

Rechtspraak

Arrest FENIN: het begrip onderneming nader uitgewerkt

Mr. S.B. Noë

Dit arrest betreft de vraag of een entiteit die geen goederen en diensten op de markt aanbiedt, maar wel goederen en diensten inkoop, ten aanzien van deze inkoopactiviteiten als onderneming dient te worden aangemerkt. Deze vraag is van principiële belang voor het toepassingsbereik van de mededingingsregels. Het Gerecht van Eerste Aanleg geeft in de zaak FENIN een duidelijk antwoord, dat echter haaks staat op de door de NMa in de zorgsector ingeslagen weg.

*GvEA EG 4 maart 2003, zaak T-319/99, FENIN/Commissie, n.n.g.*¹

Inleiding

Hoeksteen van het mededingingsrecht is het begrip 'onderneming'. Het kartelverbod van de artikelen 81 lid 1 EG en 6 lid 1 Mw betreft mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen, de artikelen 82 EG en 24 lid 1 Mw verbieden misbruik van machtspositie door een of meer ondernemingen en Verordening 4069/89 en hoofdstuk 5 van de Mededingingswet regelen het toezicht op concentraties van ondernemingen. Het mededingingsrechtelijke begrip onderneming is verder van belang voor de toepassing van de Europese staatssteunregels (artikelen 87 en 88 EG), die de toekenning van steun door de lidstaten aan ondernemingen beheersen.

Sinds het arrest *Höfner en Elser tegen Macrotron* uit 1991 wordt het begrip onderneming in het mededingingsrecht omschreven als: 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.²

Onder economische activiteit wordt volgens vaste rechtspraak verstaan het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Ondernemingen zijn echter niet alleen als aanbieder maar ook als vrager van goederen en diensten actief. Een transportbedrijf bijvoorbeeld opereert als aanbieder op de markt voor transportdiensten en als vrager op de markt voor vrachtwagens en brandstoffen. Gedrag van ondernemingen op inkoopmarkten, bijvoorbeeld samenwerking in een inkoopcombinatie, kan de mededinging in beginsel evengoed beïnvloeden als gedrag op verkoopmarkten. De

mededingingsregels hebben daarom zowel betrekking op inkoop als op verkoopactiviteiten van ondernemingen.

Tot voor kort bestond in het Europese mededingingsrecht onduidelijkheid over de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op de inkoop van goederen en diensten door een entiteit die geen goederen en diensten op de markt aanbiedt, bijvoorbeeld de inkoop van goederen of diensten door de overheid ten behoeve van een publieke taak.³ Het is denkbaar dat een dergelijke inkoper over aanzienlijke economische macht beschikt, of dat hij ten nadele van aanbieders samenspannt met andere inkopers. Handelt een dergelijke entiteit voor wat betreft haar inkoopactiviteiten als onderneming, zodat deze activiteiten onder het bereik van de mededingingsregels vallen? Dit is de vraag waarop het Gerecht van eerste aanleg in het in deze bijdrage te bespreken arrest FENIN een ondubbelzinnig antwoord heeft gegeven.

Samenvatting van de feiten en het arrest

De beschrijving van de feiten kan kort blijven. *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)* is een vereniging waarbij de meerderheid van de leveranciers van medische hulpmiddelen aan Spaanse ziekenhuizen is aangesloten. Deze vereniging klaagde bij de Europese Commissie over misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG door haar voornaamste afnemer, de 26 beheersorganen van het *Sistema Nacional de Salud* (het Spaanse nationale gezondheidsstelsel; hierna: SNS). Op 26 augustus 1999 wees de Commissie de klacht af omdat de betrokken beheersorganen geen onderneming zijn wanneer zij deelnemen aan het beheer van de openbare gezondheidsdienst en hun positie van vrager (op de markt voor de inkoop van

¹ Ten tijde van de afronding van deze bijdrage was nog niet bekend of hogere voorziening is ingesteld bij het Hof van Justitie.

² HvJ EG zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

³ Zie hierover Van Gerven, Gyselen, Maresceau en Stuyck, *Kartelrecht II - Europese Gemeenschap*, 1997, p. 68; Waelbroeck en Frignani, *Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE, 4 Concurrence*, 1997, p. 40.

medische hulpmiddelen) niet los kan worden gezien van het latere aanbod (van diensten in het kader van de openbare gezondheidsdienst). De beheersorganen van het SNS handelen dus niet als ondernemingen wanneer zij medische hulpmiddelen inkopen.⁴ FENIN ging in beroep tegen de afwijzing van haar klacht en voerde onder meer met een beroep op het arrest *Poucet en Pistre*⁵ aan dat de Commissie ten onrechte had geoordeeld dat de beheersorganen van het SNS geen onderneming zijn.

Het Gerecht van Eerste Aanleg roept in herinnering dat volgens vaste rechtspraak het begrip onderneming in het communautaire mededingingsrecht elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en vervolgt (r.o. 36-37):

'In dat verband wordt onder economische activiteit verstaan, de activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (zie in die zin arrest Hof van 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jur. p. I-3851, punt 36, en arrest Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie, T-513/93, Jur. p. II-1807, punt 36), en niet de aankoopactiviteit als zodanig. Zoals de Commissie aanvoert, mag voor de bepaling van de aard van de activiteit de aankoop van het product derhalve niet los worden gezien van het latere gebruik van het door de koper verworven product. Bijgevolg bepaalt de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijze de aard van de aankoopactiviteit.

Wanneer bijgevolg een entiteit een product aankoopt, zelfs in grote hoeveelheden, niet om goederen of diensten in het kader van een economische activiteit aan te bieden maar om er in het kader van een andere, bijvoorbeeld zuiver sociale activiteit gebruik van te maken, handelt zij niet als onderneming op grond van het enkele feit dat zij koper is op een markt. Een dergelijke entiteit kan weliswaar een zeer aanzienlijke economische macht uitoefenen, die eventueel tot een monopsonie [een markt waarop slechts één vrager is, sbn] kan leiden, maar handelt voorzover de activiteit voor de uitoefening waarvan zij die producten koopt niet van economische aard is, niet als onderneming in de zin van de communautaire mededingingsregels en valt derhalve niet onder de in de artikelen 81, lid 1, EG en 82 EG neergelegde verboden.'

Het Gerecht constateert vervolgens in r.o. 38-39 dat SNS werkt op basis van het solidariteitsbeginsel en daarom conform de principes van het arrest *Poucet en Pistre* niet als onderneming kan worden aangemerkt. Met andere woorden: SNS biedt geen goederen en diensten aan op de markt. Het Gerecht concludeert dan ook in r.o. 40 dat de beheersorganen van het SNS evenmin als onderne-

ming handelen wanneer zij medische hulpmiddelen inkopen om leden van gratis gezondheidszorg te voorzien.

Commentaar

Het Gerecht geeft met deze overwegingen een duidelijk antwoord op een vraag die van principieel belang is voor het toepassingsbereik van de mededingingsregels. Een entiteit die geen goederen en diensten op de markt aanbiedt, is bij inkoop weliswaar actief in het economisch verkeer, maar niet als een onderneming. De logische consequentie hiervan is dat inkoopactiviteiten buiten het bereik van het mededingingsrecht vallen. Deze redenering bouwt voort op de vaste rechtspraak ten aanzien van het begrip onderneming en valt daarom vanuit dogmatisch oogpunt goed te verdedigen. Het arrest illustreert ook dat een consument als zodanig geen onderneming is. De klant van een supermarkt is geen onderneming, een vereniging van consumenten zoals de Consumentenbond is in beginsel geen ondernemersvereniging (behalve voorzover zij zelf economische activiteiten ontplooit), en eventuele afspraken tussen de Consumentenbond en een supermarkt vallen daarom buiten het bereik van het mededingingsrecht.

Op het eerste gezicht lijkt merkwaardig dat verschillende regels gelden voor gedragingen die een vergelijkbare impact op de markt kunnen hebben (bijvoorbeeld inkoop van kantoor materiaal door een bedrijf of door een ministerie). Hierbij moet echter worden bedacht dat inkoop door niet-ondernemingen in veel gevallen onder het bereik van het aanbestedingsrecht zal vallen. De Europese aanbestedingsrichtlijnen normeren het gedrag van aanbestedingsplichtige opdrachtgevers en bieden belangrijke waarborgen aan de ondernemingen die hen beleveren.⁶ Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat aanbestedende diensten ook bij de toekenning van opdrachten die buiten het bereik van de aanbestedingsrichtlijnen vallen de fundamentele regels van het EG-Verdrag in acht dienen te nemen, en in het bijzonder het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Uit dit verbod vloeit een verplichting tot transparantie voort, die inhoudt dat ten behoeve van elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gewaarborgd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.⁷ De niet-toepasselijkheid van de mededingingsregels wordt dus in aanzienlijke mate gecompenseerd door de toepasselijkheid van regels van aanbestedingsrecht.

Gevolgen van FENIN voor de Nederlandse praktijk

Het arrest FENIN is allereerst relevant voor de Nederlandse mededingingspraktijk omdat de door het Gerecht gekozen oplossing afwijkt van de door de NMa in zaak 181/Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren ingezette lijn in de zorgsector.⁸ In deze zaak oordeelde de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (d-g NMa), in lijn met het arrest *Poucet en Pistre*, dat de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) een wettelijk verplichte algemene volksverzekering is en dat zorgverzekeraars voor wat betreft het 'aanbieden' van AWBZ-verzekeringen geen onderneming in de zin van de Mededingingswet zijn.⁹ Dit ligt echter, zo stelde de d-g NMa, anders bij de inkoop van zorg. De wijze van inkoop van zorg verschilt niet wezenlijk, of zij nu ten behoeve van AWBZ-verzekerden wordt verricht, of ten behoeve van ziekenfondspatiënten of particulier verzekerden. De AWBZ laat zorgverzekeraars in ieder geval bij de

⁴ Ontleend aan r.o. 3 van het arrest. De beschikking van de Commissie is niet gepubliceerd; daarover meer hieronder.

⁵ Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, Jur. 1993, p. I-637.

⁶ Voor een grondige beschrijving hiervan zijn verwezen naar Pijnacker Hordijk en Van der Bend, *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht*, tweede druk, 1999.

⁷ Vergelijk zaak C-324/98, *Telaustria* Verlag, Jur. 2000, p. I-10745, r.o. 60-62.

⁸ Zaaknummer 181/Ontheffingsaanvraag zorgkantoren, besluit van 10 maart 2000.

⁹ NMa zaaknummer 181/Ontheffingsaanvraag zorgkantoren, besluit van 10 maart 2000, randnummers 54-60.

inkoop van diensten van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren en hulpmiddelen voldoende speelruimte om een eigen inkoopbeleid uit te stippelen. In zoverre dienen zij dus als onderneming in de zin van de Mededingingswet te worden aangemerkt.¹⁰ Deze vergaande uitleg van het toepassingsbereik van de mededingingsregels, recent herhaald in de Richtsnoeren voor de zorgsector,¹¹ moet thans in het licht van het FENIN-arrest voor onjuist worden gehouden. De praktische gevolgen voor de door zorgverzekeraars in het kader van de AWBZ gemaakte afspraken lijken overigens beperkt, aangezien de NMa hun ontheffingsaanvraag afwees omdat geen inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw werd gemaakt.

Een volgende vraag is of het arrest FENIN verdergaande implicaties voor het beleid van de NMa in de zorgsector zou kunnen hebben. De d-g NMa heeft in een aantal concentratiebesluiten geoordeeld dat ziekenhuizen als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet dienen te worden aangemerkt, maar dat bij de huidige stand van wet- en regelgeving geen daadwerkelijke mededinging mogelijk is.¹² In het verlengde daarvan stelt de d-g NMa in zaak 346/Intrakoop vast dat de statuten van een inkoopcombinatie van instellingen in de gezondheids- en seniorenzorg een overeenkomst tussen ondernemingen vormt, maar dat – gezien het streng geregleerde karakter van de markten waarop zij hun diensten aanbieden – niet aannemelijk is dat deze instellingen in onderlinge concurrentie staan.¹³ Zou dit laatste – mede in het licht van het FENIN-arrest – echter niet moeten betekenen dat de betreffende zorgaanbieders althans op dit moment nog geen economische activiteit verrichten en dus geen ondernemingen zijn? Het is in elk geval opmerkelijk dat de d-g NMa oordeelt dat hogescholen voor wat betreft hun activiteiten als bekostigde instelling in de zin van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek géén onderneming zijn omdat zij ten aanzien van deze activiteiten vanwege wet- en regelgeving niet over voldoende commerciële speelruimte beschikken,¹⁴ terwijl ziekenhuizen – die bij de huidige stand van wet- en regelgeving evenmin over commerciële speelruimte van enige betekenis beschikken – wél als onderneming worden aangemerkt. De d-g NMa lijkt hier met twee maten te meten. Deze vragen zijn niet gemakkelijk te beantwoorden – de Nederlandse zorgsector is allicht niet goed vergelijkbaar met het Spaanse SNS – maar het FENIN-arrest zal zeker een reden vormen om een en ander nog eens door te denken.

Een derde implicatie van het FENIN-arrest betreft de toepassing van de Europese staatssteunregels in Nederland. De opvatting van de d-g NMa dat entiteiten die geen goederen en diensten op de markt aanbieden, wel onderneming zijn voor wat betreft hun inkoopactiviteiten, zou tot de conclusie kunnen leiden dat overheidssteun aan dergelijke entiteiten onder het bereik van de Europese staatssteunregels valt. Hiermee zou de reikwijdte van deze regels wel bijzonder ver worden opgerekt.

Afrondende opmerkingen

Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft het begrip onderneming op overtuigende wijze verder uitgewerkt en daarmee het toepassingsbereik van de Europese mededingingsregels verder verduidelijkt. Te verwachten valt dat de d-g NMa zijn beleid in de zorgsector zal aanpassen en in volgende zaken de uitleg van het Gerecht zal volgen.

Het verschil tussen het besluit van de d-g NMa in zaak 181 en de ruim een halfjaar eerder genomen beschikking van de Commissie in de zaak FENIN is moeilijk te duiden. De beschikking van de Commis-

sie is niet gepubliceerd, maar aangenomen mag worden dat de Commissie conform artikel 10 van Verordening 17 een kopie van de klacht van FENIN heeft verstrekt aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, en dat zij het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities heeft geraadpleegd over de ontwerpbeschikking. De NMa vertegenwoordigt, veelal in samenwerking met het ministerie van Economische Zaken, Nederland in dit comité, zodat voor de hand ligt dat de FENIN-beschikking ten kantore van de NMa bekend was. Of sprake is geweest van een bewuste afwijking van de opvatting van de Commissie, blijft voor een buitenstaander echter speculatie. Duidelijk is wel dat belanghebbenden – zoals de aanvragers van de ontheffing in zaak 181 – bij gebreke van publicatie van de beschikking in het Publicatieblad niet zonder meer kennis hebben kunnen nemen van de opvatting van de Commissie. Het zou dan ook de transparantie van het mededingingsbeleid – en de 'equality of arms' in nationale kartelprocedures – ten goede komen wanneer de Commissie ertoe overging beschikkingen tot afwijzing van klachten wegens schending van de artikelen 81 en 82 EG systematisch op de (overigens uitstekende) website van DG COMP te publiceren.¹⁵

¹⁰ Ibidem, randnummers 61-67.

¹¹ Richtlijnen voor de zorgsector, *Stcrt.* 206 van 25 oktober 2002, randnummers 51-56. Over deze richtsnoeren: J.W. van de Gronden, Richtsnoeren voor de zorgsector: codificatie van de NMa-beleidspraktijk, *M&M*2003, p. 36.

¹² Het eerste besluit van deze strekking was NMa zaaknummer 165/Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden, besluit van 5 juni 1998; recent bevestigd in zaaknummer 2877/Sint Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum, besluit van 14 maart 2002.

¹³ NMa zaaknummer 346/Intrakoop Coöperatieve Inkoopvereniging voor gezondheids- en seniorenzorg U.A., besluit van 18 augustus 2000, respectievelijk randnummers 30-33 en 61-63.

¹⁴ NMa zaaknummer 2760/Hogeschool Alkmaar – Hogeschool Haarlem – Hogeschool Holland – Ichtus Hogeschool, besluit van 21 december 2001, randnummers 38-50.

¹⁵ Op dit moment kunnen dergelijke beschikkingen overigens wel worden opgespoord via het elektronische register van het Secretariaat-Generaal van de Commissie. Vervolgens kan met een beroep op Verordening 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten een niet-vertrouwelijke versie worden opgevraagd.