



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Universiteiten en hogescholen in de Wet markt en overheid

Mohammad, A.H.A.

Citation

Mohammad, A. H. A. (2016). Universiteiten en hogescholen in de Wet markt en overheid. *Markt & Mededinging*, 2016(5), 182-192. doi:10.5553/MenM/138762362016019005003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46503>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikel

Universiteiten en hogescholen in de Wet markt en overheid

Ali Mohammad*

Inleiding

182

Op 20 februari 1898 kreeg Hemmes genoeg van zijn universitaire concurrent, die net als hij in siervogels handelde.¹ Hij schreef daarom een brief aan de minister van Binnenlandse Zaken.² Daarin liet hij weten dat hij grote schade ondervindt van een preparateur van de Rijksuniversiteit Groningen. Deze preparateur verkocht thuis siervogels tegen lagere prijzen. Hemmes kon dit aantonen door middel van meegestuurde advertenties.³ De preparateur woonde in de academie en kreeg als ambtenaar een jaarlijkse vergoeding. Bekend met zijn

bevoorrechte positie adverteerde de preparateur dan ook met de zin ‘Concurrentie geheel onmogelijk’.⁴

Het probleem van particuliere ondernemers die ongelijke concurrentie met bekostigde onderwijsinstellingen ervaren, bestaat nog altijd. Bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) zijn er ten minste 35 signalen bekend over concurrentievervalsing in de onderwijs- en onderzoekssector.⁵ Daarnaast blijkt uit de recente evaluatie van de Wet markt en overheid (Hoofdstuk 4b Mededingingswet) dat de ‘ervaren hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen’ het grootste is in de onderwijssector.⁶ De sector advisering, onderzoek en speciale dienstverlening behoort ook tot de top 5 van de sectoren waarin particuliere ondernemers de meeste

* Mr. A.H.A. Mohammad is promovendus staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zijn promotieonderzoek naar de juridische mogelijkheden en grenzen van het academisch ondernemerschap wordt door NWO gefinancierd.

1. Nationaal Archief, Archiefinventaris: 2.04.11, Inventarisnummer: 430, ‘Stukken betreffende klachten over ongeoorloofde particuliere handel of concurrentievervalsing door universiteitsbeambten’.
2. Het Ministerie van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen is (pas) op 25 september 1918 ingesteld bij het ‘Besluit instelling departementen van onderwijs, kunsten en wetenschappen en van arbeid’, *Stb.* 1918, 551.
3. Zie de advertentie van de preparateur in *Nieuwsblad van het Noorden* 14 januari 1897 (‘H.H. Vogelliefhebbers’) en de advertentie van Hemmes in *Nieuwsblad van het Noorden* 13 januari 1897 (‘De Vogelwereld’).

4. De advertentie van de preparateur stelt dat de vogels zo goedkoop zijn door de grote aanvoer. De zaak werd beslist in het voordeel van Hemmes. Destijds gold het ‘Reglement op den werkring en de verplichtingen der beambten bij de Rijksuniversiteiten’. Vastgesteld bij beschikking van de Minister van Binnenlandse Zaken op 30 december 1880, L.L. afd. O.; de grondslag voor dit reglement is art. 62 Wet op het Hooger Onderwijs van 28 april 1876, *Stb.* 1876, 102, dat luidt: ‘De werkring en de verplichtingen der beambten worden door Onzen voornoemde Minister, curatoren gehoord, bepaald.’ Art. 6 van het reglement luidt: ‘[lid 2] Zij drijven geen handel in voorwerpen, die in de door hen beheerde verzameling kunnen opgenomen worden.’ Dit verbod was voor het college van curatoren van de Rijksuniversiteit Groningen grond om de preparateur zijn werkzaamheden te laten staken.
5. Het gaat om signalen over oneerlijke concurrentie door onderwijs- en onderzoeksinstellingen die bij EZ (periode 2002 – april 2012) en NMa/ACM (periode mei 2012 – heden) zijn ingediend. Zie onder: NMa 31 juli 1998, bk0005-9801 (*Muzisch collectief*). Zie in het kader van de vraag of onderwijsinstellingen onder het mededingingsrecht vallen ACM 20 juni 2016, 16.0330.15 (*Informeel zienswijze speciaal onderwijs*) en NMa 21 december 2001, 2760 (*Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichthus Hogeschool*). Vgl. de casuïstiek in PwC & Van Doorne, ‘Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid’, 20 april 2005.
6. Ecorys en Bird & Bird, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015*, gepubliceerd op 3 juni 2016, p. 31.

concurrentievervalsing ervaren.⁷ Verder besteedt het 'Zwartboek: Naar een nieuwe Wet markt en overheid' van VNO-NCW en MKB Nederland ruim aandacht aan concurrentievervalsing in de onderwijssector.⁸ Ten slotte procederen particuliere ondernemers zowel bij de Europese als de nationale rechter over vermeende concurrentievervalsing door universiteiten.⁹

Er is dus genoeg reden om de ondernemende onderwijsinstellingen eens onder de juridische loop te nemen: kan de wetgever dit verschijnsel regelen in de Wet markt en overheid (Wet M&O)?

De aangenomen motie-Lucas (VVD) maakt deze vraag actueel.¹⁰ De motie verzoekt de regering te onderzoeken of het mogelijk is om de uitzondering voor 'openbare onderwijsinstellingen' in de Wet M&O te beperken tot een uitzondering voor 'bekostigde onderwijsactiviteiten'. Met deze formulering zouden strikt genomen alleen de economische activiteiten van openbare onderwijsinstellingen onder de wet komen te vallen, en niet die van de bijzondere instellingen. De wet adresseert immers bestuursorganen. Noch bijzondere instellingen, noch onderdelen daarvan handelen bij het verrichten van economische activiteiten als bestuursorgaan.¹¹ De bedoeling van Lucas is dat de economische activiteiten van *alle* bekostigde onderwijsinstellingen onder de Wet M&O vallen, of het nu gaat om openbare of bijzondere instellingen.¹²

Op 20 september 2016 deed de minister van OCW, mede namens de minister van EZ, deze motie af met een brief aan de Tweede Kamer.¹³ Daarin staat dat het aanpassen van de uitzondering een ongelijk speelveld zou creëren tussen openbare instellingen die wel onder de wet komen te vallen en bijzondere instellingen die erbuiten blijven. Om beide typen instellingen onder de Wet M&O te laten vallen is er een fundamentele aanpassing van de wet nodig, waardoor deze (door het invoegen van sectorspecifieke regels voor het onderwijs) zijn generieke karakter verliest. Aangezien de sectorspecifieke regelgeving ongelijke concurrentie effectief kan tegengaan, is er geen reden om de onderwijsinstellingen

onder de Wet M&O te plaatsen. De minister bevestigde wel zijn eerdere toezegging om de huidige sectorale regelgeving te verduidelijken.¹⁴

Naar aanleiding van deze ontwikkelingen zal deze bijdrage onderzoeken:

1. wat de huidige sectorale regelgeving is en wat daarmee mis is;
2. of de argumenten van de minister overtuigen om de economische activiteiten van hogeronderwijsinstellingen niet in de Wet M&O te regelen; en
3. wat de gevolgen zouden zijn als de wetgever de economische activiteiten van hogeronderwijsinstellingen toch in de Wet M&O regelt.

De bijdrage focust op het hoger onderwijs, omdat uit onderzoek van de Onderwijsinspectie is gebleken dat (van de onderwijsinstellingen) universiteiten en hogescholen, gemeten aan de hoogte van de baten, het meest actief zijn op de markt.¹⁵

Wat is het huidige juridische kader en wat is daar mis mee?

De sectorale regelgeving

De sectorale regelgeving voor ondernemende hogeronderwijsinstellingen is vastgelegd in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Deze wet bepaalt dat de in de bijlage genoemde openbare instellingen, en de rechtspersonen waarvan de bijzondere instellingen uitgaan, aanspraak maken op rijksbekostiging.¹⁶ De bekostiging is bedoeld voor het verzorgen van geaccrediteerd initieel onderwijs en (voor zover het universiteiten betreft) het doen van wetenschappelijk onderzoek. De ontwerp- en ontwikkelactiviteiten en het onderzoek gericht op de beroepspraktijk van de hogescholen worden gerekend tot het daarop betrekking hebbende onderwijs.¹⁷ De instellingen ontvangen de bijdrage in de vorm van een 'lumpsum' en hebben een zekere bestedingsvrijheid.¹⁸ De grenzen van deze bestedingsvrijheid worden gevormd door het rechtmatigheidsvereiste en het doelmatigheidsvereiste.¹⁹ Het laatstgenoemde vereiste houdt in dat het instellingsbestuur moet verantwoorden dat de rijksbijdrage doelmatig is aangewend. Voorts bepaalt artikel 2.7a WHW dat bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld ten aanzien van 'de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek'. Het gaat

7. Ecorys en Bird & Bird 2016.

8. VNO NCW en MKB Nederland, *Zwartboek. Naar een nieuwe Wet Markt en Overheid*, 9 december 2015, p. 20-22.

9. Gerecht 12 juni 2014, zaak T-488/11, *Scheepsbouwkundig Advies- en Rekencentrum*, ECLI:EU:T:2014:497; ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344, m.nt. Barkhuysen & Claessens (LOI & NTI).

10. *Kamerstukken II* 2015/16, 28753, 40, aangenomen door de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2015/16, 28753, vergadernr. 104. Zie ook de Initiatiefnota Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66) waar nog geen standpunt wordt ingenomen over het sectoraal regelen van private activiteiten of het in de Wet M&O regelen van economische activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34316, 2. Vgl. eerder: *Kamerstukken II* 2008/09, 31354, 40 (motie-Ten Hoopen (CDA) en Vos (PvdA)).

11. Wel onder het uitoefenen van openbaar gezag, zoals bedoeld in art. 1:1 lid 1 sub b Awb, is de verklaring van het instellingsbestuur ertoe strekkende dat het getuigschrift kan worden afgegeven, ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273, AB 2007/41, m.nt. Vermeulen (CBE Hogeschool Zuyd), r.o. 2.4.5. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, 3, par. 2.2.

12. Zie ook de tweede motie-Lucas: *Kamerstukken II* 2015/16, 28753, 41.

13. *Kamerstukken II* 2016/17, 28753, 42.

14. Zie Ministerie van OCW, 'Beleidsreactie rapport "Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen"', 13 augustus 2015; Ministerie van EZ, 'Beleidsreactie evaluatie Wet markt en overheid', 3 juni 2016.

15. Onderwijsinspectie, 'Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen', 13 augustus 2015, p. 12.

16. Art. 1.9 lid 1 WHW.

17. Art. 1.9 lid 1, laatste volzin WHW.

18. *Kamerstukken II* 1988/89, 21037, 3, p. 64.

19. Het rechtmatigheids- en doelmatigheidsvereiste kunnen worden afgeleid uit respectievelijk art. 9.51 (universiteiten) jo. 10.3d (hogescholen) jo. 11.6 (de Open Universiteit) WHW en art. 2.9 lid 1 WHW.

hier om private activiteiten die het onderwijs of onderzoek ondersteunen, zoals 'het exploiteren van horecavoorzieningen die mede ten doel hebben studenten praktijksituaties te laten oefenen'.²⁰ Deze gedelegeerde regels zijn tot op heden niet gesteld.

De wetsinterpreterende beleidsregel 'Notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs 2003' (de Helderheidsnotitie) werkt uit wat een 'doelmatige aanwending van de rijksbijdrage' betekent bij het verrichten van 'private activiteiten'. Bij deze beleidsregel horen twee aanvullende brieven die de beleidsregel aanscherpen.²¹ In die documenten staat dat onderwijsinstellingen publieke middelen mogen investeren in private activiteiten, mits zij aan bepaalde criteria voldoen. Een van die criteria is het doorberekenen van de integrale kostprijs aan de afnemers van goederen of diensten.²² Een ander criterium is dat de investering niet mag leiden tot concurrentievervalsing. De verantwoording over de naleving hiervan is bindend. De instellingsaccountant controleert de verantwoording in het jaarverslag aan de hand van het Onderwijsaccountantsprotocol OCW/EZ.²³ Het interne toezichthoudende orgaan van universiteiten en hogescholen ziet toe op de rechtmatige en doelmatige besteding van de rijksbijdrage.²⁴ Sinds februari 2016 staat in de Regeling jaarverslaggeving onderwijs dat bekostigde onderwijsinstellingen verantwoording moeten afleggen over het gevoerd beleid in de Helderheidsnotitie en de aanvullende brieven.²⁵ Zij moeten de jaarverslaggeving inrichten overeenkomstig de Richtlijnen voor het jaarverslag, vastgesteld door de Raad voor de verslaggeving.

Naast de bindende Helderheidsnotitie kent de sectorale regelgeving ook niet-bindende instrumenten. Het gaat hier om de 'Handreiking voor de inrichting van onderwijskundig publiek-private arrangementen' van het ministerie van OCW en de 'Gedragcode met betrekking tot marktactiviteiten 1999' van de VSNU.²⁶ De handreiking hanteert het begrip 'publiek-private activiteiten' ter expliciete onderscheiding van het begrip 'pri-

vate activiteiten'. Publiek-private activiteiten zijn onderwijskundige activiteiten die plaatsvinden in een omgeving waarin ook een economische activiteit plaatsvindt. Dit lijkt enigszins op de formulering van 'de private activiteiten te behoeve van het onderwijs en onderzoek' uit artikel 2.7a WHW. De universitaire gedragscode hanteert weer het begrip 'marktactiviteit', dat ziet op activiteiten die in concurrentie met andere organisaties dan universiteiten worden uitgevoerd, op een markt waarop prijzen met een winstoverslag worden gehanteerd. Deze documenten bevatten uiteenlopende 'regels', maar beide kennen de verplichting om de integrale kostprijs in rekening te brengen.

Wat is er mis met de huidige regelgeving?

Er zitten nog veel haken en ogen aan de huidige regelgeving. Deze zijn (1) de onduidelijkheid van de reikwijdte van de Helderheidsnotitie, (2) het gebrek aan transparante verantwoording van de naleving ervan en (3) het gebrek aan aandacht voor concurrentiebelangen bij de handhaving van deze regels.

Ten eerste is niet duidelijk wat de reikwijdte is van het begrip 'private activiteiten'. Daarmee is onduidelijk wanneer de criteria uit de Helderheidsnotitie van toepassing zijn. In de Helderheidsnotitie staat dat het bij private activiteiten gaat om 'commerciële activiteiten voor of in samenwerking van derden, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht'. Het laatste deel van deze definitie is problematisch. De Helderheidsnotitie impliceert dat de rijksbijdrage is bedoeld voor onderwijs, onderzoek én kennisoverdracht, terwijl artikel 1.9 WHW de instellingen een aanspraak geeft op bekostiging ten behoeve van het initieel onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek.²⁷ Van der Hoeven, de toenmalige minister van OCW, legde de taak 'wetenschappelijk onderzoek' vervolgens zo breed uit aan de universiteiten, dat ook valorisatie²⁸ (waaronder het geven van licenties, het doen van onderzoek in opdracht en het opzetten van spin-offs) hieronder valt.²⁹ De minister zag valorisatie als een van de wettelijke taken (kernactiviteiten) van de universiteiten. Volgens haar konden de kosten daarvan daarom 'in ieder geval ten dele worden bestreden met middelen uit de eerste geldstroom'.³⁰ Welke betekenis heeft de zinsnede 'geen

20. *Kamerstukken II* 2011/12, 33187, 3, p. 26.

21. Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28248, 72) en Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 28248, 84.

22. De kostprijsregel is langer een zorg van aandacht, zie Ministerie van OCW, *Nota Contractonderzoek aan de Nederlandse Universiteiten en Hogescholen*, januari 1981; *Kamerstukken II* 1986/87, 19788, 2, p. 40-41 ('De minister heeft aanbevolen voor de contract-research een tariefstelling te hanteren met een integrale kostprijs. De meeste instellingen hebben daar problemen mee en realiseren deze aanbeveling in de praktijk zelden.').; *Kamerstukken II* 2004/05, 3022, 1-2; Auditdienst OCW, 18 juli 2007, *Themaonderzoek besteding van publieke middelen aan private activiteiten in het Hoger Onderwijs*. Auditdienst OCW, 25 oktober 2011, *Bewegen door verbinden, sluiting van de cyclus beleid-toezicht publiek-privaat*; *Kamerstukken II* 2011/12, 30220, 1-2, Algemene Rekenkamer, *Publiek ondernemerschap Toezicht en verantwoording bij publiek-private arrangementen*, 2012.

23. Art. 2.10a WHW jo. 4.4 Uitvoeringsbesluit WHW 2008.

24. Art. 9.8 jo. 9.51 (universiteiten) jo. 10.3d (hogescholen) jo. 11.6 (de Open Universiteit) WHW.

25. Art. 4 Regeling jaarverslaggeving onderwijs, *Stcrt.* 2016, 7270 (5 februari 2016).

26. De regering kan eventueel de branchecodes voor goed bestuur aanwijzen op grond van art. 2.14 WHW en daarmee bindend verklaren.

27. Het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij is overigens wel een doelstelling van universiteiten en hogescholen (art. 1.3 WHW). Zie over de relatie tussen bekostiging en de valorisatietaak: R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht* (diss. Leiden), Leiden University Press 2011, p. 42, 119 en P.C. Kwikkers, 'Inleiding tot het bekostigingsrecht; over verdeelmodellen', in: M.T.A.B. Laemers, *Bekostiging van het hoger onderwijs* (Preadvis NVOR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 22.

28. Het woord valorisatie is gedefinieerd in art. 1 Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs als: '[het] proces van waardecreatie uit kennis binnen een instelling in verband met economische en maatschappelijke benutting van die kennis'. Zie over de introductie van het valorisatiebeleid: S. de Jong, *Engaging Scientists. Engaging Valorisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Rathenau Instituut 2015, p. 11-14.

29. Ministerie van OCW, 'Valorisatie als taak van de universiteiten', 27 januari 2005. Vgl. Toelichting bij art. 6 lid 5 sub b Regeling beleggen en belenen 2016, *Stcrt.* 2016, 30576.

30. Ministerie van OCW 2005.

enkele relatie hebben met de kernactiviteiten', als zelfs licentiëring een wettelijke taak is? Op deze manier lijkt het bij private activiteiten alleen te gaan om zaken als de verhuur van vastgoed. Het begrip private activiteiten wordt bovendien steeds verschillend gedefinieerd. In 2012 definieerde de Onderwijsinspectie het begrip als 'alle activiteiten en taken van onderwijsinstellingen die worden uitgevoerd naast het verzorgen van bekostigd onderwijs en bijdragen aan de kerntaak van de onderwijsinstelling'.³¹ Volgens de Onderwijsinspectie kunnen dat activiteiten en taken zijn 'die (deels) worden uitgevoerd met privaat geld of activiteiten die in concurrentie met de markt worden uitgevoerd'.³² In 2015 definieerde de Onderwijsinspectie het begrip weer restrictiever als 'alle activiteiten die niet alleen dienen voor de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak' en legde dit keer minder nadruk op het bestaan van concurrentie.³³

Ten tweede wordt de naleving van de regels 'slechts zeer beperkt en niet transparant' verantwoord. Dat blijkt uit het rapport 'Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen' van de Onderwijsinspectie dat vorig jaar is gepubliceerd.³⁴ De jaarverslagen van de universiteiten maken geen goed onderscheid tussen publieke en private activiteiten. Bij de verantwoording van de baten is het zodoende niet duidelijk of het gaat om baten uit publieke en private activiteiten. Zo scharen onderwijsinstellingen de inkomsten uit zowel de eerste geldstroom als de derde geldstroom onder 'baten uit contractonderzoek', terwijl deze baten kunnen bestaan uit subsidies of ontvangsten voor verricht onderzoek in opdracht. De modellen van de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving kunnen hieromtrent een scherper onderscheid maken.³⁵

Ten derde is het onduidelijk of bij het toezicht op de naleving van de regels oog is voor de positie van de concurrent. Het ministerie van OCW kende in het verleden een Platform Publiek Privaat waarbij bekostigde instellingen terecht konden met vragen over de Helderheidsnotitie.³⁶ Tegenwoordig krijgt de Onderwijsinspectie vragen voorgelegd van bekostigde instellingen. Het beantwoorden van deze vragen en het informeel overleggen kan de naleving van de Helderheidsnotitie bevorderen. Het is echter onduidelijk in hoeverre er aandacht uitgaat naar de belangen van de concurrent. De Onderwijsinspectie heeft namelijk een aantal onderzoeken gedaan bij hogeronderwijsinstellingen waaruit blijkt dat deze instellingen (mogelijk) publieke middelen ondoelmatig hebben besteed, maar in de rapporten van deze onderzoeken is in dat verband geen aandacht uitgegaan naar de belangen van eventuele particuliere concurren-

ten.³⁷ De Onderwijsinspectie beoogt eerder 'het weglekken van publieke middelen' tegen te gaan dan 'ongelijke concurrentie'.³⁸ Dat valt de Onderwijsinspectie niet te verwijten omdat de Wet op het onderwijstoezicht (WOT) spreekt over toezicht op de rechtmatige verkrijging en besteding van de rijksbijdrage en met geen woord rept over ongelijke concurrentie.³⁹

Gelet op het voorgaande kan worden geconstateerd dat de sectorale regelgeving het tegengaan van ongelijke concurrentie niet bewerkstelligt. Dat komt door onduidelijke kaders, niet-transparante verantwoording over de naleving van de regels en het gebrek aan aandacht voor concurrentiebelangen bij de handhaving van de sectorale regelgeving.

Waarom vallen onderwijsinstellingen niet onder de reikwijdte van de Wet M&O?

Argumenten voor de uitzondering

De minister van OCW gaf recentelijk aan dat zij niets ziet in het afschaffen van de uitzondering voor openbare onderwijsinstellingen in de Wet M&O.⁴⁰ De minister voert hiervoor drie argumenten aan. De eerste twee argumenten voerde de regering eerder aan in de memorie van toelichting bij deze wet.⁴¹

Het eerste argument is dat het regelen van onderwijsinstellingen in de Wet M&O niet past in het systeem van de wet. De onderwijssector kent een aantal instellingen met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (de openbare instellingen), maar de meerderheid van de instellingen gaat uit van een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (de bijzondere instellingen). De Wet M&O adresseert echter niet organisaties die uitgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Het opheffen van de uitzondering voor onderwijsinstellingen creëert dus een ongelijkheid: alleen de openbare instellingen zullen onder de wet vallen. De minister gaf in een recente Kamerbrief aan dat er een fundamentele aanpassing nodig is van de wet om beide instellingen onder de Wet M&O te laten vallen. Ook zou deze wet zijn generieke

31. Onderwijsinspectie, *Veldonderzoeken naar private activiteiten in het hoger onderwijs*, 1 januari 2012.

32. Onderwijsinspectie 2012.

33. Onderwijsinspectie 2015.

34. Onderwijsinspectie 2015. Zie over dat rapport ook B. Baarsma, 'Onderwijs, markt en overheid', *ESB* 2015, p. 523.

35. *RJ* 2016/660.

36. *Kamerstukken II* 2004/05, 28248, 84.

37. Op de website van de Onderwijsinspectie zijn alleen recente besluiten in te zien. Onderwijsinspectie, *Artez Hogeschool voor de Kunsten. Rapportage over een incidenteel onderzoek*, 14 november 2013, p. 4-5; Onderwijsinspectie, *Onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden binnen HGS Codarts*, februari 2013; Onderwijsinspectie, *Onderzoek financiering buitenlandse activiteiten Stenden Hogeschool*, mei 2011. Zie recent in het mbo: Onderwijsinspectie, *Rechtmatigheidsonderzoek bij SVGB-KBB*, december 2015; Onderwijsinspectie, *Rapport specifiek onderzoek naar de huur- en verhuurconstructie van de huisvesting van de stichting Calibris*, november 2015.

38. Ecorys en Bird & Bird 2016, p. 5-6.

39. Art. 3 lid 2 jo. 12a WOT.

40. Art. 25h lid 1 Mw. Ministerie van OCW 2015.

41. *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 21-22, 33. Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 28050, 3, p. 24, 42.

karakter verliezen als een sectorspecifiek regime wordt geïntroduceerd voor het onderwijs.

Het tweede argument is dat er (volgens de memorie van toelichting) op sectoraal vlak al een ‘afdoende regeling’ is getroffen die ‘effectief is in het bevorderen van gelijke concurrentieverhoudingen’.⁴² De minister van OCW formuleert dit in de recente Kamerbrief wat voorzichtiger: de sectorale regelgeving *kan* ongelijke concurrentie effectief tegengaan.

Het derde argument van de minister van OCW is dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) al toezicht houdt op de economische activiteiten van onderwijsinstellingen, namelijk op basis van ‘het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie’. De minister voerde dit argument eerder aan tijdens de beraadslaging over een tweede motie-Lucas, die strekt tot het beleggen van ‘het toezicht op de markteffecten van bekostigde onderwijsinstellingen’ bij ACM.⁴³ De minister zei hierover:

‘[a]ls een onderwijsinstelling met niet-bekostigde activiteiten de markt verstoort en dus de Mededingingswet overtreedt, dan geldt reeds dat de ACM kan ingrijpen (...). Ik weet dat de ACM dat ook bij het onderwijs doet. De ACM komt in actie als een onderwijsinstelling met niet-bekostigde activiteiten de markt verstoort’.⁴⁴

Zijn deze argumenten overtuigend?

Het eerste wetssystematische argument is juist, maar niet overtuigend. De wetgever kan namelijk in de Wet M&O een afzonderlijk artikel(lid) opnemen voor de economische activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen. De rechtvaardiging voor deze bijzondere positie van bekostigde onderwijsinstellingen is dat in de evaluatie van de Wet M&O de groep private partijen in de onderwijs- en trainingensector eruit springt als een groep die veel klachten ervaart. De gedragsregels die nu alleen geadresseerd zijn aan bestuursorganen kunnen dan van toepassing zijn op de economische activiteiten van deze instellingen. De regering deed iets soortgelijks in het eerste wetsvoorstel M&O uit 2001.⁴⁵ Dit voorstel bevatte gedragsnormen voor ‘overheidsorganisaties’ oftewel publiekrechtelijke rechtspersonen.⁴⁶ Deze normen zijn van toepassing verklaard op (openbare en bijzondere) universiteiten en andere (privaatrechtelijke) kennisinstellingen. In de huidige Wet M&O is het mogelijk om de systematiek van de wet grotendeels te behouden en privaatrechtelijke rechtspersonen onder de wet te plaatsen. De wetgever zou in een artikel(lid) kunnen regelen dat ‘dit hoofdstuk [Hoofdstuk 4b] van toe-

passing is op bekostigde instellingen voor het hoger onderwijs als bedoeld in artikel 1.8, eerste lid van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, met dien verstande dat (a) waar wordt gesproken van bestuursorgaan daaronder mede wordt verstaan de bijzondere instellingen als bedoeld in artikel 1.1 van de WHW, (b) waar wordt gesproken van een publiekrechtelijke rechtspersoon daaronder mede wordt verstaan de rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid waarvan een bijzondere instelling als bedoeld in artikel 1.1 van de WHW uitgaat, en (c) de vaststelling van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang, als bedoeld in artikel 25, zesde lid van de Mededingingswet, geschiedt door de minister die het aangaat’.⁴⁷ In mijn ogen is dit een relatief eenvoudige aanpassing van de wet. Er hoeft bovendien geen sprake te zijn van het introduceren van een sectorspecifiek regime. Mocht daartoe aanleiding zijn dan kan de minister eventueel een algemeenbelangbesluit nemen om bepaalde economische activiteiten uit te sluiten van de reikwijdte van de wet.⁴⁸

Het tweede argument, dat de huidige regelgeving ongelijke concurrentie effectief tegengaat of tegen kan gaan, is ook niet overtuigend. De Helderheidsnotitie kent de integrale kostprijsregel, maar deze heeft niet zozeer als doelstelling om ongelijke concurrentie tegen te gaan. De Helderheidsnotitie bevat een interpretatie van het wettelijke doelmatigheidsvereiste. Doelmatigheid en het tegengaan van ongelijke concurrentie zijn niet altijd hetzelfde. Het verhuren van een collegezaal die op dat moment niet wordt gebruikt kan juist doelmatig zijn, als de marginale kosten in rekening worden gebracht (er wordt geen verlies gemaakt). Als de constante kosten van het gebouw niet in rekening worden gebracht (die zijn gedekt uit de bekostiging) kan ondanks een doelmatige situatie toch sprake zijn van ongelijke concurrentie met ongesubsidieerde particuliere verhuurders. Rekent de universiteit wel de integrale kostprijs voor de huur van de zaal, dan kan dat tot gevolg hebben dat deze zaal vaker onbenut blijft. Er is dan een mismatch tussen het doelmatigheidsvereiste en de kostprijsregel. Die mismatch lijkt niet aanwezig als de kostprijsregel niet wordt geïnterpreteerd als middel om de concurrent te beschermen bij het verrichten van alle private activiteiten, maar als middel om het weglekken van publieke middelen tegen te gaan. De kostprijsregel gaat namelijk wel samen met het doelmatigheidsvereiste in de situatie dat er een nieuwe investering wordt gedaan in bijvoorbeeld een faciliteit die voor commerciële doeleinden wordt gebruikt. Het doel van de kostprijsregel (als onderdeel van het doelmatigheidsvereiste) is dan vooral het tegengaan van de situatie dat publieke middelen worden ‘verbruikt’ (niet terugverdiend) voor commerciële doeleinden. Er is dus geen stevige grondslag in de WHW voor regels die ongelijke concurrentie beogen tegen te gaan. De door de minister van OCW toegezegde verduidelijking van de Helderheidsnotitie (en daarmee indirect het

42. *Kamerstukken II* 2016/17, 28753, 42.

43. *Kamerstukken II* 2015/16, 28753, 41. De reden hiervoor is dat de Onderwijsinspectie ‘de handen vol heeft aan controle op onderwijskwaliteit, kwaliteitsborging en financiële degelijkheid van onderwijsinstellingen’.

44. *Handelingen II* 2015/16, 28753, vergadernr. 100.

45. Art. 31-32 Wetsvoorstel M&O 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 28050, 2.

46. Art. 1 onder b Wetsvoorstel M&O 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 28050, 2.

47. Vgl. 83 Aanwijzingen voor de regelgeving.

48. Art. 25h lid 5-6 Mw.

doelmatigheidsvereiste) zal dan ook geen adequate oplossing zijn voor het probleem van ongelijke concurrentie. De oplossingsrichtingen liggen in het onderbrengen van bekostigde onderwijsinstellingen in de Wet M&O (de wet die tot doel heeft ongelijke concurrentie met particulieren tegen te gaan) of het creëren van zelfstandige, met de Wet M&O vergelijkbare, normen in de WHW (de wet die primair de verticale relatie van de onderwijsinstellingen met de overheid regelt). Deze bijdrage onderzoekt de eerste optie, die (zoals hiervoor is gebleken) mogelijk is met een kleine wetswijziging.

Het derde argument, dat ACM al toezicht houdt op economische activiteiten van onderwijsinstellingen, is evenmin overtuigend genoeg om de onderwijsinstellingen niet onder de reikwijdte van de Wet M&O te laten vallen. ACM houdt inderdaad toezicht op mededingingsafspraken, misbruik van economische machtsposities en concentraties. De regels daarover gaan echter over andere situaties dan de Wet M&O voor ogen heeft.⁴⁹ In de buurt komt het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie door middel van het rekenen van te lage tarieven om de concurrentie uit de markt te drukken (*predatory pricing*).⁵⁰ Los van het vereiste van een dominante machtspositie binnen een bepaalde markt (die waarschijnlijk weinig universiteiten of hogescholen zullen hebben),⁵¹ gaat het hier niet om concurrentievervalsing door een dienst onder de integrale kostprijs of een marktprijs aan te bieden. Het gaat hier om het in rekening brengen van een prijs die lager is dan de gemiddelde variabele kosten, of een prijs die ligt onder de gemiddelde totale kosten.⁵² Hierbij neemt een onderneming op korte termijn bewuste verliezen of winstderving om de markt af te schermen voor één of meer daadwerkelijke of potentiële concurrenten, met als doel de marktmacht te versterken of te handhaven. De onderneming kan de consument schade berokkenen, bijvoorbeeld door de verliezen op langere termijn te compenseren door hogere prijzen.⁵³ ACM/NMa heeft tot nu toe tweemaal onderzoek gedaan naar verdringsconcurrentie in de onderwijssector, waaruit uiteindelijk is gebleken dat geen sprake is van een onderneming (*de Muziekschool en de School voor Expressie*)⁵⁴ dan wel dat er geen sprake is van een dominante machtspositie (*Waldeck/LOD*).⁵⁵

Kortom, de door de minister genoemde argumenten geven weinig redenen om bekostigde onderwijsinstellingen van de Wet M&O uit te sluiten. Hierna zal worden onderzocht wat de gevolgen zouden zijn als bekostigde

onderwijsinstellingen wel onder de reikwijdte van deze wet zouden vallen.

Wat als onderwijsinstellingen wel onder de reikwijdte van de Wet M&O zouden vallen?

Gevolgen

Als openbare en bijzondere bekostigde onderwijsinstellingen onder de Wet M&O zouden vallen, dan heeft dat de volgende gevolgen. Ten eerste zal het begrip 'economische activiteiten' een leidende rol spelen, omdat hiervoor de integrale kostprijs in rekening moet worden gebracht. Ten tweede zullen bekostigde onderwijsinstellingen onder de gedragsregels van de Wet M&O vallen en gebonden zijn aan de sectorale regelgeving. Ten derde zullen bekostigde onderwijsinstellingen te maken hebben met een toezicht en handhaving door ACM.

Economische activiteiten

De vraag die kan rijzen is of het begrip 'economische activiteiten' geschikt is voor de onderwijssector. In deze sector bieden bekostigde en onbekostigde onderwijsinstellingen vergelijkbare initiële opleidingen aan. Het initieel onderwijs is soms verweven met bepaalde vormen van dienstverlening, zoals 'het exploiteren van horecavoorzieningen die mede ten doel hebben studenten praktijksituaties te laten oefenen'.⁵⁶ Zijn deze 'reguliere activiteiten' te kwalificeren als economische activiteiten? De jurisprudentie legt het begrip 'economische activiteiten' uit als 'het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt'.⁵⁷ ACM herhaalt deze jurisprudentie in zijn besluitvorming omtrent de Wet M&O. Een leidend beginsel uit de jurisprudentie is dat het gaat om 'activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden'.⁵⁸ Het uitoefenen van typisch overheidsgezag, inclusief de situatie waarbij een economische activiteit wordt verricht die niet van de uitoefening van overheidsgezag kan worden gescheiden, is geen economische activiteit.⁵⁹ Het

49. Zie voor de verhouding tussen de twee regelingen: *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 17.

50. Art. 24 Mw; art. 102 VWEU.

51. Zie hierover ook A. Gideon, 'Higher Education Institutions and EU Competition Law', *The Competition Law Review* 2012, p. 180.

52. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, r.o. 27 onder verwijzing naar de zaak AKZO (HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, r.o. 71).

53. Richtsnoer handavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 102 VWEU (2009/C 45/02), punt 63.

54. NMa 31 juli 1998, bk0005-9801 (*Muzisch collectief*).

55. NMa 28 juni 2005, 3125-125 (*Waldeck*).

56. *Kamerstukken II* 2011/12, 33187, nr. 3, p. 26. Vgl. Rb. Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLLE:2003:AF8040 (*Metropool/CHN*).

57. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, r.o. 21 en recenter HvJ EU 19 december 2012, zaak C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, ECLI:EU:C:2012:821, r.o. 40.

58. ACM 6 juli 2016, 15.0721.29 (*Exploitatie lighavens Gemeente Hellevoetsluis*) met verwijzing naar onder andere HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, *FFSA*, ECLI:EU:C:1995:392. Soms hanteert de Europese Commissie de toets of de particulier de activiteit *winstgericht* kan aanbieden (EC 16 april 2014, SA.35529 (2012/N) (*Digitization of books in libraries*), punt 24; EC 22 november 2006, (C24/2005) (*Laboratoire national de métrologie et d'essais*), punt 57. Zie ook Conclusie A-G Jacobs HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2005:655, punt 78; Conclusie A-G Jacobs HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-264/01, *AOK Bundesverband*, ECLI:EU:C:2003:304, punt 27).

59. HvJ EU 12 juni 2012, zaak C-138/11, *Compass-Datenbank*, ECLI:EU:C:2012:449, r.o. 36.

gaat hier om de kerntaken van de staat of de activiteiten die wegens hun aard, doel en regels waaraan zij zijn onderworpen, met die kerntaken verband houden.⁶⁰ ACM is in dat kader streng: als er geen wettelijke taak is opgedragen aan het bestuursorgaan om de activiteit te verrichten, dan is er geen sprake van het uitoefenen van typisch overheidsgezag. Een voorbeeld is de overweging dat de gemeente Cuijk een economische activiteit verricht met het kosteloos aanbieden van ligplaatsen langs de openbare ruimte. Het ging om een paal zonder voorzieningen, zoals horeca, sanitair en wifi. ACM redeneerde dat in de praktijk particuliere ondernemingen ligplaatsen (al dan niet met voorzieningen) kunnen aanbieden en dat daadwerkelijk doen.⁶¹

• Onderwijs

Het initieel onderwijs van bekostigde onderwijsinstellingen neemt als 'niet-economische activiteit van zuiver sociale aard' een positie in tussen de kerntaken van de staat en de economische activiteiten.⁶² Hierbij leggen de Europese Commissie en ACM vanwege de sociale doelstellingen van de activiteit minder nadruk op het bestaan van concurrentie. De concurrentie die er al zou zijn, is beperkt vanwege het staatstoezicht op deze activiteiten.⁶³ Om het concreter te maken: zowel bekostigde als onbekostigde onderwijsinstellingen kunnen vergelijkbare initiële opleidingen aanbieden. Bekostigde instellingen zijn echter gebonden aan allerlei bepalingen uit de WHW, waaronder het inschrijvingsrecht voor studenten, de hoogte van de college- en instellingscollegegelden en de rechtsbeschermingsbepalingen voor studenten.⁶⁴ Zij hebben ook toestemming nodig van de minister van OCW voor het aanbieden van nieuwe opleidingen.⁶⁵ Volgens een concentratiebesluit van de NMa hebben bekostigde hogescholen onvoldoende vrijheden die tot concurrentie kunnen leiden.⁶⁶ Die hebben zij wel bij het aanbieden van 'cursussen, trainingen en post-hbo opleidingen, alsmede de exploitatie van gebouwen, de verhuur van ruimtes, de verkoop van onderwijsmateriaal, het optreden als assurantietussenpersoon en uitzendbureau'.⁶⁷ Die activiteiten worden uitgevoerd met commerciële speelruimte en zijn dan ook economische activiteiten.

In een recente informele zienswijze liet ACM zich uit over de vraag of het aanbieden van speciaal onderwijs

een economische activiteit is.⁶⁸ Zij kwam tot de conclusie dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Anders dan de hiervoor genoemde redenering van de NMa, volgde ACM de lijn van de Europese Commissie. De Commissie adviseerde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de vraag of de Open Universiteit Nederland (OUN) een economische activiteit uitvoert.⁶⁹ Het ging in deze zaak om het aanbieden van een initiële hbo-opleiding in de vorm van afstandsonderwijs. In het advies legde de Europese Commissie de nadruk op de vraag of er sprake was van een 'dienstverrichting'. Aan de hand van de jurisprudentie over het vrij verkeer van diensten adviseerde de Europese Commissie dat het initieel onderwijs van de OUN geen economische activiteit is, in zoverre het onderdeel uitmaakt van het nationale onderwijsstelsel (waarmee de staat zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult) en hoofdzakelijk⁷⁰ door de staat wordt gefinancierd.⁷¹ In dat geval is er namelijk geen sprake van een dienstverrichting. Als er wel sprake is van een dienstverrichting, dan dient nog te worden gekeken of deze wordt uitgevoerd op een markt (waarin sprake is van concurrentie of 'commerciële speelruimte'). Dit is relevant wanneer een bekostigde onderwijsinstelling een initiële opleiding verzorgt die hoofdzakelijk *particulier* wordt gefinancierd.⁷² Dat kan het geval zijn als de opleiding voornamelijk wordt gevolgd door studenten die al een graad hebben behaald. Deze studenten betalen gemiddeld € 9.000 voor een der-

60. HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, *Diego Cali*, ECLI:EU:C:1997:160, r.o. 23.

61. ACM 10 december 2015, 15.0722.29 (*Gemeente Cuijk*). Vgl. ACM, 'Brief aan VNG over regels bij aanbieden camperplaatsen door gemeenten', 19 juni 2015.

62. Zie EC 29 april 2013, DAEB-Gids, SWD(2013)53 final/2, p. 37. Vgl. HvJ EU 22 oktober 2015, zaak C-185/14, *Easypay*, ECLI:EU:C:2015:716.

63. Vgl. EC 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, punt 19. Vgl. EC 15 oktober 2014, SA.23008 (SZP & VZP), punt 92, besproken in P. Nicolaidis, *State Aid Uncovered. Critical Analysis of Developments in State Aid 2015*, Lexxion 2016, p. 12.

64. Art. 7:1 WHW jo. hoofdstuk 7, titel 3 en 4 WHW.

65. Art. 6.2 WHW.

66. NMa 21 december 2001, 2760 (*Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichthus Hogeschool*).

67. NMa 21 december 2001, 2760 (*Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichthus Hogeschool*).

68. ACM 20 juni 2016, 16.0330.15 (*Informeel zienswijze speciaal onderwijs*).

69. EC 14 november 2012, 201107134/1/A; ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344, m.nt. Barkhuysen & Claessens (*LOI & NTI*).

70. Wat hoofdzakelijk precies betekent, is niet duidelijk, al heeft het Hof van Justitie in het kader van een prejudiciële vraag over de interpretatie van het begrip 'aanbestedende dienst' bepaald dat de woorden 'in hoofdzaak door de staat (...) worden gefinancierd' betekent: 'meer dan de helft' (HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98, *University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529). Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft een vergaande uitspraak gedaan over het begrip economische activiteit als bedoeld in art. 9 lid 1 BTW-richtlijn. Het oordeelde dat 22 procent van de kosten gedekt werden door het collegegeld, wat 'meer dan symbolisch is' en bij het verzorgen van onderwijs van een bekostigde onderwijsinstelling sprake is van een economische activiteit (Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5204). Het hof gaat uit van een algemene onderwijsmarkt in Nederland. Deze benadering wijkt af van de mededingingsrechtelijke interpretatie van het begrip economische activiteiten, hoewel in beide gevallen wordt gekeken naar een 'reëel verband' tussen de kosten en de betaalde vergoeding. Het is ook de vraag of deze benadering in het belastingrecht stand houdt bij de Hoge Raad. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Gemeente Borsele* (HvJ EU 12 mei 2016, zaak C-520/14, ECLI:EU:C:2016:334) geoordeeld: 'een dergelijk verschil tussen de aan het functioneren van de aangeboden diensten verbonden kosten en de als tegenprestatie daarvoor ontvangen bedragen [in casu 3 procent van de kosten, A.M.], geeft aan dat de ouderlijke bijdrage veeleer moet worden gelijkgesteld aan een heffing dan aan een vergoeding (...). Een dergelijke asymmetrie heeft tot gevolg dat er geen reëel verband bestaat tussen het betaalde bedrag en de verrichte dienst.'

71. Zie meer over deze jurisprudentie de annotatie bij HvJ EU 12 december 2013, zaak C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*, ECLI:EU:C:2013:831 in AB 2014/389, m.nt. Van den Brink & Mohammad.

72. Dit is bedoeld in Europeesrechtelijke zin. In onderwijsrechtelijke zin maakt het instellingscollegegeld deel uit van de publieke middelen aanzien het is verkregen uit hoofde van de wet (RJ 2016/940).

gelijke tweede opleiding.⁷³ Er is in dat geval wel sprake van een dienstverrichting, omdat hier een reële tegenprestatie door particulieren tegenover staat. De vraag is of er wel sprake is van een markt.⁷⁴ De bekostigde onderwijsinstelling heeft nog steeds te maken met wettelijke eisen zoals het inschrijvingsrecht voor studenten en de benodigde toestemming van de minister voor het aanbieden van nieuwe opleidingen; wel is de maximumhoogte van het instellingsgeld (anders dan bij het collegegeld) vrij waardoor er enige prijsconcurrentie kan bestaan. Mijns inziens is er vanwege de wettelijk beperkte concurrentiemogelijkheden geen sprake van een markt waarop deze onderwijsdienst wordt aangeboden. Dat is anders bij het verzorgen van een post-initiële masteropleiding (een dienstverrichting), waarbij het aanbod, de prijsbepaling en het toelatingsbeleid vrij zijn (aanwezigheid van een markt).

• Onderzoek

Het onafhankelijk onderzoek van bekostigde onderwijsinstellingen en de brede verspreiding van onderzoeksresultaten ('op een niet-exclusieve en niet-discriminerende basis, via bijvoorbeeld onderwijs, open access-databases, open access-publicaties of open source-software') is volgens de Europese Commissie geen economische activiteit.⁷⁵ Onafhankelijk onderzoek kan ook in samenwerkingsverband met andere instellingen of ondernemingen worden uitgevoerd.⁷⁶ Onderzoek in opdracht is dus niet per definitie een economische activiteit. Dat is anders wanneer de samenwerkingspartner zich gedraagt als opdrachtgever.⁷⁷ Het gaat dan om onderzoek namens ondernemingen. Daarbij stelt de opdrachtgever doorgaans de voorwaarden vast waaronder het onderzoek of de dienst moet worden verricht, is deze opdrachtgever de eigenaar van de resultaten van de onderzoekswerkzaamheden en draagt de opdrachtgever het risico op mislukking van het onderzoek.⁷⁸ De verhuur van uitrusting of laboratoria, contractonderzoek en consultancy zijn economische activiteiten.⁷⁹ Vaak begint een onderzoek onafhankelijk, maar blijken er later belangstellenden te zijn voor de resultaten ervan. Ook kan het onderzoek zijn ingegeven door een behoefte uit de praktijk. In zo een geval lijkt er sprake te zijn van een economische

activiteit vanaf het moment dat er wordt toegewerkt aan het leveren van een product of dienst aan deze geïnteresseerde partij.

• Kennisoverdracht

Kennisoverdracht door middel van het exploiteren of het overdragen van intellectuele-eigendomsrechten is een economische activiteit. Universiteiten dragen intellectuele-eigendomsrechten over of verstrekken licenties op deze rechten aan bestaande bedrijven, of aan een spin-out van de universiteit waarin de wetenschapper verder gaat met de commerciële ontwikkeling van het onderzoek.⁸⁰ In het staatssteunrecht beschouwt de Europese Commissie deze vorm van kennisoverdracht als niet-economisch wanneer alle inkomsten uit deze activiteiten opnieuw in de kernactiviteiten van de betrokken onderwijsinstelling worden geïnvesteerd.⁸¹ Hiermee wordt kennisoverdracht gestimuleerd, mits de vruchten daarvan direct terugvloeien als publieke middelen ten behoeve van het onderwijs en onderzoek en niet als winst worden uitgekeerd aan private partijen. In de praktijk wordt echter een deel van de inkomsten uit de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten uitgekeerd aan de desbetreffende wetenschapper en gaat deze uitzondering niet op.⁸² Universiteiten verstrekken ook kapitaal, bijvoorbeeld via deelnemingen in start-ups.⁸³ Het bezit van participaties, zelfs zeggenschapsdeelnemingen, is geen economische activiteit wanneer dit bezit met zich meebrengt dat verbonden rechten worden uitgeoefend en dividenden worden geïnd.⁸⁴ Dat is anders als de universiteit daadwerkelijk zeggenschap uitvoert door zich direct of indirect met het bestuur bezig te houden.⁸⁵ Het verstrekken van garanties en leningen aan start-ups kan een economische activiteit zijn.⁸⁶

• Verwevenheid van economische en niet-economische activiteiten

Het komt voor dat bij het verzorgen van initieel onderwijs, of het doen van onafhankelijk onderzoek, er tegelijkertijd economische activiteiten worden uitgevoerd. Hiervoor is het voorbeeld genoemd van de exploitatie van horecavoorzieningen om studenten praktijkervaring

73. Ministerie van OCW, 'Beantwoording Kamervragen Jasper van Dijk (SP) inzake tweede studies', 9 september 2016.

74. Deze vraag is helaas niet aan bod gekomen in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*niet-ontvankelijkheid SCAU*). Zie ook ACM 13 juli 2012, 'NMa accepteert maatregelen van UvA en VU', <acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10780/NMa-accepteert-maatregelen-van-UvA-en-VU>.

75. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.1.1.

76. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.1.1. Zie bijvoorbeeld de samenwerking van de Universiteit Utrecht en Danone: Ministerie van OCW, 'Artikel in de Groene Amsterdammer over Danone en de Universiteit Utrecht', 23 augustus 2016.

77. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.2.1.

78. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.2.1.

79. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.1.2.

80. Zie ook KNAW, 'Benutting van octrooien op resultaten van wetenschappelijk onderzoek', 2014.

81. EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.1.1.

82. Zie bijvoorbeeld art. 9 Regeling Werken voor Derden 2015 van de Universiteit Leiden.

83. Toelichting bij art. 6 lid 5 sub b Regeling beleggen en belenen 2016, *Stcrt.* 2016, 30576. Zie ook I. Zeemeijer, 'Spin-offs zijn aangewezen op diepe zakken universitaire holding', *Het Financieel Dagblad* 25 februari 2016.

84. HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2006:8, r.o. 111.

85. HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2006:8, r.o. 112.

86. Vgl. Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591, r.o. 4.6, *JG* 2013/68, m.nt. Al Khatib & Barkhuysen (*MuzyQ*). Zie ook I. Zeemeijer, 'Universiteiten en ziekenhuis starten gezamenlijk investeringsfonds', *Het Financieel Dagblad* 20 juni 2016; I. Zeemeijer, 'Start-ups betalen lening vaak niet volledig terug aan universiteit', *Het Financieel Dagblad* 10 maart 2016. Vgl. de toelichting bij art. 7 lid 2 Regeling beleggen en belenen 2016.

te laten opdoen.⁸⁷ Tijdens het onafhankelijk onderzoek kan een bekostigde onderwijsinstelling onderzoeksmateriaal verhuren aan de samenwerkingspartij. Volgens de Europese Commissie is er in zo een geval sprake van 'zuiver ondersteunende activiteiten' en worden de activiteiten daarmee beschouwd als niet-economisch. De Europese Commissie hanteert de volgende cumulatieve vereisten voor het kwalificeren van 'zuiver ondersteunende activiteiten'.⁸⁸ Het moet gaan om een activiteit die *rechtstreeks verband houdt met, en noodzakelijk is voor,* het functioneren van de instelling *of intrinsiek verband houdt met* het niet-economische hoofdgebruik. De ondersteunende activiteit moet bovendien precies dezelfde input verbruiken (zoals materialen, uitrusting, arbeid en vast kapitaal) als de niet-economische activiteit. Ten slotte mag de jaarlijkse (gebruiks)capaciteit ten hoogste 20 procent bedragen van het totale jaarlijkse capaciteit.⁸⁹ De onderwijsinstelling moet in dat kader een gescheiden boekhouding voeren.

Hiervoor is de vraag gesteld of de reguliere activiteiten van onderwijsinstellingen kwalificeren als 'economische activiteiten'. Deze vraag kan ontkennend worden beantwoord, voor zover deze bestaan uit het onderwijs dat onderdeel uitmaakt van het nationaal onderwijsstelsel (het initieel onderwijs), onafhankelijk onderzoek en niet-commerciële kennisoverdracht. Economische activiteiten in beperkte omvang die nauw samenhangen met niet-economische activiteiten kunnen als 'zuiver ondersteunende activiteiten' als niet-economisch beschouwd.

Wet M&O en sectorale regels

De wetgever zou de bekostigde instellingen kunnen onderbrengen in de Wet M&O. De bestuursorganen van bekostigde instellingen en de rechtspersonen die een bijzondere instelling in stand houden, zullen normadessaat zijn. Deze entiteiten zouden gebonden worden door de gedragsregels voor het uitvoeren van economische activiteiten.⁹⁰ Hier zal kort de integrale kostprijsregel en het bevoordelingsverbod worden aangestipt, aangezien deze voor de praktijk het meest relevant zijn.

Als een van de hiervoor genoemde entiteiten een economische activiteit verricht, dan moet deze de integrale kostprijs in rekening brengen aan de afnemers van de goederen of diensten.⁹¹ De integrale kostprijs bestaat uit de *operationele kosten* (onder andere de personeelskosten, huisvestingskosten, automatiseringskosten, materiaal, overhead), *afschrijvings- en onderhoudskosten* (onder andere de waardevermindering activa en kosten verle-

ning levensduur van machines) en *vermogenskosten* (de gewogen gemiddelde kosten van kapitaal).⁹² De toerekening van deze directe en indirecte kosten geschiedt naar rato van het gebruik toegerekend aan de verrichte goederen of diensten.⁹³ Het aanbieden van de kostprijs is niet hetzelfde als het aanbieden van een marktprijs, die door prijsvergelijking tot stand is gekomen.⁹⁴ In sommige gevallen, zoals bij onroerende goederen, is 'de waarde van een goed en daarmee de kosten bij de verkoop van het goed sterk afhankelijk van de marktomstandigheden' en niet van de oorspronkelijk gemaakte kosten.⁹⁵ Dan is de marktwaarde bepalend voor het bepalen van de integrale kosten.⁹⁶ De marktwaarde moet op een objectieve wijze tot stand komen, bijvoorbeeld via een taxatie.⁹⁷

Daarnaast mogen de hiervoor genoemde entiteiten geen overheidsbedrijf (of het equivalent voor bijzondere instellingen)⁹⁸ bevoordelen boven andere concurrerende ondernemingen.⁹⁹ Een overheidsbedrijf is een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon, al dan niet tezamen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen. Een rechtspersoon kan ook een onderneming in de vorm van een vennootschap zijn waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon deelneemt.¹⁰⁰ Het bevoordelingsverbod is met name relevant voor het verstrekken van kapitaal aan een start-up die economische activiteiten verricht, waarvan de universiteit het beleid kan bepalen zoals bedoeld in artikel 25g lid 2 Mededingingswet. De kapitaalverstrekking moet dan op een marktconforme wijze plaatsvinden: een prudente ondernemer zou dezelfde beslissing maken. Als niet het bestuursorgaan (of de bijzondere instelling) maar een holding economische activiteiten verricht en kapitaalverstrekkingen doet, dan mag de holding niet worden bevoordeeld.¹⁰¹ Deze holding is niet gebonden aan de Wet M&O. Daarom dient het bestuursorgaan de holding naar rato de integrale kosten van het gebruik van productiemiddelen, zoals de huisvesting, in rekening te brengen. Bovendien mag een overheidsbedrijf niet de naam en het beeldmerk van de universiteit gebruiken of dat doen op een wijze die verwarring kan veroorzaken bij het publiek.

Naast de Wet M&O blijven de sectorale regels van belang. De Wet M&O vervangt immers alleen de bepalingen in de Helderheidsnotitie over de integrale kostprijs en concurrentievervalsing. Bepalingen over de financiële verantwoording van de rijksbijdrage blijven in de sectorale regelgeving bestaan. De Helderheidsnotitie

87. Zie hiervoor in de paragraaf 'De sectorale regelgeving'.

88. EC 19 juli 2016, Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' (2016/C 262/01), par. 2.5. Zie ook EC 27 juni 2014, *Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie* (2014/C 198/01), par. 2.1.1.

89. Zie daarover ook P. Nicolaides, 'The Pricing of Access to Publicly-Funded Research Infrastructure and State Aid Rules', *European State Aid Law Quarterly* 2016, 1, p. 9.

90. Art. 25i-l Mw. Zie ook de relevante uitzonderingen: art. 25h lid 2 (interne activiteiten uitsluitend bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak), lid 4 (economische activiteiten die vallen onder het staatssteunrecht), lid 5-6 (vastgestelde economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang).

91. Art. 25i Mw.

92. Art. 5 Besluit markt en overheid, Ministerie van EZ, *Handreiking Wet Markt en Overheid*, p. 32-33. Zie de uitzondering voor deze regel in art. 25i lid 2 Mw.

93. Art. 8 Besluit markt en overheid.

94. ACM 24 augustus 2015, 15.0723.29 (*Ligplaatsen boten Gemeente De Marne*).

95. Toelichting bij Besluit markt en overheid, par. 3.4, *Stcrt.* 2012, 255.

96. Toelichting bij Besluit markt en overheid, par. 3.4, *Stcrt.* 2012, 255.

97. Toelichting bij Besluit markt en overheid, par. 3.4, *Stcrt.* 2012, 255.

98. Zie hiervoor in de paragraaf 'Zijn deze argumenten overtuigend?'.

99. Art. 25j Mw.

100. Art. 25g Mw.

101. Zie hiervoor in de paragraaf 'Economische activiteiten'.

en de Regeling beleggen en belenen 2016 bevatten bovendien bepalingen die de verwaarlozing van de publieke taken beogen tegen te gaan en bepalingen inzake financieel risicobeheer. Deze regels dienen andere doelstellingen dan de Wet M&O en kunnen aanvullend werken. Uit het oogpunt van consistentie dient de minister van OCW te overwegen om het begrip ‘private activiteiten’ in de Helderheidsnotitie te vervangen door het begrip ‘economische activiteiten’.

Toezicht en handhaving

ACM houdt toezicht op de Wet M&O.¹⁰² De onderzoeksbevoegdheden van de Onderwijsinspectie en ACM komen grotendeels met elkaar overeen. Beide toezichthouders mogen plaatsen betreden, mondelinge en schriftelijke inlichtingen vorderen, inzage hebben in papieren en elektronische stukken en deze kopiëren.¹⁰³ Ook heeft in beginsel eenieder een medewerkingsplicht.¹⁰⁴ Bovendien kunnen de ambtenaren van ACM zonder toestemming van de bewoner een woning betreden,¹⁰⁵ deze (met een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris) doorzoeken¹⁰⁶ en bedrijfsruimten en voorwerpen daarin verzegelen.¹⁰⁷ Voor de Wet M&O is vooral van belang dat het bestuursorgaan op verzoek van ACM moet tonen dat de integrale kostprijs van een economische activiteit in rekening is gebracht aan de afnemers ervan.¹⁰⁸

ACM kan een schending van de wet vaststellen en een last onder dwangsom opleggen.¹⁰⁹ Vooralsnog heeft ACM geen last onder dwangsom opgelegd. ACM heeft zich tot 1 juli 2014 gericht op het geven van voorlichting over de Wet M&O.¹¹⁰ Daarna heeft de toezichthouder zes schendingen van de Wet M&O vastgesteld, die alle een schending zijn van de integrale kostprijsregel.¹¹¹

De mogelijkheden voor de effectuering van de Wet M&O door particuliere concurrenten zijn beperkt.¹¹² Via het bestuursrecht kunnen particuliere ondernemers een klacht indienen bij een openbare instelling.¹¹³ Voorts kunnen zij een verzoek om handhaving doen bij ACM. ACM heeft een beginselplicht tot handhaving, maar mag ook prioriteren.¹¹⁴ ACM kan afzien van handhaving wanneer de overtreding een incidenteel karakter heeft, of als de geringe ernst ervan daartoe aanleiding geeft.¹¹⁵ Ook het belanghebbende-begrip kan een beperking zijn.¹¹⁶ Bij beslissing op bezwaar bij een handavingsverzoek overwoog ACM dat een dansschool geen concurrent is van een overheidsbedrijf dat accommodaties verhuurde aan een andere dansschool.¹¹⁷ Het marktsegment ‘verhuur van accommodaties’ is hier relevant en niet het aanbieden van danslessen. Lastig is ook dat de effectuering van de Wet M&O wordt bemoeilijkt door de mogelijkheid om bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang te kunnen vaststellen en dus buiten de reikwijdte van de wet te plaatsen.¹¹⁸ Uit de evaluatie van de Wet M&O blijkt dat 90 procent van de 106 bevroegde gemeenteraden een dergelijk ‘algemeenbelangbesluit’ hebben genomen.¹¹⁹ Met een algemeenbelangbesluit kan de gemeenteraad bij een (dreigende) vaststelling door ACM van een schending van de kostprijsregel, de situatie ‘in overeenstemming met de wet’ brengen.¹²⁰ Dit probleem zal bij onderwijsinstellingen naar verwachting minder voorkomen. Voor de economische activiteiten van openbaar onderwijsinstellingen kan de desbetreffende minister (en niet de instelling zelf) een dergelijk besluit nemen. Uit de evaluatie van de Wet M&O blijkt dat ministers geen algemeenbelangbesluiten hebben genomen.¹²¹

Procederen bij de civiele rechter op grond van onrechtmatige daad zal ook lastig blijven. Er zal onder andere moeten worden gesteld en bewezen dat sprake is van een inbreuk op de integrale kostprijsregel, dat sprake is van schade door omzetsderving of verlies van marktaandeel en dat deze schade in causaal verband staat met de schending van de regel en niet door andere omstandig-

102. Art. 2 Mw.

103. Art. 5:15-5:17 Awb.

104. Art. 5:20 lid 1-2 Awb. Vgl. Art. 6b lid 3 Mw.

105. Art. 25ma Mw jo. art. 12c-d Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

106. Art. 50-51 Mw.

107. Art. 25ma Mw jo. art. 12b Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

108. Art. 25i lid 4 Mw.

109. Art. 70c Mw.

110. ACM 9 maart 2015, *Sectorstudies Markt en Overheid*, p. 8.

111. ACM 29 mei 2015, 15.0303.29 (*Exploitatie aanloophaven Gemeente Zeewolde*), in deze zaak kon de gemeente niet aantonen dat de kostprijs in rekening was gebracht; ACM 24 augustus 2015, 15.0723.29 (*Ligplaatsen boten Gemeente De Marne*), in deze zaak heeft de gemeente een prijsvergelijking gemaakt waarmee nog niet de integrale kostprijs is vastgesteld; ACM 28 oktober 2015, 15.0333.29 (*Ferryvlucht Peru Ministerie van Defensie*), in deze zaak is voor bepaalde kostenposten waaronder personeelskosten niet de integrale kostprijs in rekening gebracht; ACM 10 december 2015, 15.0722.29 (*Kosteloze ligplaatsen jachthaven Gemeente Cuijk*), in deze zaak bepaalde ACM dat het kosteloos aanbieden van een kale aanmeerplek zonder faciliteiten zoals die gebruikelijk zijn bij betaalde aanmeerplekken, een economische activiteit is; ACM 19 januari 2016, 15.0720.29 (*Exploitatie recreatiehaven Gemeente Heerhugowaard*), in deze zaak zijn de kapitaallasten te laag vastgesteld bij de berekening van de integrale kostprijs; ACM 6 juli 2016, 15.0721.29 (*Exploitatie lighavens Gemeente Hellevoetsluis*), in deze zaak heeft de gemeente niet alle kosten toegerekend aan de havenactiviteiten waaronder de vermogenskosten.

112. Zie ook C.T. Dekker en E. Hameleers, ‘Aansprakelijkheid wegens schending van de Wet Markt en Overheid’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2012/85.

113. Hoofdstuk 9 Awb.

114. CBb 20 augustus 2010, AB 2010/242, m.nt. Sewandono.

115. CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BQ8708, *JB* 2011/182, m.nt. Overkleef-Verburg.

116. A.E. Beumer, *De publieke handhavingprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, par. 4.3.1.5. Zie meer over het begrip concurrent-belanghebbende: J. Wieland, ‘De concurrent in het bestuursrecht’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013/17. Zie over de concurrent in het civiele recht: A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechters en de grenzen van de nationale procedurele autonomie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2016, par. 4.6.1.

117. ACM 11 januari 2016, 15.1049.29.1.01.

118. Art. 25h lid 5-6. Rb. Rotterdam 29 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4368 (*Gemeente Barneveld*).

119. Ecorys en Bird & Bird 2016, p. 39.

120. Zie bijvoorbeeld Besluit ACM 29 mei 2015 15.0303.29 (*Gemeente Zeewolde*) en ECLI:NL:RBROT:2016:1075 (*Gemeente Zoetermeer*).

121. Ecorys en Bird & Bird 2016, p. 39.

heden is veroorzaakt.¹²² Vooral nog blijken concurrenten succes te hebben met een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel.¹²³ Dit beginsel geldt voor het handelen van bestuursorganen (het betreft dus potentieel alleen de openbare instellingen), ook bij privaatrechtelijk handelen.¹²⁴ Het handelen van het bestuur (de beslissing om een economische activiteit uit te voeren) moet gebaseerd zijn op juiste informatie en de gevolgen van het besluit voor de concurrenten moeten worden meegewogen.¹²⁵ Het aantonen van een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing om een economische activiteit uit te voeren kan een succesvol beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel door een concurrent voorkomen.

Conclusie

In deze bijdrage heb ik de mogelijkheden onderzocht voor het onderbrengen van bekostigde hogeronderwijsinstellingen in de Wet markt en overheid (Wet M&O). De noodzaak tot het duidelijker regelen van de private activiteiten van deze instellingen blijkt uit de onduidelijke definitie van het begrip 'private activiteiten', de zeer beperkte en niet-transparante verantwoording over deze activiteiten door de onderwijsinstellingen en de onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de Onderwijsinspectie in haar toezichtstaak oog heeft voor concurrentiebelangen. Bovendien zijn de regels voor private activiteiten neergelegd in de Helderheidsnotitie, die een interpretatie bevat wat een doelmatige besteding van de rijksbijdrage is. Er is in de WHW geen zelfstandige norm die ongelijke concurrentie tegengaat.

In deze bijdrage ben ik nagegaan waarom onderwijsinstellingen niet onder de reikwijdte van de Wet M&O worden geplaatst. De minister van OCW voert met name aan dat de systematiek in de Wet M&O zich hier tegen verzet. De Wet M&O is van toepassing op bestuursorganen en bijzondere instellingen zijn geen bestuursorganen bij het verrichten van economische activiteiten. Het plaatsen van bijzondere instellingen onder de wet zou een fundamentele aanpassing vereisen waardoor de wet zijn generieke karakter verliest. Dit argument is in zoverre niet overtuigend dat de minister van OCW niet heeft gekeken naar de mogelijkheid om met een minimale wetswijziging de bijzondere instellingen onder de reikwijdte van de Wet M&O te plaatsen. In deze bijdrage heb ik een voorstel gedaan waarbij dat

in één artikel(lid) kan worden geregeld. Het regelen van op de onderwijssector toegespitste regels in de Wet M&O is bovendien niet nodig. Het begrip economische activiteiten laat ruimte voor onderwijsinstellingen om ondersteunende activiteiten van economische aard te verrichten die noodzakelijk zijn voor het initieel onderwijs en onafhankelijk onderzoek. Als daartoe aanleiding is, kan de minister van OCW vaststellen dat bepaalde economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang en daarmee buiten de reikwijdte van de Wet M&O vallen.

Daarom moet worden geconcludeerd dat de juridische mogelijkheden om onderwijsinstellingen onder de reikwijdte van de Wet M&O te plaatsen, groter zijn dan het huidige kabinet wil doen voorkomen. De Wet M&O kan een oplossing bieden voor het vraagstuk van ongelijke concurrentie. Het regelen van bekostigde instellingen in de Wet M&O is een begaanbaar pad met een klaarliggend normenstelsel dat ook rechtsgelijkheid garandeert. Het neerleggen van, met de Wet M&O vergelijkbare, normen in de WHW is ook een optie. Deze optie heb ik hier niet verkend, maar wel kan de vraag worden gesteld waarom het nodig zou zijn om deze optie te bezien als de Wet M&O een en ander al goed kan regelen. Gezien de vele klachten op dit terrein zou de wetgever er verstandig aan doen om serieus te overwegen om bekostigde onderwijsinstellingen alsnog onder de reikwijdte van de Wet M&O te plaatsen.

122. De private handhaving van het Europese mededingingsrecht zal met de 'Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht' binnenkort beter worden gefaciliteerd. De implementatiewet betreft echter niet de Wet M&O. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, 2.

123. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4368; S.J. Beeston, M.J. de Meij en M.C. Geilmann, 'Krimpenerwaard: privaatrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht?', *Tijdschrift voor Staatssteunrecht* 2016, nr. 2; Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591, *JG* 2013/68, m.nt. Al Khatib & Barkhuysen (*MuzyQ*).

124. Art. 3:14 BW jo. 3:1 lid 2 BW.

125. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.16.