

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

per post per fax

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage (n)

Onderwerp

Zaak 6204 Informele zienswijze

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 30-11-2007 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [...],

Bij brief van 23 oktober 2007 heeft u namens uw cliënten, [Stichtingen A, B en C] een verzoek om een informele zienswijze ingediend.

U heeft aangegeven dat stichtingen A, B, en C actief zijn op het gebied van zorg, revalidatie, arbeids(re)integratie en dienstverlening aan mensen met visuele beperkingen en mensen met visuele en bijkomende beperkingen. Stichtingen A en B richten zich daarnaast tevens op (voortgezet) speciaal onderwijs aan kinderen met visuele (en bijkomende) beperkingen.

Partijen zijn voornemens een fusie tot stand te brengen. Naar aanleiding van het voornemen tot fuseren, heeft u in uw verzoek om een informele zienswijze de volgende vragen gesteld:

- * Vraag 1: [.....]
- * Vraag 2: Is het door partijen aangeboden (voortgezet) speciaal onderwijs een economische activiteit, waarvan de omzet dient te worden meegenomen bij de berekening van de omzet als bedoeld in artikel 29 Mw?

Bij brief van 9 november 2007 heeft u laten weten dat inmiddels door partijen de intentie is uitgesproken [.....]. Hiermee komt vraag 1 van het verzoek om informele zienswijze van 23 oktober 2007 te vervallen.

Bij de beantwoording van de vraag of [Stichtingen A en B] voor wat betreft hun onderwijsactiviteiten moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van de

Mededingingswet, moet worden aangesloten bij het in het Europese mededingingsrecht bepaalde ondernemingsbegrip.¹ Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat daarbij als regel een samenstel van relevante factoren wordt beoordeeld en afgewogen. In de Europese jurisprudentie zijn in grote lijnen drie categorieën uitspraken te onderscheiden:

- a. uitspraken waarin tot de conclusie wordt gekomen dat er sprake is van ondernemingsactiviteiten op grond van het gegeven dat het gaat om activiteiten die niet noodzakelijkerwijs aan de overheid zijn voorbehouden, maar die ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht en ook daadwerkelijk worden verricht (Höfner en Glöckner over respectievelijk arbeidsbemiddeling en ambulancediensten);
- b. uitspraken over activiteiten die geacht worden te raken aan overheidsprerogatieven en die op grond daarvan als niet-ondernemingsactiviteiten kunnen worden beschouwd (Diego Cali en Eurocontrol over respectievelijk milieu-inspectie en luchtverkeersleiding);
- c. uitspraken in de sfeer van de sociale zekerheid (Poucet & Pistre, FFSA, Brentjens, Pavlov, Drijvende bokken, Cital, AOK), waarin een meer genuanceerde scheidslijn tussen ondernemings- en niet-ondernemingsactiviteiten is ontwikkeld dan in de onder a en b bedoelde jurisprudentie. Daarbij zijn de mate waarin het solidariteitsprincipe bepalend is voor de financiering van de betrokken activiteiten, en de vraag in hoeverre de aanbieders de vrijheid hebben voor variaties in de aangeboden diensten en daarvoor te berekenen prijzen (de 'commerciële beleidsvrijheid') belangrijke aanknopingspunten.

Allereerst moet worden onderzocht of er sprake is van het aanbieden van goederen of diensten op een markt, waarbij relevant is of de entiteiten in kwestie bij de uitoefening van hun activiteiten met andere, met name particuliere, ondernemingen in concurrentie kunnen treden. Gelet op de onder a en b bedoelde jurisprudentie, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de onderwijsactiviteiten van [Stichtingen A en B] *naar hun aard* niet noodzakelijkerwijs aan de overheid zijn voorbehouden. Het betreft hier geen activiteiten die raken aan overheidsprerogatieven, maar activiteiten die op zichzelf gezien ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht.

In Nederland is er doelbewust voor gekozen om het speciaal onderwijs als collectieve voorziening aan te bieden. De considerans van de Wet op de expertisecentra (Wec) wijst in dit verband op het belang van de bevordering van een ononderbroken ontwikkeling van de kinderen voor wie vaststaat dat overwegend een orthopedische en orthodidactische benadering aangewezen is. De bepalingen van de Wec, in het bijzonder die inzake de bekostiging, leiden ertoe dat met betrekking tot het speciaal onderwijs (vrijwel) geen verbinding tussen betalen en genieten bestaat. De bekostiging geschiedt uit de algemene middelen en verplichte ouderbijdragen zijn uitgesloten. Het

¹ Relevante uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zijn onder andere: zaak C-41/90 ('Höfner'), gevoegde zaken C-180-184/98 ('Pavlov'), zaak C-362/92 ('Eurocontrol'), zaak C343/95 ('Diego Cali'), gevoegde zaken 159-160/91 ('Poucet & Pistre'), zaak C-244/94 ('FFSA'), zaak C-67/96 ('Albany'), gevoegde zaken C-115-117/97 ('Brentjens'), zaak C-219/97 ('Drijvende bokken'), gevoegde zaken C-264 e.a. ('AOK'), zaak C-475/99 ('Glöckner'), zaak C-218/00 ('Cital').

lijkt dan ook niet realistisch dat een particuliere onderneming op het gebied van speciaal onderwijs een vergelijkbare toegankelijkheid kan bewerkstelligen.² Het voorgaande vormt een aanwijzing dat het i.c. niet om economische activiteiten gaat.

Vervolgens moet worden gezien of [Stichtingen A en B] ten aanzien van hun onderwijsactiviteiten 'commerciële beleidsvrijheid' toekomt. Het ontbreken van commerciële beleidsvrijheid heeft in de Europese jurisprudentie meermaals een plaats gekregen bij de invulling van het ondernemingsbegrip. Zoals hiervoor al opgemerkt, is de uitoefening van een overheidsprerogatief hier niet aan de orde. In de zaken over sociale verzekeringen heeft het Hof van Justitie het, naast diverse andere factoren, van belang geacht of de entiteiten in kwestie invloed hadden op de hoogte van de premies en de uitkeringen, dan wel dat deze invloed ontbrak.³ Het laatste vormt een aanwijzing dat er geen sprake is van economische activiteiten.

Hierbij kan mede aansluiting worden gezocht bij het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 betreffende een aantal hogescholen.⁴ In dit besluit is overwogen dat de hogescholen voor wat betreft de zogenaamde bekostigde activiteiten geen economische activiteiten verrichten.⁵

Het (voortgezet) speciaal onderwijs is eveneens een (vrijwel) geheel door de overheid bekostigde activiteit. De huidige wet- en regelgeving⁶ voor (voortgezet) speciaal onderwijs vertoont op de i.c. relevante punten sterke overeenkomsten met de regulering van de hogescholen. In uw brief van 23 oktober jl. heeft u de volgende argumenten daarvoor aangedragen:

1. [Stichtingen A en B] hebben geen invloed op de prijs van hun diensten. Van de ouders van leerlingen mag geen bijdrage worden verlangd. Het onderwijs is geheel bekostigd door de overheid.⁷ Er zijn slechts enkele mogelijkheden waarop de instellingen extra inkomsten kunnen verwerven. Voorbeelden hiervan zijn aanvragen voor subsidies voor specifieke projecten bij de Stichting Novum, subsidies op grond van de Wet sociale werkvoorzieningen en ID-banen, alsmede eenmalige schenkingen en sponsoring;
2. [Stichtingen A en B] hebben de samenstelling van het aangeboden onderwijs niet zelf in de hand. De Wet op de expertisecentra (Wec) geeft nauwkeurig omschreven voorschriften met betrekking tot de inhoud en omvang van het onderwijs.⁸ De scholen kunnen naast de wettelijk verplichte activiteiten ook aanvullingen aanbieden daarop.

² Een belangrijk aanknopingspunt hierbij is de uitspraak van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken 159-160/91 ('Poucet & Pistre').

³ Gevoegde zaken 159-160/91 ('Poucet & Pistre') en zaak C-218/00 ('Cisal').

⁴ Besluit van 21 december 2001 in de zaak 2760/Hogeschool Alkmaar – Hogeschool Haarlem – Hogeschool Holland – Ichthus Hogeschool.

⁵ De overige activiteiten van de hogescholen zijn overigens wél aangemerkt als economische activiteiten, zodat de hogescholen voor wat betreft deze overige activiteiten als onderneming werden aangemerkt.

⁶ Met name de Wet op de expertisecentra en het Onderwijskundig besluit Wec

⁷ Titel IV, afdelingen 3 tot en met 7, van de Wec.

⁸ Artikelen 11, 13 en 16, van de Wec.

Hierbij moet worden gedacht aan het ontwikkelen van lesmateriaal voor de verkoop aan reguliere scholen of bijles aan scholieren van reguliere scholen. Deze mogelijkheden zijn echter praktisch moeilijk haalbaar. [Stichtingen A en B] maken geen gebruik van deze (beperkte) mogelijkheden;

3. nieuwe scholen kunnen alleen met toestemming van de minister van OC&W worden toegelaten, als voldaan is aan een aantal voorwaarden genoemd in de Wec;
4. alleen leerlingen die voldoen aan de wettelijke voorwaarden en door de Commissie van Onderzoek van A en B zijn toegelaten, hebben toegang tot het onderwijs;
5. [Stichtingen A en B] hebben geen invloed op de hoogte van de bijdragen die zij van het Rijk en gemeenten ontvangen. De bekostiging is volledig wettelijk geregeld.

De door u aangedragen argumenten deel ik, waarbij ik de volgende kanttekeningen plaats.

Hoewel er mogelijkheden bestaan om naast de in de Wec geregleerde bekostiging bijdragen te ontvangen via andere kanalen, kan dit alleen voor specifieke projecten en activiteiten. Deze extra inkomsten zijn, afgezet tegen de bekostiging op grond van de Wec, gering van omvang. Daarnaast staat niet bij voorbaat vast dat de activiteiten die met deze extra financiering kunnen worden aangeboden, tot het *bekostigde* (speciaal) onderwijs moeten worden gerekend.

[Stichtingen A en B] hebben, gezien de wettelijk, met name ook in het Onderwijskundig besluit Wec, voorgeschreven diensten en het feit dat de financiële vergoedingen strikt gereguleerd zijn, nauwelijks tot geen invloed op de samenstelling van hun eigen aanbod. De instellingen kunnen echter ook aanvullende diensten aanbieden, zoals het ontwikkelen van lesmateriaal voor de verkoop aan reguliere scholen of bijles aan scholieren van reguliere scholen. De financiering van deze diensten geschiedt door de afnemer; de scholen respectievelijk ouders. Ook hiervoor geldt dat het denkbaar is dat dergelijke activiteiten niet altijd tot het *bekostigde* (speciaal) onderwijs moeten worden gerekend.

[Stichtingen A en B] hebben voor wat betreft hun onderwijsactiviteiten een beperkte invloed op het aantal scholieren dat ze kunnen toelaten voor het onderwijs. Overigens ken ik aan dit aspect in het kader van onderhavige beoordeling geen grote betekenis toe.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de door [Stichtingen A en B] aangeboden activiteiten op het gebied van bekostigd onderwijs aan visueel gehandicapten niet aangemerkt moeten worden als economische activiteiten. Zoals hierboven reeds aangegeven kan er mogelijk sprake zijn van bepaalde nevenactiviteiten die niet tot deze categorie gerekend moeten worden. Deze zijn echter, afgaande op de door u verstrekte informatie, zeer beperkt van omvang.

Met betrekking tot eventuele ontwikkelingen in het (voortgezet) speciaal onderwijs merk ik het volgende op. Op dit moment worden beleidsvoornemens uitgewerkt om het complexe regelstelsel voor speciale leerlingenzorg te dereguleren waarbij de scholen en hun besturen de verantwoordelijkheid krijgen om voor alle leerlingen (ongeacht hun beperking) een passend

onderwijsaanbod te realiseren. Wanneer een school dit aanbod niet (volledig) zelf kan verzorgen, moet zij dit in overleg met andere scholen realiseren. Ook de bekostigingssystematiek (thans aanbodfinanciering), indicatiestelling en inspectietoezicht worden aangepast. De financiering wordt ingericht per leerling en naar onderwijsbehoefte van de leerling (na indicatie van behoeften). Opzet van de structuurwijziging is dat scholen de ruimte en verantwoordelijkheid krijgen om zelf een aanbod te ontwikkelen dat recht doet aan de ontwikkelingsmogelijkheden van de leerlingen (maatwerk). Dit zal leiden tot de ontwikkeling van allerlei vormen van geïntegreerd onderwijs.

Het speciaal onderwijs voor visueel gehandicapten vormt echter een uitzondering. De staatssecretaris heeft aangegeven "*dat er ook specialismen zijn die zo specifiek zijn en waarvan de doelgroep zo klein is dat niet van scholen kan worden verwacht dat zij met andere scholen in staat zullen zijn hierin te voorzien. Hierbij wordt gedacht aan voorzieningen voor bijvoorbeeld blinde en dove leerlingen.*"⁹ Dit aanbod blijft in stand gehouden door aanbodfinanciering.

Het invoeringstraject is naar verwachting zo dat in 2009 begonnen kan worden met de wijzigingsvoorstellen voor wet- en regelgeving. Inwerkingtreding kan vervolgens in 2011 plaatsvinden.¹⁰

Omdat het in dit stadium gaat om beleidsvoornemens en het speciaal onderwijs voor visueel gehandicapten (vooralnog) wordt uitgezonderd, ben ik van mening dat de toekomstige ontwikkelingen op dit moment geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het door partijen geboden speciale onderwijs aan visueel gehandicapten een economische activiteit is.

De vraag of een concentratie binnen de werkingssfeer van het concentratietoezicht valt, dient te worden beoordeeld op basis van de omzetgegevens van het jaar voorafgaande aan de totstandbrenging van de concentratie. Omdat de bekostigde onderwijsactiviteiten niet worden aangemerkt als economische activiteit, dienen deze onderwijsactiviteiten van [Stichtingen A en B] bij het berekenen van de omzet buiten beschouwing te worden gelaten. Dit betekent dat de (Rijks)bijdragen die de bekostigde instellingen ontvangen, buiten beschouwing kunnen blijven nu deze gelden alleen gebruikt mogen worden voor de bekostigde activiteiten.

Indien de gezamenlijke omzet van partijen in het jaar voorafgaande aan de totstandbrenging van de concentratie beneden de in artikel 29, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) vastgestelde gezamenlijke omzetrempel van EUR 113 450 000 valt, dan is er geen sprake van een meldingsplichtige concentratie.

⁹ TK 2005-2006, 27 728, nr. 85, p. 4.

¹⁰ Notitie van de staatssecretaris OCenW aan de Tweede Kamer, *Uitwerking passend onderwijs*, 25 juni 2007.

Voorts wil ik u wijzen op het feit dat de Minister van Economische zaken op dit moment een Algemene Maatregel van Bestuur (hierna: AMvB) in voorbereiding heeft met betrekking tot de hoogte van de omzetrempels voor ondernemingen in de zorgsector.¹¹ De ontwerp-AMvB betreft een tijdelijk verlaging van de omzetrempels voor concentraties waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen een zekere omvang aan zorg verlenen.¹² Het bedrag van de gezamenlijke omzetrempel, EUR 113 450 000, zal volgens de ontwerp-AMvB worden verlaagd tot EUR 55 000 000.¹³ Indien de AMvB in werking treedt vóór de datum waarop u nu voornemens bent de concentratie tot stand te brengen, dan dient u uit te gaan van deze omzetrempel voor de bepaling van de vraag of uw voorgenomen fusie bij de NMa dient te worden gemeld.

Voor eventuele vragen over deze brief kunt u contact opnemen met [.....].

Ik wijs u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter draagt. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit niet en het staat haar 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,

Drs. A.J.M. Kleijweg
Wvd. Directeur Concentratiecontrole

¹¹ Zie het persbericht van de ministerraad d.d. 1 juni 2007 (*Zorginstellingen moeten eerder voornemen tot fusie melden bij NMa*).

¹² Als zorg wordt aangemerkt zorg als bedoeld in (i) artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met m, van het Besluit zorgaanspraken AWBZ, (ii) artikel 10 van de Zorgverzekeringswet, en (iii) artikel 1, onderdeel h, van de Wet maatschappelijke ondersteuning.

¹³ Ter informatie, onder artikel 29 Mw geldt naast een gezamenlijke omzet van EUR 113 450 000 dat ook minstens twee van de betrokken ondernemingen ten minste EUR 30 000 000 omzet in Nederland moeten behalen voordat een concentratie tussen hen meldingsplichtig is. Verder stelt de hierboven genoemde ontwerp-AMvB vast dat ook deze omzetrempel verlaagd zal worden zodat bij concentraties waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen zorg verlenen (zoals beschreven in voetnoot 12) het bedrag van EUR 30 000 000 zal worden verlaagd tot EUR 10 000 000.