

*Ali Mohammed<sup>1</sup>*

## Instellingen voor hoger onderwijs op de markt

### *Normen voor investeringen in private activiteiten*

#### 1 Inleiding

In tijden van harde economische bezuinigingen zoeken onderwijsinstellingen steeds vaker naar mogelijkheden om via private activiteiten extra middelen te genereren. Vaak gaat het om het aanbieden van diensten op een bepaalde markt. De volgende zaak is illustratief voor de spanningen waartoe die private activiteiten kunnen leiden.<sup>2</sup> De Christelijke Hogeschool Nederland (CHN) bood in het kader van haar hotelopleiding hotel-, restaurant- en zalenverhuurdiensten aan. Deze diensten werden aangeboden onder de naam 'hotel Wysert' en stonden open voor iedereen. Concurrent Metropool meende dat deze diensten onder concurrentievervalsende voorwaarden werden aangeboden. Zo zou de CHN haar horecadiensten tegen extra lage prijzen hebben aangeboden. Deze prijzen zouden alleen mogelijk geweest zijn als de CHN haar verliezen compenseerde uit de rijksbijdrage, zo meende Metropool. De civiele rechter oordeelde in dit geval dat 'de vrijheid van een (...) grotendeels door de overheid gefinancierde onderwijsinstelling als CHN om dergelijke diensten aan te bieden, (...) op[weegt] tegen het belang van een ondernemer als Metropool om tegen het aanbieden [van] dergelijke diensten te worden beschermd'.<sup>3</sup> De rechter voegde hier vervolgens wel aan toe dat 'deze afweging (...) mogelijk tot een andere uitkomst [zou] hebben kunnen leiden, indien CHN haar horecadiensten tegen niet marktconforme voorwaarden zou verrichten en de kosten daarvan niet zou doorberekenen in haar prijzen'.<sup>4</sup> Volgens de rechter had Metropool op dit punt niet voldoende aan zijn stelplicht voldaan en concludeerde dan ook dat, voor zover er sprake is geweest van enige concurrentie, deze niet onrechtmatig is geweest.<sup>5</sup>

Het lijkt niet aannemelijk dat er op dit moment geen private activiteiten worden ontplooid door bekostigde onderwijsinstellingen die de belangen van concurrenten schaden. Het kabinet Rutte I heeft het opzetten van bedrijfjes door universiteiten stevig willen stimuleren en het onderzoek in samenwerking met het bedrijfsleven en de overheid willen bevorderen.<sup>6</sup> Het is aannemelijk dat met name het MKB daarvan heeft te lijden. Wanneer publieke gelden, zoals de rijksbijdrage, worden

gebruikt voor het afdekken van een deel van de bedrijfskosten, dan kan dat tot gevolg hebben dat onderwijsinstellingen niet de volledige kosten van de private activiteiten doorrekenen in hun prijzen. Deze vorm van concurrentie kan leiden tot verminderde omzet bij de concurrenten, of in uiterste gevallen, verdringing van de markt.

Hoe is deze problematiek op dit moment juridisch geregeld? Hoe kunnen ondernemers zich verzetten tegen deze oneigenlijke concurrentie? Deze vragen zullen in deze bijdrage centraal staan. Ik zal mij beperken tot de regelgeving die betrekking heeft op het hoger onderwijs, aangezien de regelgeving rondom het onderwerp van private activiteiten van hogeronderwijsinstellingen aan ontwikkelingen onderhevig is. Daarnaast zal aandacht worden geschonken aan de recentelijk in werking getreden Wet Markt en Overheid, waarin gelijksoortige onderwerpen voor overheden en overheidsbedrijven worden geregeld.<sup>7</sup> Meerdere moties om hogeronderwijsinstellingen (ook) onder deze wet te laten vallen, hebben het niet gehaald.<sup>8</sup> Deze moties zijn door partijen ingediend vanwege de grote hoeveelheid klachten vanuit het bedrijfsleven.<sup>9</sup> De motie van Kamerleden Ten Hoopen (CDA) en Vos (PvdA) is echter wel aangenomen.<sup>10</sup> In die motie is de regering verzocht om onafhankelijk onderzoek uit te voeren naar de omvang van oneerlijke mededinging in het hoger onderwijs. Ook is de regering verzocht om onafhankelijk onderzoek uit te voeren naar de wenselijkheid om delen van het hoger onderwijs onder het bereik van de Wet Markt en Overheid te plaatsen. De voormalige minister van EL&I heeft op deze motie gereageerd door toe te zeggen de effectiviteit van de huidige regelgeving te onderzoeken. De resultaten van dit onderzoek zullen meegenomen worden naar de evaluatie van de wet in 2014.<sup>11</sup> Verder zegde de minister toe dat hij samen met de staatssecretaris van OCW zal kijken naar de mogelijkheden om de problematiek omtrent concurrentievervalsing te kunnen regelen in de WHW. Deze laatstgenoemde toezegging heeft geresulteerd in een voorstel voor een beginselbepaling dat momenteel in de Eerste Kamer ligt.<sup>12</sup> Op basis van deze bepaling kan een AMvB worden opgesteld waarin 'markt en overheidsbeginselen' kunnen worden verwerkt.<sup>13</sup> Naar aanleiding van de tweede toezegging zal de Onderwijsinspectie de komende twee jaar 'inventariserend veldonderzoek' doen naar de 'aard, omvang, risico's en motieven van private activiteiten'.<sup>14</sup> De bedoeling is dat er een risico-inventarisatie gemaakt zal worden, waarmee bepaald kan worden in hoeverre er verduidelijking nodig is van de huidige regelgeving voor private activiteiten. Deze analyse zal in 2014 worden meegenomen naar de evaluatie van de Wet Markt en Overheid. Het is daarom nuttig om naast een beschrijving van het huidige wettelijke kader, ook een blik vooruit te werpen. Hoe zal in de nabije toekomst het concurrentievraagstuk voor instellingen van hoger onderwijs zijn geregeld?

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. De huidige regelgeving zal in paragraaf 2 worden uiteengezet. In paragraaf 3 sta ik kort stil bij de betekenis van het Europees-rechtelijke staatssteunrecht, dat relevant kan zijn voor onderzoekinstellingen die private activiteiten willen ontplooiën. In paragraaf 4 komt de Wet Markt en Overheid aan orde en de relevantie daarvan voor onderwijsinstellingen. Ten slotte zal in paragraaf 5 een conclusie worden gepresenteerd, waaruit blijkt dat de huidige en toekomstige regelgeving naar mijn mening nog onvoldoende tegenwicht biedt aan mogelijke concurrentievervalsing door hogeronderwijsinstellingen.

## 2 De huidige regelgeving

In welk juridisch kader kan men de investeringen van de rijksbekostiging in private activiteiten plaatsen? Allereerst moet worden geconstateerd dat de rijksbekostiging een vorm van een subsidie is, of in ieder geval trekken van een subsidie vertoont.<sup>15</sup> Dit is in zoverre van belang dat de subsidietitel 4.2 van de Awb op grond van artikel 4:21, vierde lid, Awb van overeenkomstige toepassing is op de rijksbekostiging. Dit algemene subsidierecht vormt een *lex generalis* ten opzichte van het bijzondere bekostigingsrecht voor hogeronderwijsinstellingen. Dit brengt in de praktijk met zich mee dat terugvordering van de rijksbekostiging, naast de in de bijzondere wetten genoemde mogelijkheden, ook op grond van artikel 4:57 Awb mogelijk is.<sup>16</sup> De sanctiemogelijkheden van de minister van OCW om 'onjuist gebruik' van de rijksbekostiging tegen te gaan, zullen verderop – onder het subkopje 'toezicht' – uitgebreider aan bod komen.

De bijzondere regels die relevant zijn voor de investeringen van de rijksbekostiging in private activiteiten, vindt men terug in de Wet op het Hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW) en in een aantal besluiten en ministeriële regelingen. Ook is de Wet op het Onderwijstoezicht (WOT) relevant voor het toezicht op de rechtmatigheid van de bestedingen en op de rechtmatigheid van het financieel beheer van de bekostigde instellingen.

De wettelijke basis voor de rijksbekostiging voor hogeronderwijsinstellingen is te vinden in artikel 1.9 jo. 2.5 WHW. De rijksbekostiging wordt, zoals elke subsidie, met het oog op bepaalde activiteiten verstrekt. Deze activiteiten bestaan uit het verzorgen van initieel onderwijs en, voor zover het universiteiten betreft, het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. Voor hogescholen worden ontwerp- en ontwikkelactiviteiten en onderzoek gericht op de beroepspraktijk gerekend tot het onderwijs.

Onderwijsinstellingen hebben een ruime bestedingsvrijheid.<sup>17</sup> Nevenactiviteiten, zoals het opzetten van een horecaonderneming, zijn in beginsel toegestaan. Echter, indien de uitgaven onrechtmatig zijn, de werkzaamheden waarvoor de rijksbijdrage is verleend niet behoorlijk zijn uitgevoerd of indien de rijksbijdrage ondoelmatig is besteed, kan de minister van OCW bepalen dat de daarmee gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de rijksbijdrage (artikel 2.9, derde lid, WHW).

Om de rijksbekostiging te kunnen besteden aan private activiteiten moeten hogeronderwijsinstellingen dus voldoen aan de rechtmatigheid- en doelmatigheidsvereisten van artikel 2.9, derde lid, WHW. Daarnaast moeten de in artikel 1.9 WHW genoemde activiteiten behoorlijk uitgevoerd worden. Hierna zal de uitwerking van het doelmatigheidsvereiste worden behandeld. Er zal onder andere blijken dat de uitwerking van het *doelmatigheidsvereiste* niet wettelijk verankerd is, maar in een lappendeken van notities, brieven en een handreiking is vastgesteld. Bovendien is de status van deze documenten onduidelijk en worden de documenten, althans op het niveau van handhaving, weinig benut.

#### **Uitwerking van het doelmatigheidsvereiste**

Als eerder gesteld dienden hoger onderwijsinstellingen bij investeringen van de rijksbijdrage in private activiteiten te voldoen aan het doelmatigheidsvereiste. Deze open norm is voor het vraagstuk van private activiteiten niet verder ingevuld in (lagere) wetgeving.<sup>18</sup> Wel zijn er notities, brieven en een handreiking die uitleg geven over het doelmatigheidsvereiste en over de toepassing van de genoemde bevoegdheden door de minister:

- de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' van 29 augustus 2003;
- de notitie 'Aanvulling op de notitie "Helderheid" in de bekostiging van het hoger onderwijs' van 27 augustus 2004;
- de brief aan de Tweede Kamer van 2 november 2004;
- de brief 'Verantwoording inzake publieke middelen' aan de Tweede Kamer van 20 juli 2005;
- de handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen van 1 februari 2011.

Deze documenten bevatten de visie van het ministerie van OCW op het doelmatigheidsvereiste van artikel 2.9 WHW.<sup>19</sup> De notities Helderheid van 2003 en 2004 hebben de status van (wets)interpreterende beleidsregels.<sup>20</sup> Dat betekent dat deze

notities slechts de minister bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binden (artikel 4:84 Awb). De status van de overige documenten is niet bekend.

Het is de vraag of de concurrent een beroep kan doen op zulke documenten bij een verzoek om handhaving door het ministerie. De notities Helderheid zouden als recht in de zin van artikel 79 RO kunnen worden opgevat.<sup>21</sup> De regels moeten door de rechter wel zodanig geïnterpreteerd worden dat ze naar hun inhoud en strekking ertoe lenen om jegens de betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. Men kan stellen dat dit het geval is, nu de voorwaarden uit de notities concreet zijn geformuleerd en onder andere concurrenten beogen te beschermen. Bij een verzoek tot handhaving kan in dat geval een beroep worden gedaan op de notities. De regelgeving op dit gebied voor het hoger onderwijs doet echter wat betreft duidelijkheid en rechtszekerheid onder voor de vergelijkbare regels in de Wet op het Voortgezet Onderwijs,<sup>22</sup> waarin onomwonden is neergelegd dat bekostiging niet wordt aangevend voor contractactiviteiten en dat de kosten voor contractactiviteiten in hun geheel moeten worden doorberekend (artikel 100, eerste en tweede lid, WVO). Deze regels in de WVO binden de voortgezetonderwijsinstellingen wel en kunnen zonder meer worden ingeroepen door concurrenten. Dit kan bij een verzoek tot handhaving alsmede tegenover de voortgezet onderwijsinstellingen zelf.

De instellingaccountant van de onderwijsinstelling heeft tot taak om de doelmatigheid van de bestedingen te controleren. Dit gebeurt aan de hand van de vijf hiervoor genoemde documenten (artikel 4.4, tweede lid, Uitvoeringsbesluit WHW jo. Regeling Onderwijscontroleprotocol OCW/EZ 2012, Bijlage 1).

Investeringen in private activiteiten zijn volgens de minister doelmatig als deze investeringen (1) rechtmatig, (2) transparant en (3) niet marktverstrend zijn. Verder moeten de investeringen ook (4) 'een aantoonbare bijdrage leveren aan de innovatie van het onderwijs, de kennisvalorisatie of de kwaliteit van onderwijs en onderzoek'. Dit uitgangspunt is in de helderheidsnotities en de bijhorende brief van 2 november 2004 uitgewerkt in de onderstaande 'voorwaarden' (cursiveringen M.):

- de doelstelling van de niet-gesubsidieerde of niet bekostigde activiteit moet in lijn zijn met de kerntaken waarvoor de instelling rijksbijdrage of subsidie ontvangt. Dit betekent dat de instelling desgevraagd moet kunnen aantonen op basis van een projectplan of bijvoorbeeld de statuten dat dit daadwerkelijk ook het geval is;
- de investering mag niet louter gericht zijn op financieel gewin, maar moet – in termen van kwaliteitsverhoging, doelmatigheid, toegankelijkheid, of kennisoverdracht aan de maatschappij – aantoonbaar meerwaarde hebben voor de kerntaak

van de instelling. De baten van de investering met publiek geld moeten in deze termen door de instelling worden gespecificeerd;

3. de investering dient – ook in de tijd – *in een redelijke verhouding te staan tot de verwachte baten* in termen van doelmatigheid, kwaliteit, toegankelijkheid of kennisoverdracht van die investering;
4. door de investering *mag geen concurrentievervalsing* ontstaan (hierbij wordt aansloten op de mededingingswetgeving en het EU-verdrag).
5. de instelling moet zich – zowel in de richting van het ministerie van OCW als richting relevante stakeholders – over de publieke en private activiteiten en bijbehorende geldstromen *transparant verantwoorden* in het financieel jaarverslag en bestuursverslag;
6. de instelling moet onverkort voldoen aan de wettelijke waarborgen rond het onderwijs en aan de beleidsregel Beleggen en Belenen.<sup>7</sup>

Naar aanleiding van de zgn. HBO-fraude-affaire<sup>23</sup> en het wetsvoorstel Markt en Overheid, zijn de bovenstaande zes voorwaarden in de brief aan de Tweede Kamer van 20 juli 2005 aangevuld met drie nieuwe ‘voorwaarden’ (cursivering M.):

- ‘1. er moet sprake zijn van een realistische capaciteit (personeel en materieel) die is afgestemd op het primaire proces. Het inzetten van restcapaciteit die (mede) met publiek geld is gefinancierd voor private activiteiten is alleen toegestaan als tenminste *de integrale kostprijs* in rekening wordt gebracht. Die restcapaciteit moet echter wel van tijdelijke aard zijn. Is dat niet het geval dan moet deze – uiteraard voor zover mogelijk – worden afgestoten;
2. het aanbieden van voorzieningen voor studenten en deelnemers is toegestaan indien dit een functie vervult bij het tot stand brengen van sociale binding en een goed studieklimaat en langs die weg op positieve wijze het studierendement bevordert. Voorwaarde daarbij is dat de desbetreffende voorziening op positieve wijze bijdraagt aan het met succes volgen van de opleiding of behulpzaam is bij het doorlopen van het curriculum;
3. het aanwenden van de rijksbijdrage om risico’s voortkomend uit de niet-primaire processen door bijvoorbeeld een garantstelling af te dekken, is niet toegestaan.’

Volgens de brief van 20 juli 2005 zijn de instellingen verplicht aan alle voorwaarden tegelijk te voldoen en zich over elk van de genoemde voorwaarde te verantwoorden. De verantwoordingsplicht vloeit voort uit de Regeling Onderwijsprotocol OCW/EZ dat gericht is aan de instellingaccountants. De instellingen moeten in de jaarverslaglegging zowel de baten in financiële zin als in niet-financiële zin (de culturele meerwaarde) inzichtelijk maken.<sup>24</sup> Ook de kosten van de private activiteiten

moeten inzichtelijk gemaakt worden. De instellingsaccountant hoeft overigens bij de toetsing van de voorwaarde over concurrentievervalsing geen marktonderzoek te doen. Hij mag volstaan met het vaststellen van een kostendekkend tarief.

Ten slotte biedt de ‘Handreiking voor onderwijskundige publiek-private arrangementen’ van 1 februari 2011 enkele aandachtspunten met betrekking tot het ontplooiën van publiek-private activiteiten. De handreiking is opgesteld door het ministerie van OCW en sluit aan bij de notities Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs. De handreiking maakt echter een onderscheid tussen zuiver private activiteiten en publiek-private activiteiten. Bij zuiver private activiteiten gaat het bijvoorbeeld om contractonderwijs van een onderwijsinstelling. Een dergelijke activiteit valt niet binnen de wettelijke taken van de instelling. Deze private activiteiten vallen buiten de reikwijdte van de handreiking. Bij publiek-private activiteiten zijn activiteiten die *om onderwijskundige redenen* direct of indirect betrokken zijn bij de uitoefening van een economische activiteit. Men kan denken aan de in de inleiding beschreven casus van de hogeschool die in het kader van haar hotelopleiding hotel- en restaurantdiensten aanbood. De zaalverhuurdiensten die de hogeschool ook aanbood, kunnen ook beschouwd worden als een publiek-private activiteit, mits de verhuuractiviteiten zien op het creëren van een contextrijke leeromgeving, het verbeteren van het op de praktijk gerichte onderwijs of het verbeteren van onderwijs dat gericht is op het ontwikkelen van ondernemerschap. De aandachtspunten voor publiek-private arrangementen die in de handreiking staan, zijn achterin opgesomd in een ‘checklist’. De onderwerpen waar aandacht naar zou moeten uitgaan zijn de onderwijskundige meerwaarde, de proportionele inzet van de rijksbijdrage, financieel risicobeheer, continuïteit van onderwijs bij tegenvallende bedrijfsresultaten, oneerlijke concurrentie, toezicht, verantwoording en integriteitsbeleid. Anders dan in deze handreiking maak ik in deze bijdrage geen onderscheid tussen private activiteiten en publiek-private activiteiten, aangezien deze bijdrage ziet op elke manier van aanwenden van de rijksbijdrage aan economische activiteiten.

### Toezicht

Wie ziet er in de praktijk toe op de doelmatige besteding van de rijksbijdrage?<sup>25</sup> De verantwoordelijkheid voor de bestedingen ligt primair bij het College van Bestuur van de onderwijsinstelling. Het College van Bestuur moet, voordat het investeringen doet in private activiteiten, overleggen met de Raad van Toezicht, de instellingsaccountant, de Ondernemingsraad en derde-belanghebbenden. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 20 juli 2005 beloofd ‘scherp te letten’ op de eis van het overleg met stakeholders. Navraag bij het ministerie van OCW leert dat het overleg met sta-

keholders daadwerkelijk plaatsvindt, maar niet geheel duidelijk is op welke manier dit gebeurt. Naast overleg met deze partijen is er verder toestemming nodig van de Raad van Toezicht van de onderwijsinstelling. Dit orgaan is verantwoordelijk voor het interne toezicht op de desbetreffende onderwijsinstelling.

Nadat de instelling zich heeft verantwoord in het financieel jaar- en het bestuursverslag, voert de Onderwijsinspectie het externe toezicht uit door het toetsen van deze verslagen aan de doelmatigheid van de uitgaven.<sup>26</sup> Verder voert de inspectie steekproeven en themaonderzoeken uit en kan zij signalen van onrechtmatige en ondoelmatige bestedingen van de rijksbijdrage direct onderzoeken. Naast de eerdergenoemde sanctiemogelijkheid van het lager vaststellen van de rijksbijdrage op grond van artikel 2.9, derde lid, WHW, kan een onrechtmatige of ondoelmatige besteding van de rijksbekostiging ook leiden tot een herstelsanctie op grond van artikel 15.1 WHW. De rijksbekostiging kan op grond van 15.1 WHW geheel of gedeeltelijk door de minister worden ingehouden, dan wel worden opgeschort. De *Onderwijsinspectie* kan ook krachtens artikel 3, derde lid, onder a, Wet op het Onderwijstoezicht (WOT), het mandaat krijgen om de bekostiging voor ten hoogste vijftien procent in te houden of (geheel of gedeeltelijk) op te schorten. De bevoegdheden uit artikel 5:12-5:17 en 5:20 Awb zijn voor de Onderwijsinspectie van overeenkomstige toepassing.<sup>27</sup>

In de uitspraak *Van Hall Larenstein* heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) bepaald dat de artikelen 2.9, derde lid, WHW en 15.1 WHW geen uitputtende regeling voor terugvordering van de bekostiging vormen.<sup>28</sup> Nu de Awb op grond van artikel 4:21, vierde lid, Awb van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs, kunnen de bedragen ook op grond van artikelen 4:49 jo. 4:57 Awb terug gevorderd worden. De terugvorderingstermijn van artikel 4:57 Awb bedraagt vijf jaar. Dit is langer dan de termijn van een jaar die in artikel 2.9, derde lid, WHW is bepaald.<sup>29</sup> Ook hoeft bij terugvordering op grond van artikel 4:57 Awb, anders dan terugvordering op grond van artikel 15.1 WHW, geen sprake te zijn van het herstellen van een voortdurende overtreding van de WHW.<sup>30</sup>

Tegen de sancties die op grond van artikel 2.9, derde lid, WHW en artikel 15.1 WHW zijn opgelegd, kan een belanghebbende rechtstreeks in beroep gaan bij de ABRvS.<sup>31</sup> Wat betreft de onrechtmatige of ondoelmatige besteding<sup>32</sup> van de rijksbijdrage zal het in de praktijk echter niet zo snel hoeven komen. In dat geval is er namelijk altijd de hersteltermijn die dient te worden gegeven. Er is naar aanleiding van het recente onderzoek naar de onregelmatigheden rond de buitenlandse activiteiten van de hogeschool Stenden ook geen sanctie aan te pas gekomen, ondanks

dat er een indicatie was dat er een risico bestaat dat er op jaarbasis € 214.600 van de rijksbijdrage naar private activiteiten kan worden gelekt.<sup>33</sup> Wel zijn afspraken gemaakt tussen de Onderwijsinspectie en de hogeschool Stenden.<sup>34</sup>

### Tussenconclusie

Concluderend kan worden vastgesteld dat de belangrijkste juridische kaders voor private activiteiten van hogeronderwijsinstellingen zijn gelegen in de Awb (met name in het kader van toezicht), de WHW en de beleidsregel Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs. De Wet op het Onderwijstoezicht is naast de WHW van belang voor het externe toezicht en de publieke handhaving. De mogelijkheden voor publieke handhaving lijken erg ruim te zijn. Daar lijkt echter niet zo snel gebruik van te worden gemaakt wanneer sprake is van ondoelmatige uitgaven.<sup>35</sup> Er zijn in de officiële publicaties van de Onderwijsinspectie ook geen bijzondere casussen te vinden over concurrentievervalsing door hogeronderwijsinstellingen. Dit is vreemd gezien het feit dat er, tijdens de behandeling van de Wet Markt en Overheid, werd geconstateerd dat een groot aantal klachten over concurrentievervalsing in de onderwijs- en onderzoeksector is binnengekomen bij het Ministerie van EL&I.<sup>36</sup> Te verwachten valt dat er in de nabije toekomst meer aandacht komt voor deze problematiek, ook binnen OCW en de Onderwijsinspectie. Zo heeft de Onderwijsinspectie zoals gezegd expliciet de opdracht gekregen om de komende twee jaren veldonderzoek te doen naar de 'aard, omvang, risico's en motieven van private activiteiten'.<sup>37</sup> Meer aandacht vanuit de inspectie is nodig om de huidige regelgeving, die momenteel geen toereikende handvatten lijkt te bieden voor benadeelde concurrenten, in de praktijk effect te laten hebben.

### 3 Het staatssteunrecht

Op Europeesrechtelijk niveau zijn er ook regels terug te vinden die relevant zijn voor de verhouding tussen ondernemende onderwijsinstellingen en hun particuliere concurrenten. De concurrenten worden in sommige gevallen beschermd door het staatssteunrecht. Het systeem van het staatssteunrecht brengt met zich mee dat het voor lidstaten in beginsel verboden is om staatssteun te verlenen, zonder deze steun eerst ter goedkeuring bij de Europese Commissie voor te leggen.<sup>38</sup> Is er geen voorafgaande goedkeuring voor verkregen, dan is de steun onrechtmatig en kan de Europese Commissie gelasten dat de steun moet worden teruggevorderd.<sup>39</sup> Bij schending van zo een procedurele verplichting kan ook de nationale rechter oordelen dat de steun onrechtmatig werd verstrekt en derhalve zal moeten worden teruggevorderd.<sup>40</sup> Na aanmelding van een steunmaatregel kan de Commissie de maatre-

gel op grond van artikel 107, derde lid, onder b of c VWEU verenigbaar met de markt achten. De Kaderregeling voor Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie (hierna Kaderregeling O&O&I) biedt in de artikelen 4 en 5 inzicht in de boordeling van de Commissie.<sup>41</sup> Soms hoeft de steun niet vooraf aangemeld te worden. Dat is het geval indien de steunmaatregel onder de algemene groepsvrijstellingsverordening valt.<sup>42</sup>

Er is sprake van staatssteun indien er voldaan wordt aan de criteria uit artikel 107, eerste lid, VWEU. Er zal per geval gekeken moeten worden of de investeringen voldoen aan de bekende voorwaarden dat (1) de maatregel door de Staat verleend wordt of met staatsmiddelen bekostigd is, (2) de maatregel ten goede komt aan bepaalde ondernemingen of producties, (3) de maatregel een voordeel verschaft dat niet langs de normale weg zou zijn verkregen, (4) de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en (5) de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten op een ongunstige wijze beïnvloedt.<sup>43</sup> Volgens de Europese Commissie wordt er niet aan alle criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU voldaan, indien de steun een bedrag betreft dat niet hoger is dan € 200.000 over een periode van drie belastingjaren.<sup>44</sup>

Het is beslist denkbaar dat onderwijsinstellingen onder omstandigheden kwalificeren als onderneming in de zin van het staatssteunrecht (hiervoor voorwaarde 2).<sup>45</sup> Het ondernemingsbegrip van art 107, eerste lid, VWEU is uitgewerkt in de klassieke *Höffner-zaak*. Volgens het *Höffner-arrest* is een onderneming 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.<sup>46</sup> Of een onderwijsinstelling een 'economische activiteit' uitvoert, stelde het HvJEG in de zaak *Humbel* en *Wirth* vast aan de hand van de vraag of er goederen of diensten worden aangeboden op een bepaalde markt.<sup>47</sup> In beginsel is onderwijs waarvoor de onderwijsinstelling rijksbekostiging ontvangt geen dienstverrichting, omdat deze vorm van onderwijs niet 'gewoonlijk tegen vergoeding' wordt verzorgd.<sup>48</sup> De staat vervult in dat geval zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak. Het ontvangen van enig collegegeld doet daar niet aan af, omdat het onderwijs in die gevallen *hoofdzakelijk* uit publieke middelen worden gefinancierd.<sup>49</sup> Dat ligt anders voor diensten als contractonderwijs en contractonderzoek. Deze cursussen worden hoofdzakelijk gefinancierd uit particuliere gelden. In dat geval is er dan wel sprake van een onderneming in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU. In de zaken *Schwarz*, *Commissie/Duitsland* en *Zanotti* heeft het HvJ deze redenering uit de twee zaken *Humbel* en *Wirth* bevestigd.<sup>50</sup> De Europese Commissie heeft, naar aanleiding van een verzoek om advies van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, benadrukt dat specifieke omstandigheden waaronder de activiteit

plaatsvindt bepalend zijn voor de vraag of er sprake is van een economische activiteit. Daarbij wijst de Commissie op elementen als de aard van de geboden diensten, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan.<sup>51</sup>

Een verdere uitwerking van de vraag of onderzoeksinstellingen goederen of diensten aanbieden, is terug te vinden in de genoemde Kaderregeling O&O&I-steun. Volgens de Kaderregeling omvat het begrip economische activiteiten met name contractonderzoek in opdracht van het bedrijfsleven, het verhuren van onderzoeksinfrastructuur en consultancyactiviteiten.<sup>52</sup> In de Kaderregeling is bepaald dat het aanbieden van opleidingen met het oog op meer en beter gekwalificeerd personeel, het uitvoeren van onafhankelijk onderzoek & ontwikkeling en de verspreiding van onderzoeksresultaten normaal gesproken geen economisch karakter heeft. Ook het creëren van spin-offs wordt niet gezien als een economische activiteit, mits alle inkomsten uit de activiteiten van de spin-offs in de primaire activiteiten van onderzoeksorganisaties worden geïnvesteerd. In die gevallen is er dan ook geen sprake van een onderneming of staatssteun.<sup>53</sup>

Volgens de Europese Commissie houdt overheidsfinanciering voor economische activiteiten doorgaans staatssteun in.<sup>54</sup> De rijksbijdrage voor hogeronderwijsinstellingen wordt verleend met het oog op niet-economische activiteiten zoals bekostigd onderwijs. Om kruissubsidiëring van de rijksbekostiging met de economische activiteiten te vermijden, moeten de kosten en financiering van de economische activiteiten van de niet-economische activiteiten onderscheiden worden.<sup>55</sup> Onderwijsinstellingen dienen bovendien de economische activiteiten tegen normale marktvoorwaarden aan te bieden.<sup>56</sup>

Onderwijsinstellingen die private activiteiten uitvoeren, moeten dus ook rekening houden met het ontvangen van onrechtmatige staatssteun. Dat gevaar ontstaat wanneer de rijksbijdrage wordt aangewend ten behoeve van economische activiteiten. Aangezien de minister de rijksbijdrage daar niet voor heeft bedoeld, zal de lidstaat deze vorm van steun in beginsel dan ook niet vooraf aanmelden bij de Commissie. Bij kruissubsidiëring van de economische activiteiten door de onderwijsinstelling kan daarom achteraf blijken dat er verboden staatssteun is verleend. De Commissie kan in dat geval, bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht van een concurrent, gelasten dat de steun wordt teruggevorderd. Een concurrent kan ook zelf de Minister verzoeken bekostiging terug te vorderen wegens onjuiste aanwending daarvan. De beslissing op dat verzoek kan hij desgewenst aan de nationale bestuursrechter voorleggen.<sup>57</sup> Ten slotte moet steeds goed op het netvlies staan dat, ook wanneer

een onderwijsinstelling in een concreet geval niet onder het staatssteunregime valt, bijvoorbeeld omdat de de-minimisgrens niet wordt overschreden, de hiervoor beschreven Nederlandse sectorale regelgeving op het gebied van het bekostigingsrecht onverkort geldt.

#### 4 De Wet Markt & Overheid en toekomstig recht

Zoals eerder gezegd, beoogt ook de Wet Markt en Overheid (WM&O) de spanning tussen overheidsgefinancierde, economische activiteiten en het belang van de concurrenten te regelen. Deze wet spitst zich echter toe op economische activiteiten die door overheden, of daaraan gelieerde *overheidsbedrijven*, worden ontplooid. Onderwijsinstellingen voor het hoger onderwijs zijn krachtens artikel 25h, eerste lid onder c, Mededingingswet buiten de reikwijdte van de wet geplaatst. Deze uitzonderingspositie is niet geheel onomstreden. Bij de behandeling van de wet is namelijk geoperd om ook het hoger onderwijs onder de werking van deze compromiswet te laten vallen. Voordat verder ingegaan zal worden op de invloed van de WM&O op de recente ontwikkelingen van de sectorale regelgeving voor hogeronderwijsinstellingen, zal eerst de inhoud van de WM&O kort worden besproken.

##### Markt- én overheidsbelangen

Met de WM&O is Hoofdstuk 4B *Overheden en Overheidsbedrijven* in de Mededingingswet (Mw) ingevoegd.<sup>58</sup> In dat hoofdstuk zijn vier regels opgenomen die strekken tot het creëren van zo veel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden en daaraan gelieerde overheidsbedrijven en anderzijds de particuliere ondernemingen:

1. het gebod om ten minste de integrale kosten van de product of dienst in rekening te brengen (artikel 25i Mw);
2. het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt (artikel 25j Mw);
3. het verbod op exclusief gegevensverbruik voor commerciële doeleinden (artikel 25k Mw);
4. het verbod op functievermenging (artikel 25l Mw).

Deze vier regels strekken in eerste instantie tot de bescherming van de particuliere ondernemer. De concurrent kan zich namelijk beroepen op een schending van een van de vier gedragsregels, waaronder de verplichting om de integrale kostprijs in rekening te brengen. Het begrip 'integrale kostprijs' is in detail uitgewerkt in artikel 6 Besluit Wet Markt en Overheid. De kracht van de wet ligt voornamelijk in het toe-

zichtmechanisme. De bestuursorganen die onder de reikwijdte van de wet vallen, staan onder toezicht van de Autoriteit Consument en Markt (ACM, tot 1 april 2013 NMa). De concurrent kan bij de ACM eenvoudig een klacht indienen. Indien de concurrent een belanghebbende is, zal de ACM ook verplicht moeten reageren op de ingediende klacht. Bij een afwijzing kan de belanghebbende tegen dit besluit inhoudende een afwijzing bezwaar aantekenen en eventueel in beroep gaan. De ACM heeft verder op grond van artikel 5:11-20 Awb allerlei onderzoeksbevoegdheden, zoals het betreden van elke plaats, het eisen van inlichtingen en het inzien van zakelijke gegevens. Ook kan zij bescheiden vorderen. Deze bevoegdheden zijn nader uitgewerkt in artikelen 50-50c Mw. Na hoor en wederhoor kan de ACM, krachtens artikel 70c Mw, bij beschikking verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld. Zij kan ook kiezen voor het opleggen van een last onder dwangsom. De beschikkingen worden meegedeeld in de Staatscourant en kunnen zo voor gezichtsverlies van de desbetreffende overheid leiden.

De autonomie van overheden komt echter ook duidelijk naar voren in deze wetgeving. Zo mogen overheden nog altijd economische activiteiten uitvoeren zonder te voldoen aan enige toetredingsregels.<sup>59</sup> Ook wordt er van overheden niet gevraagd om een scheiding aan te brengen tussen publieke geldstromen en private geldstromen. Bovendien kunnen overheden op grond van artikel 25h, vijfde en zesde lid Mw, bepaalde economische activiteiten in het kader van het algemeen belang achten en zich daarmee onttrekken aan de vier gedragsregels.

Ook met zulke duidelijke gedragsregels lijkt een civielrechtelijke procedure op grond van een onrechtmatige daad wegens schending van de WM&O een moeilijke opgave te zijn.<sup>60</sup> Bij het aantonen van een onrechtmatige daad moet de concurrent over een aantal hoge hordes springen. Ten eerste zou de benadeelde concurrent moeten aantonen dat hij op dezelfde markt opereert.<sup>61</sup> Daarvoor zal hij de relevante product- en geografische markt moeten afbakenen. Voor de bepaling van de relevante productmarkt zal hij moeten aantonen dat zijn product of dienst als een alternatief gezien wordt door de consument (het principe van vraagzijdesubstitutie).<sup>62</sup> De relevante geografische markt wordt bepaald door het gebied waarbinnen sprake is van homogene concurrentievoorwaarden en dat dit gebied te onderscheiden is van aangrenzende gebieden, waar afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.<sup>63</sup> Heeft de concurrent eenmaal aangetoond dat er sprake is van een relevante markt, dan moet hij nog aantonen dat er gedragsregels zijn geschonden. De ACM kan dit in een bestuursrechtelijke toezichtprocedure makkelijker aantonen. Bestuursorganen hebben namelijk tegenover de ACM de verplichting om aan te moeten tonen dat de volledige kosten zijn doorberekend (artikel 25i, vierde lid, Mw). Concurrenten

zullen, bij gebrek aan een beschikking van de ACM, zelf via artikel 843a Rv inzage in relevante documenten moeten verkrijgen.<sup>64</sup> Is door middel van de relevante documenten aangetoond dat een overheidsbedrijf zijn diensten onder de kostprijs heeft geleverd, dan staat daarmee nog geen schending van de WM&O vast. De wet normeert gedragingen van bestuursorganen, ten einde kruissubsidiëring te voorkomen. Het in een civielrechtelijke procedure aantonen van een schending van de WM&O lijkt dus redelijk lastig te zijn. Zeker aangezien de eis van een boekhoudkundige scheiding tussen publieke en private gelden ontbreekt.<sup>65</sup> De benadeelde concurrent mag dan op grond van het Besluit Markt en Overheid weten welke posten er doorberekend hadden moeten worden, maar heeft verder geen inzicht of dit inderdaad het geval is geweest. Zelfs indien er een onrechtmatige daad vaststaat, dan moet de concurrent nog altijd door middel van een marktanalyse aantonen dat de schade (bijvoorbeeld winstderving) het gevolg is van de onrechtmatige daad. Dit is geen vanzelfsprekendheid, aangezien winstderving ook het gevolg kan zijn van andere factoren, zoals een verslechterde kwaliteit van het product.<sup>66</sup> Kortom, het zal voor de benadeelde concurrent meer voor de hand liggen om de ACM tot handhaving van de WM&O te verzoeken dan zelf een civielrechtelijke procedure te starten.

#### **Belang voor de regelgeving voor het hoger onderwijs**

Het gevonden compromis tussen de autonomie van overheden en de belangen van de concurrent is interessant voor de recente ontwikkelingen van de sectorale regelgeving voor hogeronderwijsinstellingen. Tot op heden is er in de sectorale regelgeving onvoldoende geregeld ter behartiging van de belangen van de concurrent. In de sectorale regelgeving voor publieke omroepinstellingen – publieke omroepen vallen eveneens buiten de reikwijdte van de WM&O – is het verbod van het verrichten van nevenactiviteiten<sup>67</sup> die leiden tot concurrentievervalsing wél wettelijk verankerd (artikel 57a Mediawet).<sup>68</sup> Het is dan ook niet verwonderlijk dat er twee interessante ontwikkelingen gaande zijn met betrekking tot de nationale sectorale regelgeving inzake hogeronderwijsinstellingen die een nauw verband hebben met de Wet Markt en Overheid.

De eerste ontwikkeling is dat er in de Tweede Kamer een voorstel tot wetswijziging ligt om artikel 2.7a in te voegen in de WHW. Met dit artikel wordt een basis gecreëerd voor een AMvB waarin regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten. Volgens de memorie van toelichting is de behoefte aan een delegatiebepaling met concrete normen de afgelopen jaren gegroeid. Deze behoefte lijkt volgens de toelichting vooral vanuit het ministerie en de onderwijsinstellingen te komen. Hoewel de notities Helderheid in het hoger onderwijs voor onderwijsinstellingen een 'bruikbaar uitgangspunt' hebben

gevormd om hun bestedingsbeslissingen te toetsen, bleken de notities in sommige gevallen toch onvoldoende concrete aanknopingspunten te bieden.<sup>69</sup> Ook voor de overheid boden de notities soms onvoldoende concrete aanknopingspunten om in te grijpen 'waar dat wel te overwegen zou zijn geweest'.<sup>70</sup> De toelichting spreekt van een voornemen om in een AMvB een aantal principes op te nemen, zoals de beperking van financiële risico's en de proportionaliteit van de investeringen ten opzichte van de onderwijskundige meerwaarde.<sup>71</sup> De bedoeling is dat een nadere uitwerking geschiedt in een ministeriële regeling. Bij navraag bij het ministerie van OCW blijkt dat er nog niet wordt gewerkt aan de AMvB, noch aan de ministeriële regeling. De AMvB zal ook niet op korte termijn verwacht kunnen worden. Het blijkt namelijk lastig om goede algemene normen op te stellen voor het vraagstuk van private activiteiten, aangezien er per geval gekeken moet worden naar de doelmatigheid van de uitgaven. Dit is volgens het ministerie een redelijk lastige opgave, omdat de handelingen van de instelling vaak in een grijs gebied verkeren.

De voorgestelde delegatiebepaling dient in ieder geval als een mogelijke grondslag voor een toekomstige AMvB. Het is jammer dat de regering in de memorie van toelichting niet is ingegaan op het vraagstuk van concurrentievervalsing. Anders dan in de memorie van toelichting, spreekt de minister van EL&I<sup>72</sup> in een reactie op het rapport 'Publieke organisaties en private organisaties' van de Algemene Rekenkamer van een AMvB waarin *markt en overheidsbeginselen* kunnen worden verwerkt.<sup>73</sup> De minister verwijst in dit kader naar de regels uit de WM&O. Dit zou hebben kunnen betekenen dat er vanuit de overheid toch aandacht komt voor de problematiek van concurrentievervalsing. Concretisering van de doelmatigheidsvereiste in een wettelijke regeling, bijvoorbeeld door in een AMvB de norm op te stellen dat de integrale kosten van de private activiteiten doorberekend moeten worden, zou de rechtsbescherming van benadeelde concurrenten aanzienlijk kunnen versterken.

De tweede ontwikkeling is dat de Onderwijsinspectie, zoals gezegd, tot aan de evaluatie van de WM&O in 2014, inventariserend veldonderzoek zal doen naar de 'aard, omvang, risico's en motieven van private activiteiten'.<sup>74</sup> Dit onderzoek is van belang voor de vraag naar de effectiviteit van de huidige regelgeving. Momenteel ligt er het 'Publieksversie implementatieplan ontwikkeling toezicht private activiteiten Inspectie van het Onderwijs, 2012', waarin enig inzicht wordt gegeven in de uit te voeren veldonderzoeken. In het implementatieplan wordt eerst een afbakening gemaakt van het begrip 'private activiteiten'. Volgens de inspectie zijn private activiteiten 'alle activiteiten en taken van onderwijsinstellingen die worden uitgevoerd naast het verzorgen van bekostigd onderwijs en bijdragen aan de kerntaak van de onderwijsinstelling'. Dit kunnen activiteiten en taken zijn die (deels) worden uitge-

voerd met privaat geld of activiteiten die in concurrentie met de markt worden uitgevoerd. De inspectie noemt contractonderwijs, kinderopvang, verhuur van lokalen, leerbedrijven en detachering als voorbeelden. Verder onderkent de inspectie dat aandacht voor private activiteiten in het onderwijs toeneemt. Het veldonderzoek heeft tot doel het geven van inzicht in de aard van de private activiteiten, motieven, ontstaansachtergrond, de omvang van de activiteiten en de vraag of er ongewenste risico's optreden. De inspectie zal in de eerste instantie kijken naar de jaarrekeningen en websites van onderwijsinstellingen. Ook zal er bij een representatief deel ter plaatse worden geïnventariseerd. De inspectie zal dan aan de hand van gesprekken met bestuurders inventariseren welke motieven en (juridische) knelpunten worden ervaren. Volledig privaat gefinancierde onderwijsinstellingen of instellingen waarbij onderwijs een ondergeschikt aspect is (zoals academische ziekenhuizen) vallen buiten het onderzoek.

Deze twee ontwikkelingen hangen nauw samen met de al genoemde motie van Ten Hoopen en Vos, waarin de regering is verzocht om 'onafhankelijk onderzoek te doen naar de omvang van oneerlijke concurrentie binnen het hoger onderwijs en onderzoek en de vraag naar de wenselijkheid om delen van het hoger onderwijs en onderzoek onder de Wet Markt en Overheid te brengen.'<sup>75</sup>

Aan deze motie zijn drie voorstellen voor amendementen in de WM&O voorafgegaan. Deze amendementen hadden de strekking om de uitzonderingspositie van het hoger onderwijs in de WM&O te schrappen. De toelichting op deze benadering was als volgt:

'Het criterium voor geoorloofde ondersteuning met publieke middelen is dat een dergelijk initiatief nog niet commercieel exploitabel is en derhalve zonder ondersteuning vanuit het hoger onderwijs niet van de grond zou komen. Het met publiek geld beoefenen van commerciële activiteiten werkt concurrentievervalsend. Tevens wordt de kwaliteit van onderwijs aangetast als de bekostiging deels gebruikt wordt om marktaandeel te kopen door onder de kostprijs commerciële diensten aan te bieden. Een uitzondering voor de vele honderden door het Hoger Onderwijs gedreven commerciële dochterondernemingen is derhalve, mede gelet de vele klachten, ongewenst. Het gaat hier vanzelfsprekend niet om de kernactiviteiten zoals fundamenteel onderzoek en het onderwijs. Het gaat juist om het soort activiteiten en onderzoek waarvoor in de markt commerciële aanbieders zijn. Dan is een gelijk speelveld vereist en is onafhankelijke toetsing van belang. De functie van het Hoger Onderwijs als kraamkamer van nieuwe economische activiteiten dient ten principale gewaarborgd te blijven.'<sup>76</sup>

Dit amendement heeft het, evenals twee vergelijkbare voorstellen, niet gehaald. Immers, anders dan de motie van Ten Hoopen en Vos gaat dit amendement voorbij aan het bijzondere en hybride karakter van de onderwijsinstellingen. De WM&O is geschreven ter normering van de economische activiteiten die, al dan niet via een overheidsbedrijf, worden ontplooid door *bestuursorganen*. Nu zijn bekostigde bijzondere instellingen in beginsel geen bestuursorganen. Het onderbrengen van het hoger onderwijs onder deze wet zou dus betekenen dat alleen openbare onderwijsinstellingen onder de reikwijdte van de wettelijke bepalingen zouden kunnen vallen. Zolang dit hybride systeem bestaat, ligt het vooral in het kader van de rechtsgelijkheid niet in de rede om het hoger onderwijs onder de werking van de WM&O te plaatsen.<sup>77</sup>

De WM&O kan echter wel als een bron van inspiratie dienen voor de toekomstige ontwikkeling van de sectorale regelgeving voor hogeronderwijsinstellingen. De huidige sectorale regelgeving, of in ieder geval de uitvoeringspraktijk, mist namelijk de nodige aandacht voor de belangen van de concurrenten. De in de WHW gestelde norm dat uitgaven doelmatig dienen te zijn, bieden weinig aanknopingspunten voor concurrenten die zich benadeeld voelen, zeker aangezien de uitwerking van deze doelmatigheidsnorm is gelegen in allerlei documenten waarvan de status onduidelijk is. De toekomstige regelgeving zou eenvoudiger moeten zijn en daadwerkelijk een rechtsgrondslag moeten bieden voor verzoeken tot handhaving door concurrenten. De eerste stap om de doelmatigheidsvereiste te concretiseren in een wettelijke regeling is om deze redenen toe te juichen.

## 5 Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij de regelgeving omtrent private activiteiten in het hoger onderwijs. Ter inleiding is de situatie geschetst waarbij een horecaondernemer last meende te hebben van oneerlijke concurrentie. De hogeschool CHN bood namelijk, net als de horecaondernemer Metropool, horecadiensten aan de markt. De particuliere ondernemer meende dat hij verlies heeft geleden en dat deze schade toe te rekenen viel aan CHN, maar faalde in zijn stelplicht. Interessant is dat in deze zaak de rechter aan zijn motivering heeft toegevoegd dat onderwijsinstellingen de vrijheid hebben om diensten op de markt aan te bieden, mits zij marktconform handelen. Hiermee wordt voorkomen dat de besteding van de rijksbekostiging aan private activiteiten concurrentievervalsing met zich mee zou brengen.

Na deze uitspraak en signalen rond de HBO-fraude zijn enkele notities en brieven opgesteld waarin uitleg wordt gegeven aan de wettelijke eis van rechtmatige en

doelmatige besteding van de rijksbijdrage. Deze documenten stellen dat investeringen van de rijksbijdrage in private activiteiten doelmatig zijn indien zij rechtmatig, transparant en niet-marktverstoring zijn. Investeren van de rijksbijdrage moeten ook een aantoonbare bijdrage leveren aan de innovatie van het onderwijs, de kennisvalorisatie of de kwaliteit van onderwijs en onderzoek. Onderwijsinstellingen dienen zich hierover in het financieel jaar- en het bestuursverslag te verantwoorden.

Naast de WHW en de wetsinterpreterende beleidsregels kunnen ook de regels inzake staatssteun relevant zijn voor onderwijsinstellingen die economische activiteiten verrichten. Steun die niet werd aangemeld bij de Commissie is onrechtmatig en moet worden teruggevorderd. De Commissie toetst wel aangemelde steun aan de verenigbaarheid met de markt. De Kaderregeling O&O&I biedt inzicht in de specifieke toetsingscriteria van de Commissie op dit terrein. Uit de jurisprudentie blijkt dat inmiddels de nodige financieringsbesluiten voor onderwijsinstellingen worden aangevochten op grond van het staatssteunrecht, maar concurrenten boekten tot nu toe geen succes.

De kritische houding van concurrenten van bekostigde onderwijsinstellingen zal toenemen als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid. Deze wet, die een gelijk speelveld beoogt te creëren voor overheden en particuliere ondernemers, neemt zowel de autonomie van overheden als het financiële belang van het bedrijfsleven in acht. Een dergelijke balans moet ook worden gevonden in de regelgeving voor bekostigde onderwijsinstellingen en de bijbehorende onderwijsinstellingen. Daarnaast is de kracht van de Wet Markt en Overheid gelegen in de toegankelijkheid van de ACM. Momenteel is er voor de regelgeving voor het hoger onderwijs geen sprake van een balans tussen de belangen van hogeronderwijsinstellingen en concurrenten. De regelgeving betreffende private activiteiten in het hoger onderwijs is grotendeels onduidelijk en kent de belangen van de concurrent weinig gewicht toe. Uit de uitvoeringspraktijk is op te maken dat er nauwelijks handhavend wordt opgetreden, indien belangen van de concurrent geschaad worden. Net als in de Wet Markt en Overheid zouden belangen van concurrenten meer gewicht toegekend moeten krijgen in de nieuwe regelgeving voor private activiteiten door hogeronderwijsinstellingen. De regelgeving kan wettelijk verankerd worden en simpeler en duidelijker normen bevatten. De Onderwijsinspectie zou (net als de ACM) ook meer oog moeten hebben voor de belangen van de concurrenten en de handhaving van de regelgeving bevorderen. Met de aangekondigde beginselbepaling in de WHW en de daarop te baseren AMvB kunnen meer waarborgen worden getroffen voor de belangen van concurrenten van onderwijsinstellingen. En dat lijkt gezien de huidige tekortkomingen geen overbodige luxe!

## Literatuur

- M. Claessens, 'De bekostiging en subsidiering van onderwijsinstellingen', *NTOR* 2013, 2.
- J. Walst, 'Het hoger onderwijs ondoordacht op de schop?', *NJB* 2013, 139.
- J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend', *NTB* 2013, 17.
- A. Gideon, 'Higher Education Institutes and EU Competition Law', *The Competition Law Review* 2012, p. 169-184.
- C.T. Dekker en mr. E. Hameleers, 'Aansprakelijkheid wegens schending van de Wet Markt en Overheid', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2012.
- D. Schrijvershof, 'De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginsel)plicht tot handhaving naar een gelijk speelveld?', *Tijdschrift voor Mededingingsrecht in de praktijk* 2012.
- H. Peters, 'De beet van de papieren tijger', *NTB* 2012, 28.
- R. Wish & D. Bailey, *Competition Law*, New York: Oxford University Press 2012.
- Onderwijsinspectie, Jaarwerkplan 2013, Doelen en activiteiten Inspectie van het Onderwijs, september 2012.
- Ministerie van EL&I, 'Reactie op concept-achtergrondstudie Publieke organisaties en private activiteiten', 18 juni 2012.
- W. den Ouden e.a., *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- P. Kwikkers, 'Inleiding tot het bekostigingsrecht, over verdeelmodellen, bezuinigingen en beleidsprykkels in het hoger onderwijs', in: M. Laemers (red.), *Bekostiging in het hoger onderwijs* (Preadvies NVOR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
- R.G. Louw, *Het Nederlands Hoger onderwijsrecht, een thematisch commentaar op de WHW* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011.
- C.W. Noorlander & P.J.J. Zoontjens, 'Bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs' (Delen 1 en 2). *School en Wet* 2011.
- B.J. Drijber, 'Wet markt en overheid aangenomen', *Ondernemingsrecht* 2011.
- Algemene Rekenkamer, Publieke organisaties en private activiteiten', 20 juni 2011.
- Onderwijsinspectie, Onderzoek financiering buitenlandse activiteiten Stenden Hogeschool, Rapport H3081158 van 27 mei 2011.
- F. Amato & K. Farbmann, 'Applying EU competition law in the education sector', *International Journal for Education Law and Policy* 2010, p. 7-11.
- E. Styger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bedrijfswetenschappen* 2010, 74-87.
- Onderwijsinspectie, Publieke en private activiteiten bij de kenniscentra beroeps-onderwijs bedrijfsleven, september 2010.

- B. von Wendland, 'State Aid and Public Funding for Universities and other Research Organisations', *Competition Policy Newsletter* 2010, 2.
- B.E. Baarsma & L.A.W. Tieben, 'Markt en Overheid: oplossing zoekt probleem', *M&M* 2010.
- R. Greaves & A. Scicluna, 'Commercialization and competition in the education services sector. Challenges to the education services sector from the application of Articles 101 and 102 TFEU', *International Journal for Education Law and Policy* 2010, p. 13-25.
- N. Neij, 'De strijd tegen oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen', *SEW* 2010.
- S. Huber & J. Prikoszovits, 'Universitäre Drittmittelforschung und EG-Beihilfenrecht', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2008, 6.
- Algemene Rekenkamer, Publiek ondernemerschap, Toezicht en verantwoording bij publiek-private Arrangementen, 8 september 2005.
- P.C. Adriaanse (2005), 'De rol van nationale rechters bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005.
- PriceWaterhouseCoopers, Onderzoek naar de problematiek, *Markt&Overheid*, april 2005.
- Commissie Schutte Eerlijk delen, rapport van 1 april 2004.
- VSNU, Universitaire gedragscode met betrekking tot universiteiten 1999.

## Noten

- 1 Ali Mohammad is masterstudent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is een bewerking van zijn bachelorscriptie 'Hoger onderwijs op de markt'. Bijzonder veel dank gaat uit naar prof. W. den Ouden en A.J. (Alke) Metselaar, LL.M voor de onmisbare begeleiding en input. Ook gaat dank uit naar prof. T. Barkhuysen voor het wijzen op het toenemende belang van dit onderwerp.
- 2 Rb Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF8040.
- 3 Rb Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF8040, r.o. 5.2.2.
- 4 Rb Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF8040, r.o. 5.2.2.
- 5 Wat betreft de steelplicht is overwogen: 'Daarop mocht Metropool niet volstaan met de enkele en in algemene bewoordingen vervatte stelling dat CHN voor haar overnachtingen een vergoeding vraagt die de helft bedraagt van vergelijkbare hotels' (r.o. 5.2.2).

- 6 Regeerakkoord 2010, par. 8. Universiteit Leiden spreekt in haar instellingsplan van 'academisch ondernemerschap'. Het personeel wordt geacht medeverantwoordelijk te zijn voor het uitbreiden van het marktaandeel door bijvoorbeeld meer consultancyactiviteiten te verrichten. Zie Universiteit Leiden, 'Instellingsplan 2010-2014, Inspiratie en Groei', p. 14.
- 7 Zie de considerans van Wet Markt en Overheid: '(...)dat het wenselijk is regels te stellen omtrent economische activiteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en van overheidsbedrijven teneinde zoveel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen te scheppen tussen enerzijds deze organisaties en ondernemingen en anderzijds andere aanbieders van goederen of diensten'. De Wet Markt en Overheid regelt echter niets op fiscaal gebied. Echter, ook in het belastingrecht, in het bijzonder in het vennootschapsbelastingrecht, valt er een tendens naar gelijke concurrentieverhoudingen te bespeuren. Deze ontwikkeling is van belang voor hogeronderwijsinstellingen. Zo is er het voornemen geuit om een wetsvoorstel te ontwerpen dat zal strekken tot snellere plicht voor overheidsbedrijven om vennootschapsbelasting te betalen (*Kamerstukken II* 2011/12, 31 213, nr. 7). Het toekomstig vennootschapsbelastingrecht valt echter buiten het onderzoekskader.
- 8 *Kamerstukken II* 2009/09, 31 354, nrs. 8, 14 en 19.
- 9 Partijen baseerden zich onder meer op PriceWaterhouseCoopers (2005).
- 10 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 354, nr. 40.
- 11 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 5, p. 78-79.
- 12 *Kamerstukken I* 2012/13, 33187, nr. A.
- 13 Ministerie van EL&I, 'Reactie op concept-achtergrondstudie "Publieke organisaties en private activiteiten"', 18 juni 2012, p. 3.
- 14 Onderwijsinspectie, Jaarwerkplan 2013, p. 20. Zie voor een eerder onderzoek over de administratieve scheiding van publieke en private geldstromen van de Kenniscentra Beroepsonderwijs Bedrijfsleven: Onderwijsinspectie (2010).
- 15 Hoewel de rijksbekostiging sluitend onder het subsidiebegrip van art. 4:21 Awb valt, is er toch gekozen om de bekostiging van het hoger onderwijs apart te noemen in het vierde lid. Zie voor de redenen daarvoor: Den Ouden e.a. (2011), par. 2.3.3. Zie voorts ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, r.o. 2.4. Zie uitgebreid over de relatie tussen het bekostigings- en subsidierecht: Claessens (2013).
- 16 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731 (Van Hall Larenstein), r.o. 2.4.2-2.4.3.
- 17 Louw (2011), p. 140. Zie meer over het onderscheid tussen publiek en private geldstromen: Louw (2011), p. 155, en Kwikkers (2011), p. 44.
- 18 Wel voor het extra compenseren van studenten door middel van de rijksbijdrage. In de wetswijziging 'Korte Klap' (13 april 2004, Sfb. 177) is namelijk de

- volgende zinsnede artikel 2.9 WHW ingevoegd: 'Van niet doelmatige aanwending van de rijksbijdrage is in ieder geval sprake, voorzover bedragen daaruit worden aangewend voor het uitvoeren van de procedure voor erkenning van verworven competenties het op enigerlei wijze compenseren van studenten of extraneï voor collegegeld, examengeld, cursusgeld of wat de hogescholen betreft het instellingscollegegeld, bedoeld in artikel 7.46, tweede lid, anders dan op grond van de tweede volzin van dat lid of artikel 7.51.'
- 19 Uit de notitie zelf blijkt overigens niet dat het gaat om wetsinterpreterende beleidsregels en ook niet welke wettelijke bepalingen worden geïnterpreteerd.
  - 20 Zie wetstechnische informatie op [wetten.overheid.nl](http://wetten.overheid.nl) (Identificatienummer BWBR0016272). Zie ook: Rb Rotterdam 21 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW5604 en Rb Amsterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH6937.
  - 21 Vgl. HR 28-03-1990, AB 1990, 306 (Leidraad administratieve boeten).
  - 22 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs: Noorlander & Zoontjens (2011).
  - 23 In de HBO-fraude is heeft een aantal instellingen door allerlei constructies studenten die particuliere opleidingen volgden of uitwisselingsstudent waren mee laten tellen voor de berekening van de rijksbekostiging. Meer over de HBO-fraude is te vinden in Louw (2011), p. 133-138.
  - 24 Er is geen boekhoudkundige scheiding vereist. Commissie Schutte (2004), p. 36.
  - 25 Voor een uitgebreidere weergave van het toezichtmechanisme: Louw (2011).
  - 26 Artikel 12 lid 1 WOT. Voor deze taak wordt de Onderwijsinspectie in 2012 'formatief uitgebreid': *Kamerstukken II 2012/13*, 30 220, nr. 7, p. 7.
  - 27 Art. 9 WOT. *Kamerstukken 2000/01*, 27265 (Aanpassing aan onderwijswetgeving derde tranche Awb).
  - 28 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731 (Van Hall Larenstein), r.o. 2.4.2-2.4.3.
  - 29 Zie voor de reacties op deze uitspraak: Kwikkers (2011), p. 21.
  - 30 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731 (Van Hall Larenstein).
  - 31 Artikel 8:6 Awb jo. artikel 2 Bijlage 2: Bevoegdheidsregeling bestuursrecht-spraak.
  - 32 Dit in tegenstelling tot de onrechtmatige berekening van de rijksbijdrage. Zie voor meer over de HBO-fraude in Louw (2011). Zie voor een voorbeeld waar 1 miljoen euro is teruggevorderd van Hogeschool Inholland: *Kamerstukken II 2012/13*, 31 288, nr. 318.
  - 33 Onderwijsinspectie, Rapport H3081158 van 27 mei 2011, *Onderzoek financiering buitenlandse activiteiten Stenden Hogeschool*.
  - 34 Onderwijsinspectie, Stenden Hogeschool, rapportage over incidenteel onderzoek van 7 februari 2012.
  - 35 Navraag bij de Directie Kennis van het ministerie bevestigt dit beeld.
  - 36 PriceWaterhouseCoopers (2005), p. 157.
  - 37 Onderwijsinspectie, Jaarwerkplan 2013, p. 20.
  - 38 Artikel 108 lid 3 VWEU.
  - 39 Artikel 14 ProcedureVo.
  - 40 Zie meer over de rol van de rechter in Adriaanse (2005), p. 57-87.
  - 41 Zie voorts artikel 7 van de Kaderregeling O&O&I in geval van een formele onderzoeksprocedure door de Commissie.
  - 42 Voor onderzoeksinstellingen relevante artikelen uit de verordening zijn in ieder geval artikelen 3, 6 onder 3, 8, 9 en 31.
  - 43 De criteria uit artikel 107 lid 1 VWEU worden in de literatuur meestal opgesplitst in vijf voorwaarden. De ontleding van deze vijf criteria is hier ontleend aan: Den Ouden e.a. (2011).
  - 44 Art. 2 Vrijstellingsverordening 1998/2006.
  - 45 Zie ook de internationale aandacht voor dit fenomeen: Von Wendland (2010); Huber & Prikoszovits (2008). Zie in het kader van het mededingingsrecht: Gideon (2012); Amato & Farbmann (2010) en Greaves & Scicluna (2010). Meer over de invloed van Europees recht op hybride organisaties, zie: Styger (2010).
  - 46 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90.
  - 47 HvJ EG 27 september 1988, zaak C-263/85 (Humbel); HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92 (Mfh). HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98-184/98 (Pavel Pavlov), par. 75: 'It has also been consistently held that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity'.
  - 48 HvJ EG 27 september 1988, zaak C-263/85 (Humbel); HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92 (Mfh). Het begrip 'vergoeding' houdt een economische tegenprestatie voor de dienst in: HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (Geraert-Smits and Peerbooms).
  - 49 HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92 (Wirth). Walst (2013) wijst op de aanzienlijk verschuiving van publieke naar private financiering van het hoger onderwijs met de invoering van het sociaal leenstelsel met als gevolg dat er mogelijk eerder aan dit hoofzakelijkheids criterium zal worden voldaan. Vgl. Kwikkers (2011), p. 33.
  - 50 HvJ EG 11 september 2007 C-76/05 (Schwarz), HvJ EG 11 september 2007, C-318/05 (Commissie/Duitsland), HvJ EU 20 mei 2010, C-56/09 (Zanotti).
  - 51 Brief van 31 augustus 2012, bijgevoegd bij ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933. Elementen komen uit: Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op

- voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie van 11 januari 2012, par. 26-30.
- 52 Zie onder noot 24 van Kaderregeling O&O&I.
- 53 Artikel 3.1.1 Kaderregeling O&O&I. Zie echter voor contractonderzoek ook artikel 3.2.1 lid 2 Kaderregeling O&O&I: 'indien er geen marktprijs is: de onderzoeksorganisatie levert haar dienst tegen een prijs die de volledige kosten dekt en daarenboven een redelijke winstmarge bevat'. Bij samenwerking met derde ondernemingen mag de volledige kostprijs worden gehanteerd (art. 3.2.2 Kaderregeling O&O&I).
- 54 Artikel 3.1.2 Kaderregeling O&O&I. Er moet wel aan alle vijf voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU voldaan worden. Zo kan de instelling publieke investeringen van een bedrag onder de € 200,000 per drie jaar doen, zonder dat de instelling onder het staatssteunverbod valt. De Commissie heeft in de de-minimisverordening bepaald dat zulke bedragen niet onder artikel 107 VWEU vallen, omdat aangenomen wordt dat in deze gevallen de interstatelijke handel niet ongunstig zal worden beïnvloed. Zie artikel 2 Vrijstellingsverordening 1998/2006.
- 55 Zie voor een voorbeeld in de context van een subsidie verleend op grond van Wet Overige OC&W-subsidies: Beschikking Europese Commissie van 15 januari 2001 (Digitale Universiteit), p. 5.
- 56 Artikel 3.1.2 Kaderregeling O&O&I.
- 57 Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 augustus 2011, AB 2011, 316, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, JB 2013, 50.
- 58 Voor een meer uitgebreide uiteenzetting van de wet zie: Peters (2012), Schrijvershof (2012) en Drijber (2011).
- 59 Vgl. wetsvoorstel Markt en Overheid uit 2001 waarin dit wel het geval zou zijn geweest.
- 60 De besproken knelpunten met betrekking tot de civielrechtelijke handhaving zijn gebaseerd op Dekker & Hameleers (2012). Een bestuursrechtelijke gang zal geblokkeerd zijn, wanneer er geen besluit voorhanden is.
- 61 Zie hierover meer: Wieland (2013).
- 62 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (United Brands); Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, Pb 1997 (C 372/05); Dekker & Hameleers (2012). Zie voor 'examples of evidence': Wish & Bailey (2012), p. 34-36.
- 63 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (United Brands); Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, Pb 1997 (C 372/05); Dekker & Hameleers (2012). Zie voor 'examples of evidence': Wish & Bailey (2012), p. 41 e.v.
- 64 Dekker & Hameleers (2012).

- 65 Zie onder meer: Neij (2010), p. 103-108 en Baarsma & Tieben (2010), p. 136-144.
- 66 Dekker & Hameleers (2012).
- 67 Onder nevenactiviteiten valt onder andere het uitgeven van een programma-blad, verkoop van dvd's, verhuren van faciliteiten en deelnemen in andere rechtspersonen (*Kamerstukken II 2007-8*, 31557, nr. 1-2, Publieke omroep in beeld: Financiering, bedrijfsvoering en toezicht).
- 68 In artikel 57a Mediawet 2008 is bepaald dat omroepen nevenactiviteiten mogen verrichten, mits de activiteiten (1) in het verlengde van de publieke taak liggen, (2) er geen verwaarlozing van de publieke taak plaatsvindt en (3) *er geen concurrentievervalsing optreedt*. Het toezicht is verder door het Commissariaat voor de Media geregeld in de Richtlijn neven en verenigingsactiviteiten publieke omroep (Stcrt. 1999, 188). De richtlijn heeft de status van een beleidsregel. Verder is er het Handboek Financiële Verantwoording Media, waarin nadere eisen met betrekking tot de verslaggeving zijn uitgewerkt.
- 69 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 187, nr. 3, par. 5.3.
- 70 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 187, nr. 3, par. 5.3.
- 71 Vgl. Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen van 1 februari 2011.
- 72 Mede namens de ministers van OCW en Infrastructuur en Milieu. Ministerie van EL&I (2012), p. 1.
- 73 Ministerie van EL&I (2012), p. 3.
- 74 Onderwijsinspectie, Jaarwerkplan 2013, p. 20.
- 75 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 354 nr. 40.
- 76 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 354, nr. 19; Toelichting Kwikkers, Wet- en regelgeving Hoger onderwijs en Wetenschap 2009 (losbladig).
- 77 In het eerste wetsvoorstel Markt en Overheid uit 2001 (*Kamerstukken II 2001/02*, 28050, nr. 2) vielen universiteiten wel onder de wet (hoofdstuk 7 wetsvoorstel). Hogescholen waren uitgezonderd, omdat deze scholen grotendeels privaatrechtelijk georganiseerd zijn (*Kamerstukken II 2001/02*, 28050, nr. 3). Er zijn echter ook universiteiten die privaatrechtelijk zijn georganiseerd. Sinds het nieuwe wetsvoorstel uit 2008 vallen onderwijsinstellingen niet meer onder de reikwijdte van de wet. Zie over het standpunt van universiteiten om hoger onderwijsinstellingen te laten vallen onder de Wet Markt en Overheid: VSNU (1999), p. 2.