren. De vaststelling in punt 64 van het bestreden arrest dat de verzekeringsinstanties in Slowakije de mogelijkheid hebben om „vrijelijk” winst na te streven en te behalen, berust ook op een onjuiste opvatting.

134. Dôvera en Union zijn van mening dat deze middelen niet-ontvankelijk zijn, aangezien de Commissie en de Slowaakse Republiek niet aangeven welke bewijselementen onjuist zijn opgevat, maar zich beperken tot een verzoek aan het Hof om de feiten opnieuw te beoordelen. De aan het Gerecht overgelegde bewijselementen onderbouwen hoe dan ook zijn conclusie wat betreft het bestaan van een intense en complexe concurrentie.

135. Bovendien is het argument dat het Gerecht rekening had moeten houden met het feit dat een van de in het litigieuze besluit aan de orde zijnde maatregelen van toepassing was op een periode waarin het de verzekeringsinstanties verboden was om winst uit te keren, niet-ontvankelijk, aangezien het voor het eerst in het stadium van de hogere voorziening is aangevoerd, en is het hoe dan ook niet ter zake dienend en ongegrond. De vaststelling met betrekking tot de mogelijkheid om „vrijelijk” winst na te streven en te behalen, is niet in strijd met het bestaan van een regeling betreffende het maken van winst.

## 2. Beoordeling

136. Om te beginnen lijkt het mij zinvol in te gaan op enkele grondbeginselen die uit de rechtspraak van het Hof voortvloeien met betrekking tot de onjuiste opvatting van bewijselementen.

137. Allereerst breng ik in herinnering dat de waardering van de bewijskracht van de processtukken volgens vaste rechtspraak deel uitmaakt van de soevereine beoordeling van de feiten door het Gerecht, die door het Hof in hogere voorziening niet wordt getoetst, behoudens in geval van een onjuiste opvatting.<sup>97</sup>

138. Een onjuiste opvatting moet duidelijk blijken uit de stukken van het dossier, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw behoeven te worden beoordeeld.<sup>98</sup> Om het bestaan van een onjuiste opvatting aan te tonen, volstaat het niet om een andere lezing van dit bewijs dan die van het Gerecht voor te stellen.<sup>99</sup> Hiertoe moet een rekwirant precies aangeven welke bewijselementen door het Gerecht onjuist zijn opgevat en aantonen met welke fouten in de analyse het Gerecht blijk heeft gegeven van die onjuiste opvatting in zijn beoordeling.<sup>100</sup>

139. In het onderhavige geval, wat betreft, in de eerste plaats, de grief betreffende de onjuiste opvatting van de bewijselementen inzake het bestaan van een tijdelijk verbod voor de zorgverzekeraars om winst uit te keren, merk ik allereerst op dat, anders dan Dôvera in haar memorie van antwoord beweert, de Slowaakse Republiek de aandacht al op dit feit had gevestigd in punt 53 van haar memorie van

<sup>97</sup> Arrest van 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, EU:C:2008:482, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>98</sup> Zie arrest van 4 april 2017, Ombudsman/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>99</sup> Zie arrest van 25 juli 2018, QuaMa Quality Management/EUIPO (C-139/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:608, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>100</sup> Zie arrest van 25 juli 2018, Spanje/Commissie (C-588/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:607, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

interventie voor het Gerecht, zodat dit argument niet voor het eerst is aangevoerd in het stadium van de hogere voorziening. Echter, ik wijs er ook op dat de Slowaakse Republiek in haar hogere voorziening alleen vermeldt dat het verbod op het uitkeren van winst uit meerdere processtukken blijkt, maar geen enkel element noemt dat het Gerecht kennelijk onjuist heeft voorgesteld in het bestreden arrest. Volgens mij is deze grief in werkelijkheid gericht tegen het feit dat het Gerecht er geen rekening mee had gehouden omdat het dit element niet relevant achtte voor zijn onderzoek. Dit komt echter neer op een beoordeling van de bewijselementen die als zodanig buiten de toetsing van het Hof valt in het stadium van de hogere voorziening. Ik ben derhalve van mening dat deze grief niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

140. In de tweede plaats, wat betreft de vraag of de vaststelling van het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest dat de zorgverzekeraars in Slowakije de mogelijkheid hebben om „vrijelijk” winst na te streven en te behalen, een onjuiste opvatting betreft, merk ik op dat de Slowaakse Republiek niet aangeeft welk specifiek element het Gerecht onjuist heeft opgevat, maar alleen in algemene zin verwijst naar de „dossierstukken”. Volgens mij verwijt de Slowaakse Republiek, onder het mom van een vermeende onjuiste opvatting, het Gerecht in wezen de feiten onjuist te hebben beoordeeld. Zij is immers niet van mening dat de door de Slowaakse wet opgelegde beperkingen onjuist zijn opgevat door het Gerecht, maar voert aan dat, anders dan deze laatste heeft geoordeeld, de betrokken beperkingen niet alleen van invloed zijn op de mogelijkheid voor de zorgverzekeraars om de winst te gebruiken en uit te keren, maar ook op de mogelijkheid om die winst te behalen. Volgens mij moet de onderhavige grief derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

141. In de derde plaats betogen de Commissie en de Slowaakse Republiek dat de bewijselementen onjuist zijn opgevat voor zover het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest heeft verklaard dat binnen het Slowaakse zorgverzekeringsstelsel sprake is van een „intense en complexe concurrentie”. Met betrekking hiertoe ben ik van mening dat deze grief in wezen neerkomt op een herhaling van de argumenten die naar voren zijn gebracht in het kader van het tweede middel van de Commissie en het derde middel van de Slowaakse Republiek betreffende een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht, waarvan ik al heb voorgesteld om die af te wijzen op grond van de in de punten 89 tot en met 130 van deze conclusie genoemde redenen.

142. Voor zover het Hof van oordeel is dat dit middel van de Commissie en deze laatste grief van de Slowaakse Republiek inderdaad betrekking hebben op een onjuiste opvatting van de bewijselementen, volstaat het vast te stellen dat de Slowaakse Republiek op geen enkel moment aangeeft welke bewijselementen het Gerecht verkeerd heeft voorgesteld in het bestreden arrest. Wat betreft de Commissie, zij noemt weliswaar een van die elementen, te weten een overzicht van de verschillen in dekking tussen de verschillende zorgverzekeraars, maar geeft nergens aan welke fouten in de analyse tot een dergelijke onjuiste opvatting van het Gerecht hebben geleid. Mijns inziens moeten dit middel van de Commissie en deze grief van de Slowaakse Republiek derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

### *3. Conclusie over het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P en het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P*

143. In het licht van bovenstaande overwegingen stel ik het Hof voor het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-262/18 P alsmede het tweede middel van de hogere voorziening in zaak C-271/18 P in hun geheel niet-ontvankelijk te verklaren.

## V. Incidentele hogere voorzieningen

### A. Argumenten van partijen

144. Met haar incidentele hogere voorzieningen voert Dôvera één enkel middel aan, namelijk dat het Gerecht een procedurefout heeft gemaakt en zijn motiveringsplicht niet is nagekomen toen het in punt 58 van het bestreden arrest verklaarde dat Dôvera de vaststelling dat het Slowaakse zorgverzekeringsstelsel „[hoofdzakelijk] sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering”<sup>101</sup> kende, niet had betwist. Ter ondersteuning van dit middel wijst zij op een aantal passages uit de door haar in eerste aanleg ingediende memories, waarin zij die vaststelling uitdrukkelijk heeft betwist.

145. Het belang van dit middel is volgens Dôvera echter gering, aangezien het slechts nodig is in het onwaarschijnlijke geval waarin het Hof, door de formulering van dit punt van het bestreden arrest strikt uit te leggen, voorbijgaat aan de vertaalfout in de versie van de procestaal, dat wil zeggen de Engelse versie, van dit arrest, waarin sprake is van „predominant” (hoofdzakelijk) sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering, terwijl die zijn omschreven als „importants” (belangrijk) in de Franse versie.

146. Union onderschrijft de conclusies van Dôvera.

147. De Commissie brengt hiertegen in dat de incidentele hogere voorzieningen niet-ontvankelijk zijn, maar, mocht het Hof ze ontvankelijk verklaren, dan moet zij op basis van de Engelse versie van het arrest concluderen dat ze gegrond zijn. De Slowaakse Republiek voert aan dat geen sprake is van enige vertaalfout in de Engelse versie van dit arrest en dat de incidentele hogere voorzieningen hoe dan ook niet-ontvankelijk zijn.

### B. Beoordeling

148. Gezien mijn overwegingen in de punten 61 tot en met 64 van deze conclusie, ben ik van mening dat punt 58 van de Engelse versie van het bestreden arrest een vertaalfout bevat. Aangezien die fout mijns inziens eenvoudig kan worden hersteld in het kader van de uitlegging van het bestreden arrest, ben ik van mening dat het Hof de incidentele hogere voorzieningen niet hoeft te onderzoeken.

149. Mocht het Hof echter van oordeel zijn dat een dergelijk onderzoek nodig is, lijdt het mijns inziens geen twijfel dat het Hof ze niet-ontvankelijk zal verklaren wegens het ontbreken van procesbelang van Dôvera.

150. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers dat het bestaan van procesbelang veronderstelt dat de uitkomst van een incidentele hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn.<sup>102</sup>

151. In eerste aanleg heeft het Gerecht het beroep van Dôvera toegewezen en het litigieuze besluit nietig verklaard. Daarom zie ik niet welk voordeel Dôvera erbij heeft wanneer het Hof haar incidentele hogere voorzieningen toewijst en punt 58 van het bestreden arrest vernietigt voor zover het Gerecht daarin heeft geoordeeld dat Dôvera de bewering dat het Slowaakse stelsel van verplichte zorgverzekering hoofdzakelijk sociale aspecten en aspecten inzake solidariteit en regulering kende, niet

<sup>101</sup> In de Franse tekst van deze conclusie staat hier „prédominants”, hetgeen de letterlijke Franse vertaling is van de in de Engelse versie van het bestreden arrest gebruikte term. In de Franse versie van het bestreden arrest wordt echter de term „importants” gebruikt.

<sup>102</sup> Zie met name arrest van 21 december 2011, Iride/Commissie (C-329/09 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:859, punten 48-51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).



had betwist. Ook al wijst het Hof de onderhavige hogere voorzieningen toe, dan nog ziet die wijziging alleen op de *motivering* van het bestreden arrest en niet op het *dictum* ervan en kan geen enkele wijziging van het dictum, waarin het Gerecht haar beroep heeft toegewezen, Dôvera hoe dan ook enig voordeel opleveren.

### ***C. Conclusie over de incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-262/18 P en C-271/18 P***

152. Gezien deze overwegingen stel ik het Hof voor af te zien van de behandeling van de door Dôvera ingestelde incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-262/18 P en C-271/18 P.

## **VI. Beroep voor het Gerecht**

153. Krachtens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof, wanneer het de beslissing van het Gerecht in geval van gegrondheid van de hogere voorziening vernietigt, de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening terugverwijzen naar het Gerecht.

154. In casu ben ik van mening dat het Hof in staat is uitspraak te doen over de middelen die Dôvera voor het Gerecht heeft aangevoerd.

155. Wat betreft het tweede middel, stel ik voor dit af te wijzen op grond van de punten 89 tot en met 130 van deze conclusie.

156. Wat betreft het eerste middel, zoals samengevat in punt 7 van deze conclusie, stel ik eveneens voor dit in zijn geheel af te wijzen. Wat betreft de eerste grief van dit middel, volgt immers uit de functionele benadering van het begrip „onderneming” zoals uiteengezet in punt 109 van deze conclusie, dat de kwalificatie van een entiteit als zodanig altijd afhangt van een specifieke activiteit. Met andere woorden een entiteit die zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dient alleen ten aanzien van die eerste activiteiten als onderneming te worden aangemerkt. Deze grief moet derhalve worden afgewezen. Wat betreft de tweede grief moet, zoals blijkt uit de in de punten 114 en 115 van deze conclusie genoemde vaste rechtspraak, teneinde de activiteit die wordt verricht binnen gemengde socialezekerheidsstelsels als economisch te kwalificeren, een afweging worden gemaakt bestaande in een analyse van de verschillende economische en niet-economische elementen van het nationale stelsel, alsmede van het respectievelijke belang en doel ervan. Hieruit volgt logischerwijs dat het argument dat elk economisch element volstaat om een dergelijke kwalificatie met zich te brengen, juridisch onjuist is. De tweede grief moet mijns inziens ook worden afgewezen.

## **VII. Kosten**

157. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het de zaak zelf afdoet.

158. Artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van ditzelfde Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, bepaalt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie en de Slowaakse Republiek dit hebben gevorderd, dient Dôvera te worden verwezen in de kosten van de procedure bij het Gerecht en van de onderhavige hogere voorziening.

159. Krachtens artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. De Republiek Finland, die in het geding heeft geïntervenieerd, moet derhalve haar eigen kosten dragen die in het kader van de onderhavige hogere voorziening zijn gemaakt.

160. Volgens artikel 140, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof bepalen dat andere interveniënten dan de in de voorgaande leden bedoelde, hun eigen kosten zullen dragen. Beslist dient te worden dat Union haar eigen kosten draagt die in het kader van de procedure bij het Gerecht en de onderhavige hogere voorziening zijn gemaakt.

## VIII. Conclusie

161. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 5 februari 2018, Dôvera zdravotná poisťovňa/Commissie (T-216/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:64), wordt vernietigd.
- 2) Het beroep van Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. bij het Gerecht van de Europese Unie moet worden verworpen.
- 3) De incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.
- 4) Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in de kosten die de Europese Commissie in het kader van de procedure bij het Gerecht en de onderhavige hogere voorziening heeft gemaakt. Voorts wordt zij verwezen in de kosten die de Slowaakse Republiek in het kader van de onderhavige hogere voorziening heeft gemaakt.
- 5) Union zdravotná poisťovňa a.s. draagt haar eigen kosten die in het kader van de procedure bij het Gerecht en de onderhavige hogere voorziening zijn gemaakt.
- 6) De Republiek Finland draagt haar eigen kosten die in het kader van de onderhavige hogere voorziening zijn gemaakt.”