



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. PIKAMÄE
fremsat den 19. december 2019¹

Forenede sager C-262/18 P og C-271/18 P

**Europa-Kommissionen
mod
Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (sag C-262/18 P)
og
Den Slovakiske Republik
mod**

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

»Appel – statsstøtte – sygeforsikringsinstitutioner – begrebet »virksomhed« – komplekse økonomiske vurderinger – omfanget af Rettens prøvelsesret – begrebet »økonomisk aktivitet« – andre enheder inden for den sociale sikringsordning, der driver virksomhed med vinding for øje – konkurrence med hensyn til kvaliteten og udbuddet af sygeforsikringsydelser«

Indhold

I. Baggrund for tvisten	3
II. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom	3
III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande	5
IV. Hovedappellerne	7
A. Den Slovakiske Republiks første anbringende i sag C-271/18 P om tilsidesættelse af grænserne for Rettens prøvelsesret	7
1. Parternes argumenter	7
2. Bedømmelse	7
3. Konklusion vedrørende Den Slovakiske Republiks første anbringende i sag C-271/18 P	12
B. Kommissionens første anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks fjerde anbringende i sag C-271/18 P om tilsidesættelse af begrundelsespligten	12

¹ – Originalsprog: fransk.

1. Parternes argumenter	12
2. Bedømmelse	12
3. Konklusion vedrørende det første anbringende i sag C-262/18 P og det fjerde anbringende i sag C-271/18 P	17
C. Kommissionens andet anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks tredje anbringende i sag C-271/18 P om en retlig fejl ved fortolkningen af begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF	17
1. Parternes argumenter	17
2. Bedømmelse	18
a) Indledende bemærkninger	18
b) Hvorvidt det er relevant for kvalificeringen som økonomisk aktivitet, at andre enheder inden for den sociale sikringsordning driver virksomhed med vinding for øje	19
c) Hvorvidt der foreligger en tilstrækkelig grad af konkurrence til at begrunde kvalificeringen som økonomisk	22
3. Konklusion vedrørende det andet appelanbringende i sag C-262/18 P og det tredje appelanbringende i sag C-271/18 P	26
D. Kommissionens tredje anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks andet anbringende i sag C-271/18 P om urigtig gengivelse af visse beviser	27
1. Parternes argumenter	27
2. Bedømmelse	27
3. Konklusion vedrørende det tredje appelanbringende i sag C-262/18 P og det andet appelanbringende i sag C-271/18 P	29
V. Kontraappellerne	29
A. Parternes argumenter	29
B. Bedømmelse	29
1. Konklusion vedrørende kontraappellerne i sagerne C-262/18 P og C-271/18 P	30
VI. Søgsmålet for Retten	30
VII. Sagsomkostninger	31

1. Europa-Kommissionen og Den Slovakiske Republik har med disse appeller nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 5. februar 2018, Dóvera zdravotná poisťovňa mod Kommissionen (T-216/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:64) (herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten gav medhold i det søgsmål, som Dóvera zdravotná poisťovňa a.s. (herefter »Dóvera«) havde anlagt med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 7277 final vedrørende en

række finansielle støtteforanstaltninger, som denne medlemsstat havde iværksat til fordel for Spoločná zdravotná poisťovňa a.s. (herefter »SZP«) og Všeobecná zdravotná poisťovňa a.s. (herefter »VšZP«) (herefter »den omtvistede afgørelse«)².

2. Denne sag indgår som en del af en omfattende retspraksis vedrørende kvalificeringen som »virksomhed« hvad angår enheder, der driver virksomhed inden for en social sikringsordning, i forbindelse med anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, men den giver samtidig Domstolen mulighed for at foretage nogle særdeles velkomne præciseringer navnlig vedrørende den indflydelse, som tilstedeværelsen af andre aktører, der driver virksomhed inden for dette system med vinding for øje, har på denne kvalificering. Desuden skal Domstolen for første gang træffe afgørelse vedrørende omfanget af prøvelsesretten i forhold til Kommissionens vurderinger som led i behandlingen af spørgsmålet om, hvorvidt en enhed skal betragtes som en virksomhed.

I. Baggrund for tvisten

3. I 1994 overgik det slovakiske sygeforsikringssystem fra et enhedssystem med et enkelt statsstyret sygeforsikringsselskab til en pluralistisk model med både offentlige og private enheder. I 2005 ændrede en reform af systemet bl.a. den juridiske form for alle forsikringsudbydere, der gik fra at være juridiske enheder sui generis til at være registrerede selskaber med begrænset ansvar. I 2007 pålagde en lovgivning forsikringsselskaberne et absolut forbud mod med virkning fra den 1. januar 2008 at udlodde overskud i form af dividende. Som følge af en dom fra den slovakiske forfatningsdomstol, der erklærede dette forbud forfatningsstridigt, blev lovgivningen ændret i juli 2011, således at forsikringsselskaberne kunne udlodde overskud under visse betingelser.

4. I øjeblikket kan personer, der er bosiddende i Slovakiet, vælge mellem tre sygeforsikringsinstitutioner:

- de statsejede forsikringsselskaber SZP og VšZP, som fusionerede den 1. januar 2010
- det private forsikringsselskab Dôvera og
- det private forsikringsselskab Union zdravotná poisťovňa a.s. (herefter »Union«).

5. Efter en klage fra Dôvera vedrørende statsstøtte, som Den Slovakiske Republik angiveligt havde tildelt SZP og VšZP, indledte Kommissionen den 2. juli 2013 den formelle undersøgelsesprocedure.

6. Den 15. oktober 2014 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse, hvori det konkluderes, at de omhandlede foranstaltninger ikke udgør statsstøtte, med den begrundelse, at aktiviteterne i den obligatoriske sygeforsikring, således som den er organiseret og gennemført i Slovakiet, ikke kan anses for økonomiske aktiviteter, og at SZP og VšZP som modtagere af de omtvistede foranstaltninger følgelig ikke kan opfattes som »virksomheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF.

II. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

7. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. april 2015 anlagde Dôvera sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse og fremsatte til støtte herfor to anbringender. Med det første anbringende gjorde dette selskab nærmere bestemt gældende, at Kommissionen i to henseender havde begået en retlig fejl ved fortolkningen af begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 107,

2 – Kommissionens afgørelse (EU) 2015/248 af 15.10.2014 om foranstaltningerne i SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) gennemført af Den Slovakiske Republik for Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s. (SZP) og Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s. (VšZP) (EUT 2015, L 41, s. 25).

stk. 1, TEUF. For det første havde Kommissionen ikke undersøgt, om SZP og VŠZP kunne anses for at udøve *nogen som helst* økonomisk aktivitet, enten inden for eller uden for det slovakiske obligatoriske sygeforsikringssystem, i hvilket tilfælde disse institutioner burde have været opfattet som virksomheder. For det andet havde Kommissionen lagt til grund, at kvalificeringen som »økonomisk« hvad angår den aktivitet, der udøves af de selskaber, der er aktive inden for det slovakiske sygeforsikringssystem, beror på en afvejning af de økonomiske og de ikkeøkonomiske faktorer, mens ifølge nævnte selskab tilstedeværelsen af en hvilken som helst økonomisk faktor inden for et sygeforsikringssystem er tilstrækkelig til at kvalificere aktiviteten som økonomisk. Med det andet anbringende gjorde Dóvera nærmere bestemt gældende, at Kommissionen havde begået retlige fejl og anlagt urigtige skøn, da den fastslog, at de ikkeøkonomiske faktorer inden for den slovakiske sygeforsikringsordning vægtede tungere end de økonomiske faktorer.

8. Uden at undersøge det første anbringende tiltrådte Retten det andet anbringende og annullerede på dette grundlag den omtvistede afgørelse.

9. Retten henviste indledningsvis til retspraksis vedrørende begrebet »virksomhed«³, navnlig retspraksis vedrørende sociale sikringsordninger, og dernæst undersøgte den, om Kommissionen begik en retlig fejl, da den konkluderede, at de økonomiske faktorer i det slovakiske obligatoriske sygeforsikringssystem ikke rejste tvivl om dette systems ikkeøkonomiske faktorer⁴. Med henblik på denne undersøgelse anerkendte Retten først og fremmest, at det pågældende system i det væsentlige var kendetegnet ved følgende ikkeøkonomiske faktorer:

- Sygeforsikringsselskaberne er forpligtet ved lov til at optage alle personer, der er bosiddende i Slovakiet, som anmoder herom, og de kan ikke afvise personer på grund af deres alder, sundhedstilstand eller sygdomsrisici.
- Der er tale om et system med obligatoriske bidrag, hvis størrelse fastsættes ved lov i forhold til den forsikredes indkomst, men uafhængigt af de udbetalte ydelser eller af den risiko, der bl.a. kan følge af den forsikredes alder eller sundhedstilstand.
- Alle forsikrede er garanteret det samme grundlæggende ydelsesniveau.
- Der findes en risikoudligningsordning, som tillader, at forsikringsselskaber, der forsikrer personer, som udviser en højere risiko, modtager midler fra forsikringsselskaber, hvis kundeportefølje er sammensat af personer, der udviser en mindre risiko.
- Sygeforsikringsselskaberne reguleres i henhold til særlige bestemmelser; ud over en identisk status samt identiske rettigheder og forpligtelser, er alle institutionerne oprettet med henblik på at udøve offentlig sygeforsikring og må ikke udføre andre aktiviteter end dem, der er fastsat ved lov.
- Sygeforsikringsselskabernes aktiviteter er underlagt en kontrol, som udøves af sundhedstilsynsmyndigheden, der overvåger, at forsikringsselskaberne overholder de ovenfor beskrevne lovmæssige rammer, og som griber ind, hvis rammerne bliver overtrådt.

10. Retten fastslog herefter i den appellerede doms præmis 58, at der var »grund til at godkende Kommissionens konklusion, hvorefter den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning i det væsentlige udviste betydelige sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk«.

3 – Den appellerede dom, præmis 45-53.

4 – Den appellerede dom, præmis 54.

11. Retten videreførte efterfølgende sin bedømmelse under hensyntagen til det omhandlede systems økonomiske faktorer⁵. For det første fandt Retten, at særligt sygeforsikringsselskabernes mulighed for at skabe, anvende og udlodde en del af deres overskud kunne rejse tvivl om den ikkeøkonomiske karakter af disse selskabers aktivitet. I denne sammenhæng var det ikke relevant, at Retten konstaterede, at denne mulighed var betinget af opfyldelsen af strenge krav, der havde til formål at sikre ordningens fortsatte beståen og gennemførelsen af de sociale og solidariske formål, som ligger til grund for ordningen, eftersom de slovakiske sygeforsikringsselskabers mulighed for frit at efterstræbe og opnå profit under alle omstændigheder beviser, at de har vinding for øje, og dermed at de aktiviteter, som de udøver på dette marked, henhører under det økonomiske område.

12. For det andet fastslog Retten, at der forelå en »vis« konkurrence mellem de forskellige sygeforsikringsselskaber med hensyn til kvaliteten og omfanget af udbuddet. I denne henseende fandt Retten, at selv om konkurrencen inden for den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning hverken vedrørte de obligatoriske lovbestemte ydelser eller bidragenes størrelse, var denne konkurrence ikke desto mindre »intens og kompleks« som følge af, at nævnte selskaber havde ret til at supplere de obligatoriske lovbestemte ydelser med gratis tilhørende ydelser, og at de forsikrede frit kunne vælge sygeforsikringsudbydere og skifte en gang om året⁶.

13. I betragtning af, at disse sygeforsikringsselskaber driver virksomhed med vinding for øje, og at der foreligger »intens« konkurrence med hensyn til kvaliteten og udbuddet af ydelser, kvalificerede Retten følgende den aktivitet, der består i levering af sygeforsikring i Slovakiet, som økonomisk aktivitet⁷.

III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

14. Med sin appel i sag C-262/18 P har Kommissionen, støttet af Republikken Finland, nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten, subsidiært træffer Domstolen endelig afgørelse i sagen.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes, eller Dôvera og Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

15. Den Slovakiske Republik har nedlagt følgende påstande:

- Appellen tages til følge.
- Dôvera og Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne, eller afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

16. Dôvera har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

⁵ – Den appellerede dom, præmis 63 og 64.

⁶ – Den appellerede dom, præmis 65-67.

⁷ – Den appellerede dom, præmis 68.

17. Med sin appel i sag C-271/18 P har Den Slovakiske Republik, støttet af Republikken Finland, nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Kommissionen frifindes, subsidiært hjemvises sagen til Retten.
- Dôvera og Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne, eller afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

18. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten, subsidiært træffer Domstolen endelig afgørelse i sagen.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes, eller Dôvera og Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

19. Dôvera og Union har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Den Slovakiske Republik tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

20. Med sine kontraappeller i sagerne C-262/18 P og C-271/18 P har Dôvera nedlagt følgende påstande:

- Præmis 58 i den appellerede dom ophæves, for så vidt som den fastslår, at Dôvera ikke havde bestridt anbringendet om, at den slovakiske sygeforsikringsordning udviser »betydelige sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk«.

21. Union har nedlagt følgende påstande:

- Præmis 58 i den appellerede dom ophæves, for så vidt som den fastslår, at Dôvera ikke havde bestridt anbringendet om, at den slovakiske sygeforsikringsordning udviser »betydelige sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk«.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

22. Den Slovakiske Republik har nedlagt følgende påstande:

- Kontraappellen forkastes.
- Dôvera tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

23. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Kontraappellen forkastes, subsidiært ophæves den appellerede dom.
- Sagen hjemvises til Retten, subsidiært træffer Domstolen endelig afgørelse i sagen.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes, eller Dôvera og Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

24. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 19. november 2018 er sagerne C-262/18 P og C-271/18 P blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

25. Kommissionen, Den Slovakiske Republik, Dóvera og Union har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 1. oktober 2019.

IV. Hovedappellerne

26. Til støtte for deres appeller har Kommissionen og Den Slovakiske Republik, støttet af Republikken Finland, fremsat henholdsvis tre og fire anbringender. Da Kommissionens tre anbringender i det væsentlige svarer til Den Slovakiske Republiks andet, tredje og fjerde anbringende, vil jeg i nærværende forslag til afgørelse behandle dem samlet efter behandlingen af Den Slovakiske Republiks første anbringende.

A. Den Slovakiske Republiks første anbringende i sag C-271/18 P om tilsidesættelse af grænserne for Rettens prøvelsesret

1. Parternes argumenter

27. Den Slovakiske Republik er af den opfattelse, at Retten i den appellerede dom overskred den prøvelsesret, som den råder over i forhold til Kommissionens afgørelser på statsstøtteområdet, for så vidt som Retten underkastede spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede aktivitet vedrørende obligatorisk sygeforsikring udgør en økonomisk aktivitet, en fuldstændig prøvelse. Ifølge Den Slovakiske Republik indebærer dette spørgsmål utvivlsomt nogle komplekse økonomiske vurderinger, hvortil Kommissionen ifølge Domstolens faste praksis har fået tillagt en vid skønsmargen. I den appellerede dom overholdt Retten imidlertid ikke denne skønsmargen, idet den satte sin egen økonomiske vurdering i stedet for Kommissionens.

28. Dóvera og Union har anført, at dette anbringende er ugrundet. Til støtte for deres påstande har de gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt aktiviteten vedrørende obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet udgør en økonomisk aktivitet, ikke kræver komplekse økonomiske vurderinger, men blot en simpel undersøgelse af de faktiske omstændigheder. Sådanne vurderinger er nemlig kun påkrævede, hvis det drejer sig om at vurdere, hvorvidt en støtteforanstaltning er forenelig med det indre marked i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 107, stk. 3, TEUF. Under alle omstændigheder skal Rettens vurdering i den appellerede dom ifølge Dóvera og Union forstås således, at der blev konstateret et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Retten fastslog, at de beviser, der lå til grund for den omtvistede afgørelse, ikke understøttede konklusionerne i denne afgørelse.

2. Bedømmelse

29. For at afgøre, om Retten faktisk overskred sin prøvelsesret, finder jeg det nødvendigt indledningsvis at fremsætte nogle bemærkninger vedrørende de principper, der regulerer intensiteten i nævnte prøvelse på statsstøtteområdet.

30. På dette område udøver Unionens retsinstanser normalt to former for prøvelse af lovligheden af Kommissionens afgørelser: en fuldstændig prøvelse, hvor de sætter deres egen vurdering i stedet for Kommissionens, eller en begrænset prøvelse, hvor omfanget af kontrollen er mere begrænset⁸. I sidstnævnte tilfælde begrænser retsinstansen sig »til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke det anfægtede valg er foretaget, er materielt rigtige, samt til, om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de nævnte faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning«⁹.

31. Det følger af klassisk retspraksis, at den faktor, der skal være til stede, for at Unionens retsinstanser foranlediges til at foretage en simpel, begrænset prøvelse, og ikke en fuldstændig prøvelse, beror på den komplekse økonomiske eller tekniske karakter af Kommissionens vurderinger i den pågældende afgørelse¹⁰. Det er kravet om som følge af denne karakter at tillægge Kommissionen en vid skønsmargen, der foreskriver en prøvelse af mere begrænset omfang.

32. Det første trin i den undersøgelse, der har til formål at bestemme omfanget af den prøvelse, som Unionens retsinstanser skal foretage, består derfor i at undersøge, om de vurderinger, der skal efterprøves, skal karakteriseres som komplekse økonomiske vurderinger.

33. Da der ikke foreligger nogen generel definition af begrebet »kompleks økonomisk vurdering«, opfordrer retspraksis til i denne henseende først og fremmest at besvare spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens vurderinger i forbindelse med denne undersøgelse er blevet foretaget inden for rammerne af statsstøttebegrebet eller inden for rammerne af foreneligheden med det indre marked.

34. I sidstnævnte tilfælde er det ikke nødvendigt at fortsætte undersøgelsen, da en undersøgelse af forenelighed i forbindelse med artikel 107, stk. 3, TEUF, således som Domstolen til stadighed har fastslået, *nødvendigtvis* indeholder komplekse økonomiske vurderinger¹¹.

35. Den undersøgelse, der kræves i medfør af artikel 107, stk. 1, TEUF, efterlader derimod i princippet ingen margen til sådanne vurderinger, i betragtning af, at statsstøttebegrebet ifølge fast retspraksis er af juridisk karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive forhold¹². Ikke desto mindre har Domstolen anerkendt, at dette begreb i visse tilfælde kan nødvendiggøre komplekse økonomiske vurderinger.

36. Det spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til for at træffe afgørelse om Den Slovakiske Republiks første anbringende, er netop spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens vurderinger vedrørende kvalificeringen som virksomhed inden for rammerne af statsstøttebegrebet kan være omfattet af et af disse tilfælde.

37. I sit appelskrift har Den Slovakiske Republik begrænset sig til at anføre, at da Kommissionen undersøgte, hvorvidt de selskaber, der driver virksomhed inden for den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning, er omfattet af begrebet »virksomhed«, gjorde den utvivlsomt brug af komplekse økonomiske vurderinger. Til støtte for sit argument har Den Slovakiske Republik henvist

8 – Jf. i denne retning dom af 29.2.1996, Belgien mod Kommissionen (C-56/93, EU:C:1996:64, præmis 11), af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252, præmis 39), af 1.7.2008, Chronopost og La Poste mod UFX m.fl. (C-341/06 P og C-342/06 P, EU:C:2008:375, præmis 143), samt af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 114).

9 – Jf. bl.a. dom af 29.2.1996, Belgien mod Kommissionen (C-56/93, EU:C:1996:64, præmis 11).

10 – Jf. dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, præmis 97).

11 – Dom af 17.9.1980, Philip Morris Holland mod Kommissionen (sag 730/79, EU:C:1980:209, præmis 24), hvori Domstolen for første gang præciserede, at ved vurderingen af foreneligheden »har Kommissionen fået tillagt et skøn, hvis udøvelse indebærer økonomiske og sociale vurderinger, som må foretages i en fællesskabssammenhæng«.

12 – Der er tale om en formulering, som Domstolen til stadighed har gentaget, og som forekommer første gang i dom af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 25).

til flere afgørelser, hvori Domstolen har fastslået, at Kommissionens vurderinger rent faktisk udviste en sådan karakter. Eftersom Domstolen har anerkendt, at disse vurderinger er kendetegnet ved en kompleks økonomisk karakter, er der ifølge Den Slovakiske Republik ingen grund til, at de i nærværende sager omhandlede vurderinger ikke skulle indrømmes samme karakter.

38. Før jeg kan udtale mig om, hvorvidt dette argument er velbegrundet, er det efter min mening nødvendigt at fastslå genstanden for de vurderinger, der er omhandlet i nævnte afgørelser¹³:

- I sagen DSG mod Kommissionen¹⁴ vedrørte den omhandlede vurdering fra Kommissionen spørgsmålet om, hvorvidt en privat investor ville have forhøjet eller fornyet den kreditlinje, der var blevet indrømmet et privat selskab, på samme vilkår som den tyske regering, henset til selskabets finansielle situation og udsigterne til dets rentabilitet.
- I sagen Spanien mod Lenzing¹⁵ vedrørte den omhandlede vurdering spørgsmålet om, hvorvidt en privat fordringshaver ville have udvist samme adfærd som de to pågældende offentlige spanske organer, i det omfang denne fordringshaver ville have indgået en aftale om gældsomlægning med et privat selskab og undladt at indlede tvangsinddrivelse af gælden på trods af det pågældende selskabs manglende overholdelse af aftalen, henset til en række faktorer og omstændigheder, bl.a. de garantier, der var knyttet til fordringerne, og udsigterne til debitorselskabets overlevelse og rentabilitet.
- I sagen Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl.¹⁶ vedrørte den omhandlede vurdering spørgsmålet om, hvorvidt vederlaget for den logistiske og forretningsmæssige bistand, som den offentlige franske aktør på området for almindelig postbesørgelse gennem ti år havde ydet til det selskab, der varetog den kurertjeneste, som samme offentlige aktør indirekte kontrollerede, svarede til den adfærd, som en privat investor ville have udvist under de samme betingelser.
- I sagen Kommissionen mod Scott¹⁷ vedrørte den omhandlede vurdering spørgsmålet om, hvorvidt den pris, som et selskab havde betalt for en grund, der var solgt af de offentlige myndigheder i Frankrig, svarede til den salgspris, som en privat sælger ville have accepteret.
- I sagen Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen¹⁸ vedrørte den omhandlede vurdering spørgsmålet om, hvorvidt de offentlige myndigheder i Østrig havde handlet på samme måde, som en privat sælger ville have gjort, da de solgte en regionalbank, ikke til den højestbydende, men til en anden part, og til en købspris, der lå klart under det højeste bud, henset til forskellige omstændigheder, bl.a. transaktionens sikkerhed og de dermed forbundne finansielle risici.

39. Imidlertid kan der efter min opfattelse næppe være tvivl om, at den blotte henvisning til denne række af afgørelser fra Domstolen ikke i sig selv kan begrunde, at vurderinger, der vedrører kvalificeringen af SZP og VŠZP som virksomheder, tillægges en kompleks økonomisk karakter, eftersom *ingen* af de vurderinger, der anses for økonomisk komplekse i disse afgørelser, har til formål at afgøre, hvorvidt den enhed, der modtager den offentlige støtte, er omfattet af begrebet »virksomhed«.

13 – En af de afgørelser, som Den Slovakiske Republik har henvist til, nemlig dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), indgår ikke i min bedømmelse, som følge af, at den er truffet på antitrustområdet og ikke på statsstøtteområdet. Denne omstændighed medfører efter min opfattelse uundgåeligt, at den pågældende dom ikke er relevant med henblik på at afgøre, om Kommissionens vurderinger i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt SZP og VŠZP er omfattet af begrebet »virksomhed« i artikel 107, stk. 1, TEUF, udgør komplekse økonomiske vurderinger, idet denne afgørelse er stærkt påvirket af statsstøttebegrebets objektive karakter.

14 – Kendelse af 25.4.2002 (C-323/00 P, EU:C:2002:260).

15 – Dom af 22.11.2007 (C-525/04 P, EU:C:2007:698).

16 – Dom af 1.7.2008 (C-341/06 P og C-342/06 P, EU:C:2008:375).

17 – Dom af 2.9.2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480).

18 – Dom af 24.10.2013 (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682).

40. Derimod er genstanden for samtlige komplekse økonomiske vurderinger, der er omhandlet i de afgørelser, som Den Slovakiske Republik har henvist til, en undersøgelse af, hvorvidt der foreligger en fordel, ved hjælp af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi i dets forskellige afledte former, nemlig kriteriet om den private investor, kriteriet om den private kreditor og kriteriet om den private sælger (herefter »kriteriet om den private aktør«)¹⁹, hvilket jeg ikke finder overraskende i betragtning af, at Domstolen, inden for rammerne af den prøvelse, som den skal foretage for at afgøre, hvorvidt betingelserne for, at der foreligger statsstøtte, er opfyldt, så vidt jeg ved, kun har indrømmet en økonomisk kompleks karakter for vurderinger, der vedrører anvendelsen af dette kriterium²⁰, idet Domstolen er gået så vidt som til at erklære, at denne anvendelse er fast forbundet til en sådan karakter²¹.

41. For så vidt som det kan antages, at Den Slovakiske Republik i sit appelskrift implicit har gjort gældende, at konklusionen angående kriteriet om den private aktør skal finde analog anvendelse i de foreliggende sager, kan det overvejes, om de hensyn, der foranledigede Domstolen til at indrømme anvendelsen af kriteriet om den private aktør en kompleks økonomisk karakter, kan overføres på de vurderinger, som Kommissionen foretog, da den skulle afgøre, hvorvidt SZP og VŠZP, således som Den Slovakiske Republik har anført, er omfattet af begrebet »virksomhed«.

42. Det bør fastslås, hvilke disse hensyn er. For det første er der hvad angår den økonomiske karakter af de pågældende vurderinger ingen tvivl om, at eftersom en privat aktør handler ud fra udsigterne til rentabel drift, idet der ses bort fra ethvert andet hensyn²², indebærer gennemførelsen af en undersøgelse af overensstemmelsen med en sådan adfærd nødvendigvis en analyse baseret på økonomiske data. For det andet kan de omhandlede vurderingers komplekse karakter efter min opfattelse forklares med, at kriteriet om den private aktør ikke kræver, at der godtgøres sikre, men blot rent hypotetiske, økonomiske data, i det omfang der er tale om en forhåndsanalyse af rentabilitetsudsigterne for en given adfærd på markedet²³. Det er netop dette *fremadskuende* moment af *økonomisk forudsigelse*, der efter min opfattelse har lagt grunden til den komplekse økonomiske karakter af de vurderinger, som følger af anvendelsen af kriteriet om den private aktør. I øvrigt bestyrkes denne konstatering efter min opfattelse af et uddrag fra dommen i sagen Kommissionen mod Scott, hvori Domstolen bl.a. udledte af den omstændighed, at den omtvistede grund var blevet solgt til det pågældende private selskab, uden at der blev afholdt en ubetinget udbudsprocedure eller foretaget en vurdering af en uafhængig sagkyndig, at »Kommissionens opgave [derfor var] kompliceret og [kun kunne] føre til en tilnærmelsesvis ansættelse af den omtvistede grunds markedsværdi«²⁴.

43. Sammenfattende fremgår det, at den komplekse økonomiske karakter af de vurderinger, som Kommissionen har fremlagt i forbindelse med, at den har anvendt kriteriet om den private aktør, beror på, at den risiko, der er forbundet med enhver økonomisk prognose, nødvendiggør et fortolkningsarbejde, som Unionens retsinstanser ikke er forberedt til, hvilket begrundes, at Kommissionen tilstås en skønsmargen²⁵.

19 – Disse kriterier er defineret i Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2016, C 262, s. 1), i punkt 74.

20 – Ud over de afgørelser, som Den Slovakiske Republik har henvist til, jf. ligeledes dom af 29.2.1996, Belgien mod Kommissionen (C-56/93, EU:C:1996:64, præmis 10 og 11), og af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252, præmis 38 og 39).

21 – Jf. dom af 22.11.2007, Spanien mod Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, præmis 59), af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 68), af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 74), samt af 30.11.2016, Kommissionen mod Frankrig og Orange (C-486/15 P, EU:C:2016:912, præmis 90).

22 – Jf. i denne henseende dom af 10.7.1986, Belgien mod Kommissionen (sag 234/84, EU:C:1986:302, præmis 14).

23 – Jf. bl.a. dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 82-85 samt 105).

24 – Dom af 2.9.2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 70). Min fremhævelse.

25 – Jf. D. Ritleng, »Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires«, AJDA, 1999, nr. 9, s. 645.

44. Disse betragtninger finder naturligvis ikke tilsvarende anvendelse på Kommissionens vurderinger, såsom dem, der har til formål at afgøre, om en enhed, der modtager offentlig støtte, skal betragtes som en virksomhed som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, idet disse vurderinger ikke indeholder nogen form for økonomisk prognose.

45. Det er således et spørgsmål om, hvorvidt nævnte vurderinger, og særligt dem, der vedrører kvalificeringen som virksomhed hvad angår en enhed, der driver virksomhed inden for en social sikringsordning, alligevel kan anses for at være kendetegnet ved en kompleks økonomisk karakter ud fra nogle hensyn, der er *forskellige* fra de hensyn, der lå til grund for indrømmelsen af en sådan karakter ved anvendelsen af kriteriet om den private aktør.

46. Spørgsmålet må efter min opfattelse besvares benægtende.

47. Det er således min opfattelse, at de omhandlede vurderinger fra Kommissionen under alle omstændigheder ikke har en kompleks økonomisk karakter, af de grunde, som jeg redegør for nedenfor.

48. Jeg bemærker indledningsvis, således som det fremgår af behandlingen af de anbringender, der vedrører en retlig fejl ved fortolkningen af begrebet »virksomhed«²⁶, at spørgsmålet om, hvorvidt den aktivitet, der udøves af en enhed, der driver virksomhed inden for en social sikringsordning, er af økonomisk karakter, og således gør det muligt at kvalificere denne enhed som virksomhed, indebærer, at det kontrolleres, at visse forhold gør sig gældende i det nationale regelsæt, der gælder for udøvelsen af den aktivitet, der vedrører udbud af den omhandlede socialsikringstjeneste, f.eks. om optagelsen i den sociale sikringsordning er obligatorisk eller frivillig, om bidragenes størrelse fastsættes frit eller ej, eller om bidragenes størrelse afhænger eller ikke afhænger af de udbetalte ydelser.

49. Imidlertid er der efter min opfattelse indledningsvis ingen tvivl om, at vurderingerne af, hvorvidt disse forhold gør sig gældende, hvilke vedrører indholdet i national lovgivning, i høj grad er af juridisk, og ikke økonomisk, karakter.

50. Hvad angår den komplekse karakter – selv om disse vurderinger i de »blandede« ordninger indebærer en afvejning af økonomiske og ikkeøkonomiske faktorer – er det ikke min opfattelse, at en sådan operation er så kompleks, at den begrunder, at Kommissionen tilstås en skønsmargen, hvilket bevidnes af den kendsgerning, at Domstolen selv har foretaget sådanne vurderinger i de præjudicielle sager, der har givet anledning til de i punkt 115 og 120 i nærværende forslag til afgørelse nævnte domme.

51. Henset til det ovenfor anførte er det efter min opfattelse ikke nødvendigt at beskæftige sig yderligere med dette anbringende, på grundlag af hvilket Den Slovakiske Republik har foreholdt Retten, at den ikke fastslog, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn fra Kommissionens side. Det er nemlig min vurdering, at denne fremstilling afhænger af, at det konstateres, at begrebet »virksomhed« forudsætter, at Kommissionen foretager komplekse økonomiske vurderinger, hvilket jeg i det foreliggende tilfælde foreslår at tilbagevise.

52. Jeg er derfor af den opfattelse, at Retten ved i den appellerede dom med hensyn til kvalificeringen af SZP og VŠZP som virksomheder at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens ikke overskred grænserne for sin prøvelsesret, således som disse er fastsat i den relevante retspraksis.

26 – Jf. afsnit C i nærværende forslag til afgørelse.

3. Konklusion vedrørende Den Slovakiske Republiks første anbringende i sag C-271/18 P

53. I betragtning af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at forkaste det første appelanbringende i sag C-271/18 P som ugrundet.

B. Kommissionens første anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks fjerde anbringende i sag C-271/18 P om tilsidesættelse af begrundelsespligten

1. Parternes argumenter

54. Kommissionen og Den Slovakiske Republik har, støttet af Republikken Finland, gjort gældende, at begrundelsen i den appellerede dom både er selvmodsigende og utilstrækkelig. Særligt gør denne begrundelse det ikke muligt at forstå, hvilket retligt kriterium der blev anvendt i den appellerede dom. Mens Retten annullerede den omtvistede afgørelse, idet den tiltrådte det andet anbringende vedrørende afvejningen af de økonomiske og de ikkeøkonomiske faktorer, følger det nemlig af den appellerede doms præmis 58 og 63-69, at Retten i virkeligheden anvendte det retlige kriterium, der blev fremsat i forbindelse med det første anbringende, hvorefter tilstedeværelsen af en hvilken som helst økonomisk faktor inden for et sygeforsikringssystem er tilstrækkelig til, at den aktivitet, der udøves af de institutioner, der er aktive inden for dette system, kvalificeres som økonomisk.

55. Den Slovakiske Republik har tilføjet, at begrundelsen i den appellerede dom hverken gør det muligt at forstå grundene til, at Retten fraveg Domstolens praksis, eller den betydning, som Retten tillagde dels sygeforsikringsselskabernes mulighed for at anvende og udlodde en del af deres overskud, dels den begrænsede grad af konkurrence. Hvad angår overskuddet undlod Retten bl.a. at tage i betragtning, at en af de foranstaltninger, der var genstand for den omtvistede afgørelse, fandt anvendelse i en periode, hvor det var forbudt for forsikringsselskaberne at udlodde overskud. Hvad angår graden af konkurrence er den appellerede dom selvmodsigende, idet Retten på den ene side fastslog, at disse selskaber kun indlod sig på »en vis konkurrence«, og på den anden side, at denne konkurrence var »intens og kompleks«.

56. Dóvera og Union har heroverfor anført, at begrundelsen i den appellerede dom er tilstrækkeligt klar og præcis. Særligt kan det udledes af dommens præmis 54, at Retten ikke anvendte det retlige kriterium, som Dóvera havde fremsat under sit første anbringende, men foretog en afvejning af de forskellige faktorer i den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning. I denne henseende udgør den appellerede doms præmis 69 kun et obiter dictum, ligesom det fremgår klart af dommens præmis 63-68, at kvalificeringen som økonomisk hvad angår den aktivitet, der udøves af de selskaber, der er aktive inden for det obligatoriske sygeforsikringssystem, er baseret på tilstedeværelsen af to selvforstærkende faktorer, nemlig at der foreligger konkurrence mellem disse selskaber, og at andre selskaber end SZP og VŠZP driver virksomhed med vinding for øje. Hvad angår anvendelsen og udlodningen af disse sygeforsikringsselskabers realiserede overskud er de gældende lovmæssige restriktioner almindelige i forhold til forsikringsaktiviteter og betyder ikke, at de omhandlede aktiviteter helt savner økonomisk karakter. Rettens konstateringer med hensyn til graden af konkurrence er i øvrigt fuldstændig konsistente.

2. Bedømmelse

57. De klagepunkter, som nærværende anbringende er bygget op omkring, vedrører den angiveligt utilstrækkelige og selvmodsigende karakter af begrundelsen i den appellerede dom. Disse klagepunkter skal behandles hver for sig.

58. For det første erindrer jeg om – for så vidt angår klagepunktet om, at Rettens ræsonnement i den appellerede dom samt dommens konklusion viser, at selv om Retten annullerede den omtvistede afgørelse, idet den tiltrådte det andet anbringende i sagen, anvendte den i virkeligheden det retlige kriterium, som sagsøgeren havde fremsat som led i sit første anbringende – at dette klagepunkt er støttet på den fortolkning af den appellerede doms præmis 58 og 63-69, der henvises til nedenfor.

59. Ved sin behandling af det andet anbringende bekræftede Retten i den appellerede doms præmis 58 Kommissionens konklusion om, at den slovakiske ordning hovedsageligt er baseret på solidaritet, og imødekom i dommens præmis 64 Kommissionens efterfølgende redegørelse, ifølge hvilken de økonomiske karakteristika ved den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning var blevet indført for at sikre gennemførelsen af dens sociale og solidariske formål. Dette burde have foranlediget Retten til at forkaste dette anbringende, eftersom det retlige kriterium, som Kommissionen havde anvendt i sin afgørelse, og som sagsøgeren i første instans havde accepteret i forbindelse med sit andet anbringende, består i at forstå, hvorvidt den omhandlede ordning hovedsageligt er baseret på solidaritet, eller om den hovedsageligt er af økonomisk karakter, og Rettens udtalelser i førnævnte præmisser viser klart, at det rigtige svar er den første mulighed. Ikke desto mindre tiltrådte Retten i den appellerede doms præmis 68 dette anbringende og annullerede den omtvistede afgørelse, idet den konstaterede, at tilstedeværelsen af andre aktører, der driver virksomhed med vinding for øje, sammen med den omstændighed, at der foreligger en konkurrencesituation inden for det slovakiske obligatoriske sygeforsikringssystem, beviser, at den aktivitet, der udøves inden for et sådant system, er af økonomisk karakter. Disse to økonomiske faktorer er således i sig selv af en sådan karakter, at de omdanner levering af obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet til en økonomisk aktivitet, til trods for de overvejende sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk.

60. Dette klagepunkt er efter min opfattelse baseret på den forudsætning, at Retten i den appellerede doms præmis 58 antog, at den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning udviser »overvejende« (*predominants*) sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk.

61. Jeg bemærker i denne henseende, at Retten i den udgave af den appellerede dom, som er affattet på processproget, dvs. den engelske sprogudgave, indledningsvis i præmis 54 henviste til, at Kommissionen havde konkluderet, at nævnte ordnings sociale, solidariske og regulerende karakteristika er overvejende (*predominant*). Dernæst bemærkede Retten, efter min opfattelse, i dommens præmis 55, at det, der i virkeligheden fremgår af den omtvistede afgørelses redegørelse for disse karakteristika, er, at de er »betydelige« (*significant*). Endelig efterprøvede Retten, at sidstnævnte konstatering var rigtig, ved i den appellerede doms præmis 56 og 57 at bestemme nævnte karakteristika nærmere, og nåede således frem til et positivt svar i dommens præmis 58.

62. Selv om de sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk i den appellerede doms præmis 58 karakteriseres som »altdominerende« (*predominant*), kan der efter min opfattelse næppe herske tvivl om, at denne præmis, eftersom den har til formål at understøtte konstateringen i dommens præmis 55, skal forstås således, at den karakteriserer aspekterne som »betydelige« (*significant*), hvilket i øvrigt bestyrkes af den franske sprogudgave af den appellerede dom. I præmis 58 i denne sprogudgave forekommer nemlig formuleringen »betydelige« (*importants*), der beklageligvis er oversat med formuleringen »overvejende« (*predominant*) i den engelske sprogudgave af dommen.

63. Derudover og som det vigtigste er karakteriseringen af disse faktorer som »overvejende« ingenlunde forenelige med sidste punktum i præmis 58 i selve den appellerede dom (»that finding is not challenged by the applicant«), da det er ubestridt, at Dôvera flere gange under retsforhandlingerne i første instans udtrykkeligt havde tilbagevist, at den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning kunne karakteriseres således.

64. Den appellerede doms præmis 58 fremstår ganske vist som en godkendelse af konklusionerne i den omtvistede afgørelse (»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«²⁷), en afgørelse, hvori Kommissionen gentagne gange konkluderede, at de omhandlede ikkeøkonomiske faktorer var overvejende. Tilføjelsen i denne præmis af udtrykket »in essence« (*i det væsentlige*) antyder imidlertid efter min opfattelse, at Retten godkendte konklusionen, for så vidt som denne omhandler *forekomsten* af disse faktorer, og ikke de konsekvenser, som denne forekomst har for graden af solidaritet i den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning i forbindelse med karakteriseringen af den aktivitet, der udøves inden for denne ordning, som økonomisk.

65. Hvis det således lægges til grund, at Retten i den appellerede doms præmis 58 begrænsede sig til at angive, at de ikkeøkonomiske faktorer i denne ordning var »betydelige«, kan jeg ikke se, hvordan Rettens begrundelse skulle kunne betragtes som selvmodsigende.

66. Eftersom Retten ikke bekræftede Kommissionens konklusion om, at den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning hovedsageligt er baseret på solidaritet, men blot, i forbindelse med anvendelsen af det retlige kriterium vedrørende afvejningen af de økonomiske og ikkeøkonomiske faktorer i den pågældende ordning, anerkendte, at ordningen indeholder »betydelige« ikkeøkonomiske faktorer, er dens konklusion om, at den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet, henset til de økonomiske faktorer, der blev behandlet i den appellerede doms præmis 63-67, er en økonomisk aktivitet, efter min opfattelse fuldstændigt i overensstemmelse med sin forudsætning.

67. Under disse omstændigheder må dette klagepunkt efter min opfattelse forkastes.

68. For det andet, hvad angår det klagepunkt, som jeg opfatter som adskilt fra det foregående, om, at den appellerede doms præmis 69, for så vidt som det heri anføres, at tilstedeværelsen af sygeforsikringsselskaber, der driver virksomhed med vinding for øje, i kraft af »smitteeffekten« omdanner SZP og VŠZP til virksomheder, skal fortolkes således, at denne omstændighed *i sig selv* er tilstrækkelig til at fastslå, at den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet, er af økonomisk karakter, finder jeg ikke dette klagepunkt overbevisende.

69. Inden jeg går over til selve undersøgelsen, skal nævnte præmis gengives i sin helhed. Retten fastslår heri følgende: »Denne konklusion [om, at den omhandlede aktivitet er af økonomisk karakter], ville ikke kunne drages i tvivl, selv hvis det blev gjort gældende, at SZP og VŠZP ikke driver virksomhed med vinding for øje. Når de institutioner, hvis aktivitet skal undersøges, savner et sådant formål, men råder over en frihed til at indgive sig på en vis konkurrence med henblik på at tiltrække forsikringstagere, er denne konkurrence ganske vist ikke automatisk af en sådan karakter, at den kan drage den ikkeøkonomiske karakter af deres aktivitet i tvivl, særligt når dette konkurrenceelement er blevet indført for at tilskynde sygekasserne til at udøve deres virksomhed i overensstemmelse med principperne om god forvaltning (dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl., C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 56). Det fremgår imidlertid af den retspraksis, der henvises til i præmis 48 ovenfor, at den omstændighed, at udbuddet af varer og tjenesteydelser foretages uden vinding for øje, ikke er til hinder for, at den enhed, der foretager disse transaktioner på markedet, skal betragtes som en virksomhed, når dette udbud konkurrerer med udbuddet fra andre aktører, der driver virksomhed med vinding for øje. Det følger heraf, at den økonomiske karakter af en aktivitet ikke alene bestemmes af den omstændighed, at der foreligger en konkurrencesituation på et givet marked, men snarere af tilstedeværelsen på dette marked af aktører, der driver virksomhed

27 – Min fremhævelse.

med vinding for øje. Dette er imidlertid tilfældet i den foreliggende sag, for så vidt som det er ubestridt mellem parterne, at de øvrige aktører på det pågældende marked faktisk driver virksomhed med vinding for øje, således at SZP og VŠZP i kraft af smitteeffekten bør betragtes som virksomheder.»

70. Hvis man begrænsede sig til en rent formel undersøgelse, kunne man tilslutte sig Kommissionens og Den Slovakiske Republiks fortolkning. Jeg henviser til, at Retten nemlig på den ene side fremsatte konstateringerne i den appellerede doms præmis 69, efter at den i dommens præmis 68 havde fastslået, at den omhandlede aktivitets økonomiske karakter kunne forklares med, at der forelå konkurrence med hensyn til kvaliteten og udbuddet af ydelser, og at der var andre aktører til stede, som drev virksomhed med vinding for øje, hvilket kunne opfattes som et udtryk for, at Retten havde til hensigt at præcisere en sådan konklusion i den retning, at alene tilstedeværelsen af andre aktører, der drev virksomhed med vinding for øje – og ikke nødvendigvis begge faktorer i forening – var tilstrækkeligt til at fastslå, at aktiviteten var af økonomisk karakter. På den anden side anvendte Retten flere gange en formulering, der indebærer en rangorden mellem de to omhandlede faktorer (»men *snarere* [...] tilstedeværelsen på dette marked af aktører, der driver virksomhed med vinding for øje«²⁸), eller at der i mere end tilstrækkelig grad foreligger konkurrence med hensyn til kvaliteten og udbuddet af ydelser (»for så vidt som det er ubestridt mellem parterne, at de øvrige aktører på det pågældende marked faktisk driver virksomhed med vinding for øje, [bør] SZP og VŠZP i kraft af smitteeffekten [...] betragtes som virksomheder«²⁹).

71. Når man imidlertid ser på det konkrete indhold af den appellerede doms præmis 69, fremgår det klart, at denne præmis ikke har til sigte at ændre konklusionen i dommens præmis 68, hvorefter den økonomiske karakter af den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet, beror på, at der inden for denne sociale sikringsordning samtidig foreligger en konkurrencesituation, og at der er andre aktører til stede, der driver virksomhed med vinding for øje. I modsætning til, hvad Kommissionen og Den Slovakiske Republik har gjort gældende, er denne præmis efter min opfattelse indføjet, fordi Retten ganske enkelt har ønsket at præcisere det retlige grundlag for at tage hensyn til tilstedeværelsen af andre aktører, der driver virksomhed med vinding for øje, i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en aktivitet som den i de foreliggende sager omhandlede skal betragtes som økonomisk i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF.

72. Dette fremgår efter min opfattelse af en omskrivning af nævnte præmis.

73. Rettens ræsonnement tager nemlig udgangspunkt i en hypotese – hvilket kan give det fejlagtige indtryk, at der er tale om et obiter dictum³⁰ – om, at SZP og VŠZP ikke driver virksomhed med vinding for øje. Hvis dette var tilfældet, fortsætter Retten, ville den omstændighed, at de selskaber, der driver virksomhed inden for den pågældende sociale sikringsordning, råder over en frihed til at indgive sig på konkurrence, ikke i sig selv kunne drage den ikkeøkonomiske karakter af deres aktivitet i tvivl. Til gengæld, forklarer Retten, idet den henviser til Domstolens praksis, ville samme aktivitet nødvendigvis være af økonomisk karakter, hvis de aktører, hvis udbud konkurrerer med SZP's og VŠZP's udbud, drev virksomhed med vinding for øje. Følgelig – og her går Retten, uden at gøre eksplicit opmærksom på det, fra en vurdering af den konkrete sag over til at udtale sig om et mere generelt princip – udgør tilstedeværelsen af aktører, der driver virksomhed med vinding for øje, samtidig med at der foreligger en konkurrencesituation, en af de faktorer, der bestemmer en aktivitets økonomiske karakter. Da det er ubestridt, at de øvrige selskaber, der driver virksomhed inden for den slovakiske obligatoriske sygeforsikring, driver virksomhed med vinding for øje, skal SZP's og VŠZP's aktivitet ifølge Retten derfor betragtes som økonomisk med henblik på kvalificeringen af disse institutioner som virksomheder.

28 – Min fremhævelse.

29 – Min fremhævelse.

30 – I de svarskrifter, som Dóvera og Union har indgivet i nærværende forenede sager, har de gjort gældende, at eftersom dette klagepunkt er rettet mod et obiter dictum, må det betragtes som irrelevant. Som min fortolkning i punkt 71 i nærværende forslag til afgørelse viser, kan jeg ikke tiltræde denne opfattelse.

74. Det andet klagepunkt skal derfor efter min opfattelse ligeledes forkastes.

75. For det tredje bemærker jeg, med hensyn til klagepunktet om, at Retten ikke redegjorde for grundene til, at den fraveg Domstolens praksis, ifølge hvilken en konkret social sikringsordning altid er blevet kvalificeret ud fra dens dominerende aspekter, at dette klagepunkt er baseret på påberåbelsen af en selvmodsigelse mellem konstateringen af, at den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning udviser »overvejende« sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk (den appellerede doms præmis 58), og konklusionen om, at den aktivitet, der udøves inden for dette system, er økonomisk (dommens præmis 68).

76. Da den appellerede doms præmis 58, som jeg allerede har gjort opmærksom på i punkt 61-64 i nærværende forslag til afgørelse, ikke karakteriserer disse aspekter som »overvejende«, men blot som »betydelige«, er der efter min opfattelse ikke anden mulighed end at forkaste dette klagepunkt.

77. For det fjerde, hvad angår klagepunktet om, at Retten ikke tog hensyn til de lovmæssige restriktioner for anvendelse og udlodning af overskud som fastsat i den slovakiske lovgivning, er jeg derimod af den opfattelse, at Retten i den appellerede doms præmis 64 behørigt begrundede sin holdning, for så vidt som den fastslog, at det ikke er det, at sygeforsikringsselskaberne har mulighed for at anvende og udlodde overskud, der er af betydning med henblik på kvalificeringen af deres aktivitet som økonomisk, men vel at mærke det, at de har mulighed for frit at efterstræbe overskud, idet sidstnævnte mulighed bevidner, at en enhed driver virksomhed med vinding for øje, og at den således driver virksomhed inden for det økonomiske område.

78. Da Rettens udtalelser i dette uddrag fra den appellerede dom ikke er behæftet med mangler, er det min opfattelse, at dette klagepunkt må forkastes.

79. For det femte, hvad angår det klagepunkt, hvorved Retten foreholdes at have undladt at tage hensyn til den omstændighed, at en af de foranstaltninger, der var genstand for den omtvistede afgørelse, fandt anvendelse i en periode, hvor det var forbudt for sygeforsikringsselskaberne at udbetale overskud, er jeg af den opfattelse, at dette klagepunkt, i modsætning til, hvad Dövera har gjort gældende i sit svarskrift i sag C-271/18 P, ikke er blevet fremført for første gang under appellen, og at det derfor kan antages til realitetsbehandling³¹. Hvad angår realiteten er jeg imidlertid overbevist om, at dette klagepunkt ikke ville kunne tiltrædes, eftersom det, således som Union har bemærket i sit svarskrift, fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en statslig støtteforanstaltning er statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, skal besvares på grundlag af objektive forhold, der skal bedømmes i forhold til det tidspunkt, hvor Kommissionen har vedtaget sin afgørelse³². Følgelig var Retten i den foreliggende sag forpligtet til at undersøge, om SZP og VŠZP var virksomheder ud fra den situation, der var gældende, da Kommissionen vedtog sin afgørelse. På dette tidspunkt, dvs. i oktober 2014, var forbuddet mod at udbetale overskud imidlertid ca. tre et halvt år tidligere blevet ophævet af den slovakiske forfatningsdomstol og var således ikke længere i kraft. Da det som følge heraf ikke på gyldig vis kan foreholdes Retten, at begrundelsen på dette punkt er utilstrækkelig, må dette klagepunkt efter min opfattelse forkastes.

80. Endelig, hvad angår klagepunktet om begrundelsens selvmodsigende karakter som følge af, at Retten i den appellerede doms præmis 65 fastslog, at de selskaber, der driver virksomhed inden for den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning, kun indlod sig på »en vis konkurrence«, og, i dommens præmis 67, at denne konkurrence var »intens og kompleks«, er jeg enig i Döveras og Unions argument om, at den pågældende uoverensstemmelse beror på en forudsætning om, at den

31 – Jeg erindrer om, at det følger af Domstolens faste praksis, at såfremt en part fik adgang til for første gang for Domstolen at fremføre et argument, der ikke var blevet fremført for Retten, ville det være ensbetydende med at give parten adgang til at forelægge Domstolen – der har en begrænset kompetence i appelsager – en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Jf. i denne retning dom af 29.7.2019, Bayerische Motoren Werke og Freistaat Sachsen mod Kommissionen (C-654/17 P, EU:C:2019:634).

32 – Jf. bl.a. dom af 11.12.2008, Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, præmis 50).

terminologi, der anvendes i den appellerede doms præmis 65, svarer til »en begrænset grad« af konkurrence eller en konkurrence, der udøves »i begrænset omfang«, selv om denne terminologi i virkeligheden er neutral og kun kan fortolkes således, at graden af konkurrence ikke er ubegrænset. Denne forskel med hensyn til karakteriseringen af graden af konkurrence kan forklares med, at mens adjektivet »vis« anvendes af Retten til in abstracto at definere et af de forhold, der kan have indflydelse på en aktivitets økonomiske karakter, anvendes adjektiverne »intens og kompleks« ved afslutningen af en sådan vurdering, der har til formål at definere den *reelle* grad af konkurrence mellem de selskaber, der driver virksomhed inden for det slovakiske sygeforsikringssystem.

81. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at dette klagepunkt ligeledes må forkastes.

3. Konklusion vedrørende det første anbringende i sag C-262/18 P og det fjerde anbringende i sag C-271/18 P

82. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at forkaste det første appelanbringende i sag C-262/18 P og det fjerde appelanbringende i sag C-271/18 P i deres helhed.

C. Kommissionens andet anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks tredje anbringende i sag C-271/18 P om en retlig fejl ved fortolkningen af begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF

1. Parternes argumenter

83. Kommissionen og Den Slovakiske Republik har, støttet af Republikken Finland, gjort gældende, at Retten anlagde en fejlagtig fortolkning af begrebet »virksomhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 107 TEUF, og at den tilsidesatte Domstolens praksis, bl.a. dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.³³, Poucet og Pistre-dommen³⁴, Cisal-dommen³⁵, Kattner Stahlbau-dommen³⁶ og AG2R Prévoyance-dommen³⁷, idet den i den appellerede doms præmis 63-69 fastslog, at det, at de selskaber, der var aktive inden for det slovakiske sygeforsikringssystem, drev virksomhed med vinding for øje, og at der forelå en vis konkurrence mellem disse selskaber, var tilstrækkeligt til at kvalificere deres aktiviteter som »økonomisk aktivitet«, til trods for tilstedeværelsen af dominerende ikkeøkonomiske faktorer. Den Slovakiske Republik har tilføjet, at Rettens fremgangsmåde ligeledes var i strid med dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurance m.fl.³⁸, Albany-dommen³⁹, Brentjens'-dommen⁴⁰, Drijvende Bokken-dommen⁴¹ og dommen i sagen Pavlov m.fl.⁴².

84. Retten tilsidesatte i øvrigt Domstolens praksis, da den i den appellerede doms præmis 69 fastslog, at den blotte tilstedeværelse af aktører, der driver virksomhed med vinding for øje, og som udøver samme aktivitet som de aktører, der ikke har vinding for øje, »i kraft af smitteeffekten« omdanner sidstnævnte aktører til virksomheder som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Det fremgår således af dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁴³ – ud over det forhold, at den slovakiske

33 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

34 – Dom af 17.2.1993 (C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63).

35 – Dom af 22.1.2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

36 – Dom af 5.3.2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

37 – Dom af 3.3.2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

38 – Dom af 16.11.1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

39 – Dom af 21.9.1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

40 – Dom af 21.9.1999 (C-115/97 – C-117/97, EU:C:1999:434).

41 – Dom af 21.9.1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

42 – Dom af 12.9.2000 (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:428).

43 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

sygeforsikringsordning udviser »[overvejende] sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk«⁴⁴ – at den omstændighed, at de økonomiske karakteristika har til formål at »sikre ordningens fortsatte beståen og gennemførelsen af de sociale og solidariske formål, som ligger til grund for ordningen«⁴⁵, burde have foranlediget Retten til at konkludere, at den nævnte ordning er af ikkeøkonomisk karakter. Hvad angår overskud beror den appellerede doms præmis 64 på en kunstig sondring mellem, på den ene side, muligheden for frit at efterstræbe og opnå overskud og, på den anden side, muligheden for at anvende og udlodde overskud inden for stramme rammer.

85. Dôvera og Union har heroverfor anført, at den appellerede dom er i overensstemmelse med Domstolens praksis. I denne dom foretages nemlig den påkrævede undersøgelse af de forskellige relevante forhold, deres betydning og deres respektive formål. Med hensyn til dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁴⁶ er der ifølge disse to parter nogle særdeles vigtige forskelle mellem den deri undersøgte ordning og den slovakiske sygeforsikringsordning hvad angår de faktiske omstændigheder.

86. Disse to parter er ligeledes af den opfattelse, at klagepunktet om, at den fremgangsmåde, som Retten fulgte, grundlæggende adskilte sig fra Domstolens praksis, beror på en fejlagtig fortolkning af den appellerede doms præmis 58, henset til, at Retten i nævnte præmis ikke fandt, at der er tale om »overvejende« økonomiske faktorer i den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning, men blot at disse faktorer er »betydelige«.

87. Dôvera og Union er i øvrigt af den opfattelse, at Retten i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, i den appellerede doms præmis 64 ikke anerkendte, at denne ordnings økonomiske karakteristika var blevet indført for at varetage sociale og solidariske formål. Disse to parter er af den opfattelse, at restriktionerne vedrørende anvendelse og udlodning af overskud er almindelige og ikke fører til en begrænsning af konkurrencen. Endvidere er »muligheden for at anvende og udlodde overskud« ikke uløseligt forbundet med »muligheden for frit at efterstræbe og opnå overskud«.

88. Endelig er Dôvera og Union af den opfattelse, at den kritik, der er rettet mod den appellerede doms præmis 69, er irrelevant, for så vidt som denne præmis indeholder et obiter dictum.

2. Bedømmelse

a) Indledende bemærkninger

89. Med henblik på at afgøre, om Retten, således som Kommissionen og Den Slovakiske Republik har gjort gældende, begik en retlig fejl med hensyn til fortolkningen af begrebet »virksomhed«, således som dette er fastsat i artikel 107, stk. 1, TEUF, skal der først endnu engang erindres om, at de faktorer, der foranledigede Retten til at konkludere, at den aktivitet, der udøves inden for det slovakiske obligatoriske sygeforsikringssystem, til trods for tilstedeværelsen af betydelige aspekter af social, solidarisk og regulerende karakter, skal kvalificeres som økonomisk, først og fremmest består i forekomsten af konkurrence mellem de enheder, der driver virksomhed på dette marked, og dernæst tilstedeværelsen – ud over den enhed, der er genstand for undersøgelsen – af andre aktører, der driver virksomhed med vinding for øje.

44 – Den appellerede doms præmis 58.

45 – Den appellerede doms præmis 64.

46 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

90. Som følge heraf finder jeg det nødvendigt som det første at behandle det spørgsmål, der a priori forekommer mig at være mest omtvistet, dvs. hvorvidt det forhold, at disse aktører driver virksomhed med vinding for øje, er *relevant*, når det gælder om at bestemme den økonomiske eller ikkeøkonomiske karakter af en given aktivitet med henblik på at kvalificere den udøvende enhed som virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF (under b).

91. Når jeg først har udelukket relevansen af dette forhold, undersøger jeg dernæst, i lyset af Domstolens praksis vedrørende kvalificeringen som virksomhed hvad angår de aktiviteter, der udøves inden for de sociale sikringsordninger, hvorvidt den konkurrence, der er mulig inden for den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning, tillader at konkludere, at den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring – til trods for denne ordnings sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk – skal betragtes som værende af økonomisk karakter, således som Retten konkluderede i den appellerede dom. I denne henseende når jeg frem til, at spørgsmålet bør besvares benægtende (under c).

b) Hvorvidt det er relevant for kvalificeringen som økonomisk aktivitet, at andre enheder inden for den sociale sikringsordning driver virksomhed med vinding for øje

92. Som jeg allerede har bemærket ovenfor, fremgår det af den appellerede doms præmis 68 og 69, at det forhold, at andre aktører, der leverer obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet, driver virksomhed med vinding for øje, ifølge Retten tyder på, at den aktivitet, der er genstand for undersøgelsen, er af økonomisk karakter.

93. Herved forkastede Retten den fremgangsmåde, hvorved Kommissionen – idet den fandt, at der ikke er grundlag for at sondre mellem opnåelse og anvendelse eller udlodning af overskud – havde vurderet den mulighed, som aktørerne på det pågældende marked har for at anvende og udlodde overskud, *inden for rammerne af undersøgelsen af, hvorvidt der forelå konkurrence* mellem disse aktører. Som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 64, havde Kommissionen nærmere bestemt i sin afgørelse vurderet, at muligheden for at anvende og udlodde opnået overskud ikke tillod at drage den ikkeøkonomiske karakter af SZP's og VŠZP's aktivitet i tvivl, henset til, at denne mulighed var strengere reguleret end inden for de traditionelle kommercielle sektorer, og at den var betinget af opfyldelsen af krav, der havde til formål at sikre ordningens fortsatte beståen og gennemførelsen af de sociale og solidariske formål med den omhandlede ordning. Alt imens Retten anerkendte, at denne konstatering var korrekt, anførte den, at konstateringen var helt uden relevans med henblik på at udelukke den pågældende aktivitets økonomiske karakter, »*fra det øjeblik* aktørerne på det pågældende marked indgår i en profitsøgende tankegang«⁴⁷.

94. Jeg kan ikke tilslutte mig Rettens fortolkning.

95. Jeg bemærker i denne henseende, at der i Domstolens praksis på området for sociale sikringsordninger aldrig er blevet taget hensyn til dette forhold ved vurderingen af karakteren af den aktivitet, der udøves af de berørte enheder.

96. Det er derfor ikke overraskende, at Retten henviser til en anden retspraksis, der kan udgøre det retlige grundlag for at tage hensyn til det omhandlede forhold. I den appellerede doms præmis 69 henleder Retten således opmærksomheden på »den retspraksis, der henvises til i præmis 48 ovenfor«, dvs. de domme, som Domstolen har afsagt i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁴⁸ og i MOTOE-sagen⁴⁹.

47 – Min fremhævelse.

48 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

49 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

97. Henvisningen til disse to sager kræver efter min opfattelse en nærmere undersøgelse.

98. For så vidt angår dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁵⁰ interesserede Retten sig for Domstolens besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt den aktivitet, der udøvedes af italienske bankfonde, var af økonomisk eller ikkeøkonomisk karakter, i forbindelse med at disse fonde havde udført forretningsmæssige transaktioner samt transaktioner vedrørende fast ejendom og løsøre, der var nødvendige eller hensigtsmæssige med henblik på virkeliggørelsen af de formål, der var blevet fastsat for dem inden for områder af almen interesse eller vedrørende socialt gavnlige formål. Retten henviste særligt til denne doms præmis 122 og 123, hvori Domstolen havde fastslået, at nævnte fondes aktivitet skulle betragtes som økonomisk, uagtet at deres udbud af varer og tjenesteydelser skete uden gevinst for øje, »eftersom de udbydes i konkurrence med erhvervsdrivende, der *arbejder med gevinst for øje*«.

99. Hvad angår MOTOE-dommen⁵¹ henviste Retten til præmis 27, hvori Domstolens Store Afdeling – med hensyn til spørgsmålet om, hvilken betydning det kunne have for den økonomiske karakter af en aktivitet, der bestod i afholdelse af motorcykelvæddeløb og indgåelse af sponsorkontrakter, reklamekontrakter og forsikringskontrakter, at den omhandlede enhed ikke drev virksomhed med vinding for øje – henviste til førnævnte uddrag fra dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁵².

100. Det følger heraf, at det retlige grundlag, som Retten tog udgangspunkt i, da den – sammen med den omstændighed, at der forelå en konkurrencesituation – ophøjede tilstedeværelsen af andre aktører, der driver virksomhed med vinding for øje inden for det system, hvori en given enhed er aktiv, til en afgørende faktor for den økonomiske karakter af denne enheds aktivitet, skal findes i præmis 123 i dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁵³, *således som det bekræftes af Domstolens Store Afdeling i MOTOE-dommen*⁵⁴.

101. I lighed med, hvad Den Slovakiske Republik har anført i sit appelskrift, er det imidlertid min opfattelse, at Retten ikke forstod forholdet mellem de to pågældende domme korrekt, i betragtning af, at Domstolen i MOTOE-dommen⁵⁵ ikke havde til hensigt at tillægge den i præmis 123 i dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁵⁶ anvendte formulering almen gyldighed, men snarere tilsigtede at præcisere rækkevidden heraf.

102. Selv om det er korrekt, at Domstolen i MOTOE-dommens⁵⁷ præmis 27 henviste til førnævnte dom, da den udtalte sig om betydningen af, at den græske automobil- og touring-Club (herefter »ELPA«) ikke havde vinding for øje, i forhold til at kvalificere visse af dens aktiviteter som økonomiske, er det ligeledes korrekt, at Domstolen i den efterfølgende præmis i MOTOE-dommen⁵⁸ nærmere bestemt anførte, at det forhold, at Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE), der var aktiv inden for den samme sektor som ELPA, heller ikke havde vinding for øje, ikke havde nogen som helst betydning for kvalificeringen af karakteren af ELPA's aktivitet, af grunde, som Domstolen angav som følger: »For det første er det ikke udelukket, at der i Grækenland ud over de sammenslutninger, hvis aktivitet består i at arrangere og drage kommerciel nytte af motorcykelvæddeløb uden at have vinding for øje, findes sammenslutninger, der udøver denne aktivitet og herved har et sådant mål for øje, og som dermed konkurrerer med ELPA. For det andet kan ikkeerhvervsdrivende sammenslutninger, som udbyder varer og tjenesteydelser på et bestemt

50 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

51 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

52 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

53 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

54 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

55 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

56 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

57 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

58 – Dom af 1.7.2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

marked, befinde sig i en gensidig konkurrencesituation. Sådanne sammenslutningers succes eller økonomiske overlevelse afhænger således i det lange løb af, at de på det relevante marked er i stand til at sætte sig igennem med de ydelser, som de tilbyder, på bekostning af de ydelser, der tilbydes af de andre erhvervsdrivende.«

103. Domstolen fastslog således, så vidt jeg kan vurdere, at en aktivitet kan kvalificeres som økonomisk virksomhed, selv om tilstedeværelsen af konkurrenter, der driver virksomhed med vinding for øje, er rent hypotetisk (»[det er] ikke udelukket, at der [...] findes«), eller hvis konkurrenterne slet ikke driver virksomhed med vinding for øje (»ikkeerhvervsdrivende sammenslutninger [...] [kan] befinde sig i en gensidig konkurrencesituation«)⁵⁹.

104. Herved tydeliggjorde Domstolen efter min opfattelse sin praksis – snarere end den tilsigtede at anvende den i dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.⁶⁰ anvendte formulering ud over de faktiske omstændigheder, der havde givet anledning til denne dom – idet den anførte, at det forhold, at konkurrenterne til den enhed, der er genstand for undersøgelsen, driver virksomhed med vinding for øje, på ingen måde er relevant i forbindelse med vurderingen af en aktivitets karakter. Det, der til gengæld er relevant, er *udelukkende*, at de berørte enheder befinder sig i en konkurrencesituation.

105. Det skal i øvrigt bemærkes, at Domstolen på et andet område allerede har anerkendt, at visse aktiviteter kan udvise en ikkeøkonomisk karakter, *uagtet* at de udøves af aktører, der driver virksomhed med vinding for øje⁶¹. I dommen i sagen Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania fandt Domstolen, at visse uddannelsesinstitutioner under det offentlige undervisningssystem, som blev finansieret med offentlige midler, ikke udøvede økonomisk virksomhed, da de udbød uddannelsesmæssige ydelser, uden at Domstolen her tog hensyn til den omstændighed, at andre uddannelsesinstitutioner, som blev finansieret med private midler, leverede de samme ydelser mod betaling⁶².

106. Denne fortolkning bestyrkes efter min opfattelse af klassisk retspraksis vedrørende begrebet »virksomhed«. Det forhold, at en given enhed driver virksomhed med vinding for øje, afhænger nemlig i almindelighed af enhedens retlige status, alt imens denne status ifølge sådan retspraksis ikke er relevant med henblik på kvalificeringen af en enhed som virksomhed⁶³.

59 – Det er min opfattelse, at Domstolen i høj grad lod sig inspirere af følgende relevante uddrag fra generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i denne sag (C-49/07, EU:C:2008:142, punkt 41 og 42): »Det taler heller ikke mod antagelsen af en økonomisk aktivitet og den dermed forbundne egenskab af virksomhed, at et organ som ELPA har status af forening uden erhvervsmæssigt sigte, dvs. at den er aktiv uden gevinst for øje. Også sådanne institutioner kan med deres ydelser komme ud i konkurrence med andre erhvervsdrivende på et marked, *uanset om de andre erhvervsdrivende udøver aktivitet med eller uden erhvervsmæssigt sigte*. Dette viser den foreliggende sag særlig anskueligt, idet der jo her er hele to græske foreninger uden erhvervsmæssigt sigte – ELPA og MOTOE – som har sat sig til formål at organisere og markedsføre motorcykelvæddeløb i Grækenland. *Sådanne institutioners succes er i det lange løb afhængig af, at de med de ydelser, de kan tilbyde, hver gang kan klare sig i forhold til andre udbydere og kan sikre finansieringen af deres aktiviteter*« (min fremhævelse). Den eneste forskel er, at Domstolen modsat generaladvokaten forsøgte at fremstille denne konklusion som en præcisering af rækkevidden af præmis 123 i dom af 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (C-222/04, EU:C:2006:8), hvilket efter min opfattelse førte til, at Retten begik en fortolkningsfejl i nærværende sag.

60 – Dom af 10.1.2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

61 – Som Kommissionen har anført i sit appelskrift, har Retten ligeledes anerkendt denne forudsætning. I dom af 28.9.2017, Aanbestedingskalender m.fl. mod Kommissionen (T-138/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:675), bekræftede den en omtvistet afgørelse, hvori det blev fastslået, at driften af en e-udbudsplattform, som var blevet oprettet for at sikre, at de ordregivende myndigheder levede op til de lovmæssige krav, som de var underlagt i henhold til visse EU-direktiver på området for offentlige udbud, ikke udgjorde økonomisk aktivitet, på trods af, at enkelte aktører, der drev virksomhed med vinding for øje, også drev lignende platforme. En appel, der var indgivet til prøvelse af denne dom, er for nylig blevet forkastet af Domstolen (dom af 7.11.2019, Aanbestedingskalender m.fl. mod Kommissionen (C-687/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:932).

62 – Dom af 27.6.2017 (C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 50). Jeg finder det hensigtsmæssigt at nævne, at Domstolen i denne doms præmis 46 henviste til formuleringen i præmis 123 i dom af 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (C-222/04, EU:C:2006:8). Den konklusion, som Domstolen udledte med hensyn til den undersøgte aktivitets karakter, bevidner dog efter min opfattelse, at formuleringen »når dette udbud konkurrerer med udbuddet fra andre erhvervsdrivende, der arbejder med gevinst for øje« ikke skal forstås således, at det kræves, at begge faktorer er til stede samtidig.

63 – Denne faste retspraksis går tilbage til dom af 23.4.1991, Höfner og Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, præmis 21).

107. Jeg er derfor af den opfattelse, at Retten begik en fejl ved fortolkningen af begrebet »virksomhed«, således som dette er omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, for så vidt som den i den appellerede doms præmis 68 fastslog, at det forhold, at de private forsikringsselskaber driver virksomhed med vinding for øje, tyder på, at den aktivitet, som udøves af SZP og VŠZP i forbindelse med levering af obligatorisk sygeforsikring, er af økonomisk karakter.

c) Hvorvidt der foreligger en tilstrækkelig grad af konkurrence til at begrunde kvalificeringen som økonomisk

108. Indledningsvis skal der kort redegøres for de principper, på grundlag af hvilke Domstolen har fastlagt de grundlæggende rammer for begrebet »virksomhed« på området for EU-konkurrenceretten.

109. Ifølge fast retspraksis skal dette begreb forstås funktionelt og omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde⁶⁴. I denne henseende har Domstolen defineret økonomisk virksomhed som enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked⁶⁵.

110. Hvorvidt en aktivitet kvalificeres som økonomisk eller ej, har med andre ord en betydelig konsekvens, eftersom spørgsmålet om, hvorvidt traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på den faktiske situation, der undersøges, netop afhænger af resultatet af denne vurdering. Det følger heraf, at når Domstolen skal foretage en sådan vurdering, betræder den nødvendigvis – som generaladvokat Maduro fint belyste det i sit forslag til afgørelse i sagen FENIN mod Kommissionen⁶⁶ – et »farligt område«, idet det forventes af Domstolen, at denne finder en balance mellem beskyttelse af den frie konkurrence på det indre marked og respekten for medlemsstaternes kompetencer.

111. Derfor bliver denne vurdering særligt vanskelig, når der er tale om at vurdere, om aktiviteter, der udøves på områder, der henhører under medlemsstaternes enekompetence – såsom i de foreliggende sager de sociale sikringsordningers opbygning – er af økonomisk eller ikkeøkonomisk karakter.

112. På et sådant område er ovennævnte balance blevet opnået på følgende vis. For det første bekræftes det i fast retspraksis, at medlemsstaterne i princippet frit kan udforme deres sociale sikringsordninger, som de ønsker⁶⁷, og for det andet henstiller fast retspraksis til, at medlemsstaterne ikke desto mindre skal overholde et krav om konsekvens i den forstand, at de kun har ret til at fritage visse aktiviteter fra anvendelsen af konkurrencereglerne, såfremt de *reelt* følger solidaritetsprincippet⁶⁸.

113. Genstanden for Domstolens undersøgelse er således resultatet af de nationale regler, der regulerer den enkelte sociale sikringsordnings konkrete virkemåde. Domstolen har med andre ord stillet følgende spørgsmål: Er de nationale retsfor skrifter udformet på en sådan måde, at det må antages, at de enheder, der driver virksomhed inden for den pågældende ordning, tilbyder varer eller tjenesteydelser *på et marked* eller, for at være mere præcis, i en konkurrencesituation? Det er kun i det tilfælde, at spørgsmålet må besvares benægtende, at den pågældende aktivitet skal kvalificeres som ikkeøkonomisk, og at det således er udelukket at anvende konkurrencereglerne.

64 – Der er tale om en retspraksis, som går tilbage til dom af 23.4.1991, Höfner og Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, præmis 21). Jf. af nyere dato dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen, Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Kommissionen mod Ferracci (C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 103).

65 – Jf. dom af 25.7.2018, Kommissionen mod Spanien m.fl. (C-128/16 P, EU:C:2018:591, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

66 – Generaladvokat Póiares Maduros forslag til afgørelse FENIN mod Kommissionen (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punkt 26).

67 – Dom af 17.6.1999, Belgien mod Kommissionen (C-75/97, EU:C:1999:311, præmis 37).

68 – Jf. i denne retning generaladvokat Póiares Maduros forslag til afgørelse FENIN mod Kommissionen (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punkt 27). Jf. ligeledes mine betragtninger vedrørende dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150), i punkt 125-127 og 129 i nærværende forslag til afgørelse.

114. Såfremt de undersøgte sociale sikringsordninger er af blandet karakter, som følge af, at de kombinerer ikkeøkonomiske faktorer med faktorer, der tyder på, at der er et marked, er kvalificeringen af den aktivitet, der udøves inden for sådanne ordninger, betinget af en undersøgelse af de forskellige relevante faktorer, deres betydning og deres respektive formål. Kvalificeringen er i disse tilfælde med andre ord et »gradsspørgsmål«⁶⁹.

115. Uagtet den kasuistiske tilgang, som Domstolen har anlagt på dette område, tillader en gennemgang af den første gruppe af afgørelser, der drøftes i parternes skriftlige indlæg, dvs. Poucet og Pistre-dommen⁷⁰, Cisal-dommen⁷¹, dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁷², Kattner Stahlbau-dommen⁷³ og AG2R Prévoyance-dommen⁷⁴, at identificere en række karakteristika, der viser, at en aktivitet helt savner økonomisk karakter, nemlig for det første ordningens sociale formål, for det andet gennemførelsen af solidaritetsprincippet, og for det tredje den statslige kontrol.

116. Der er næppe tvivl om, at den obligatoriske sygeforsikringsordning i Slovakiet udviser samtlige disse karakteristika, således som Retten anerkendte i den appellerede doms præmis 55-57. For det første har ordningen et socialt formål, for så vidt som den har til formål at sikre alle slovakiske statsborgere en dækning vedrørende sygdomsrisici, uafhængigt af deres formueforhold og sundhedstilstand. For det andet indeholder ordningen en stor del af de faktorer, der ifølge retspraksis bevidner gennemførelsen af solidaritetsprincippet, for så vidt som ordningen foreskriver obligatorisk optagelse, obligatoriske bidrag, hvis størrelse fastsættes i forhold til den forsikredes indkomst og uafhængigt af den risiko, der bl.a. kan følge af den forsikredes alder eller sundhedstilstand, en og samme vifte af obligatoriske lovbestemte ydelser for alle forsikrede, ingen direkte sammenhæng mellem de udbetalte ydelser og størrelsen af de indbetalte bidrag, samt en risikoudligningsordning⁷⁵. For det tredje indeholder denne ordning de faktorer, der i retspraksis betragtes som bevis på, at der er en statslig kontrol, nemlig at alle sygeforsikringsselskaber er oprettet med henblik på at udøve en sådan forsikring og ikke må udøve andre aktiviteter end dem, der er fastsat ved lov, at nævnte selskaber ikke har mulighed for at påvirke bidragenes størrelse eller omfanget af de obligatoriske lovbestemte ydelser, som loven foreskriver, samt at der findes en tilsynsmyndighed (den slovakiske sundhedstilsynsmyndighed, »HSA«), der fører tilsyn med, at de lovmæssige rammer overholdes, og som griber ind, hvis rammerne bliver overtrådt⁷⁶.

117. Henset til denne grad af solidaritet skal Domstolen inden for rammerne af behandlingen af nærværende anbringender tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den frihed, som den slovakiske lovgiver har givet forsikringsselskaberne til at indgive sig på konkurrence, alligevel er tilstrækkelig til, at den aktivitet, der består i levering af sygeforsikring i Slovakiet, udgør en økonomisk aktivitet, således som Retten konkluderede efter sin undersøgelse i den appellerede doms præmis 65-68. Jeg erindrer i denne henseende om, at Retten henviste til følgende forhold: For det første konkurrencen

69 – Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2003:304, punkt 35).

70 – Dom af 17.2.1993 (C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63).

71 – Dom af 22.1.2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

72 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

73 – Dom af 5.3.2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

74 – Dom af 3.3.2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

75 – Hvad angår de hidtil anførte forhold jf. dom af 17.2.1993, Poucet og Pistre (C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63, præmis 10, 12, 13 og 18), af 22.1.2002, Cisal (C-218/00, EU:C:2002:36, præmis 39-44), af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 47-52), af 5.3.2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, præmis 44-59), og af 3.3.2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, præmis 47-52).

76 – Dom af 17.2.1993, Poucet og Pistre (C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63, præmis 14 og 18), af 22.1.2002, Cisal (C-218/00, EU:C:2002:36, præmis 43 og 44), af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 48-52), af 5.3.2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, præmis 60-65), og af 3.3.2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, præmis 53-65).

med hensyn til kvaliteten og effektiviteten af indkøbsprocessen, for det andet konkurrencen med hensyn til kvaliteten og omfanget af udbuddet, for så vidt som sygeforsikringsselskaberne frit kan supplere de obligatoriske ydelser med gratis tilhørende ydelser, og, for det tredje, at de forsikrede har ret til selv at vælge sygeforsikringsselskab og skifte en gang om året.

118. For så vidt angår konkurrencen med hensyn til kvaliteten og effektiviteten af indkøbsprocessen, hvilken angiveligt følger af retten til at forhandle og indgå kontrakter med udbydere af sundhedsydelser, finder jeg det imidlertid allerede på nuværende stadium nødvendigt at bemærke, at der ikke kan tages hensyn til denne konkurrence i forbindelse med vurderingen af karakteren af den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring i Slovakiet.

119. Domstolen har nemlig allerede i dommen i sagen FENIN mod Kommissionen fastslået⁷⁷, at fra det øjeblik, at det er den aktivitet, der består i at *udbyde* varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, der karakteriserer begrebet »økonomisk aktivitet«, og ikke indkøbsaktiviteten som sådan, er der ikke ved vurderingen af aktivitetens karakter grundlag for at adskille den aktivitet, der består i indkøb af produktet, fra anvendelsen heraf, hvilket betyder, at karakteren af indkøbsaktiviteten nødvendigvis bestemmes af, hvorvidt den efterfølgende anvendelse af det indkøbte produkt er af økonomisk eller ikkeøkonomisk karakter. Det følger heraf, at man i det foreliggende tilfælde ikke kan betragte den omstændighed, at der foreligger konkurrence med hensyn til erhvervelsen af sundhedsydelser, som et udtryk for den økonomiske karakter af den aktivitet, der består i levering af obligatorisk sygeforsikring, idet karakteren af en sådan indkøbsaktivitet afhænger af karakteren af sidstnævnte aktivitet⁷⁸.

120. Hvad angår konkurrencen med hensyn til kvaliteten og omfanget af udbuddet såvel som de forsikredes ret til frit at vælge sygeforsikringsudbydere, bemærker jeg først og fremmest – i modsætning til, hvad Den Slovakiske Republik har gjort gældende i sit appelskrift – at den omstændighed, at de sociale sikringsordninger, som Domstolen hidtil har anset for at have udgangspunkt i en økonomisk sammenhæng, såsom de ordninger, der er omhandlet i dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurance m.fl.⁷⁹, Albany-dommen⁸⁰, Brentjens'-dommen⁸¹, Drijvende Bokken-dommen⁸² og dommen i sagen Pavlov m.fl.⁸³, indeholdt langt mere betydelige økonomiske faktorer, end det er tilfældet i de foreliggende sager (valgfri eller obligatorisk optagelse med mulighed for fritagelse, ordninger baseret på kapitaliseringsprincippet, fastsættelse af bidragenes størrelse såvel som omfanget af ydelserne overladt til de berørte enheder), ikke i sig selv beviser, at de pågældende faktorer ikke er tilstrækkelige til at konkludere, at den i de foreliggende sager omhandlede aktivitet er af økonomisk karakter.

121. Hvad der derimod efter min opfattelse kan føre til en sådan konklusion, er den lære, der kan udledes af dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁸⁴, hvori Domstolen blev anmodet om at tage stilling til karakteren af den aktivitet, der udøves af de tyske sygekasser.

122. Der er to karakteristiske træk ved den i ovennævnte sag omhandlede ordning, der efter min opfattelse gør den sammenlignelig med den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning. For det første fastsatte denne ordning en grad af solidaritet svarende til den slovakiske ordning, for så vidt som den var karakteriseret ved en principielt obligatorisk tilslutning for alle arbejdstagere, bidrag, hvis

77 – Dom af 11.7.2006 (C-205/03 P, EU:C:2006:453, præmis 26).

78 – Jf. ligeledes den omtvistede afgørelses punkt 93.

79 – Dom af 16.11.1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

80 – Dom af 21.9.1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

81 – Dom af 21.9.1999 (C-115/97 – C-117/97, EU:C:1999:434).

82 – Dom af 21.9.1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

83 – Dom af 12.9.2000 (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:428).

84 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

størrelse i det væsentlige afhang af de forsikredes indkomst⁸⁵, ydelser, der var fastlagt ved lov og identiske for alle forsikrede, for så vidt angik de obligatoriske ydelser, ingen direkte sammenhæng mellem de indbetalte bidrag og de udbetalte ydelser samt en slags fællesskab, der blev opnået ved hjælp af en mekanisme for udligning af omkostninger og risici mellem de forskellige berørte sygekasser⁸⁶. For det andet indeholdt ordningen de samme konkurrenceelementer som den slovakiske ordning, idet sygekasserne kunne supplere de obligatoriske lovbestemte ydelser med frivillige supplerende ydelser, og idet de forsikrede havde ret til frit at vælge sygekasse⁸⁷.

123. I denne sammenhæng fastslog Domstolen nærmere bestemt, at henset til ordningens solidariske aspekter, tillod konkurrenceelementerne ikke at kvalificere den aktivitet, der bestod i levering af sygeforsikringer, som økonomisk. Mens de forsikredes ret ikke engang blev taget i betragtning med henblik på denne vurdering, førte den omstændighed, at det var tilladt for sygekasserne at levere frivillige supplerende ydelser, ifølge Domstolen ikke til en sådan kvalificering, for så vidt som de obligatoriske ydelser »i det væsentlige [var] identiske«⁸⁸. Hvad angår de ovenfor omtalte fællestræk er jeg imidlertid overbevist om, at den konklusion, som Domstolen nåede frem til i den pågældende sag, ville kunne overføres på de foreliggende sager⁸⁹, så meget desto mere som sygeforsikringsselskaberne i Slovakiet udbyder en meget bred vifte af obligatoriske ydelser, der er identiske for alle forsikrede⁹⁰, mens de gratis tilhørende ydelser er begrænset til godtgørelse af ikkeobligatoriske vaccinationer og forskellige åbningstider i kundeservice-callcentrene.

124. Ifølge min vurdering kan den omhandlede aktivitets ikkeøkonomiske karakter heller ikke drages i tvivl af den omstændighed, at den slovakiske lovgivning tillader sygeforsikringsselskaberne at anvende og udlodde det overskud, der følger af udøvelsen af deres aktivitet.

125. Mit retlige grundlag for at fremsætte dette skal endnu engang findes i dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁹¹.

126. Jeg skal nemlig erindre om, at den tyske ordning – ud over de faktorer, der er fælles med den i de foreliggende sager omhandlede ordning – udviste et yderligere konkurrenceelement, som formodes at indgå med betydelig vægt i undersøgelsen af karakteren af den aktivitet, der udøves i en blandet ordning som den, der er tale om i den foreliggende sag, nemlig at denne ordning gav sygekasserne mulighed for at indgive sig på konkurrence med hensyn til bidragenes størrelse ved selvstændigt at fastsætte satsen for disse⁹².

85 – Dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 6 og 7).

86 – Dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 52 og 53).

87 – Dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 8 og 9).

88 – Dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 52).

89 – Det bemærkes, at Dövera i retsmødet har gjort gældende, at dette ikke ville være muligt, da disse to sager adskiller sig fra hinanden i tre henseender: For det første driver de sygeforsikringsselskaber, der er aktive på det slovakiske marked, ikke virksomhed med vinding for øje, for det andet har de form af kommercielle selskaber, for det tredje har de ret til at forhandle direkte og indgå kontrakter med udbydere af sundhedsydelser. Hvad angår dette sidste forhold har jeg allerede i punkt 118 og 119 i nærværende forslag til afgørelse redegjort for, hvorfor det ikke kan tages i betragtning. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt forsikringsselskaberne driver virksomhed med vinding for øje, har jeg i punkt 92-107 i nærværende forslag til afgørelse begrundet, hvorfor dette ikke er relevant med henblik på kvalificeringen af en enhed som virksomhed. Endelig, med hensyn til den omstændighed, at disse selskaber har form af kommercielle selskaber, vil jeg begrænse mig til endnu engang at henvise til klassisk retspraksis, hvorefter en enheds retlige status, der efter alt at dømme er afgørende for, om enheden driver virksomhed med vinding for øje, ikke er relevant med henblik på nævnte kvalificering. Jf. vedrørende sidstnævnte punkt dom af 22.10.2015, EasyPay og Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

90 – I den appellerede dom rejste Retten ikke tvivl om den konstatering, der fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 87, af, at de obligatoriske lovbestemte ydelser var meget omfattende, eftersom de dækkede næsten alle medicinske handlinger udført i Slovakiet. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Den Slovakiske Republik i sit appelskrift har gjort gældende, at 98,9% af samtlige lægelige ydelser refunderes fuldstændigt af sygeforsikringsselskaberne i henhold til den lovpligtige sygeforsikring, hvilket betyder, at muligheden for at indgive sig på konkurrence kun vedrører 1,1% af de øvrige lægelige ydelser.

91 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

92 – Dom af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 7).

127. Selv det forhold, at der var en vis frihed til at indgive sig på konkurrence med hensyn til bidragene, kunne imidlertid ifølge den pågældende doms præmis 56 ikke være en hindring for, at aktiviteten var af ikkeøkonomisk karakter, med den begrundelse, at dette element var blevet indført »for at tilskynde sygekasserne til at udøve deres virksomhed i overensstemmelse med principperne om god forvaltning, dvs. på den mest effektive og mindst omkostningskrævende måde, af hensyn til den tyske socialsikringsordnings gnidningsløse funktion«. Domstolen fandt med andre ord, at den aktivitet, der bestod i levering af sygeforsikring i Tyskland, på trods af en utvivlsomt højere grad af konkurrence end i de foreliggende sager, ikke var af økonomisk karakter, idet *den nationale lovgiver* ved således at tilskynde forsikringselskaberne til at drive virksomhed mere effektivt *havde til hensigt at sikre gennemførelsen af det sociale formål med systemet*.

128. Samme konstatering er efter min opfattelse oplagt i de foreliggende sager. Som Retten anerkendte i den appellerede doms præmis 64, er muligheden for at anvende og udlodde overskud »strengere reguleret end inden for de traditionelle kommercielle sektorer« med den begrundelse, at den er »betinget af opfyldelsen af krav, der har til formål at sikre ordningens fortsatte beståen og gennemførelsen af de sociale og solidariske formål, som ligger til grund for ordningen«. Disse krav består i obligatorisk oprettelse af en reserve på 20% af den indbetalte selskabskapital, i stedet for de 10%, der kræves for andre selskaber, samt obligatorisk oprettelse af en forsikringsmæssig hensættelse til betaling af planlagte sundhedsydelser for forsikrede på ventelister⁹³. Tilstedeværelsen af disse krav viser dog efter min opfattelse klart, at muligheden for at anvende og udlodde overskud tjener formålet om at sikre den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordnings levedygtighed og kontinuitet og således bidrager til gennemførelsen af sidstnævntes sociale formål⁹⁴.

129. Mere generelt er den dom, der skal afsiges, en anledning til for Domstolen at belyse det princip, der, så vidt jeg kan vurdere, følger af dommen i sagen AOK Bundesverband m.fl.⁹⁵, hvorefter en aktivitet betragtes som værende ikkeøkonomisk og således er undtaget fra anvendelsen af artikel 107, stk. 1, TEUF, for så vidt som den nationale sociale sikringsordning, der undersøges, tydeligt viser, at den nationale lovgiver forfølger systemets sociale formål på en *konsekvent* måde⁹⁶.

130. Henset til samtlige ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, idet den overvurderede betydningen af den grad af konkurrence, der er indrømmet ved den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning, og således i den appellerede doms præmis 70 med urette konkluderede, at SZP og VŠZP, idet de udøver en aktivitet af økonomisk karakter, er omfattet af begrebet »virksomhed«, således som dette er fastsat i artikel 107, stk. 1, TEUF.

3. Konklusion vedrørende det andet appelanbringende i sag C-262/18 P og det tredje appelanbringende i sag C-271/18 P

131. I betragtning af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at tiltræde det andet appelanbringende i sag C-262/18 P og det tredje appelanbringende i sag C-271/18 P.

93 – Jf. fodnote 7 til den omtvistede afgørelses punkt 15.

94 – Jf. den omtvistede afgørelses punkt 95.

95 – Dom af 16.3.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150).

96 – Det drejer sig om kravet om konsekvens, som jeg har henvist til i punkt 112 i nærværende forslag til afgørelse.

D. Kommissionens tredje anbringende i sag C-262/18 P og Den Slovakiske Republiks andet anbringende i sag C-271/18 P om urigtig gengivelse af visse beviser

1. Parternes argumenter

132. Kommissionen og Den Slovakiske Republik har, støttet af Republikken Finland, gjort gældende, at Retten i flere henseender urigtig gengivelse af indholdet i sagsakterne. Særligt konstateringen i den appellerede doms præmis 67 om, at der foreligger »intens og kompleks« konkurrence som følge af muligheden for at tiltrække de forsikrede og med hensyn til kvaliteten af ydelserne, var støttet på en sådan urigtig gengivelse. De konkurrenceelementer, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 65 og 66, tyder således kun på, at der foreligger en begrænset konkurrence med hensyn til kvaliteten af nogle mindre betydelige aspekter ved leveringen af sygeforsikringsydelser.

133. Den Slovakiske Republik har tilføjet, at Retten foretog en urigtig gengivelse af bevismaterialet, idet den undlod at tage hensyn til den omstændighed, at en af de foranstaltninger, der var genstand for den omtvistede afgørelse, fandt anvendelse i en periode, hvor det var forbudt for forsikringsselskaberne at udlodde overskud. Konstateringen i den appellerede doms præmis 64 om, at forsikringsselskaberne i Slovakiet har mulighed for »frit« at efterstræbe og opnå overskud, udgør ligeledes en urigtig gengivelse.

134. Dôvera og Union er af den opfattelse, at disse anbringender skal afvises, da Kommissionen og Den Slovakiske Republik ikke har angivet, hvilke beviser der er blevet gengivet forkert, men har begrænset sig til at anmode Domstolen om en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder. Under alle omstændigheder bestyrkede de beviser, der blev fremlagt for Retten, dens konklusion om, at der forelå en intens og kompleks konkurrence.

135. Argumentet om, at Retten burde have taget hensyn til den omstændighed, at en af de foranstaltninger, der var genstand for den omtvistede afgørelse, fandt anvendelse i en periode, hvor det var forbudt for forsikringsselskaberne at udlodde udbytte, kan desuden ikke tiltrædes, for så vidt som argumentet er blevet fremført for første gang under appellen, og da det under alle omstændigheder er irrelevant og ugrundet. Konstateringen vedrørende muligheden for »frit« at efterstræbe og opnå overskud er ikke i modstrid med, at der findes bestemmelser, der regulerer disse overskud.

2. Bedømmelse

136. Indledningsvis finder jeg det hensigtsmæssigt at redegøre for visse grundlæggende principper, der følger af Domstolens praksis vedrørende urigtig gengivelse af bevismateriale.

137. Indledningsvis fremgår det af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvilken beviskraft dokumenterne i en sag har, henhører under den vurdering af de faktiske omstændigheder, som kun Retten kan foretage, og som ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret under appelsagen, medmindre Retten har gengivet dem forkert⁹⁷.

⁹⁷ – Dom af 11.9.2008, Tyskland m.fl. mod Kronofrance (C-75/05 P og C-80/05 P, EU:C:2008:482, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis).

138. En urigtig gengivelse skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne⁹⁸. For at bevise, at der foreligger en urigtig gengivelse, er det ikke tilstrækkeligt at foreslå en anden fortolkning af de nævnte beviser end den, som Retten lagde til grund⁹⁹. En appellant skal med henblik herpå præcist angive, hvilke beviser der er blevet urigtigt gengivet, og påvise de fejl i den undersøgelse, der efter appellants opfattelse har foranlediget en sådan urigtig gengivelse¹⁰⁰.

139. Hvad for det første angår klagepunktet om en urigtig gengivelse af bevismaterialet i forbindelse med det forhold, at der forelå et midlertidigt forbud for sygeforsikringsselskaberne mod at udlodde overskud, bemærker jeg umiddelbart, at Den Slovakiske Republik, i modsætning til, hvad Dóvera har gjort gældende i sit svarskrift, faktisk har henledt opmærksomheden på denne omstændighed i punkt 53 i sit interventionsindlæg for Retten, hvilket betyder, at der ikke er tale om et argument, der er blevet fremført for første gang under appellen. Jeg bemærker dog ligeledes, at Den Slovakiske Republik i sit appelskrift har begrænset sig til at anføre, at forbuddet mod at udlodde overskud fremgår af flere dokumenter i sagen, men ikke angiver noget præcist bevis, som Retten i den appellerede dom skulle have gengivet åbenbart urigtigt. Det er min opfattelse, at dette klagepunkt i virkeligheden sigter mod at kritisere den omstændighed, at Retten ikke tog hensyn til dette bevis, idet den anså det som uden relevans for sin vurdering. Dette udgør ikke desto mindre en vurdering af bevismaterialet, der som sådan er undtaget fra Domstolens prøvelsesret under appelsagen. Efter min opfattelse må dette klagepunkt derfor afvises.

140. Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt den konstatering, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 64, om, at forsikringsselskaberne i Slovakiet har mulighed for »frit« at efterstræbe og opnå overskud, udgør en urigtig gengivelse, bemærker jeg, at Den Slovakiske Republik ikke har angivet noget specifikt bevis, som Retten skulle have gengivet urigtigt, men derimod har begrænset sig til en generel henvisning til »dokumenterne i sagen«. Den Slovakiske Republik har efter min opfattelse nærmere bestemt under foregivende af et anbringende vedrørende urigtig gengivelse foreholdt Retten, at denne anlagde en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder. Den Slovakiske Republik har nemlig ikke bestridt, at Rettens fortolkning af restriktionerne i den slovakiske lov var korrekt, men har gjort gældende, at de pågældende restriktioner – i modsætning til, hvad Retten fandt – ikke kun berører sygeforsikringsselskabernes mulighed for at anvende og udlodde overskud, men også muligheden for at opnå disse overskud. Nærværende klagepunkt må derfor efter min opfattelse afvises.

141. For det tredje har Kommissionen og Den Slovakiske Republik gjort gældende, at der er foretaget en urigtig gengivelse af bevismaterialet, for så vidt som Retten i den appellerede doms præmis 67 fastslog, at der inden for det slovakiske sygeforsikringssystem foreligger en »intens og kompleks« konkurrence. I henseende til dette er jeg af den opfattelse, at dette klagepunkt i det væsentlige svarer til en gentagelse af argumenterne fremført i forbindelse med Kommissionens andet anbringende og Den Slovakiske Republiks tredje anbringende, hvilke har til hensigt at fastslå en retlig fejl fra Rettens side, og hvilke jeg allerede har foreslået at forkaste af de grunde, som jeg har redegjort for i punkt 89-130 i nærværende forslag til afgørelse.

142. For så vidt som Domstolen finder, at Kommissionens anbringende og Den Slovakiske Republiks klagepunkt i nærværende sammenhæng virkeligt er rettet mod en urigtig gengivelse af bevismaterialet, er det tilstrækkeligt at konstatere, at Den Slovakiske Republik på intet tidspunkt har angivet, hvilke beviser Retten skulle have fordrejet meningen af i den appellerede dom. Hvad Kommissionen angår er det ganske vist korrekt, at denne har henvist til et af disse beviser, nemlig en dækningsoversigt, der

98 – Jf. dom af 4.4.2017, *Médiateur mod Staelen* (C-337/15 P, EU:C:2017:256, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

99 – Jf. dom af 25.7.2018, *QuaMa Quality Management mod EUIPO* (C-139/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:608, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

100 – Jf. dom af 25.7.2018, *Spanien mod Kommissionen* (C-588/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:607, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

viser forskellene mellem dækningerne hos de forskellige sygeforsikringsselskaber, men det er ligeledes korrekt, at den på ingen måde har angivet, hvilke fejl i undersøgelsen, der foranledigede Retten til en sådan urigtig gengivelse. Kommissionens anbringende og Den Slovakiske Republiks klagepunkt på dette område må derfor efter min opfattelse afvises.

3. Konklusion vedrørende det tredje appelanbringende i sag C-262/18 P og det andet appelanbringende i sag C-271/18 P

143. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at fastslå, at det tredje appelanbringende i sag C-262/18 P og det andet appelanbringende i sag C-271/18 P skal afvises i deres helhed.

V. Kontraappellerne

A. Parternes argumenter

144. Med sine kontraappeller har Dôvera fremført et enkelt anbringende, nemlig at Retten begik en procedurefejl og tilsidesatte sin begrundelsespligt, da den i den appellerede doms præmis 58 fastslog, at Dôvera ikke havde bestridt konstateringen af, at det slovakiske sygeforsikringssystem udviste »[altdominerende] sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk«¹⁰¹. Til støtte for sit anbringende har Dôvera henledt opmærksomheden på en række passager i de skriftlige indlæg, som selskabet havde indgivet i første instans, og hvori det udtrykkeligt havde tilbagevist en sådan konstatering.

145. Imidlertid er dette anbringende efter Dôveras opfattelse betinget, idet det kun er fornødent i det usandsynlige tilfælde, at Domstolen ved at anlægge en streng fortolkning af formuleringen af nævnte præmis i den appellerede dom skulle vælge at se bort fra oversættelsesfejlen i den udgave af dommen, som er affattet på processproget, dvs. den engelske sprogudgave, hvori de sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk i nævnte system defineres som »predominant« (overvejende), mens de i den franske sprogudgave defineres som »importants« (betydelige).

146. Union har tilsluttet sig Dôveras påstande.

147. Kommissionen har heroverfor anført, at kontraappellerne skal afvises, men såfremt Domstolen finder, at de kan antages til realitetsbehandling, bør den på grundlag af den engelske sprogudgave af den appellerede dom konkludere, at de er velbegrundede. Den Slovakiske Republik har gjort gældende, at den engelske sprogudgave af den pågældende dom ikke er behæftet med nogen oversættelsesfejl, og at kontraappellerne under alle omstændigheder skal afvises.

B. Bedømmelse

148. I betragtning af mine overvejelser i punkt 61-64 i nærværende forslag til afgørelse er jeg af den opfattelse, at præmis 58 i den engelske sprogudgave af den appellerede dom indeholder en oversættelsesfejl. Da denne fejl efter min opfattelse kan korrigeres ved en simpel fortolkning af den appellerede dom, bør Domstolen ikke behandle kontraappellerne.

149. Såfremt Domstolen alligevel måtte finde, at der er grundlag for at behandle kontraappellerne, er der for mig ingen tvivl om, at den vil nå frem til at konkludere, at disse skal afvises som følge af Dôveras manglende søgsmålsinteresse.

101 – Det er den ordrette franske oversættelse af den formulering, der anvendes i den engelske sprogudgave af den appellerede dom. I den franske sprogudgave anvendes formuleringen »betydelige« [*importants*].

150. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en appellant har søgsmålsinteresse, forudsætter, at kontraappellen med sit resultat kan tilføre nævnte part en fordel¹⁰².

151. I første instans gav Retten imidlertid Dôvera medhold i sit søgsmål og annullerede den omtvistede afgørelse. Dette er grunden til, at jeg ikke kan se, hvilken fordel det skulle kunne tilføre Dôvera, at Domstolen giver medhold i selskabets kontraappeller og ophæver den appellerede doms præmis 58, hvori Retten fastslog, at Dôvera ikke havde bestridt anbringendet om, at den slovakiske obligatoriske sygeforsikringsordning udviste overvejende sociale, solidariske og lovgivningsmæssige træk. Selv hvis Domstolen skulle give Dôvera medhold i de foreliggende kontraappeller, ville ændringen vedrøre *præmisserne* i den appellerede dom og ikke have nogen som helst indflydelse på *domskonklusionen*, og under alle omstændigheder ville en ændring af domskonklusionen, hvori Retten gav Dôvera medhold, på ingen måde kunne bibringe selskabet den mindste fordel.

1. Konklusion vedrørende kontraappellerne i sagerne C-262/18 P og C-271/18 P

152. Henset til disse betragtninger foreslår jeg Domstolen ikke at behandle de kontraappeller, der er iværksat af Dôvera i sagerne C-262/18 P og C-271/18 P.

VI. Søgsmålet for Retten

153. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, såfremt den giver appellantens medhold og ophæver den af Retten truffene afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

154. I de foreliggende sager er det min opfattelse, at Domstolen er i stand til at træffe afgørelse om de anbringender, som Dôvera har fremført for Retten.

155. Hvad angår det andet anbringende foreslår jeg, at dette forkastes på grundlag af punkt 89-130 i nærværende forslag til afgørelse.

156. Hvad angår det første anbringende, således som dette er sammenfattet i punkt 7 i nærværende forslag til afgørelse, foreslår jeg ligeledes, at det forkastes i sin helhed. For så vidt angår det første klagepunkt i dette anbringende fremgår det nemlig af den funktionelle tilgang til begrebet »virksomhed«, som jeg har redegjort for i punkt 109 i nærværende forslag til afgørelse, at kvalificeringen af en enhed som sådan altid sker i forhold til en bestemt aktivitet. En enhed, som både udøver økonomiske og ikkeøkonomiske aktiviteter, anses kun for at være en virksomhed i forhold til de økonomiske aktiviteter. Dette klagepunkt må følgelig forkastes. Hvad angår det andet klagepunkt, således som det fremgår af den faste retspraksis, som jeg har henvist til i punkt 114 og 115 i nærværende forslag til afgørelse, afhænger kvalificeringen som økonomisk hvad angår en aktivitet, der udøves inden for blandede sociale sikringsordninger, af, at der foretages en afvejning i form af en undersøgelse af de forskellige økonomiske og ikkeøkonomiske faktorer i den nationale ordning såvel som af disse faktoreres betydning og deres respektive formål. Som en logisk konsekvens heraf er det argument, hvorefter en hvilken som helst økonomisk faktor er tilstrækkelig til at føre til en sådan kvalificering, retlig forkert. Det andet klagepunkt bør efter min mening ligeledes forkastes.

102 – Jf. bl.a. dom af 21.12.2011, Iride mod Kommissionen (C-329/09 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:859, præmis 48-51 og den deri nævnte retspraksis).

VII. Sagsomkostninger

157. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagsomkostningerne.

158. I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, tilsvarende finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen og Den Slovakiske Republik har nedlagt påstand herom, bør Dôvera tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten og nærværende appelsag.

159. I overensstemmelse med procesreglementets artikel 140, stk. 1, bærer medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Republikken Finland, der er intervenient i de foreliggende sager, bør derfor bære sine egne omkostninger i forbindelse med nærværende appelsag.

160. I overensstemmelse med procesreglementets artikel 140, stk. 3, kan Domstolen træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i stk. 1 og 2 nævnte skal bære deres egne omkostninger. Der er grundlag for at bestemme, at Union bør bære sine egne omkostninger i forbindelse med sagen for Retten og nærværende appelsag.

VIII. Forslag til afgørelse

161. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Den Europæiske Unions Rets dom af 5. februar 2018, Dôvera zdravotná poisťovňa mod Kommissionen (T-216/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:64), ophæves.
- 2) Europa-Kommissionen frifindes.
- 3) Kontraappellerne afvises.
- 4) Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger i forbindelse med sagen for Retten og nærværende appel. Derudover tilpligtes selskabet at betale Den Slovakiske Republiks omkostninger i forbindelse med nærværende appelsag.
- 5) Union zdravotná poisťovňa a.s. bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagen for Retten og nærværende appel.
- 6) Republikken Finland bærer sine egne omkostninger i forbindelse med nærværende appel.«