

Redactioneel

Onverwachte bedrijfsbezoeken

Mr. R. Wesseling*

Onaangekondigde bedrijfsbezoeken worden door de NMa niet aangekondigd vanwege het verrassingselement. Invallen zijn voor de bezochte instellingen dus per definitie onverwacht. Maar sommige invallen zijn onverwachter dan andere. De invallen van de NMa van september dit jaar bij de Universiteit van Amsterdam en de Vrije Universiteit kwamen erg onverwacht. Een kartel van universiteiten?

Na de aanvankelijke verbazing dringt zich al snel de gedachte op dat het 'juridisch-technisch' gezien kan. De universiteiten zijn in ieder geval deels als ondernemingen te kwalificeren. En de besturen van de universiteiten gedragen zich ook graag en mogelijk in toenemende mate als ondernemers. Er zal geen direct causaal verband zijn maar de aankondiging van de voorgenomen fusie tussen de universiteiten van Leiden, Delft en Rotterdam (Erasmus Universiteit) was nog vers op het moment van de NMa-invallen.

Bovendien weten we uit de praktijk dat er geen mededingingsrechtelijke immuniteit bestaat voor onderwijsinstellingen. Het meest spectaculaire voorbeeld van handhaving van de mededingingsregels jegens onderwijsinstellingen is allicht de zaak die de *Antitrust Division* van het Amerikaanse *Department of Justice* (US DOJ) in de jaren negentig van de vorige eeuw aanspande tegen de *Ivy League* universiteiten. Die universiteiten werkten sinds jaar en dag samen op basis van de zogenoemde *Overlap Agreement* (*what's in a name?*). De precieze inhoud en betekenis van die overeenkomst bleef in de procedure onduidelijk maar in essentie kwam het erop neer dat de universiteiten afspraken hadden gemaakt over welke studenten financiële steun zouden krijgen en hoeveel die steun (maximaal) kon bedragen.

Zo was onderdeel van de afspraken dat de universiteiten alleen beurzen zouden geven aan studenten die dat (financieel) nodig hadden en dus niet aan (zeer getalenteerde) studenten die voldoende financiële draagkracht hadden.

Alleen een fundamentalistisch *antitrust* perspectief kan van deze onderlinge afspraak een prijsafpraak tussen concurrenten maken. Maar dat is wat de US DOJ deed. De collegegelden zijn de lijstprijzen van het aangeboden onderwijs en de door de universiteit toegekende beurzen zijn kortingen op die lijstprijzen. Dat was de theorie. De *Overlap Agreement* bevatte zo prijsafspraken tussen concurrenten. In de (civiele) rechtszaak die volgde bepaalde de *Court of Appeals* in beroep weliswaar dat deze afspraken niet onder de *per se rule* maar onder de *rule of reason* moesten worden beoordeeld. Toch kozen de universiteiten eieren voor hun geld. Zij kozen voor een schikking en beëindiging van de *Overlap Agreement*.¹

Dichter bij huis en recenter was de bevinding van de Engelse mededingingsautoriteit (*Office of Fair Trading* (OFT)) dat vijftig *public schools* (lees: privéscholen) een kartel hadden gevormd. Zij stelden elkaar vooraf op de hoogte van de voorgenomen tarieven voor het daarop volgende schooljaar. Onderdeel van de afspraken was verder een *gentlemen's agreement* (bijna tautologisch in deze context, zou je denken) dat de uitgewisselde tarieven ook daadwerkelijk zouden worden gehanteerd. De OFT beboette de scholen voor deze evidente inbreuk met het bijna symbolische bedrag van 10.000 Engelse Pond. De OFT overwoog daarbij dat de scholen non-profit liefdadigheidsinstellingen zijn, dat de scholen de inbreuk erkenden en een significant bedrag aan een

205

* Mr. R. Wesseling is advocaat bij Stibbe en Professor of Competition Law and Regulation aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam.

1. De US DOJ won de zaak in eerste aanleg (voor de District Court), leidend tot een 'consent decree'. Alleen Massachusetts Institute of Technology ging in hoger beroep, waarin de Court of Appeals bepaalde dat de District Court de zaak op basis van de *rule of reason* had moeten beslissen – hetgeen niet was gebeurd (United States/Brown University et al., United States Court of Appeals, Third Circuit. - 5 F.3d 658). MIT wachtte de uitkomst van de terugverwijzing niet af en schikte de zaak.

fonds beloofden te doneren. Een van de scholen was onderdeel van een *trust* waarvan de enige *trustee* de *Secretary of State for Defence* was. In Engeland impliceert dit dat OFT geen boete kan opleggen als gevolg van de immuniteit die de staat (*the Crown*) daar geniet. Dit voorkomt de tamelijk ridicule situatie die zich in Nederland wel voordoet waarin de NMa de Staat een boete oplegt.²

Ook voor de Nederlandse praktijk is het geen nieuws dat (hoger) onderwijsinstellingen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet kunnen zijn. Al in 2001 werd de fusie tussen een aantal hogescholen voorafgaand gemeld aan de NMa.³ De NMa oordeelde dat de hogescholen in ieder geval economische activiteiten verrichtten, en dus kwalificeerden als onderneming, op gebieden als het geven van cursussen, het verzorgen van trainingen en postacademische opleidingen, de verkoop van onderwijsmateriaal, de exploitatie van gebouwen en de verhuur van ruimtes. Of het aanbieden van initieel onderwijs – bachelor- en masteropleidingen – economische activiteiten zijn, hing volgens de NMa af van de mate van ‘economische speelruimte’ die de wet de hogescholen biedt (met name de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek). De NMa beoordeelde de mate waarin de hogescholen zelfstandig konden besluiten over aspecten van het aanbod zoals de hoogte van het collegegeld, de samenstelling van het onderwijsaanbod, het al dan niet hebben van de status van bekostigde instelling, het aantal studenten dat men kan toelaten en de hoogte van de bijdrage van het Rijk. Het oordeel van de NMa destijds luidde dat de hogescholen wat betreft het aanbieden van initieel onderwijs *niet* kwalificeerden als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. De vrijheid die de relevante wetgeving de universiteiten biedt, kan in de tussentijd veranderd zijn. En op die basis dus ook het oordeel van de NMa over de status van de universiteiten. Toch hebben de universiteiten in de tussentijd voor zover bekend weinig signalen in die richting gekregen. Integendeel.

De door de minister van Onderwijs in 2009 ingestelde commissie die adviseerde over de inrichting van het hoger onderwijs in Nederland (de Commissie-Veerman) riep de universiteiten juist op samen te werken. Het rapport van de Commissie-Veerman stelt over samenwerking tussen de Nederlandse universiteiten het volgende:

‘Een belangrijke opdracht aan universiteiten is om, met het oog op de sterke internationale competitie, samen te werken met andere Nederlandse universiteiten om gezamenlijk te zorgen voor een goede landelijke spreiding van zwaartepunten. (...) De commissie erkent de complexiteit van een dergelijke beweging, maar is van mening dat het onvermijdelijk is het aan-

bod van (technisch) wetenschappelijk onderwijs meer vanuit een gezamenlijk perspectief in te richten. Schaalnadelen, zoals het huidige systeem die kent, kunnen we ons, gezien de budgettaire krapte en de uitdaging waar we voor staan, niet permitteren. Er moet gezocht worden naar functionele differentiatie waarbij afspraken worden gemaakt over taken, prioriteiten en grote infrastructurele investeringen. Universiteiten zijn al druk bezig om onderzoek te clusteren, soms regionaal, soms programmatisch. Maar die clustering en samenwerking verdient een additionele stimulans. (...) Daarbij laat de commissie in het midden op welke dimensie die samenwerking en afstemming gezocht zou moeten worden’.⁴

Waren de universiteiten normale ondernemingen dan zou de Commissie-Veerman met deze actieve oproep tot onderlinge afstemming van het gedrag mogelijk kwalificeren als *facilitator*.

De minister van Onderwijs zelf denkt er inmiddels niet anders over. In de Strategische Agenda Hoger Onderwijs 2011 roept ook de minister op tot samenwerking in de vorm van – kort gezegd – marktverdeling en afstemming van het aanbod:

‘Samenwerking tussen universiteiten kan het profiel en tegelijkertijd ook de doelmatigheid van het masteraanbod vergroten. Die samenwerking komt er al steeds meer. De universiteiten in de Randstad werken bijvoorbeeld nauw samen bij het verzorgen van een aantal kleine masteropleidingen voor moderne talen. Er worden inmiddels ook door universiteiten, bijvoorbeeld door de technische universiteiten, gezamenlijk landelijke masters ingericht. En ook met buitenlandse instellingen wordt samengewerkt (ook in de vorm van joint-degreeopleidingen). Dat zijn goede ontwikkelingen’.⁵

Met deze nogal ongeclausuleerde oproep tot onderlinge afstemming bereidde de minister de besturen van de universiteiten in ieder geval niet voor op invallen van de NMa. Het valt in dit verband op dat de recente wijzigingen in de organisatie van het hoger onderwijs in Engeland, leidend tot meer vrijheid om de hoogte van het collegegeld te bepalen, wél gepaard zijn gegaan met een publieke discussie over de mededingingsrechtelijke implicaties daarvan.

Uit het bovenstaande volgt dat de universiteiten bij het aanbieden van ‘tweede masters’ mogelijk opereren als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Zij moeten in dat geval dus oog hebben voor de mededingingsrechtelijke grenzen. Het valt toe te juichen dat de NMa daar vroeg bij is en een rol speelt in dit proces. Of de keuze voor het doen van een inval de meest aangewezen stap is, valt te betwijfelen. Met een dergelijke aftrap bestaat het risico dat de procedure van het begin af aan contentieus is en zal blijven. Het zal dan een langzame

2. Zie het besluit van de NMa van 3 mei in de zaak *Amlin/Staat/Fortis Corporate Insurance*.

3. Zie het besluit van de NMa van 21 december 2001, zaaknummer 2760, *Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichtus Hogeschool*. Zie overigens ook het besluit van de OFT van 25 februari 2005 over de fusie van de Victoria University of Manchester en de University of Manchester Institute of Science and Technology.

4. Rapport van de Commissie-Veerman, *Differentiëren in Drievoud*, p. 47.

5. *Strategische Agenda Hoger Onderwijs*, p. 38.

en gespannen procedure worden terwijl het op voorhand duidelijk lijkt dat de universiteiten, de minister van Onderwijs en de huidige en toekomstige studenten – en daarmee de samenleving – het best gediend zijn met snelle duidelijkheid over de toepasselijkheid van de Mededingingswet op de betrokken activiteiten. Is de Mededingingswet onverkort van toepassing dan zal dit de door de minister noodzakelijk geachte samenwerking tussen Nederlandse universiteiten structureel bemoeilijken.

Mocht de NMa overigens het pad van een sanctieprocedure willen gaan bewandelen, dan verheug ik me nu al op de discussie over de toepassing van de nieuwe bagatelbepaling en de daarbij behorende afbakening van de relevante markt en vaststelling van het marktaandeel van de betrokken universiteiten op die relevante markt. Wordt dat debat zo complex als ik denk, dan valt te betwijfelen of de NMa een sanctie zal kunnen opleggen die in beroep stand zal houden.

Die overweging illustreert waarom de nieuwe bagatelbepaling voor de effectieve handhaving van de Mededingingswet zo een slechte ontwikkeling is. Mogelijk is het enig positieve effect dat ervan uit kan gaan dat de NMa in zaken over minder evidente inbreuken eerder naar het middel van de ‘gefronste wenkbrauw’ zal grijpen en wat minder snel zal beginnen met een inval. Vaak zal dat ook een efficiëntere manier zijn om de inmiddels (iets) beperkte resources van de NMa in te zetten ten behoeve van de handhaving van de Mededingingswet. Alleen bij verdenkingen van zware inbreuken tussen ondernemingen met (gezamenlijk) aanzienlijke belangen zou de NMa onaangekondigde bedrijfsbezoeken doen. Dat zou eigenlijk nog best een positief effect kunnen zijn van de combinatie van bezuiniging op het NMa-apparaat en de introductie van de verruimde bagatelbepaling.

De manier en het moment waarop de NMa onderzoek verricht, staan centraal in het artikel van Van Joolingen en Vinken over de redelijke termijn van de procedure en in de annotaties van Van Dijk (over *Van Drie/Alpuro*) en Braeken (over de ‘*Chinese walls*’ binnen de NMa). Verder bevat dit nummer artikelen over de herziening van het ‘Altmark-pakket’ (van Sauter) en over de stand van zaken met betrekking tot toerekening van aansprakelijkheid aan moederondernemingen van inbreukmakende dochters (van Muller en Verschuur).