

# Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

per post per fax

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
		7052/3	

*Onderwerp*  
Zaaknr.: 7052/

*Dit is een geanonimiseerde versie van de op 3 november 2010 in zaak 7052 uitgebrachte informele zienswijze.*

**Betreft:** Informele zienswijze.

Geachte heer [...],

Bij brief van 13 oktober 2010 heeft u mij namens uw cliënten, [...] en [...] verzocht om een informele zienswijze over de toepasselijkheid van het concentratietoezicht (Hoofdstuk 5 Mededingingswet) op de concentratie die [...] en [...] voornemens zijn aan te gaan in 2010. U vraagt mij om met name aan te geven, dat bedoelde concentratie niet gemeld hoeft te worden bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "NMa") omdat: (1) de voor zorginstellingen 'verlaagde' omzeldrempels<sup>1</sup> niet van toepassing zijn op bedoelde concentratie; en (2) de omzeldrempels van artikel 29 Mededingingswet (hierna: Mw) niet zijn overschreden.

In het hiernavolgende ga ik op deze vraag in. Deze informele zienswijze is uitsluitend gebaseerd op de door u verstrekte informatie zoals hieronder samengevat. In het kader van deze zienswijze gaat de NMa ervan uit dat die informatie volledig en juist is; de NMa heeft ter zake geen nader onderzoek verricht.

De thans door u verstrekte feiten vat ik als volgt samen:

---

<sup>1</sup> Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsgebruik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Staatsblad 2007, 518 (hierna: Besluit verlaging omzeldrempels zorgsector).

- De totale omzet van [...] in 2009 bedraagt volgens de jaarrekening van [...] EUR [...],-.
- De omzet van [...] in 2009 behaald met het verlenen van zorg als bedoeld in het Besluit verlaging omzetrempels zorgsector<sup>2</sup> bedraagt minder dan EUR 5.500.000,-.
- De omzet van [...] in 2009 bedraagt EUR [...],-.

## Beoordeling

### 1. Besluit verlaging omzetrempels zorgsector

De omzet die [...] in 2009 heeft behaald met het verlenen van zorg als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van het Besluit verlaging omzetrempels zorgsector, bedraagt volgens uw brief minder dan EUR 5.500.000,- zodat niet is voldaan aan de eis in dit Besluit dat van de betrokken ondernemingen ieder afzonderlijk in het voorafgaande kalenderjaar<sup>3</sup> een omzet heeft behaald van meer dan EUR 5.500.000,- met het verlenen van zorg. Uitgaande van de door u verstrekte gegevens is het Besluit verlaging omzetrempels zorgsector derhalve niet van toepassing op de voorgenomen concentratie tussen [...] en [...]. Dit houdt in dat getoetst moet worden aan de reguliere omzetrempels van artikel 29, eerste lid, Mw.

### 2. Drempelwaarden artikel 29 Mw

In uw brief geeft u allereerst aan dat, indien men de jaarrekeningen van [...] en [...] over 2009 bekijkt, het erop lijkt dat de reguliere omzetrempels worden overschreden, omdat [...] in 2009 immers een netto bedrijfsopbrengst van EUR [...],- heeft en [...] in 2009 een netto bedrijfsopbrengst heeft van EUR [...],-. U voegt daaraan echter toe dat bepaalde door [...] in de jaarrekening van 2009 genoemde opbrengsten niet aan het jaar 2009 dienen te worden toegerekend, maar aan de jaren 2008 en 2007. De opbrengsten betreffen een subsidie van het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF-subsidie).

Daarnaast stelt u dat een bonus van het Ministerie van Justitie inzake stimuleringsafspraken die opgenomen is in de jaarrekening van 2009 van [...] geen betrekking heeft op de normale bedrijfsuitoefening van [...].

Tevens geeft u aan dat in de jaarrekening van 2009 van [...] een opbrengstenpost is opgenomen vanwege een correctie op het exploitatieresultaat van de voorafgaande boekjaren die geen betrekking heeft op diensten verricht in 2009.

---

<sup>2</sup> Reeds aangehaald in vorige voetnoot.

<sup>3</sup> In uw verzoek om een informele zienswijze heeft u aangegeven dat partijen onderzoeken of een fusie in 2010 tussen partijen gemeld zou moeten worden, zodat 2009 als het kalenderjaar voorafgaande aan de concentratie moet worden aangemerkt. Voor de duidelijkheid merk ik op dat indien sprake is van een concentratie in 2011, 2010 geldt als kalenderjaar.

U geeft aan dat dientengevolge de relevante drempelwaarden voor het concentratietoezicht niet worden overschreden. Hierna ga ik in op het relevante juridische kader waaraan getoetst moeten worden of de drempelwaarden daadwerkelijk niet zijn overschreden.

De toerekening van de omzet zoals bedoeld in artikel 29, lid 1, Mededingingswet geschiedt, aldus artikel 30, lid 1, Mededingingswet, “op de voet van het bepaalde in artikel 377, zesde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de netto-omzet”. Volgens artikel 2:377, zesde lid, Burgerlijk Wetboek wordt onder omzet verstaan de “opbrengst uit de levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon”.

Voorts moeten volgens de Europese Commissie voor de berekening van de omzet de bedragen worden meegenomen die betrekking hebben op de ‘normale bedrijfsuitoefening’ van de betrokken ondernemingen. Dit is de omzet die behaald wordt uit de verkoop van producten of het verrichten van diensten in het normale verloop van het bedrijf.<sup>4</sup> Steun die door publiekrechtelijke lichamen aan ondernemingen wordt toegekend, moet in de berekening van de omzet worden opgenomen, indien de onderneming zelf de ontvanger van de steun is en die steun rechtstreeks verband houdt met de verkoop van producten en het verrichten van diensten door de onderneming.<sup>5</sup>

Ten aanzien van de vraag of de opbrengsten betreffende de ESF-subsidie aan het jaar 2009 toegerekend moeten worden, kan opgemerkt worden dat het aannemelijk is dat voorzover de steun rechtstreeks verband houdt met het voor een meerjarige periode verrichten van diensten door [...], de economische werkelijkheid in het onderhavige geval meer recht wordt gedaan indien niet het gehele uitgekeerde bedrag ineens in dat jaar als omzet telt, maar indien als omzet gekenmerkt worden de - op de betreffende jaren betrekking hebbende - evenredige delen van de uitkering.<sup>6</sup>

Ten aanzien van de vraag of de bonus inzake de stimuleringsafspraken aangemerkt kan worden als omzet in de zin van artikel 29 Mw kan opgemerkt worden dat het aannemelijk lijkt dat, indien de toekenning van de bonus afhankelijk is gesteld van het verrichten van diensten en de hoogte van de bonus in een evenredig verband staat met de hoeveelheid te verrichten diensten, de bonus in de berekening van de omzet dient te worden opgenomen.

Over de opbrengstenpost die is opgenomen vanwege een correctie op het exploitatieresultaat kan worden gesteld dat het aannemelijk is dat voorzover deze opbrengsten geen rechtstreeks verband houden met diensten verricht in het jaar 2009, de economische werkelijkheid in het onderhavige

---

<sup>4</sup> Mededeling van de Commissie van 16 april 2008, PbEU, over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: Geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties), punt 161.

<sup>5</sup> Geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties 2008, reeds aangehaald, punt 162.

<sup>6</sup> Vergelijk Besluit NMa van 1 november 1999, zaak 1589, punt 13 en de Geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties 2008, reeds aangehaald, punt 172.

geval meer recht wordt gedaan, indien deze opbrengsten als omzet gekenmerkt worden in het jaar waarop deze betrekking hebben.

Ten slotte wil ik benadrukken dat alle opbrengsten (waaronder ESF-subsidie en correctie op het exploitatieresultaat) die niet in de jaarrekening van 2009 zijn opgenomen, maar die wel rechtstreeks verband houden met diensten verricht in het jaar 2009, in beginsel gekenmerkt moeten worden als omzet in 2009.

### **Conclusie**

Uitgaande van de door u verstrekte gegevens is het Besluit verlaging omzetsdrempels niet van toepassing in onderhavige geval. Wat betreft de vraag of de omzetsdrempels als beschreven in artikel 29 Mw zijn overschreden, heb ik hierboven het relevante juridische kader geschetst voor de diverse genoemde bedrijfsopbrengsten. Het is naar mijn oordeel raadzaam dat u nagaat of in het licht van het voorgaande de voorgenomen concentratie daadwerkelijk voldoet aan de omzetsdrempels als beschreven in artikel 29 Mw. Ik kan u evenwel geen definitief uitsluitel geven op de vraag of de relevante drempelwaarden zijn overschreden: daarvoor is diepgaand(er) onderzoek vereist. Dit past echter niet in het traject van een informele zienswijze waarin een dergelijk onderzoek niet mogelijk is.<sup>7</sup>

Het hiervoorgaande is uitsluitend gebaseerd op de door u verstrekte informatie zoals hierboven is samengevat. Ik wijs u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de NMa niet en het staat hem te allen tijde vrij anders te oordelen.

Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en derhalve mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.

Hoogachtend,

w.g. Drs. A.J.M. Kleijweg  
Plv. directeur Mededinging

---

<sup>7</sup> Zie de Spelregels bij concentratiezaken, NMa, 2009, punt 7.