

# Ongelijke spelregels voor het online onderwijs

158

A.H.A. Mohammad\*

*Online onderwijs is in opkomst. De verwachting is dat bekostigde instellingen meer online afstandsonderwijs zullen aanbieden, een activiteit die momenteel vooral door onbekostigde instellingen wordt ontplooid. In deze bijdrage wordt onderzocht welke juridische handvatten onbekostigde hogeronderwijsinstellingen hebben om hun private belangen te beschermen tegen met overheidsmiddelen gefinancierde concurrentie.*

concurrentiebelangen beschermen tegen publieke instellingen die met overheidsmiddelen concurreren met online afstandsonderwijs?’

Het doel van deze bijdrage is het verkennen van de juridische bescherming van de concurrentiebelangen van private instellingen in het geval dat een publieke instelling met overheidsbekostiging een soortgelijke studie zou aanbieden. Voor deze bijdrage is de context van het online hoger onderwijs gekozen, omdat in deze context de scheidslijnen tussen publieke en private instellingen het meest vervagen.<sup>5</sup>

## I. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de opkomst van het online hoger onderwijs en de vragen die daarmee samenhangen. De ontwikkeling naar meer online onderwijs gaat gepaard met veranderde verhoudingen tussen bekostigde (publieke) en onbekostigde (private) spelers in het hoger onderwijs.<sup>1</sup> Tot voor kort was het voor publieke onderwijsinstellingen onduidelijk of de rijksbekostiging mag worden aangewend voor online afstandsonderwijs.<sup>2</sup> Daarom richtten voornamelijk private hbo-instellingen zich op de markt voor (online) afstandsonderwijs voor volwassenen.<sup>3</sup> Recentelijk heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) verduidelijkt dat publieke instellingen de rijksbekostiging kunnen aanwenden voor online afstandsonderwijs.<sup>4</sup> Dit beleid strekt ertoe dat het online afstandsonderwijs niet meer hoofdzakelijk het domein van private instellingen zal zijn. Dit brengt de volgende vraag mee: ‘In hoeverre kunnen private instellingen hun

Hierna zal eerst beschreven worden hoe het online onderwijs zich momenteel ontwikkelt (par. 2) en hoe dit tot fricties kan leiden tussen publieke en private instellingen (par. 3). Vervolgens zal worden gezocht naar nationale en Europeesrechtelijke normen die de concurrentiebelangen van private instellingen kunnen waarborgen (par. 4 en 5). Deze normen zijn van belang, omdat zowel op Nederlands, Europees als internationaal beleidsniveau wordt verondersteld dat het bestaan van regels die een ‘gelijk speelveld’ waarborgen in beginsel bijdraagt aan de bevordering van de economische welvaart.<sup>6</sup> Ten slotte zal worden vooruitgeblikt naar geplande experimenten met vraagfinanciering – waarbij een deel van het onderwijs niet meer via de publieke instellingen wordt bekostigd, maar via de student die een beurs kan inzetten bij een publieke óf private instelling. Beoordeeld zal worden of deze experimenten een gelijk speelveld tussen publieke en private instellingen kunnen bewerkstelligen en ‘oneerlijke overheidsconcurrentie’ kunnen wegnemen (par. 6). Er wordt afgesloten met een conclusie waarin

\* Ali Mohammad is Onderwijs- en onderzoekmedewerker Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is een bewerking van zijn masterscriptie *Concurreren met online onderwijs*. De auteur bedankt de respondenten die een bijdrage hebben geleverd aan het onderzoek door middel van het aanreiken van praktijkinzichten.

1 Hierna wordt met publieke instellingen bedoeld: bekostigde *openbare of bijzondere* instellingen van het hoger onderwijs die zijn genoemd in artikel 1.8 WHW jo. de bij de wet behorende bijlage. Dat zijn dus niet alleen instellingen die uitgaan van een publiekrechtelijke grondslag (zoals de Universiteit Leiden), maar ook instellingen die uitgaan van een privaatrechtelijke grondslag (zoals de Vrije Universiteit Amsterdam). Met private instellingen wordt bedoeld: *onbekostigde* instellingen die in de wet zijn omschreven als een ‘rechtspersonen voor hoger onderwijs’ (artikel 1.1 onderdeel aa WHW). Deze instellingen gaan in de praktijk altijd uit van een privaatrechtelijke grondslag.

2 Zie bijvoorbeeld R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht* (diss. Leiden), Leiden: LUP 2011, p. 170.

3 ResearchNed, ‘Kenmerken, behoeften en wensen deeltijd hoger onderwijs’, maart 2012.

4 Ministerie van OCW, ‘Open en Online hoger onderwijs’, 8 januari 2014.

5 Zie over ‘vervagende scheidslijnen’ tussen publiek en privaat: B. Jongbloed, C. Salerno & J. Huisman, ‘Over vervagende scheidslijnen en gelijke speelvelden: het private post-secundaire onderwijs in vijf landen’, bijdrage aan symposium ‘Hoger Onderwijs, Bestel in Verandering’, Onderwijs Research Dagen, Utrecht juni 2004.

6 ‘Competitive neutrality’ is een economisch beginsel dat volgens sommigen zo veel mogelijk moet worden nagestreefd. Het is overigens geen absolute norm. Economisch gezien zou het niet de bedoeling moeten zijn een gelijk speelveld te creëren als dit meer kost dan het oplevert. Zie CPB, ‘Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field’, Den Haag: 2003; *Kamerstukken II 2007/08*, 31352, 3 (Markt en Overheid); J. Almunia, ‘Keeping the global playing field level’ (ICN 13th annual conference), Marrakech 23 april 2014. De OESO gebruikt de term ‘competitive neutrality’ in striktere zin, namelijk in de context van concurrentie tussen bedrijven in eigendom van de overheid (dus niet louter

wordt geconstateerd dat de huidige juridische kaders voor private instellingen onvoldoende handvatten bieden aan private instellingen om hun concurrentiebelangen te beschermen (par. 7). Met de experimenten met vraagfinanciering zal naar verwachting een gelijk spelveld worden gecreëerd, maar ook dan zal men goed op het netvlies moeten houden dat de experimenten voor publieke instellingen ook Europeesrechtelijke uitdagingen met zich mee zullen brengen.

## 2. Hoe het online onderwijs in opkomst is ...

Online onderwijs zal steeds belangrijker worden in het hoger onderwijs. Daarvoor zijn minstens twee redenen aan te wijzen. De eerste reden is dat de populariteit van *Massive Open Online Courses* (MOOCs) veel onderwijsinstellingen zal aanzetten tot het ontwikkelen van online afstandsonderwijs. Dit kunnen onderwijsinstellingen al dan niet doen in combinatie met klassikaal onderwijs, ook wel *blended learning* genoemd. De tweede reden is dat de overheid sinds kort publieke onderwijsinstellingen juridisch, organisatorisch en financieel stimuleert om online onderwijs te verzorgen. Hieronder worden beide ontwikkelingen nader toegelicht.

### 2.1. Populariteit van online onderwijs

Elke een beetje internationaal georiënteerde onderwijsinstelling biedt tegenwoordig MOOCs aan. De idee van MOOCs is het online aanbieden van volledige en open toegankelijk cursussen, waarin studenten werken met syllabi, online colleges volgen, huiswerkopdrachten maken, over de stof discussiëren, elkaar feedback geven via fora en uiteindelijk een examen maken dat eventueel tot een certificaat leidt.<sup>7</sup> Onderwijsinstellingen bieden deze MOOCs aan op platforms zoals Coursera, edX en Udacity. Coursera is momenteel verantwoordelijk voor het beschikbaar maken van 47% van het totaal aantal MOOCs en trekt daarmee meer dan 5 miljoen studenten.<sup>8</sup> Meer dan 100 hogeronderwijsinstellingen zijn aan dat platform verbonden, waaronder de Universiteit Leiden, de Technische Universiteit Eindhoven en de Universiteit van Amsterdam.<sup>9</sup> Ook andere Nederlandse universiteiten bieden

MOOCs aan, zoals de Technische Universiteit Delft (via het platform edX) en de Open Universiteit Nederland (via het Europese platform OpenUpEd). Sommige universiteiten bieden exclusieve MOOCs aan voor eigen studenten, ook wel SPOCs (*Small Private Online Classes*) genoemd.<sup>10</sup> De Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie (NVAO) accrediteert MOOCs nog niet.<sup>11</sup> De NVAO accrediteert immers volledige opleidingen en geen losse cursussen, zoals MOOCs.<sup>12</sup>

De technologie van deze platforms en de populariteit van MOOCs zullen naar verwachting een nieuwe impuls geven aan volledige geaccrediteerde online opleidingen (*online afstandsonderwijs*) al dan niet in combinatie met klassikaal onderwijs (*blended learning*).<sup>13</sup> In Nederland biedt de Technische Universiteit Delft (TU Delft) sinds vorig jaar de online masteropleiding MSc Civil Engineering (Watermanagement Track) aan. Daarnaast biedt TU Delft de masters Aerospace Engineering en Engineering & Policy gedeeltelijk online aan. Bovendien zet de TU Delft momenteel de onbekostigde TU Delft Extension School op, die onder andere online onderwijs op maat zal aanbieden voor bedrijven.<sup>14</sup> Hogescholen zetten al langer in op online onderwijs of *blended learning*. Voorbeelden hiervan zijn de Hogeschool INHolland, die de opleiding DigiPabo online verzorgt, of de Hogeschool Utrecht die lerarenopleiding (master) Duits, Engels, natuurkunde, Nederlands en wiskunde gedeeltelijk online aanbiedt. Deze voorbeelden illustreren dat online onderwijs in opkomst is en steeds minder wordt geassocieerd met *diploma mills*, instellingen die online diploma's verkopen.

### 2.2. De stimulerende overheid

Zoals gezegd stimuleert de overheid publieke instellingen sinds kort om online onderwijs te verzorgen. Dat doet de overheid in juridisch, organisatorisch en financieel opzicht.

Tot voor kort was het juridisch gezien onzeker of de rijksbekostiging kan worden aangewend voor online onderwijs, immers de Wet op het hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW) verplicht de publieke instellingen hun opleidingen te verzorgen in de gemeente waar die opleiding blijkt het Centraal register opleidingen hoger onderwijs (Croho) is geregistreerd.<sup>15</sup> Deze

bekostigd door de overheid) en particuliere bedrijven ('state-owned companies' en 'private business'): OECD, 'Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business', 30 augustus 2012.

7 Ministerie van OCW, 'Open en Online hoger onderwijs', 8 januari 2014. MOOCs gaan dus verder dan de zogenoemde Open Education Resources en OpenCourseWare: het (auteurs)vrij beschikbaar maken van syllabi en lesmateriaal bijvoorbeeld via YouTube of iTunes University. Zie SURF, 'Rapport Open en Online onderwijs en de toekomst van het Nederlands hoger onderwijs', 19 december 2013. Zie ook SURF, 'Trendrapport Open Education 2014', maart 2014.

8 Zie het onderzoek van het onderwijs technologisch bureau EdSurge, 'MOOCs in 2013: Breaking Down the Numbers', 22 december 2013.

9 Coursera, 'Meet our Partners', [www.coursera.org/about/partners/country/nl](http://www.coursera.org/about/partners/country/nl).

10 S. Mapstone (ed.), S. Buitendijk & E. Wiberg, 'Online Learning at Research-Intensive Universities', League of European Research Universities (advice paper), juni 2014.

11 NVAO, 'MOOC's en Online HO', juni 2014.

12 Zie voor doorontwikkeling naar instellingsaccreditatie: Ministerie van OCW, 'Accreditatie op maat', juni 2015.

13 Deze verwachting wordt gedeeld door anderen in de rechtswetenschap. Zie Barkhuysen & Claessens in hun noot bij ABRvS 30 januari 2013, AB 2014/344 (LOI-NTI).

14 H. Dijkstra, 'TU Delft gaat voor bedrijven online opleidingen op maat ontwikkelen', *Het Financieele Dagblad* 5 juli 2014.

15 Artikel 7:17 WHW.

verplichting wordt ook wel het vestigingsplaatsvereiste genoemd. Het vestigingsplaatsvereiste werd zo geïnterpreteerd dat publieke instellingen de rijksbekostiging, zonder toestemming van de minister, niet kunnen uitgeven aan het verzorgen van afstandsonderwijs.<sup>16</sup> Daarom hebben private instellingen zich gericht op de markt voor schriftelijk en later ook online afstandsonderwijs.<sup>17</sup> Nu het online onderwijs populairder wordt, en aan online onderwijs ook veel behoefte blijkt te zijn,<sup>18</sup> heeft het Ministerie van OCW verduidelijkt dat het vestigingsplaatsbeginsel voor publieke instellingen niet in de weg hoeft te staan aan het aanbieden van online onderwijs.<sup>19</sup> De redenering daarvoor is dat het vestigingsplaatsbeginsel erop ziet dat de opleiding in de vestigingsplaats wordt 'verzorgd', maar geen betrekking heeft op waar het onderwijs wordt 'gevolgd'. Publieke instellingen kunnen dus bekostiging aanwenden voor het verzorgen van online onderwijs, zolang het onderwijs wordt 'uitgezonden' vanuit de vestigingsplaats van de opleiding.<sup>20</sup> In de beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs van 3 juli 2014 is het expliciet toegestaan om 'bekostigd' online onderwijs aan te bieden.<sup>21</sup> Deze beleidsregel is het beoordelingskader waarmee de minister besluit of een nieuwe opleiding gerealiseerd mag worden.

De overheid stimuleert het online onderwijs ook in financieel en organisatorisch opzicht. Met de recent in werking getreden subsidieregeling 'Regeling open en online onderwijs' zet de overheid zowel bekostigde als onbekostigde instellingen aan om 'open en online onderwijs' te verzorgen. Met deze ministeriële regeling wordt voorzien in een subsidieregeling voor het opzetten van allerlei vormen van open en online onderwijs. Dat is online onderwijs waarbij in ieder geval wordt gebruikgemaakt van onderwijsmaterialen die beschikbaar zijn onder een *creative-commons*-licentie.<sup>22</sup> Daarvoor stelt het Ministerie van OCW van 2015 tot 2019 jaarlijks bijna € 1 miljoen subsidiegelden beschikbaar. Momenteel hebben al 31 verschillende hogeronderwijsinstellingen een aanvraag

voor een subsidie ingediend.<sup>23</sup> Met name de publieke instellingen zullen geringe expertise of infrastructuur hebben om online onderwijs aan te bieden. Volgens de subsidieregeling kunnen deze instellingen ondersteuning krijgen van de ICT-samenwerkingsorganisatie SURF.

### 3. ... en de frictie tussen publiek en privaat versterkt

Uit het voorgaande blijkt dat publieke instellingen prikkels krijgen om meer online onderwijs aan te bieden. Het stimuleringsbeleid van het Ministerie van OCW strekt er ook toe dat het online onderwijs niet meer hoofdzakelijk het domein van private instellingen zal zijn.<sup>24</sup> Hierdoor zullen de 'scheidslijnen' tussen het publieke en private hoger onderwijs steeds verder vervagen.<sup>25</sup> Dat lijkt op het eerste gezicht niet erg. Toch ontstaat er frictie tussen private instellingen en publieke instellingen. Private instellingen willen graag hun concurrentiebelangen beschermen tegen publieke instellingen die met overheidsbekostiging concurreren op dezelfde markt. Daarvoor zijn zij zelfs bereid om te procederen. Het probleem is dat particuliere instellingen geen juridische handvatten hebben om hun particuliere concurrentiebelangen te beschermen tegen deze 'gesubsidieerde concurrentie'. Dat bleek onder andere in de zaak *LOI-NTI/de staatssecretaris van OCW*.<sup>26</sup>

#### 3.1. De uitspraak LOI-NTI

In deze zaak kwamen concurrentbelanghebbenden de Leidse Onderwijsinstellingen (LOI) en het Nederlands Taleninstituut (NTI) op tegen het besluit van de Staatssecretaris van OCW waarin de publieke instelling Open Universiteit Nederland (OUN) toestemming werd verleend om de opleiding hbo-rechten in de vorm van modulair afstandsonderwijs te verzorgen. Hoewel het aan-

16 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht* (diss. Leiden), Leiden: LUP 2011, p. 170.

17 ResearchNed, 'Kenmerken, behoeften en wensen deeltijd hoger onderwijs', maart 2012.

18 *Ibid.*

19 'Groen licht voor online onderwijs', [www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/01/09/groen-licht-voor-online-onderwijs.html](http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/01/09/groen-licht-voor-online-onderwijs.html). Ministerie van OCW, 'Open en Online hoger onderwijs', 8 januari 2014.

20 Ministerie OCW, 'Open en online hoger onderwijs', 8 januari 2014. Daarvoor is geen wetswijziging nodig geweest. Het vestigingsplaatsvereiste van artikel 7:17a WHW houdt in dat het onderwijs op de plaats van de vestiging van de opleiding wordt verzorgd. Het volgen van onderwijs kan overall. Uit een gesprek met een senior beleidsmedewerker van het Ministerie van OCW blijkt dat het vestigingsplaatsvereiste voor online onderwijs concreet ingevuld wordt met het criterium dat de (technische) faciliteiten zich op de plaats van de vestiging van de opleiding moeten bevinden. Onduidelijk is of dit begrip nog reukelijker kan worden opgevat in de zin dat het onderwijs vanuit de plaats van de vestiging wordt opgenomen, maar dat de technische faciliteiten (bijv. MOOC-platforms) zich in Amerika bevinden en van daaruit het onderwijs wordt 'uitgezonden'.

21 Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014, nr. 573094. Zie artikel 6.2 lid 8 WHW voor de speciale 'grondslag' van de beleidsregel (vgl. artikel 4:81 lid 1 Awb).

22 Een dergelijke licentie houdt in dat de auteur zijn rechten behoudt, maar anderen toestemming geeft 'om het werk te verspreiden, met anderen te delen of bij sommige licenties het werk te bewerken'. Zie de toelichting bij artikel 1 Regeling open en online hoger onderwijs, *Stcrt.* 2014, 32675. Zie verder ook de Mededeling 'Naar een opener onderwijs: innovatief onderwijzen en leren voor iedereen met nieuwe technologie en open leermiddelen' van de Europese Commissie van 26 september 2013, COM(2013)654 final.

23 [www.rijksoverheid.nl/nieuws/2015/02/17/veel-animo-voor-open-en-online-onderwijs.html](http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2015/02/17/veel-animo-voor-open-en-online-onderwijs.html).

24 Online afstandsonderwijs kan namelijk in het bijzonder aantrekkelijk zijn voor volwassenen. De markt voor onderwijs voor volwassenen wordt momenteel vooral gedomineerd door private instellingen.

25 Jongbloed, Salerno & Huisman 2004 (*supra* noot 5).

26 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344, m.nt. Barkhuysen & Claessens. Zie ook C.E. Krol & G.J. van Midden, 'Mededinging en onderwijs: lavenen tussen publieke taak en marktactiviteiten', *JurD* 2013, afl. 6, p. 7-9. Vgl. de Franse context waarin de overheid ook afstandsonderwijs faciliteert, naast het bestaande private aanbod: Hof Parijs 7 november 2006, nr. 31 (Centre national d'enseignement à distance), te raadplegen op [www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca\\_05d68\\_cned.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca_05d68_cned.pdf). Zie daarover: H. Swennen, 'Onderwijs en Mededingingsrecht', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, afl. 4, p. 276.

bieden van hbo-opleidingen past binnen de wettelijke taken van de OUN,<sup>27</sup> heeft deze instelling voor zover bekend sinds haar oprichting in 1984 alleen universitair afstandsonderwijs aangeboden. De OUN zou de hbo-opleiding in samenwerking met de bekostigde Juridische Hogeschool Avans-Fontys verzorgen. Dit was tegen het zere been van de LOI en het NTI die al de opleiding hbo-rechten aanboden. Deze instellingen stelden dat de overheid door middel van de bekostiging van de OUN een goed functionerend private markt van modulair afstandsonderwijs betreedt. De instellingen hebben daarom tot aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) doorgeprocedeerd.<sup>28</sup>

In deze procedure beriepen LOI en NTI zich hoofdzakelijk op twee gronden. Ten eerste zou de nieuwe opleiding van de OUN niet de macrodoelmatigheidstoets kunnen doorstaan, een planningsmechanisme van de minister om nieuwe opleidingen of nieuwe vestigingen van opleidingen in het kader van een doelmatig onderwijsaanbod toe te staan dan wel tegen te houden.<sup>29</sup> De gedachte van zo een instrument is dat het ondoelmatig zou zijn om een extra 'bekostigde' opleiding toe te staan als er al genoeg in de behoefte wordt voorzien. LOI en NTI voeren aan dat de realisering van de nieuwe opleiding uitgaat van 'substantieel nadelige effecten van de bestaande infrastructuur', een van de toetsingselementen van de macrodoelmatigheidstoets.<sup>30</sup> Ten tweede voerden LOI en NTI aan dat de realisering en financiering van de nieuwe opleiding in strijd zou komen met het Europese staatssteunverbod<sup>31</sup> omdat deze opleiding in concurrentie met LOI en NTI wordt aangeboden<sup>32</sup> en de financiering ervan de OUN een oneigenlijk voordeel verschaft. De financiële steun voor deze opleiding, bestaande uit een deel van de rijksbijdrage aan de OUN, had volgens LOI en NTI vooraf moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.<sup>33</sup> Aangezien dat niet was gebeurd, zou er sprake zijn van onrechtmatig verleende staatssteun, aldus de beide instellingen.

De Afdeling ging niet mee met de stellingen van LOI en NTI. Met betrekking tot de eerste grond oordeelde de Afdeling dat er geen sprake is van vergelijkbaar onderwijs dat 'onder vergelijkbare condities' wordt aangeboden.<sup>34</sup> Om de hbo-opleiding bij LOI en NTI te kunnen volgen, moet een student voldoen aan bepaalde vooropleidingseisen of, indien een student 21 jaar of ouder is, een colloquium doctum doen. Voor het volgen van de opleiding aan de OUN gelden geen vooropleidingseisen.<sup>35</sup> Daarmee bedient de OUN een andere markt: de markt van jongeren tussen 17-21 jaar die geen vooropleidingseisen hebben.<sup>36</sup> De opleiding heeft volgens de Afdeling geen substantieel nadelige effecten voor de bestaande infrastructuur. Het argument van de macrodoelmatigheid bood dus geen uitkomst voor LOI en NTI.

Met betrekking tot de tweede grond overweegt de Afdeling, na uit eigen beweging advies te hebben gevraagd aan de Europese Commissie,<sup>37</sup> dat:

'(...) het aanbieden van de opleiding van de OUN geen economische activiteit is in zoverre kan worden aangetoond dat de Nederlandse Staat door de opleiding te financieren zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult, en in zoverre die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van deze opleiding dekt.'<sup>38</sup>

Volgens de Afdeling voldoet de Nederlandse bekostiging aan deze voorwaarden. Het gevolg hiervan is dat het staatssteunrecht geen toepassing vindt, aangezien het staatssteunrecht betrekking heeft op 'ondernemingen'. Een onderneming is volgens vaste jurisprudentie<sup>39</sup> elke eenheid die een 'economische activiteit' uitvoert, ongeacht de rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. De Afdeling oordeelt dat geen sprake is van een economische activiteit en verwerpt het beroep van LOI en NTI. Hoewel de LOI en het NTI in het ongelijk werden gesteld, zijn de spanningen op bestuurlijk niveau erkend en is

27 Artikel 1.3 lid 4 WHW.

28 Barkhuysen & Claessens 2014 (*supra* noot 26). Zie ook Krol & Van Midden 2013 (*supra* noot 26). Zie ook Rb. Den Haag 18 mei 2011, AWB 10/2441 en 11/1098 BESLU. Zie ook de (tweede) Beslissing op de aanvraag Macrodoelmatigheidstoets hbo-rechten van 3 augustus 2010 (HO&S/BS/2010/227490), Beslissing op bezwaar van 18 februari 2010 (HO&S/BL/82103) en het advies van de toenmalige Commissie voor bezwaarschriften van het Ministerie van OCW (zaaknr. BC080569) dat ten grondslag ligt aan de beslissing op bezwaar (niet gepubliceerd).

29 Artikel 6.2 lid 4 WHW en Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014, nr. 573094.

30 Artikel 2.1 onderdeel d van de toen geldende Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2009. Zie de Minister van OCW, 'Aanvragen macrodoelmatigheid en afstemmingsoverleg', 17 december 2009, HO&S/BS/175115 waarin eraan herinnerd wordt ook de infrastructuur van onbekostigde instellingen mee te wegen.

31 Artikel 107 lid 1 VWEU.

32 Met verwijzing naar het *soft-law*-document DAEB-Mededeling van 11 januari 2012.

33 Op grond van artikel 108 lid 3 VWEU.

34 Artikel 2.1 onderdeel d Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2009.

35 Artikel 7.24 lid 4 WHW. Ook kent de OUN een onbeperkte inschrijfduur van de studenten: artikel 7.32 lid 4 WHW. Overigens zal dit veranderen, zie *Sth.* 2010, 119 (nog niet in werking getreden): 'De inschrijving voor een opleiding aan een universiteit, een levensbeschouwelijke universiteit of een hogeschool geschiedt voor een periode van onbepaalde duur en eindigt in de gevallen, bedoeld in artikel 7.42. Het instellingsbestuur van de Open Universiteit stelt de periode van de inschrijving voor een onderwijsseenheid vast.'

36 De OUN is in 1984 door de wetgever ingesteld ter facilitering van het onderwijs langs de 'tweede weg': *Kamerstukken II* 1976/77, 14400, 102; *Kamerstukken II* 1983/84, 18227, 3. Vgl. echter: Ministerie van OCW, 'Beleidsreactie advies internationaal review panel Open Universiteit', 23 december 2011. Niet meer dan 35% van de studenten van de OUN maakt deel uit van deze oorspronkelijke 'tweede-weg'-doelgroep.

37 Te raadplegen op: [www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken\\_in\\_uitspraken/zoekresultaat/plankaarten/2011p07134-1-A2.pdf](http://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken_in_uitspraken/zoekresultaat/plankaarten/2011p07134-1-A2.pdf).

38 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2011:BY9333, AB 2014/344, m.nt. Barkhuysen & Claessens, par. 8.5 en 8.7.

39 HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98-C-184/98 (*Pavel Pavlov*).

afgesproken dat de OUN geen zelfstandig hbo-onderwijs zal aanbieden.<sup>40</sup>

### 3.2. Wat betekent deze uitspraak?

Deze zaak *LOI-NTI* laat zien dat private instellingen kritisch staan tegenover veranderende concurrentieverhoudingen tussen publieke en private instellingen en daarbij juridische procedures niet schuwen.

De casus laat ook zien dat de Open Universiteit, voor wat betreft nieuwe opleidingen die een macrodoelmatigheidstoets moeten doorstaan, een geprivilegieerde status heeft. De Afdeling oordeelt immers dat opleidingen van de OUN niet onder vergelijkbare condities met een andere hbo-instelling worden aangeboden, aangezien de OUN een wettelijk monopolie heeft voor het verzorgen van onderwijs aan studenten tussen de 17 en 21 jaar die niet de juiste vooropleiding hebben. Of de nieuwe opleiding daadwerkelijk de doelgroep van 17 tot 21-jarigen zonder juiste vooropleiding bedient, lijkt geen hard toetsingscriterium voor de Afdeling. Daarmee is de macrodoelmatigheidstoets voor private instellingen geen grond waarmee ze hun concurrentiebelangen kunnen beschermen. Het staatssteunrecht biedt evenmin soelaas. De financiering van de opleiding van de OUN valt buiten het bereik van het staatssteunrecht in zoverre de staat 'zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult'. Ook hier speelde voor de Afdeling de doorslaggevende rol dat de OUN zich kan richten op een specifieke groep studenten die niet door andere onderwijsinstellingen kunnen worden bediend, wederom zonder te toetsen of deze specifieke groep ook daadwerkelijk de afnemer van het onderwijs is.

Strikt genomen hebben deze conclusies alleen betrekking op nieuwe, met private instellingen concurrerende, opleidingen van de OUN. Andere publieke hbo-instellingen hebben geen speciale positie binnen de wet. Dat roept de vraag op of private instellingen hun private concurrentiebelangen wel kunnen beschermen wanneer een andere hbo-instelling met overheidsmiddelen concurreert met (online) afstandsonderwijs. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal in de volgende twee paragrafen worden ingegaan op de mogelijke bestuursrechtelijke handvatten in het nationale en het Europese recht.

## 4. Welke bescherming biedt het nationale recht?

Hierna wordt verondersteld dat publieke en private instellingen voor wat betreft het online onderwijs met elkaar concurreren. Deze veronderstelling is gebaseerd op de percepties die blijken uit gesprekken met verschillende partijen, waaronder de Nederlandse Raad voor Training en Opleiding (NRTO) waarin de meeste private instellingen zijn georganiseerd. Over het bestaan van concurrentie in juridische zin kan overigens verschillend worden gedacht.<sup>41</sup>

Indien het 'bekostigd' online aanbod wordt uitgebreid, welke waarborgen bestaan er dan ter bescherming van de particuliere concurrentiebelangen? In deze paragraaf worden de bestuursrechtelijke normen besproken die zijn neergelegd in de WHW en de Mededingingswet.

### 4.1. De WHW

#### 4.1.1. Uitbreiding nieuw aanbod

Publieke instellingen kunnen op twee manieren hun online aanbod uitbreiden. Ten eerste kunnen de onderwijsinstellingen een opleiding die zij reeds door middel van regulier contactonderwijs aanbieden tevens in de vorm van online onderwijs aanbieden. De online opleiding is dan slechts een inrichtingsvorm van de bestaande opleiding. Voor het realiseren van de online variant is geen toestemming van de minister nodig (geen macrodoelmatigheidstoets). Het onderwijs moet wel ingebed zijn in het bestaande curriculum en de Onderwijs- en Examenregeling. Ook moet de instelling voor voldoende kwaliteit zorgen zodat de bestaande opleiding wordt geaccrediteerd. Ten tweede kunnen publieke instellingen *nieuwe* opleidingen realiseren en deze in de vorm van online onderwijs aanbieden.<sup>42</sup> Daartoe dienen twee procedures te worden gevolgd. Eerst moet de beoogde opleiding de hiervoor genoemde macrodoelmatigheidstoets doorstaan.<sup>43</sup> Deze toets ziet toe op een doelmatige taakverdeling tussen de publieke instellingen, maar ook in relatie tot private instellingen.

De bekendmaking van het voornemen om een macrodoelmatigheidsbesluit te nemen, is voor de concurrerende

<sup>40</sup> Zie ook Ministerie van OCW, 'Beleidsreactie advies internationaal review panel Open Universiteit', december 2011.

<sup>41</sup> Mededingingsrechtelijk gezien is relevant of het online onderwijs van bekostigde instellingen onderdeel uitmaakt van dezelfde product- en geografische markt als het online onderwijs van onbekostigde instellingen (*PbEG* 1997, C 372/7, 9 december 1997 (Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht)). Bij het omlijnen van de productmarkt wordt uiteindelijk gekeken naar alle producten of diensten die door *afnemers* als meest substitueerbaar met het onderwijs van onbekostigde instellingen worden beschouwd. Men kan stellen dat afstandsonderwijs door volwassenen wordt afgenomen en onderling substitueerbaar kan zijn. Bij deze vraag naar substitueerbaarheid spelen echter ook de *kenmerken* van deze producten een rol, zoals bijvoorbeeld de mate van flexibiliteit van een opleiding. Vgl. kenmerken in bijvoorbeeld HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76 (*United Brands*). Het nadeel dat een bekostigde instelling ten opzichte van een private aanbieder heeft, is het gebrek aan flexibiliteit. Private aanbieders kunnen de online cursussen modulair aanbieden. Bekostigde instellingen mogen op grond van artikel 7.3 lid 1 WHW alleen volledige opleidingen aanbieden. In hoeverre *modulair* afstandsonderwijs een aparte productmarkt is omdat de studenten die modulair afstandsonderwijs (willen) volgen volledige opleidingen niet als een substitueerbaar 'product' of 'dienst' zien, is nog onduidelijk.

<sup>42</sup> Naast de macrodoelmatigheidstoets moet een publieke instelling ook een 'toets nieuwe opleiding' doorstaan, een kwaliteitstoets op planniveau. Zie voor de toets nieuwe opleiding ook artikel 5a.11 WHW jo. Beoordelingskaders accreditatiestelsel hoger onderwijs (*Stcrt.* 2010, 21523).

<sup>43</sup> Sinds 2009 is de volgorde toets nieuwe opleiding – macrodoelmatigheidstoets omgedraaid. Uit een gesprek met de NVAO blijkt dat een toets nieuwe opleiding een zwaardere toets is waar veel investeringen mee zijn gemoeid. Deze investeringen zouden verloren gaan als de minister de opleiding niet doelmatig acht.

private instellingen een belangrijk moment om hun 'marktaandeel' te beschermen en een zienswijze in te dienen.<sup>44</sup> Daarom wordt hierna ingegaan op de macrodoelmatigheidstoets.

#### 4.1.2. Het kader van de macrodoelmatigheidstoets

Een bekostigde instelling die een nieuwe (online) opleiding wil aanbieden, bestaande opleidingen of een Associate degree wil verzorgen binnen een hbo-bacheloropleiding, zal daarvoor eerst toestemming moeten vragen aan de minister. De minister beoordeelt de aanvraag van het instellingsbestuur 'met het oog op de beoordeling van een doelmatig onderwijsaanbod en de beoordeling van een doelmatige taakverdeling tussen de instellingen, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het hoger onderwijs'.<sup>45</sup> Deze beoordelingsvrijheid van de minister is ingevuld in de Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014. In deze beleidsregel zijn drie criteria vastgesteld waaraan een instelling moet voldoen voor een positieve macrodoelmatigheidsbeslissing.<sup>46</sup> De instelling moet aantonen dat (1) er een noodzaak is voor een nieuwe opleiding, (2) dat er behoefte is aan de nieuwe opleiding, zijnde een overwegende arbeidsmarktbehoefte (al dan niet in combinatie met een maatschappelijke of wetenschappelijke behoefte) en (3) dat er in het landelijk bestaande onderwijsaanbod ruimte is voor de opleiding. Het laatstgenoemde criterium (3) is het meest interessant voor concurrerende private aanbieders. Het criterium beoogt de verdunning van de studentenpopulatie van bestaande opleidingen tegen te gaan. De minister betreft hierbij de bestaande opleidingen die 'vergelijkbaar' zijn met de beoogde opleiding en de gemeente waar deze vergelijkbare opleiding wordt verzorgd.<sup>47</sup> Ook de aanwezigheid van vergelijkbaar geaccrediteerd onderwijs dat de student bij een private aanbieder 'onder vergelijkbare condities' kan volgen, neemt de minister mee in zijn beoordeling.<sup>48</sup> Volgens de toelichting op de beleidsregel wordt bij het bepalen of sprake is van 'vergelijkbare condities' rekening gehouden met de toegankelijkheid van de opleiding (vooropleidingseisen), de inrichting van het onderwijs (voltijd, deeltijd, duaal) en de rechtspositie en financiële voorwaarden waaronder een student onderwijs kan volgen (hoogte van het collegegeld). Verder is het begrip 'zwaartepunt' van het onderwijs- en onderzoeks-aanbod van de instelling van belang. Deze zwaartepunten zijn afgesproken in het kader van de prestatiebekostiging.<sup>49</sup> Indien een nieuwe opleiding past binnen de afge-

sproken zwaartepunten van het aanbod van de instelling, dan toetst de Minister van OCW terughoudender aan het bestaan van vergelijkbaar bestaande aanbod.<sup>50</sup>

#### 4.1.3. Het kader in de praktijk toegepast

De Commissie Doelmatigheid Hoger Onderwijs (CDHO) adviseert de minister over de macrodoelmatigheidstoets. De minister neemt dit advies meestal over. Uit de adviespraktijk kan het volgende worden vastgesteld.<sup>51</sup> Allereerst kan worden vastgesteld dat de CDHO zich nog niet heeft uitgesproken over een nieuwe *online* opleiding die door een publieke instelling, niet zijnde de OUN, wordt aangeboden. Dat valt te verklaren doordat de macrodoelmatigheidstoets alleen verplicht is voor bekostigde aanbieders en het voor deze instellingen voor de hand ligt eerst te experimenteren met een online variant van bestaande opleidingen. Dergelijke initiatieven onttrekken zich aan het zicht van de CDHO.

Ten tweede zijn er nauwelijks adviezen te vinden waaruit blijkt dat private aanbieders vooraf zienswijzen hebben ingediend. Uit slechts twee adviezen blijkt dat een private aanbieder zijn marktaandeel wil beschermen door een zienswijze in te dienen. Het betreft de procedure over de eerder besproken zaak *LOI-NTI*<sup>52</sup> en een vergelijkbare zaak over de hbo-bacheloropleiding Informatica van de OUN.<sup>53</sup> De CDHO adviseert in deze zaken dat onbekostigd onderwijs 'een andere markt' bedient dan de OUN. Private aanbieders kunnen de macrodoelmatigheidsnormen niet succesvol invoeren tegen nieuwe hbo-opleidingen die door de OUN worden gerealiseerd. Zoals hiervoor in par. 3.2 is geconstateerd kan de OUN zich onderscheiden door haar wettelijk vastgestelde open karakter: er is geen vooropleiding vereist om er te kunnen studeren.<sup>54</sup>

Ten derde kan worden vastgesteld dat de CDHO in zijn algemeenheid wel kijkt naar onderlinge 'marktverhoudingen' tussen instellingen. In drie adviezen aangaande nieuwe brede opleidingen wordt gekeken of de nieuwe opleiding van een bekostigde instelling al dan niet 'kanibaliserend' of evidente verschuivingen van de studentinstroom bij ander (in dit geval 'bekostigd') aanbod tot gevolg heeft.<sup>55</sup>

44 Artikel 7:17 lid 3 WHW; artikel 11 lid 3 Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs. Het besluit omtrent de in noot 42 genoemde toets nieuwe opleiding biedt voor concurrenten geen aanknopingspunten voor rechtsbescherming.

45 Artikel 6.2 lid 1 WHW.

46 Artikel 6 Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014.

47 Artikel 11 lid 1 onderdeel a Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014.

48 Artikel 11 lid 1 onderdeel b Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014.

49 Artikel 1 onderdeel j Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014.

50 Artikel 11 lid 2 van de beleidsregel spreekt van 'ruimschoots voldoende vergelijkbaar onderwijs'.

51 De adviezen van de CDHO en de besluiten van de minister worden actief openbaar gemaakt op [www.cdho.nl/aanvragen](http://www.cdho.nl/aanvragen).

52 CDHO 28 juli 2010 met kenmerk 2010/050 (te vinden op [www.cdho.nl/aanvragen](http://www.cdho.nl/aanvragen)).

53 CDHO 15 april 2010 met kenmerk 2009/0046.

54 Artikel 7:24 lid 3 WHW.

55 Zie de adviezen met dossiernummers CDHO 2010/34-37 (*Mechatronica*), CDHO 2013/13 (*RuG/Liberal Arts and Sciences*) en CDHO 2013/009 (*Uva/PPL*).

#### 4.1.4. Een positieve macrodoelmatigheidsbesluit aanvechten als concurrent

Ook als een concurrent voor de rechter aannemelijk kan maken dat het toelaten van een nieuwe opleiding ondoelmatig zou zijn,<sup>56</sup> dan is het nog maar de vraag of een dergelijk beroep tot vernietiging van het macrodoelmatigheidsbesluit kan leiden. Het ligt in de lijn van de verwachting dat het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste<sup>57</sup> hier een stokje voor steekt. Het doel van de macrodoelmatigheidstoets strekt immers niet tot de bescherming van het marktaandeel van de private instelling, maar heeft een goede taakverdeling tussen de publieke instellingen in relatie tot de *beheersbaarheid van de overheidsmiddelen* als oogmerk.<sup>58</sup> De toepassing van de zogenoemde correctie-Langemeijer<sup>59</sup> waarbij de minister alsnog onrechtmatig kan hebben gehandeld op grond van een zorgvuldigheidsnorm ligt in deze ook niet voor de hand. Bij de voorbereiding van het macrodoelmatigheidsbesluit neemt de minister immers ook de aanwezigheid van vergelijkbaar bestaand aanbod mee in zijn overweging.

#### 4.2. De Wet Markt en Overheid

Het beginsel van een gelijk speelveld komt in het nationale recht het meest duidelijk tot uitdrukking in Hoofdstuk 4b Mededingingswet (Wet Markt en Overheid).<sup>60</sup> Deze wet strekt tot gelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden, en daaraan gelieerde overheidsbedrijven, en particuliere ondernemingen.<sup>61</sup> Daartoe bevat de

wet vier normen gericht aan bestuursorganen, waaronder het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt.<sup>62</sup> Openbare hogeronderwijsinstellingen zijn echter uitgezonderd van deze wet.<sup>63</sup> In par. 3.2 is geconstateerd dat de problematiek vooral speelt tussen bekostigde en onbekostigde hogescholen. Hogescholen zijn niet openbaar in de zin van de WHW,<sup>64</sup> omdat zij in de praktijk uitgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon.<sup>65</sup> Hogescholen vallen echter alsnog buiten de reikwijdte van de Wet Markt en Overheid, omdat zij geen overheidsbedrijven zijn in de zin van artikel 25g Mw.<sup>66</sup>

In augustus 2014 is artikel 2.7a WHW in werking getreden. Daarin is een beginselbepaling opgenomen die een grondslag biedt voor een algemene maatregel van bestuur waarin normen kunnen worden opgenomen die vergelijkbaar zijn met de normen uit de Wet Markt en Overheid. Deze normen zijn echter geschreven ter normering van investeringen in 'private activiteiten',<sup>67</sup> dat zijn 'investeringen van een instelling in commerciële activiteiten voor of in samenwerking met een derde, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht' (cursivering, AM).<sup>68</sup> Het online onderwijs valt hier dus niet onder. Geconstateerd kan worden dat noch de Wet Markt en Overheid, noch het sectorspecifieke artikel 2.7a WHW waarborgen biedt voor een gelijk speelveld in het online onderwijs.

<sup>56</sup> Op grond van artikel 6.2 WHW en de Beleidsregel Doelmatigheid Hoger Onderwijs 2014.

<sup>57</sup> Artikel 8:69a WHW.

<sup>58</sup> Voor een geschiedenis van de macrodoelmatigheidstoets vóór en ná de invoering van de WHW: ACO, Eindrapport 1993-2003, oktober 2003 en A. van Dijk, M. Huurdeman & D. Petersen, 'Loslaten of vasthouden Een evaluatie van zelfregie als planningsarrangement tussen overheid en markt bij de CROHO-procedures 2001-2003 voor bekostigde hogescholen', 30 augustus 2001. Zie ook F.A.M. Hendriks & C. Ouwekerk, 'Doelmatigheid in het Hoger Onderwijs. Van tombola naar transparantie', *Thema* 2012, afl. 2. B. Jongbloed, C. Berthold, L. Bischof, H. de Boer, H. Vossensteyn & T. van Weel, 'Macrodoelmatigheid in het Hoger Onderwijs. Een internationaal vergelijkende studie. Achtergrondstudie voor de Onderwijsraad', CHEPS, maart 2012, p. 1-62.

<sup>59</sup> HR 17 januari 1958, NJ 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*). Vgl. de schadevergoedingszaak ABRvS 24 december 2008, AB 2009/213, m.nt. Van Ravels & Jansen (*Amelandse Benzinepompen*). In de toelichting bij artikel 8:69a Awb verwacht de overheid dat de ruimte voor een correctie-Langemeijer in de context van een vernietigingsberoep beperkter dan in de hiervoor genoemde schadevergoedingszaak (*Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3*). Zie daarover meest recent: G.A. van der Veen, 'Het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb: de stand van zaken', *JBplus* 2015, afl. 3 en de te verwachten conclusie van advocaat-generaal Widdershoven bij de zaak 201402641/1, die door de Afdeling wordt behandeld, raadvanstate.nl/pers/berichten/tekst-persbericht.html?id=762&summary\_only=&category\_id=8.

<sup>60</sup> *Sib.* 2011, 162.

<sup>61</sup> Artikel 25h lid 1 onderdeel c Mw.

<sup>62</sup> Artikel 25j Mw.

<sup>63</sup> Artikel 25h lid 1 onderdeel c Mw. De ratio is dat er een sectorspecifiek regime geldt (*Kamerstukken II 2007/08, 3135, 3*). Dit regime biedt echter ook geen handvatten voor de bescherming van particuliere concurrentiebelangen. Zie daarover meer A.H.A. Mohammad, 'Instellingen voor hoger onderwijs op de markt. Normen voor investeringen in private activiteiten', *NTOR* 2013, afl. 3. Deze uitzondering was in de Tweede Kamer niet onomstreden. Er zijn drie moties ingediend om deze uitzondering te schrappen: *Kamerstukken II 2008/09, 31354, 8, 14 en 19*. Deze zijn niet aangenomen, wel is een motie aangenomen die strekt tot onafhankelijk onderzoek naar de wenselijkheid om delen van het hoger onderwijs onder de Wet Markt en Overheid te brengen, *Kamerstukken II 2008/09, 31354, 40*. De resultaten van dit onderzoek worden meegenomen bij de evaluatie van de Wet Markt en Overheid in 2015.

<sup>64</sup> Artikel 1.1 onderdeel h WHW.

<sup>65</sup> Anders dan de *Handreiking Markt en Overheid* suggereert, vallen bekostigde hogescholen strikt genomen dus niet onder de uitzondering van artikel 25h lid 1 WHW. Handreiking Wet Markt en Overheid, 1 juli 2012, p. 19 en 20. Vgl. D.W.L.A. Schrijvershof, 'De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginselplicht tot) handhaving naar een gelijk speelveld?', *MP* 2012, afl. 6.

<sup>66</sup> Om als privaatrechtelijke rechtspersoon onder de definitie van overheidsbedrijf te vallen, moeten een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen (al dan niet tezamen) in staat zijn om het beleid van deze privaatrechtelijke rechtspersoon te bepalen (artikel 25g lid 1 Mw). Dat kan volgens artikel 25g lid 2 Mw alleen (a) als een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen beschikken over de meerderheid van de stemrechten die zijn verbonden aan de door de onderneming uit te geven aandelen, (b) als een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan hebben benoemd, (c) als de onderneming een dochtermaatschappij is van een rechtspersoon waarop de hiervoor genoemde punten a of b van toepassing zijn of (d) in andere gevallen, die bij AMvB zijn bepaald. Geen van deze criteria zijn van toepassing op hogescholen.

<sup>67</sup> Zie hierover: Mohammad 2013 (*supra* noot 63). Zie meest recent: Inspectie van het onderwijs, *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen*, 18 mei 2015 en Ministerie van OCW, 'Beleidsreactie rapport 'Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen'', 13 augustus 2015.

<sup>68</sup> Notitie 'Helderheid in de bekostiging van het Hoger Onderwijs', 2003.

## 5. Welke bescherming biedt het Europese staatssteunrecht?

Het Europese staatssteunrecht lijkt evenmin bescherming te bieden voor de private concurrentiebelangen van private instellingen. Het is niet aannemelijk dat publieke instellingen die met overheidsfinanciering online onderwijs aanbieden onder de reikwijdte van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU vallen.<sup>69</sup> Een belangrijk criterium voor de aanwezigheid van staatssteun is namelijk dat de publieke instelling voldoet aan het ondernemingsbegrip. Bij dit begrip zal hieronder worden stilgestaan.

### 5.1. Zijn onderwijsinstellingen ondernemingen?

Het Hof van Justitie (het Hof) heeft het laatste woord bij het interpreteren van artikel 107 lid 1 VWEU. Voor zover mij bekend heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de vraag of een hogeronderwijsinstelling een onderneming is.<sup>70</sup>

#### 5.1.1. Ondernemingsbegrip

Het Hof legt het begrip 'onderneming' uit als 'elke eenheid die een economische activiteit uitvoert ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd'.<sup>71</sup> Belangrijk is dus of een entiteit een 'economische activiteit' uitvoert.

In de zaak *Höfner* ging het om de vraag of het publiekrechtelijke orgaan *Bundesanstalt für Arbeit* een onderne-

ming is ten aanzien van de advisering aan hoger en leidinggevend personeel. Het Hof heeft geoordeeld dat het orgaan een onderneming is, omdat deze activiteit een economisch karakter heeft:

'[d]e omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen, (...) niets afdoet aan het economisch karakter van deze activiteit. De arbeidsbemiddeling is niet altijd in handen van overheidsdiensten geweest en een dergelijk overheidsmonopolie is ook niet noodzakelijk, met name waar het gaat om de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel.'<sup>72</sup>

Als deze overweging analoog wordt toegepast op het online onderwijs, dan kan het argument worden gemaakt dat het aanbieden van online onderwijs een economische activiteit is. Privaat bekostigde hbo-instellingen bieden immers al online afstandsonderwijs aan en een publieke voorziening is in veel gevallen niet noodzakelijk. Publiek bekostigde hbo-instellingen die online afstandsonderwijs aanbieden, zouden dus ten aanzien van deze activiteit een 'onderneming' zijn. Dit lijkt echter geen sterk argument. Deze zogenoemde 'methode van vergelijking',<sup>73</sup> die inhoudt dat het Hof de mogelijkheid beziet dat dezelfde activiteiten door marktspelers zouden kunnen worden uitgevoerd,<sup>74</sup> is namelijk al verlaten omdat deze benadering tot gevolg heeft dat bijna alle activiteiten onder het ondernemingsbegrip kunnen vallen.<sup>75</sup> Tegenwoordig is voor de vraag of sprake is van een economische activiteit relevant of met de activiteit 'wordt deelgenomen aan de markt' (functionele toets). Waar in de zaak *Höfner* een markt kon worden verondersteld door de aanwezigheid van private spelers, moet in de tweede functionele bena-

69 Zie voor een algemene bespreking van artikel 107 lid 1 VWEU: W. den Ouden e.a., *Subsidiericht*, Deventer: Kluwer 2011, par. 15.5.3; L. Hancher e.a., *EU State Aids*, London: Sweet & Maxwell 2012, p. 51.

70 Zie ook de noot van Van den Brink & Mohammad bij HvJ EU 12 december 2013, AB 2014/389. Vgl. over de vraag of een onderwijsinstelling een 'aanbestedende dienst' is HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*). Zie voor een fiscale invalshoek van het ondernemingsbegrip: S.A. Stevens, 'VPB-plicht van overheidsondernemingen', *TFO* 2015/138.1. Zie verder ook H. van Eijken, 'Onderwijsdiensten: een burgerrecht, maar wie betaalt de rekening? Een bespreking van de zaak Schwarz: belemmeringen van het vrije verkeer op onderwijs', *NtEr* 2008, afl. 1; R. Greaves & A. Scicluna, 'Commerzialization and competition in the education sector. Challenges to the education services from the application of Articles 101 and 102 TFEU', *IJELP* 2010, p. 13-25; F. Amato & K. Farbmam, 'Applying EU competition law in the education sector', *IJELP* 2010, p. 7-11; ETUCE Note, 'The European Court of Justice's rulings on the definition of educational services', 4 mei 2006, p. 1-10; A. Gideon, 'Higher Education Institutions and EU Competition Law', *The Competition Law Review* 2012, p. 169-184; E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010, afl. 5, p. 74-87; H. Swennen, 'Onderwijs en Mededingingsrecht', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, afl. 4, p. 259-280; J. Tauer, & S. Göbel, 'Auswirkungen des europäischen Beihilferechts auf die Öffnung der Hochschulen: Eine normative Analyse', Forschungsreferat, gehalten auf der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Wissenschaftliche Weiterbildung und Fernstudium, 25.-27. September 2013 in Rostock; V. Zeno-Zencovich, 'Status of Universities in EU Law', *Comparative Law Review* 2013, afl. 2; B. Von Wendland, 'State aid and public funding for Universities and other research organisations', *Competition Policy Newspaper* 2010, afl. 2 en L. Nistor, *Public Services and the European Union*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2011.

71 Zie onder andere HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), r.o. 21; HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet et Pistre*), r.o. 17; HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (*Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*), r.o. 14; HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), r.o. 77; HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97-C-117/97 (*Brentjies*), r.o. 77; HvJ EG 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Bokken*), r.o. 67; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98-C-184/98 (*Pavel Pavlov*), r.o. 74; HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 19; HvJ EG 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK Bundesverband*); HvJ EG 11 juni 2006, C-205/03 P (*FENIN*), r.o. 25; HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07 (*MOTOE*), r.o. 21, HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07 (*Kattner Stahlbau*), r.o. 34 en meer recent: HvJ EU 12 december 2013, C-327/12, r.o. 21.

72 Par. 22. Vgl. de zaak *Ambulanz Glöckner* waarin is geoordeeld dat medische-hulpverleningsorganisaties die diensten op de markt voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer verlenen ondernemingen zijn, omdat die activiteiten niet altijd noodzakelijkerwijs door dergelijke organisaties of door overheidsinstanties werden verricht. HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*). Zie Nistor 2011 (*supra* noot 70), p. 142-147.

73 Conclusie A-G M. Poiras Maduro 10 november 2005, zaak C-205/03 P.

74 Nistor 2011 (*supra* noot 70), p. 143.

75 *Supra* noot 73.



dering worden gekeken of ‘tegen betaling goederen of diensten worden aangeboden’.<sup>76</sup>

### 5.1.2. Tegen betaling goederen of diensten aanbieden op de markt

De Europese Commissie heeft zich in verschillende *soft-law*-documenten uitgesproken over de vraag of onderwijsinstellingen ‘tegen betaling goederen of diensten aanbieden’.<sup>77</sup> In haar advies aan de Afdeling ten behoeve van de zaak *LOI-NTI* heeft de Commissie de DAEB-Mededeeling 2012<sup>78</sup> nader uitgelegd. Bij de beoordeling of een deeltijd-bacheloropleiding in de vorm van afstandsonderwijs een economische activiteit is, moet worden gelet op:

- i. de aard van de aangeboden diensten;
- ii. hun financieringsstructuur; en
- iii. het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan.

Volgens de Commissie zijn dit geen cumulatieve criteria, maar moet in de specifieke omstandigheden de ‘zwaarwegendheid’ van elk element in aanmerking worden genomen. Opvallend is dat de Commissie vervolgens de nadruk legt op de eerste twee elementen. Het derde element lijkt meer op de eerder besproken ‘methode van vergelijking’.<sup>79</sup> De Commissie vult de eerste twee elementen in aan de hand van rechtspraak van het Hof betreffende de vraag of onderwijs een dienst is in de zin van artikel 56 en 57 VWEU.<sup>80</sup>

### 5.1.3. Relatie met vrij verkeer van diensten

Deze jurisprudentie komt erop neer dat cursussen die worden gegeven in het kader van het nationale onderwijs-

stelsel niet als diensten worden aangemerkt (vgl. hierboven element (i)). Deze cursussen worden volgens het Hof verricht ten behoeve van de sociale, culturele en opvoedkundige taakvervulling van de staat.<sup>81</sup> In het Nederlands hoger onderwijs kan hierbij gedacht worden aan het zogenoemde initiële onderwijs,<sup>82</sup> zoals een bachelor of master Rechtsgeleerdheid waarmee studenten de arbeidsmarkt kunnen betreden.<sup>83</sup> Een postacademische cursus ‘Actualiteiten Waterrecht’ zou echter wel een dienst in de zin van artikel 57 VWEU zijn.

De regels omtrent vrij verkeer van diensten zijn slechts van toepassing op dienstverrichtingen ‘die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden’ (vgl. hierboven element (ii)).<sup>84</sup> In de zaak *Wirth* is bepaald dat cursussen die *hoofdzakelijk*<sup>85</sup> *publiek* worden bekostigd geen dienstverrichting vormen.<sup>86</sup> Het feit dat leerlingen of ouders soms schoolgeld betalen doet hier niets aan af.<sup>87</sup> Opleidingen, activiteiten van scholen of docenten die *hoofdzakelijk particulier* worden gefinancierd zijn wel ‘dienstverrichtingen’; het nagestreefde doel van de instellingen die zulke activiteiten aanbieden, is om ‘tegen vergoeding’ diensten aan te bieden.<sup>88</sup> Het maakt niet uit of deze instellingen ook winst nastreven;<sup>89</sup> ook non-profitorganisaties kunnen tegen vergoeding onderwijsdiensten aanbieden.<sup>90</sup> Het is evenmin vereist dat de studenten zelf de vergoeding betalen.<sup>91</sup> Het Hof heeft bijvoorbeeld de cursussen die door het particulier gefinancierde International Tax Centre (Universiteit Leiden) worden verzorgd als diensten aangemerkt.<sup>92</sup> Ook de bachelor- en masteropleidingen die door private instellingen worden aangeboden, zijn als diensten aan te merken.

76 Vgl. artikel 57 VWEU; HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96 (*Commissie/Italië*), r.o. 36; HvJ EG 12 september 2000, C-180/98-C-184/98 (*Pavel Pavlov*), r.o. 75.

77 Zie noot Van den Brink & Mohammad bij HvJ EG 12 december 2013, C-523/12 (*Dirextra*), AB 2014/389.

78 Mededeling betreffende de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4, 11 januari 2012.

79 De Commissie kon in haar advies ter illustratie van de toepassing van dit element slechts verwijzen naar de zaak *Barnehagers Landsforbund* (EVA-Hof 21 februari 2008, zaak E-5/07 (*Private Barnehagers Landsforbund*)). In deze zaak heeft de Commissie het gezichtspunt zelf naar voren gebracht. Het EVA-Hof (Hof voor de Europese Vrijhandelsassociatie) verwerpt deze ‘methode van vergelijking’ in par. 80 van de uitspraak.

80 Vgl. de Commissiebeschikkingen EC 15 januari 2002, NN 152/2001 (*Digitale Universiteit*), EC 30 november 2006 NN 54/2006 (*Prerov Logistics College*) en EC 26 november 2008, N 343/2008 (*College of Nyíregyháza*).

81 HvJ EG 27 september 1988, C-263/86 (*Humbel*). Vgl. overweging 34 bij Richtlijn 2006/123/EG.

82 In de WHW is het begrip ‘initieel onderwijs’ summier gedefinieerd. Het initieel hoger onderwijs omvat de bacheloropleidingen en masteropleidingen die volgen op bacheloropleidingen (artikel 7.3a WHW).

83 Vgl. de Commissiebeschikkingen EC 15 januari 2002, NN 152/2001 (*Digitale Universiteit*). Uit deze beschikking kan worden afgeleid dat de Commissie van mening is dat de staat zijn opvoedkundige taak vervult bij het subsidiëren van ICT-voorzieningen voor initieel onderwijs, maar ook voor het postinitieel onderwijs en het onderwijs in het kader van ‘leven lang leren’. Het is echter maar de vraag of opvoedkundige taak van de staat ook strekt tot het verzorgen of ondersteunen van onderwijs dat bedoeld is voor studenten die al opgeleid waren voor de arbeidsmarkt en zich willen bijscholen voor hogere functies.

84 Artikel 57 VWEU. Vgl. E. Steyger, ‘De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht’, *NTB* 2008/1.

85 Het is aannemelijk dat onder ‘hoofdzakelijk’ wordt verstaan ‘minstens de helft’. Vgl. de aanbestedingszaak HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*R./HM Treasury Ex p. University of Cambridge*). Vgl. echter de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Modernisering Vpb-plicht overheids-ondernemingen waarin ‘hoofdzakelijk uit publieke middelen wordt bekostigd’ wordt uitgelegd als 70% of meer (*Kamerstukken II* 2014/15, 34003, 3). Een andere benadering is om te kiezen voor maximaal 20% van de totale capaciteit die een instelling aan nevenactiviteiten kan ontplooiën zonder onder het staatssteunrecht te vallen (Kaderregeling O&O&I, (2014/C/198/01), randnummer 20. Daarmee zal ‘hoofdzakelijk’ worden uitgelegd als 80% of meer.

86 HvJ EG 7 december 1993, C-109/92 (*Wirth*).

87 HvJ EG 27 september 1988, C-263/86 (*Humbel*). Vgl. EVA-Hof 21 februari 2008, zaak E-5/07 (*Private Barnehagers Landsforbund*), par. 82.

88 Vgl. de ‘economische activiteiten’ in HvJ EG 13 november 2003, C-153/02 (*Neri*), r.o. 43; zie ook HvJ EG 11 september 2007, C-76/05 (*Marga Gootjes-Schwarz*); HvJ EG 18 december 2007, C-281/06 (*Jundt*); HvJ EG 20 mei 2010, C-56/09 (*Zanotti*).

89 HvJ EG 18 december 2007, C-281/06 (*Jundt*), r.o. 33.

90 Vgl. in het kader van het mededingingsrecht: OFT 20 november 2006, CA98/05/2006 (50 *private non-for-profit schools*).

91 HvJ EG 11 september 2007, C-318/05 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 70. Vgl. HvJ EG 26 april 1988, C-352/85 (*Bond van Adverteerders*), r.o. 16.

92 HvJ EG 20 mei 2010, C-56/09 (*Zanotti*).

#### 5.1.4. De mate van staatstoezicht als belangrijk element

Naast de hiervoor genoemde elementen (i) aard van de aangeboden diensten en (ii) hun financieringsstructuur, is voor het economische karakter van een activiteit ook de mate van staatstoezicht op de aangeboden activiteit belangrijk. Hoewel dit gezichtspunt in de zaak *LOI-NTI* niet is besproken, zal er hierna wel op worden ingegaan.

In het staatssteunregime ontbreekt het economisch karakter bij typische overheidsprerogatieven<sup>93</sup> en activiteiten die van zuiver sociale aard zijn.<sup>94</sup> De Commissie neemt in haar DAEB-gids aan dat het onderwijs dat hoofdzakelijk publiek is bekostigd een 'niet-economische activiteit van zuiver sociale aard' is.<sup>95</sup> In de jurisprudentie omtrent verzekeringsmaatschappijen die 'niet-economische activiteiten van zuiver economische aard' uitvoeren, zijn de volgende elementen van belang:

- a. het gaat om een wettelijk stelsel;
- b. het stelsel heeft een sociaal doel;
- c. het stelsel berust op het solidariteitsbeginsel;
- d. er is sprake van een verplichte aansluiting; en
- e. er is sprake van staatstoezicht.<sup>96</sup>

De Commissie heeft deze jurisprudentie als volgt (vrij) vertaald in de nieuwe Kaderregeling voor Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014 (hierna: Kaderregeling O&O&I): niet-economisch is het onderwijs (1) dat deel uitmaakt van het nationaal onderwijsstelsel, (2) dat geheel of hoofdzakelijk door de staat wordt gefinancierd en (3) (de mate) waarop de staat toezicht uitoefent. Met betrekking tot het derde element 'staatstoezicht' heeft de NMa al eerder enige gezichtspunten gegeven over de mate van staatstoezicht en de 'commerciële speelruimte' die een publiek bekostigde hogeschool heeft. De NMa (thans: ACM) nam de volgende aspecten in aanmerking om te besluiten dat een publiek bekostigde hogeschool geen onderneming is:<sup>97</sup>

'(3.1) De hoogte van het collegegeld is wettelijk vastgesteld. Een publiek bekostigde hogeschool heeft geen invloed op de prijs en kan niet variëren naar gelang van de kosten van de studie.

(3.2) Een publiek bekostigde instelling heeft de samenstelling van het opleidingsaanbod niet zelf in de hand omdat de minister beslist welke nieuwe opleidingen doelmatig zijn en welke opleidingen niet meer doelmatig zijn.

(3.3) Toetreding tot het publiek bekostigde onderwijs is gereguleerd. Alleen in de WHW genoemde Instellingen zijn publiek bekostigd.

(3.4) Publiek bekostigde instellingen hebben geen of beperkte invloed op het aantal studenten dat ze willen toelaten.

(3.5) Publieke bekostigde instellingen hebben nauwelijks invloed op de hoogte van de rijksbijdrage.'

Bij deze opsomming moeten enkele kanttekeningen worden gemaakt. Ten eerste is het eerstgenoemde aspect niet van toepassing op het deeltijd- en duale onderwijs van publiek bekostigde instellingen (aspect (3.1)). Publiek bekostigde instellingen kunnen namelijk binnen een bepaalde bandbreedte zelf het collegegeld bepalen voor het volgen van hun deeltijd- of duale opleidingen.<sup>98</sup> Ten tweede is het mogelijk dat de, voor de publiek bekostigde instellingen verplichte, macrodoelmatigheidstoets in de toekomst verdwijnt (aspect (3.2)).<sup>99</sup> Ten derde zijn er met betrekking tot het ontbreken van een mechanisme voor de toegang van private instellingen tot het bekostigd bestel al enige ontwikkelingen gaande; die zullen hierna in par. 6 worden besproken (aspect (3.3)). Ten slotte hebben publieke instellingen tegenwoordig voor de toelating tot een 'bekostigde' masteropleiding al meer mogelijkheden om het aantal toe te laten studenten zelf te regelen (aspect (3.4)).<sup>100</sup>

Ondanks de hiervoor gemaakte kanttekeningen lijkt het onderwijs van publiek bekostigde instellingen, met inbegrip van het online afstandsonderwijs, in beginsel geen economische activiteit te zijn. Publiek bekostigde instellingen zijn nog altijd gebonden aan 'meer regels' (of: bekostigingsvoorwaarden) dan private instellingen. Zo kunnen zij geen modulair onderwijs aanbieden en zijn ze niet geheel vrij in hun onderwijsaanbod (macrodoelmatigheidstoets). Mocht dit in de toekomst zodanig veranderen dat publiek bekostigde instellingen aan minder staatstoezicht worden onderworpen en meer commerciële speelruimte krijgen, dan wordt de kans dat de ACM, de Europese Commissie of het Hof een publiek bekostigde instelling als onderneming aanmerkt groter. Deze kans bestaat momenteel al als deze instelling (online) onderwijs aanbiedt dat geen onderdeel uitmaakt van het nationaal onderwijsstelsel (denk aan een postinitiële master zoals een mba) en/of als het onderwijs niet wordt aangeboden met hoofdzakelijk publieke middelen.

93 Bijvoorbeeld de verkeersveiligheid: HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P (*SELEX Sistemi*).

94 Meestal in de sfeer van sociale zekerheid en zorgstelsel, zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet et Pistre*); HvJ EG 22 januari 2002, C-218/00 (*Cisal*) en HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07 (*Kattner Stahlbau*).

95 EC 29 april 2013, SWD(2013)53 final/2.

96 HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet et Pistre*).

97 NMa 21 december 2001, 2760/Hogeschool Alkmaar, par. 41 e.v. Vgl. NMa 31 juli 1998, 5/Lestariëven muziekscholen en Bundesgerichtshof 23 oktober 1979, KZR 22/78 (*Berliner Musikschule*); zie over de laatstgenoemde uitspraak: H. Swennen, 'Onderwijs en Mededingingsrecht', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, afl. 4, p. 259-280.

98 Artikel 7:45a WHW jo. artikel 2.2 Uitvoeringsbesluit WHW. Privaat bekostigde instellingen kunnen het lesgeld zelf bepalen.

99 Ministerie van OCW, 'Accreditatie op maat', 1 juni 2015, p. 5.

100 Artikel 7:30b lid 3 WHW. *Stb.* 2013, 298.

## 5.2. Implicaties van het staatssteunverbod

Als de financiering van sommige vormen van online onderwijs toch aan te merken is als steun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, dan moet deze in beginsel aange meld worden bij de Europese Commissie.<sup>101</sup> Een uitzon dering op deze hoofdregel is wanneer de steunmaatregel onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV) valt.<sup>102</sup>

Met het *State Aid Modernization*-beleid<sup>103</sup> is de nadruk op het aanmelden van steun bij de Europese Commissie verschoven naar het gebruikmaken van de AGVV, aange zien de bedragen voor steun aan organisaties voor onder zoek en kennisverspreiding (daaronder vallen ook hbo-instellingen) die in de AGVV zijn genoemd aanzienlijk zijn verhoogd. De Commissie heeft bedoeld 90% van de steun aan onderzoeksorganisaties en organisaties die kennis verspreiden (inclusief hbo-instellingen) op te vangen in de AGVV. Daarmee wordt ook 'goede steun', die economische groei en werkgelegenheid creëert, meer gestimuleerd. Bovendien worden in de Kaderregeling O&O&I activiteiten die wel economische van aard zijn, maar onlosmakelijk verbonden zijn met de niet-economi sche activiteiten uitgezonderd van het staatssteunregime, voor zover deze activiteiten jaarlijks ten hoogste 20% bedragen van de totale jaarcapaciteit (bijvoorbeeld uitgedrukt in omzet) van de betrokken entiteit.<sup>104</sup>

Dus ook als er sprake is van staatssteun, dan betekent dat niet zonder meer dat een private instelling grond heeft om terugvordering van de overheidsfinanciering te eisen.

## 6. Flexibilisering hoger onderwijs als mogelijke oplossing?

Uit het voorgaande blijkt dat voor private instellingen geen eenduidige normen voorhanden zijn om hun private concurrentiebelangen te beschermen tegen concurrentie met overheidsmiddelen. Er is voorlopig geen aanleiding om aan te nemen dat de hiervoor besproken normen zullen worden gewijzigd of zodanig zullen worden geïnterpreteerd dat een gelijk speelveld tussen publieke en private instellingen wordt nagestreefd. Wel zijn er beleidsstukken die erop wijzen dat publieke en private instellingen voor wat betreft het deeltijdonderwijs (volwassenen-onderwijs) gelijk zullen worden gefinancierd. In hoeverre vormt dit een oplossing voor private onderwijsinstellingen?

## 6.1. Experimenten gelijke subsidiering publieke en private aanbieders

Om een gelijk speelveld tussen publieke en private instellingen te bewerkstelligen experimenteerde de Minister van OCW tussen 2007 en 2015 met een 'Open Bestel', waarin zowel publieke als private instellingen via een tijdelijke subsidieregeling onder dezelfde voorwaarden overheidsfinanciering konden ontvangen voor het verzorgen van bepaalde opleidingen.<sup>105</sup> Momenteel is er sprake van een 'gesloten bestel', omdat alleen de in de WHW genoemde instellingen rijksbekostiging ontvangen.<sup>106</sup>

Het experiment Open Bestel bestond uit twee deelexperimenten. Bij deelexperiment A konden private hogescholen en universiteiten een subsidie aanvragen voor het verzorgen van een initiële opleiding. In experiment B konden zowel publieke als private instellingen subsidie aanvragen voor het verzorgen van de specifieke opleiding Small Business and Retailmanagement. Voor deze experimenten golden als voorwaarden dat de opleiding geaccrediteerd moest zijn, de macrodoelmatigheidstoets kon doorstaan,<sup>107</sup> er geen selectie van studenten kon plaatsvinden en van de studenten het wettelijk collegegeld werd gevraagd.

Het experiment Open Bestel leidde helaas tot beperkte uitkomsten.<sup>108</sup> Dit is onder andere te wijten aan het feit dat niet veel private instellingen aan het experiment deelnamen. Van deze instellingen werden immers de nodige investeringen verwacht om te voldoen aan de randvoorwaarden voor de subsidieverlening, zoals het afzien van de mogelijkheid om het collegegeld zelf vast te stellen. Ook moesten deze private instellingen waarborgen dat publieke en private middelen niet vermengd zouden worden: de subsidie mag immers niet aangewend worden voor het overige private onderwijs. Voor veel private instellingen waren dit te hoge drempels om mee te doen met het tijdelijke experiment Open Bestel. Hoewel het experiment strekte tot gelijke financiering en gelijke regels voor publieke en private instellingen, bleek het in zijn uitvoering niet succesvol.

## 6.2. Experimenten flexibilisering en vraagfinanciering

De commissie 'Flexibel hoger onderwijs voor werkenden' (Commissie-Rinnooy Kan) heeft in maart 2014 geadviseerd over te gaan op het experimenteren met beurzen of vouchers voor studenten ten behoeve van diploma-

101 Artikel 108 lid 3 VWEU; Procedureverordening 2015/1589, *PbEU* 2015, L 248.9.

102 General Block Exemption Regulation van 21 mei 2014, C(2014)3292/3.

103 Meer over SAM: P.C. Adriaanse, 'Ex-ante en ex-posttoezicht op groeps- en de-minismisvrijstellingen in het kader van een gemoderniseerd staatssteunrecht', *SEW* 2013, afl. 12, p. 514 e.v.

104 Kaderregeling O&O&I, (2014/C 198/01), randnummer 20.

105 *Sicrt.* 2006, 220, Tijdelijke regeling subsidie experimenten open bestel.

106 Artikel 1.8 WHW jo. de bijbehorende bijlage.

107 Alleen van toepassing bij experiment A.

108 Zie Commissie Experimenten Open Bestel Hoger Onderwijs, 'Eindverslag van de Commissie Experimenten Open Bestel Hoger Onderwijs. Een tussenevaluatie van de experimenten', 25 maart 2010.

gerichte deelname aan geaccrediteerde deeltijdopleidingen.<sup>109</sup> Niet de instellingen, maar de studenten moeten worden gefinancierd (vraagfinanciering). Deze studenten kunnen vervolgens opleidingen volgen bij publieke en private aanbieders van geaccrediteerd onderwijs. De Minister van OCW heeft dit advies overgenomen en voor de periode van 2015 tot 2019 toegezegd in totaal € 65 miljoen vrij te maken voor maatregelen gericht op flexibilisering van het hoger onderwijs voor volwassenen.<sup>110</sup> In dat kader zijn er twee maatregelen te onderscheiden. Ten eerste zijn er de 'pilots flexibilisering' waarbij het voor publieke en private instellingen mogelijk wordt gemaakt om te werken met flexibele opleidingstrajecten op basis van leeruitkomsten in plaats van vaststaande studieprogramma's.<sup>111</sup> Daarnaast zal in de sectoren zorg, welzijn, techniek en ICT<sup>112</sup> geëxperimenteerd worden met 'vraagfinanciering'. Zoals gezegd houdt dat in dat, anders dan bij het voorgenoemde experiment Open Bestel, niet de instellingen (aanbieders) worden gefinancierd maar juist de studenten (vragers). Deze studenten zullen (vouchers ter waarde van) € 1250 per 30 studiepunten ontvangen,<sup>113</sup> die zij vervolgens kunnen inzetten voor het volgen van een deeltijdopleiding bij een publieke of private instelling.

Hiervoor werd vastgesteld dat niet veel private aanbieders deelnamen aan het experiment Open Bestel. Het ligt echter in de lijn van de verwachting dat meer private aanbieders zullen deelnemen aan deze pilots flexibilisering en experimenten met vraagfinanciering. Deze pilots en experimenten richten zich namelijk veel specifieker op deeltijd-hbo-opleidingen, aangezien in dat 'speelveld' de meeste concurrentie bestaat tussen publieke en private instellingen.<sup>114</sup> Daarnaast gaat de 'gelijke financiering' niet gepaard met meer regeldruk voor private instellingen zoals dat bij het experiment Open Bestel het geval was. Het idee is juist dat de regeldruk voor publieke instellingen wordt verlaagd op het niveau van de huidige regeldruk voor private instellingen. Op deze manier zullen deelnemende instellingen niet dezelfde hoge drempels als in het experiment Open Bestel ervaren. Zo hoeven noch publieke noch private instellingen, door de indirecte vorm van overheidsfinanciering voor deeltijdopleidingen, voortaan te voldoen aan de strenge bekostigingsvoorwaarden uit de WHW, waaronder de eerder besproken macrodoelmatigheidstoets. Ook wordt accreditering van onvolledige (niet vierjarige) 'niet-bekostigde' hbo-opleidingen mogelijk en wordt het mogelijk voor een dergelijke oplei-

ding een diploma uit te reiken, indien daardoor wordt voorzien in een behoefte op de arbeidsmarkt. Publieke instellingen mogen straks ook, zoals private instellingen nu al mogen, modulair onderwijs aanbieden. Dat houdt in dat een student zich per module kan inschrijven in plaats van voor een volledige opleiding. Beide instellingen kunnen dan ook het collegegeld, binnen een bepaalde bandbreedte, per module vrij vaststellen.<sup>115</sup> Zodoende wordt beoogd een gelijk spelveld te creëren in het deeltijdonderwijs. Deze plannen voor het deeltijdonderwijs hebben ook betrekking op het online afstandsonderwijs. Het online afstandsonderwijs is in het bijzonder aantrekkelijk voor volwassenen die geen voltijdopleiding kunnen volgen en op eigen tempo willen studeren. Online afstandsonderwijs wordt daarom logischerwijs aangeboden in de vorm van deeltijdonderwijs. Zo heeft het experiment met vraagfinanciering ook betrekking op online onderwijs.

### 6.3. *Lost dit het probleem van private instellingen op?*

De studentvolgende financiering lijkt het probleem dat private instellingen dit als 'oneerlijke concurrentie met overheidsmiddelen' ervaren, op te lossen. Door de student te financieren en deze de keuze te geven waar hij of zij het (geaccrediteerd) onderwijs wil volgen, ontstaat er *equality of opportunity* voor publieke en private deelnemers in de online onderwijsmarkt. Private instellingen hoeven zich dan niet in allerlei juridische bochten te wringen om normen aan te voeren die hun concurrentiebelangen beschermen, noch hoeven zij aan zware normen te voldoen om publieke middelen te verkrijgen.

Met de voorgenomen maatregelen ontstaat er op regel-niveau ook een meer gelijk spelveld, vooral met het loslaten van de macrodoelmatigheidstoets en de mogelijkheid voor publieke instellingen om modulair onderwijs aan te bieden. Publieke en private instellingen kunnen zo op een meer gelijkwaardige voet concurreren. Zo kunnen zij dan ook meer op prijs concurreren door aan collegegelddifferentiatie (binnen een bepaalde bandbreedte) voor online onderwijs te doen. Tegelijkertijd blijven de bekostigde instellingen hybride instellingen en moeten zij (ten aanzien van het voltijdonderwijs) ook voldoen aan aanvullende bekostigingsvoorwaarden.<sup>116</sup> Daarvan kunnen de bekostigde instellingen overigens op grond

109 Vgl. De studievoucher die studenten in het kader van het nieuwe leenstelsel kunnen inzetten voor nascholing. *Kamerstukken II 2013/14, 24724, 124.*

110 Ministerie van OCW, 'Een Leven Lang leren', 31 oktober 2014. De hoofdlijnen zullen eind dit jaar worden vastgelegd in een convenant tussen de betrokken partijen.

111 Zie Subsidieregeling flexibel hoger onderwijs voor volwassenen (in consultatiefase).

112 *Kamerstukken II 2014/15, 30012, 42.*

113 De bedoeling is dat de vouchers worden gefinancierd door de werkgevers. Zie *Kamerstukken II 2014/15, 30012, 52, p. 4.*

114 *Ibid.*

115 Ministerie van OCW, 'Een Leven Lang leren', 31 oktober 2014. Het is onduidelijk in hoeverre (in de experimenten vraagfinanciering) er een verschuiving optreedt van financiering door de overheid naar financiering door de student. Onderwijsrechtelijk gezien treden dan alleen verschuivingen op binnen de eerste geldstroom; naast de rijksbijdrage valt immers ook het onderdeel collegegeld onder de eerste geldstroom (Louw 2011 (*supra* noot 2), p. 155). Europeesrechtelijk gezien is er wel een verschil of het onderwijs hoofdzakelijk publiek of particulier wordt bekostigd (vgl. hierboven par. 5.1.3).

116 Louw 2011 (*supra* noot 2), p. 67: '(...) de bepalingen van de WHW betreffende de planning en bekostiging (hoofdstuk 2), het personeel (hoofdstuk 4), het onderwijsaanbod (hoofdstuk 6, titel 1), de studenten en extranei (hoofdstuk 7, titel 3), de rechtsbescherming van studenten en extranei (hoofdstuk 7, titel 4) en het bestuur en de inrichting incl. de medezeggenschap van personeel en studenten (hoofdstuk 9, titel 3, en hoofdstuk 10).'

van het experimenteerartikel 1.7a WHW worden vrijgesteld.<sup>117</sup>

#### 6.4. Welke uitdagingen brengen deze ontwikkelingen mee voor publieke instellingen en de overheid?

De voorgenomen experimenten met vraagfinanciering wekken helaas niet alleen een 'hoera-gevoel' op. Het hybride (deels onderneming)<sup>118</sup> karakter van publieke instellingen brengt nog altijd uitdagingen mee. Bekostigde hogescholen die onder het experiment vraagfinanciering deeltijdonderwijs zullen aanbieden zullen hoogstwaarschijnlijk ten aanzien hiervan als onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU worden beschouwd. Deze instellingen bieden dan het onderwijs aan onder aanzienlijk minder staatstoezicht dan voorheen (geen aanbodsturing, wel prijsdifferentiatie). Deze instellingen moeten in dat geval een strikte boekhoudkundige scheiding maken tussen financieringsstromen voor regulier onderwijs en voor (commercieel) deeltijdonderwijs,<sup>119</sup> om te voorkomen dat de instellingsbekostiging wordt vermengd met de uitgaven voor het deeltijdonderwijs.<sup>120</sup> De keuze voor vraagfinanciering betekent dus dat nagedacht moet worden over een strikte scheiding van de financiering van voltijd- en deeltijdonderwijs (waaronder online onderwijs). Dat kan bijvoorbeeld door in de WHW van bekostigde instellingen te eisen dat deeltijdonderwijs moet worden aangeboden voor ten minste de integrale kostprijs.<sup>121</sup>

Het concept van vraagfinanciering brengt ook voor de bekostigende overheid uitdagingen mee. Indien het onderwijs wordt gezien als een dienst in de zin van artikel 57 VWEU, dan mag de overheid de studenten niet zomaar verbieden om de beurzen in te zetten voor buitenlandse (online) opleidingen binnen de EER.<sup>122</sup> Het onderwijs valt onder artikel 56 VWEU als de dienst niet meer hoofzakelijk uit publieke middelen wordt bekostigd. Bij vraagfinanciering vindt er een overheveling plaats van financiële middelen van bekostigde instellingen – waarbij de hoogte van de rijksbekostiging voor 60% wordt beïnvloed door het aantal ingeschreven (nominaal studerende)

studenten<sup>123</sup> – naar de studenten van bekostigde én onbekostigde instellingen. Het is nog onduidelijk of dat betekent dat van de studenten meer private bijdragen worden verwacht en of dit betekent dat het deeltijdonderwijs (waaronder het online onderwijs) voortaan niet meer hoofdzakelijk uit publieke middelen wordt gefinancierd. Indien het regime van het vrij verkeer van diensten van toepassing is, dan mogen de lidstaten in beginsel geen maatregelen nemen die dienstverrichtingen uit andere lidstaten minder aantrekkelijk maken.<sup>124</sup> Dergelijke maatregelen kunnen (mits proportioneel) zijn gerechtvaardigd op grond van enkele gronden die uit artikel 62 VWEU volgen of uit de jurisprudentiële 'rule of reason' (dwingende redenen van algemeen belang), zoals de waarborging van de kwaliteit van het onderwijs.<sup>125</sup> Zuiver economische belangen van lidstaten kunnen niet als rechtvaardigingsgrond dienen voor de beperking van de vrije dienstverrichting.<sup>126</sup> Echter, achter deze belangen schuilt ook de instandhouding van een sociaal systeem. In het kader van jurisprudentie omtrent het naar het buitenland meenemen van studiefinanciering als EU-burger<sup>127</sup> is het argument dat 'het financiële evenwicht van het nationale hoger onderwijsstelsel in gevaar zou kunnen komen' als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd door het Hof van Justitie.<sup>128</sup> Deze grond blijkt echter in de praktijk moeilijk te bewijzen. Ook het aantonen van de proportionaliteit van de maatregel om de financiële balans in evenwicht te houden blijkt moeilijk te verdedigen.<sup>129</sup> Dus ook met betrekking tot de interne markt ligt er voor de overheid een uitdaging om de financiële balans van het onderwijsstelsel te bewaken.

## 7. Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij de veranderende concurrentieverhoudingen tussen publieke en private instellingen tegen de achtergrond van het sterk opkomende online onderwijs. Gelet op de initiatieven die de onderwijsinstellingen oppakken en de stimuleringsmaatregelen van de

117 Met uitzondering van de eisen aan het bestuur en de inrichting van en de medezeggenschap (artikel 9 titel 3 WHW). Tegenover dit vereiste staat overigens dat onbekostigde instellingen vaak een ondernemersraad moeten hebben (artikel 2 lid 1 WOR).

118 Zie bijvoorbeeld P.C. van der Sijde, P. McGowan & D. Kirby, 'The entrepreneurial spirit in higher education and academic entrepreneurship', *Industry & Higher Education* 2008, p. 3-8. E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010, afl. 5, p. 74-87; 'Universiteit is ook een durfinvesteerder, hotel en gym', *NRC Handelsblad* 5 maart 2015; I. Zeemeijer & F.R. Couzy, 'De geldwolven van de wetenschap doen gewoon hun werk', *Het Financieele Dagblad* 22 maart 2015, p. 7; A.H.A. Mohammad, 'Grenzen aan academisch ondernemerschap zijn nodig, ook in belang van het mkb', *Het Financieele Dagblad* 25 maart 2015, p. 11.

119 Zie meer over *full cost accounting*: B. Von Wendland, 'State aid and public funding for Universities and other research organisations', *Competition Policy Newspaper* 2010, afl. 2.

120 Vgl. de EFTA-surveillance authority 18 maart 2015, zaak nr. 75525 (*Redningsselskapet and the University of Tromsø*).

121 Zodoende wordt ook bijvoorbeeld een gedeelte van de kosten van de huur van een faculteitsgebouw (huur die al met rijksbekostiging is betaald) meegenomen in de kostprijs.

122 Vgl. voor het persoonsgebonden budget in AWBZ (oud): ECLI:NL:RBOVE:2014:6956.

123 P.C. Kwkkers, *Bekostiging in het hoger onderwijs* (preadvies NVOR 2011), Den Haag: Sdu 2011, p. 49.

124 HvJ EU 12 december 2013, AB 2014/389, m.nt. Van den Brink & Mohammad. Vgl. HvJ EU 24 oktober 2013, C-275/12 (*Ehrlick*).

125 HvJ EG 13 november 2003, C-153/02 (*Neri*); HvJ EU 12 december 2013, C-523/12 (*Dirextra*), AB 2014/389.

126 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 april 1998, C-158/96 (*Kohll*), r.o. 41.

127 Artikel 20-21 VWEU.

128 Zie bijv. HvJ EU 15 maart 2005, C-209/03 (*Bidar*) ('importstudent'); HvJ EG 23 oktober 2007, gevoegde zaken C-11/06 en C-12/06 (*Morgan en Bucher*); HvJ EU 18 juli 2013, C-523/11 (*Prinz & Seeberger*). Zie ook R.H. van Ooik, 'Export van studiefinanciering in de EU', *NtEr* 2008, afl. 5, p. 125-129; R.H. van Ooik, 'Woonplaatsvereisten en export van studiefinanciering', *NtEr* 2013, afl. 9, p. 297 en A. Hoogeboom, 'Mind the Gap: Mobile students and their access to Study Grants and loans in the EU?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, afl. 1.

129 HvJ EG 23 oktober 2007, gevoegde zaken C-11/06 en C-12/06 (*Morgan*); Nistor 2011 (*supra* noot 70), p. 103.

overheid valt te verwachten dat er steeds meer online onderwijs zal worden aangeboden door bekostigde instellingen. Daardoor zullen publieke en private instellingen, voor wat betreft de doelgroep van studenten die zij willen aantrekken, steeds meer naar elkaar toe bewegen. In dit artikel stond de vraag centraal in hoeverre private instellingen hun concurrentiebelangen kunnen beschermen tegen meer concurrentie van publieke instellingen die overheidsmiddelen inzetten. Geconcludeerd moet worden dat noch de WHW en de Wet Markt en Overheid, noch het Europese staatssteunrecht voldoende handvatten biedt om private concurrentiebelangen in het online onderwijsland te beschermen. Vanuit dat perspectief valt toe te juichen dat het Ministerie van OCW recent concrete plannen heeft aangekondigd om het deeltijd(of: 'volwassenen')onderwijs te flexibiliseren en te experimenteren

met vraagfinanciering. Door middel van vraagfinanciering wordt een meer gelijk speelveld in termen van gelijke financiering en regelgeving bewerkstelligd. Publieke en private instellingen zullen eerlijker met elkaar concurreren. Maar publieke instellingen moeten wel op het netvlies houden dat zij hiermee voor wat betreft het onderwijs aangeboden via vraagfinanciering hoogstwaarschijnlijk 'ondernemingen' worden. En dat brengt weer extra administratieve lasten met zich mee. Ook de overheid moet in dit geval waken voor de financiële houdbaarheid van het systeem als studenten liever het (online) deeltijdonderwijs in een ander EER-land willen volgen. De ontwikkelingen op het gebied van het online onderwijs zijn in ieder geval de moeite waard om de komende jaren in de gaten te houden.