Universiteit Leiden
The Netherlands

De normering van academisch ondernemerschap: perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit

Mohammad, A.H.A.

Citation

Mohammad, A. H. A. (2023, January 24). *De normering van academisch ondernemerschap: perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit*. *Meijers-reeks*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3513003

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3513003

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

4 Europees staatssteunrecht

'Vrij naar advocaat-generaal Tesauro kan gerust worden gesteld dat cultuur en onderwijs geen eilanden zijn die ontoegankelijk zijn voor de invloed van het Unierecht'

– Advocaat-Generaal N. Emiliou, ECLI:EU:C:2022:166, r.o. 4.3

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht op het academisch ondernemerschap.[1] Net als in het vorig hoofdstuk wordt hier de deelvraag behandeld in hoeverre universiteiten publieke middelen mogen investeren in het academisch ondernemerschap en hoe universiteiten zich dienen te verhouden tot andere ondernemers. Daarnaast wordt hier de deelvraag behandeld in hoeverre de normering van investeringen met publieke middelen duidelijk is, in die zin dat de universiteit of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht. De reikwijdte van het vorig hoofdstuk betrof de normering uit onderwijs(bekostigings)recht. Dit hoofdstuk behandelt de deelvragen binnen het kader van het Europees staatssteunrecht. Daarbij gaat het over de duidelijkheid over de toepasselijkheid van het staatssteunrecht en niet zozeer over de duidelijkheid van de inhoudelijke criteria voor toegestane staatssteun onder bijvoorbeeld de Algemene groepsvrijstellingsverordening.

Het staatssteunrecht maakt onderdeel uit van het Europees mededingingsrecht en vindt zijn basis in artikelen 107 tot en met 109 VWEU. Artikel 107, eerste lid, VWEU regelt het uitgangspunt dat 'steunmaatregelen van staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen onverenigbaar [zijn] met de interne markt voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.' Het tweede en het derde lid van artikel 107 VWEU kennen uitzonderingen op dit

1 Dit hoofdstuk bouwt voort op eerder werk in *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid* 2013, 3; *SEW* 2015, 10 en *Markt & Mededinging* 2016, 5. Zie ook de annotaties Van den Brink & Mohammad in *AB* 2014, 389 en Mohammad & Al Khatib in *AB* 2017, 387.

uitgangspunt.[2] Het doel van artikel 107 VWEU is 'te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die – in verschillende vormen – de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen'.[3] Deze tegemoetkomingen kunnen niet alleen in de vorm van subsidies worden verstrekt: staatssteun betreft alle 'maatregelen die – in verschillende vormen – de lasten verlichten die normaal gesproken op het budget van een onderneming drukken en daardoor, zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn, van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden'.[4]

In de context van het academisch ondernemerschap kan gedacht worden aan het verlenen van staatssteun door universiteiten. Dat kan bijvoorbeeld door het gebruikmaken van staatsmiddelen voor het financieren van ondernemingen, zoals spin-offs of start-ups, of voor het dragen van de kosten die deze ondernemingen anders zouden moeten dragen. Bij dat laatste kan gedacht worden aan de kosten voor licenties, contractonderzoek of de verhuur van bedrijfsruimten aan start-ups die de universiteit met de rijksbekostiging (geheel of deels) op zich neemt. Die ondernemingen hebben dan een voordeel ten opzichte van hun concurrenten. Daarnaast kan de universiteit ontvangster zijn van staatssteun.[5] Aangezien staatssteun gaat over de begunstiging van 'bepaalde ondernemingen'[6] gaat het om een situatie waarin de universiteit handelt als een onderneming. In de hiervoor genoemde voorbeelden kan de universiteit die een licentie uitgeeft, onderzoeksopdrachten verleent of bedrijfsruimte verhuurt als onderneming, een concurrentievoordeel hebben als zij haar kosten kan drukken met staatsmiddelen.[7] Als de universiteit hiervoor publieke middelen inzet en in haar diensten marktconforme tarieven hanteert, is zij geen

2 Bijvoorbeeld 'steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen' (art. 107 lid 3 onder b VWEU) of 'steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economiën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad' (art. 107 lid 3 onder c VWEU).

3 Gerecht 14 juli 2016, ECLI:EU:T:2016:406 (*Bondsrepubliek Duitsland/Europese Commissie*), r.o. 74.

4 *Ibid.*, r.o. 74.

5 Zie uitgebreid: Nistor 2011, par. 4.2 (the concept of undertaking) en par. 4.2.8 (universities as undertaking). Zie voor een overzicht van literatuur over de universiteit als ondernemer of als dienstverlener in de zin van het Europees recht: Mohammad, *SEW* 2015, voetnoot 70. Recenter verschenen: Knook 2018, hoofdstuk 12 (Onderzoek, ontwikkeling en innovatie), Van de Gronden, *SEW* 2019, p. 123-135 en Jansen, Driessen & Fontaine, *SEW* 2022, p. 146-159. Zie voor een recente analyse over de toepassing van staatssteun ten aanzien van permanente educatie: OECD 2022, hoofdstukken 2 en 3.

6 Art. 107 lid 1 VWEU.

7 Vgl. Mohammad, *Markt & Mededinging* 2016, p. 187-190.

doorgeefluik van (mogelijke) staatssteun aan andere ondernemingen maar zelf begunstigde van de steun.

In dit hoofdstuk wordt onder meer ingaan op de deelvraag in hoeverre universiteiten publieke middelen mogen investeren in het academisch ondernemerschap en hoe universiteiten zich dienen te verhouden tot andere ondernemers. Het gaat dan om investeringen van publieke middelen door universiteiten en niet zozeer om investeringen die worden gedaan door bijvoorbeeld het Ministerie van OCW. We richten ons op de universiteit als verlener van staatssteun, maar ook op kruissubsidiëring[8] binnen de universiteit waarmee de universiteit het eigen ondernemerschap financiert. Daarom gaat dit hoofdstuk zowel in op de situaties waarin de universiteit handelt als onderneming en op de vraag hoe zij moet omgaan met (het risico op) kruissubsidiëring, als op de situaties waarin door de universiteit steun wordt verleend. Het gaat hier steeds om de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht. Onder welke omstandigheden steun (toch) verenigbaar kan zijn, komt hier slechts zijdelings aan de orde.[9] De voorschriften hierover zijn namelijk technisch van aard en welke voorschriften toegepast kunnen worden, is afhankelijk van de casuïstiek.

In dit hoofdstuk staat de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht centraal (paragraaf 4.2), in het bijzonder voor de ondernemende activiteiten van universiteiten (paragrafen 4.3 tot en met 4.7). Vervolgens worden de normen beoordeeld in het kader van het rechtszekerheidsbeginsel (paragraaf 4.8). Afgesloten wordt met een samenvattende conclusie (paragraaf 4.9).

4.2 Overzicht

Het uitgangspunt is dat staatssteun die valt onder het begrip van artikel 107, eerste lid, VWEU, niet verleend mag worden zonder voorafgaande toestemming

8 Het gaat bij kruissubsidiëring om 'overheden die zich op de markt begeven, waarbij de kosten of optredende verliezen geheel of gedeeltelijk worden toegerekend aan de publieke sector hetgeen een niet-marktconforme prijsstelling oplevert.' Dit kan leiden tot een concurrentienadeel voor particuliere ondernemers. (In' t Veld, p. 55). Dat kan gelden voor openbare universiteiten. Kruissubsidiëring kan ook optreden bij niet-overheden die publiek geld ontvangen, zoals bijzondere universiteiten. In dit hoofdstuk gaat het daarom om bekostigde universiteiten. Vgl. Nistor 2011, par. 4.5.5 (*Cross-Subsidisation*) en Zijlstra 2009, par. 79 (Hybride organisaties). Zijlstra verstaat onder hybride organisaties: private instellingen die slechts voor een deel van hun werkzaamheden met openbaar gezag zijn bekleed.

9 Zie uitgebreid over de Algemene groepsvrijstellingsverordening en de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie: Tenreiro & Ianakiev 2016, hoofdstuk 17 (Research, development en Innovation) en Belmin & Zenger 2016, hoofdstuk 9 (Research, Development and Innovation Aid).

van de Europese Commissie (*standstill*bepaling).[10] De vraag is echter wanneer staatssteun onder artikel 107, eerste lid, VWEU valt.

Artikel 107, eerste lid, VWEU bestaat uit de volgende cumulatieve bestanddelen:

- het bestaan van een onderneming;
- de toerekenbaarheid van de steunmaatregel aan de staat; de bekostiging ervan bestaat uit staatsmiddelen;
- het verlenen van een (economisch) voordeel;
- het selectieve karakter van de steunmaatregel;
- de gevolgen ervan voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten.

In paragrafen 4.3 tot en met 4.7 wordt de toepassing van deze criteria op de activiteiten van universiteiten besproken. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de 'Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie' die onder meer ook specifiek ingaat op de toepasselijkheid van het staatssteunrecht op onderwijs- en onderzoeksactiviteiten.[11] Dat document bevat geen juridisch afdwingbare normen, maar is een *guidance*-document dat van grote betekenis is voor de rechtspraktijk aangezien het invulling geeft aan de toepassing van het Europees staatssteunrecht op basis van de jurisprudentie en beslispraktijk van de Europese Commissie.

Op de hoofdregel van de voornoemde *standstill*bepaling zijn er drie uitzonderingen die hier kort worden genoemd.

4.2.1 De-minimisverordening

Ten eerste kan de steun vallen onder de zogenoemde reguliere *de-minimis*verordening, die een uitzondering maakt voor transparante steun van kleine orde.[12] Het gaat hier om steun aan één onderneming die vooraf kenbaar is (transparante steun).[13] Voorafgaand aan de betaling ervan moet de betrokken onderneming in kennis gesteld zijn van het toegekende bedrag en van het feit

10 Art. 108 lid 3 VWEU. Zie ook art. 3 Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

11 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 3.

12 Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun. Zie ook Cisneros 2014, p. 34.

13 Art. 3 lid 2 en 4 lid 1 Verordening 1407/2013.

dat het om *de-minimis*steun gaat.[14] Bovendien mag het totale bedrag niet hoger liggen dan 200.000 euro over een periode van drie belastingjaren.[15] Het is niet mogelijk om een gedeelte van het steunbedrag onder *de-minimis*verordening te laten vallen.[16] De steun die valt onder de *de-minimis*verordening wordt geacht geen effect hebben op het interstatelijk handelsverkeer en valt daarmee buiten de reikwijdte van artikel 107, eerste lid, VWEU.[17] De *de-minimis*steun hoeft dan ook niet aangemeld te worden op grond van artikel 108, derde lid, VWEU.

4.2.2 Algemene groepsvrijstellingsverordening

Ten tweede kan de steun vallen onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening.[18] Daarmee is de steun verenigbaar geacht met de interne markt in de zin van artikel 107, derde lid, VWEU en is deze vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting uit artikel 108, derde lid, VWEU.[19] In 2014 sprak de Europese Commissie de verwachting uit dat drie vierde van alle (toentertijd genomen) staatssteunmaatregelen en twee derde van het totaal aan verleende steunbedragen onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening zal komen te vallen.[20] Als deze verordening optimaal wordt toegepast, kan zij volgens de Europese Commissie zelfs in 90% van alle steunmaatregelen voorzien.[21] De Algemene groepsvrijstellingsverordening kent bepalingen over steun voor onder andere onderzoek, ontwikkeling en innovatie.[22] In die bepalingen staan de toegestane drempelbedragen,[23] de voor steun in aanmerking komende kostenposten en

14 Art. 6 Verordening 1407/2013.

15 Art. 1 lid 1 onder d (toepassingsgebied), art. 3 lid 2 en Deel 4 (steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie) Verordening 1407/2013.

16 Art. 3 lid 7 Verordening 1407/2013, HvJ EU 28 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:865 (*INAIL/ Zennaro Giuseppe Legnami Sas di Zennaro Mauro & C*), r.o. 29.

17 Knook 2018, par. 3.2.2.

18 Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

19 Alleen de Europese Commissie kan de steun verenigbaar met de interne markt achten; als niet aan alle voorwaarden is voldaan, is de steun onrechtmatig, HvJ EU 28 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:634 (*Bayerische Motoren Werke AG/Europese Commissie*), r.o. 151.

20 Europese Commissie 21 mei 2014, Commission adopts new General Block Exemption Regulation (GBER) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-369_en.htm>.

21 Dat doet zij volgens het State Aid Scorebord ruim (95.5% van nieuwe steunmaatregelen in 2019), <https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/scoreboard_en>. Zie ook Adriaanse *NtER* 2019, p. 216.

22 Art. 4 lid 1 onder i en j (aanmeldingsdrempels).

23 Bij overschrijding van deze bedragen is de verordening niet van toepassing (art. 4 lid 1 Verordening 1407/2013).

de toegestane intensiteit van steunverlening per kostenpost.[24] Bovendien moet de steun transparant zijn en een stimulerend effect hebben.[25] Hoewel steun niet ter beoordeling hoeft te worden aangemeld als aan alle relevante voorwaarden van de verordening wordt voldaan,[26] moet er wel een kennisgeving plaatsvinden aan de Europese Commissie.[27] Dat gaat via het online aanmeldingssysteem State Aid Notifications Interactive.[28] Ook moet jaarlijks verslag worden gedaan, zodat de Europese Commissie op de naleving van de Algemene groepsvrijstellingsverordening toezicht kan houden.[29] De meest recente wijziging van de Algemene groepsvrijstellingsverordening is in werking getreden op 1 augustus 2021.[30]

Als de steun niet valt onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening en bij de Europese Commissie wordt aangemeld, beoordeelt de Commissie de verenigbaarheid ervan met de interne markt.[31] Zij heeft zichzelf gebonden door *soft law* vast te stellen over de manier waarop zij tot die beoordeling komt. De Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie bevat de kaders voor de beoordeling voor staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie in alle sectoren.[32] Beoordelingspunten zijn: het te bereiken doel van de steunmaatregel, de geschiktheid van de maatregel en de noodzaak ervan.[33] Ook hierover moet een jaarlijkse rapportage plaatsvinden.[34] Op 3 juni 2021 heeft de Europese Commissie een ontwerp-herziening van de kaderregeling ter

24 Bijvoorbeeld personeelskosten mogen als kostenpost voor een onderzoeksproject worden meegenomen, waarbij de intensiteit van de steun in principe 50% van de kosten is als het project valt binnen de categorie van industrieel onderzoek (art. 25 lid 3 onder a en lid 5 onder b Verordening 1407/2013). Industrieel onderzoek is gedefinieerd in artikel 2 lid 58 Verordening 1407/2013 ('planmatig of kritisch onderzoek dat is gericht op het opdoen van nieuwe kennis en vaardigheden met het oog op de ontwikkeling van nieuwe producten, procedés of diensten, of om bestaande producten, procedés of diensten aanmerkelijk te verbeteren. Het omvat de creatie van onderdelen voor complexe systemen en kan ook de bouw omvatten van prototypes in een laboratoriumomgeving en/of in een omgeving met gesimuleerde interfaces voor bestaande systemen, alsmede pilotlijnen, wanneer dat nodig is voor het industriële onderzoek en met name voor de validering van generieke technologie'). De verordening veronderstelt private mede-investeerders aangezien de toegestane intensiteit slechts 100% is bij kosten voor fundamenteel onderzoek.

25 Art. 6 Verordening 1407/2013. Adriaanse *NtER* 2019.

26 Als niet aan alle voorwaarden is voldaan, is de steun onrechtmatig, HvJ EU 28 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:634 (*Bayerische Motoren Werke AG/Europese Commissie*), r.o. 138.

27 Art. 11 Verordening 1407/2013.

28 *Ibid.* Verordening (EU) 2015/2282 van de Commissie van 27 november 2015 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 794/2004 wat betreft de aanmeldings- en informatieformulieren.

29 Artikel 11 onder b Verordening 1407/2013

30 Verordening (EU) 2021/1237 van de Commissie van 23 juli 2021 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, L 270/39.

31 Art. 108 VWEU.

32 Mededeling van de Commissie – Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie ((2014/C 198/01)), punt 8.

33 *Ibid.*, par. 4.

34 *Ibid.*, par. 6.

consultatie aangeboden.[35] Aangezien de tekst van de herziene kaderregeling nog niet vaststaat, zal in dit hoofdstuk worden uitgegaan van de huidige tekst.

4.2.3 Diensten van algemeen economisch belang

De derde uitzondering op de hoofdregel van de voornoemde *standstill*bepaling is dat een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) kan worden belegd bij een onderneming.[36] DAEB's zijn diensten die 'enerzijds economisch van aard zijn, anderzijds een publiek belang dienen'.[37] Een voorbeeld van een organisatie die in Nederland met een DAEB is belast is de Nederlandse Publieke Omroepstichting.[38]

Het kader voor DAEB's wordt gevormd door artikel 106, tweede lid, VWEU,[39] de DAEB-*de-minimis*verordening,[40] en het DAEB-pakket: het DAEB-vrijstellingsbesluit,[41] de Kaderregeling DAEB[42] en de Mededeling DAEB.[43]

---

35 EC, 'Review of the Communication on the Framework for State aid for research and development and innovation', <https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-rdi_nl>. Voorgestelde herzieningen betreffen de definities (innovatieclusters, industrieel onderzoek, experimentele ontwikkeling, proces- en innovatie-organisatie, innovatieactiviteiten van kmo's (weglating), en nieuw: technologische infrastructuren), de introductie van verenigbaarheidsvoorwaarden voor technologische infrastructuren, vereenvoudigde kostenmethode voor indirecte kosten van onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten in de vorm van een forfaitair percentage van maximaal 15%, en verduidelijking dat het toezicht op de zuiver ondersteunende economische activiteiten (die hierna worden besproken in par. 4.3.6) ten minste tien jaar duurt vanaf het begin van de activiteiten van de onderzoeksorganisatie of de onderzoeksinfrastructuur.

36 Al Khatib, *Tijdschrift voor staatssteun* 2020, p. 166-184; Sauter 2015, p. 12-20; 123-124; Nistor 2011, p. 258-262.

37 Knook 2018, par. 5.1.1.

38 Ministerie van BZK, 'Handreiking Diensten van Algemeen Economisch belang', 2014, p. 41. Zie ook het voorbeeld: *Provinciaal blad* Gelderland 2020, 9657 (Aanwijzing DAEB Stichting Regionaal Centrum voor Technologie Gelderland); *Provinciaal blad* Gelderland 2020, 9656, (Aanwijzing DAEB Stichting Health Valley Netherlands), *Provinciaal blad* Noord-Brabant, 2018, 493 (Aanwijzing DAEB activiteiten Stichting Brabant Startup Alliance in het project Brabant Startup Alliance, provincie Noord-Brabant)

39 Op grond hiervan 'mogen onder bepaalde omstandigheden ondernemingen aan wie een taak van algemeen economisch belang is opgedragen de mededinging beperken' (Knook 2018, par. 5.2.1).

40 Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen.

41 Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (2012/21/EU).

42 Mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (2012/C 8/03).

Volgens het Hof van Justitie in zijn arrest *Altmark* – dat gaat over het financieren van lijndiensten die niet rendabel zijn – is er geen sprake van staatssteun (in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU) bij

> 'een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbaredienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst'.[44]

Daarvoor moet voldaan zijn aan vier voorwaarden:[45] (1) de begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen zijn duidelijk omschreven; (2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend worden vooraf op objectieve en doorzichtige wijze vastgesteld; (3) de compensatie is niet hoger dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken en (4) bij het ontbreken van een openbare aanbesteding wordt noodzakelijke compensatie vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou maken.

Als niet aan alle Altmark-voorwaarden wordt voldaan, kan de steun vallen binnen de DAEB-*de-minimis*-verordening en daarom geen staatssteun inhouden of kan de steun verenigbaar worden geacht op basis van het DAEB-pakket. De DAEB-*deminismis*-verordening betreft een steunbedrag aan een onderneming die een DAEB verricht van maximaal 500.000 euro over een periode van drie belastingjaren. Daarbij gelden vergelijkbare voorwaarden als voor de reguliere *deminimis*verordening. Provincie Noord-Brabant heeft deze mogelijkheid ingezet voor DAEB-activiteiten van Stichting Breda University of Applied Sciences.[46] In andere gevallen kan onderzocht worden of het DAEB-vrijstellingsbesluit van toepassing kan zijn. Voor bijvoorbeeld steun voor medische zorg is er geen aparte categorie in de Algemene groepsvrijstellingsverordening, maar wel in het DAEB-vrijstellingsbesluit.[47] In het DAEB-vrijstellingsbesluit staan eisen voor het belasten van een onderneming met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang[48] en de compensatie hiervoor (het dekken van de netto-

43 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (2012/C 8/02).

44 HvJ EG 24 juli 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans GmbH)*, r.o. 87.

45 *Ibid.*, r.o. 89-93.

46 *Provinciaal blad* Noord-Brabant, 1754, 11 maart 2019.

47 Art. 2 lid 1 onder b DAEB-vrijstellingsbesluit.

48 Art. 4 DAEB-vrijstellingsbesluit.

kosten en een redelijke winst).[49] Is het DAEB-vrijstellingsbesluit niet van toepassing, dan kan de DAEB-steun worden aangemeld bij de Europese Commissie, die de steun beoordeelt aan de hand van de DAEB-Kaderregeling.

In de Mededeling DAEB gaat de Europese Commissie – onder verwijzing naar haar Mededeling betreffende het begrip staatssteun – onder andere in op de vraag wanneer het onderwijs en de activiteiten van universiteiten buiten de reikwijdte van het Europees staatssteunrecht vallen.[50] Dat is grotendeels afhankelijk van het ondernemingsbegrip, dat hierna wordt besproken.

4.3 Het bestaan van een onderneming

Een onderneming is volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie: 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.'[51] Daarbij maakt het voor de interpretatie van het ondernemingsbegrip niet uit of sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon, een privaatrechtelijke rechtspersoon of een andersoortige organisatievorm inclusief de natuurlijke persoon die een economische activiteit uitvoert. Ook maakt het voor de kwalificatie als onderneming niet uit of de entiteit is opgericht met een winstoogmerk. Een entiteit kan ook een parttime-onderneming zijn, dat wil zeggen dat zij een onderneming is voor het deel dat zij economische activiteiten uitvoert, maar dat voor de overige activiteiten niet is. Wanneer een entiteit met zeggenschapsdeelnemingen in een vennootschap die zeggenschap daadwerkelijk uitoefent door zich direct of indirect met het bestuur ervan bezig te houden (zoals de benoeming van het bestuur), wordt zij geacht aan de economische activiteit van die onderneming deel te nemen.[52] Het voorgaande betekent dat universiteiten ondernemingen kunnen zijn, ook als de economische activiteiten worden uitgevoerd door gelieerde rechtspersonen waarover de kennisinstelling zeggenschap uitoefent.

4.3.1 Economische activiteiten

Een belangrijk onderdeel van het ondernemingsbegrip is dat de eenheid economische activiteiten uitvoert.[53] Het Hof van Justitie legt het begrip economische activiteiten uit als 'het aanbieden van goederen of diensten op een

49 Art. 5 DAEB-vrijstellingsbesluit.
50 Par. 2.1.5 van de Mededeling DAEB.
51 HvJ EU 12 september 2000, ECLI:EU:C:2000:428, r.o. 74.
52 HvJ EU 16 december 2010, ECLI:EU:C:2010:787, r.o. 49.
53 Eerder behandeld in: Mohammad, *Markt & Mededinging* 2016. Zie ook Van de Gronden, *SEW* 2019; HvJ EU 17 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:320 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZWl*), *SEW* 2019, 32, m.nt. Straetmans & Coenen.

bepaalde markt'.[54] 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'.[55] Het uitoefenen van typisch overheidsgezag is geen economische activiteit.[56] Het 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. Dat geldt ook voor de situatie waarbij een economische activiteit wordt verricht die niet van de uitoefening van het overheidsgezag kan worden gescheiden, zoals het vragen van een vergoeding voor het ter beschikking stellen van gegevens.[57]

Een tussencategorie bestaat uit 'activiteiten die van zuiver sociale aard zijn'.[58] In de jurisprudentie over verzekeringsstelsels die activiteiten uitvoeren die uitsluitend van zuiver sociale aard zijn, 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.[59] Een wettelijk geregeld verzekeringsstelsel waarbij de uitkeringen niet afhankelijk zijn van de hoogte van de premies, is een stelsel dat berust op het solidariteitsbeginsel. In dat geval is de verzekering net als de kerntaken van de overheid geen economische activiteit.

Daarbij geeft de Europese Commissie in de Mededeling betreffende het begrip staatssteun een nieuwe categorie van gevallen in de context van infrastructuur: de zuiver ondersteunende activiteiten.[60] Dat zijn activiteiten die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de exploitatie van de infrastructuur of intrinsiek verband houdt met het niet-economische hoofdgebruik ervan.[61] Het gaat hier om nevenactiviteiten die normaliter wel econo-

54 HvJ EU 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), r.o. 21 en recenter HvJ EU 19 december 2012, ECLI:EU:C:2012:821 (*Flughafen Leipzig-Halle*), r.o. 40.

55 HvJ EU 16 november 1995, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*). 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 27 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:655 bij HvJ EU 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:8 (*Ministero dell' Economia e delle Finanze*), punt 78; Conclusie AG Jacobs HvJ EG 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:304 (*AOK Bundesverband*), punt 27, conclusie bij HvJ EG 16 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*).

56 HvJ 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 36.

57 *Ibid.*, r.o. 38. Vgl. in het kader van de Wet markt en overheid: CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204.

58 Meestal in de sfeer van sociale zekerheid en zorgstelsel, zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 februari 1993, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet et Pistre*); HvJ EG 22 januari 2002, ECLI:EU:C:2002:36 (*Cisal*) en HvJ EG 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner Stahlbau*).

59 HvJ EG 17 februari 1993, ECLI:EU:C:2009:127 (*Poucet et Pistre*).

60 Punt 207 van de Mededeling betreffende het begrip staatssteun.

61 *Ibid.*

misch van aard zijn, maar niet als economisch worden beschouwd. In de context van onderzoeksinfrastructuur is deze categorie genoemd in de Kaderregeling Onderzoek, ontwikkeling en innovatie 2014 van de Europese Commissie.[62]

Schematisch weergegeven zijn er dus vijf categorieën van activiteiten (Tabel 1).[63]

Tabel 1 – Economische en niet-economische activiteiten

Activiteiten van commerciële en industriële aard	*Zuiver ondersteunende activiteiten*	*Activiteiten van zuiver sociale aard*	*Activiteiten onlosmakelijk verbonden met overheidsgezag*	*Kerntaken/typisch overheidsgezag*
Economische activiteit	Als niet-economische activiteit beschouwd	Geen economische activiteit	Geen economische activiteit	Geen economische activiteit

4.3.2 Onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht als economische activiteiten

Voor de vraag of een organisatie een onderneming is, is het relevant of zij economische activiteiten verricht dan wel niet-economische activiteiten verricht (kerntaken van de overheid uitvoeren of 'activiteiten van zuiver sociale aard' verrichten). Wanneer wordt gekeken naar de taken het verzorgen van 'onderwijs', het verrichten van 'onderzoek' en het doen aan 'kennisoverdracht', blijkt steeds per geval te moeten worden beoordeeld of sprake is van een economische activiteit. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van jurisprudentie, *soft law* van de Europese Commissie (de Mededeling betreffende het begrip staatssteun, de Mededeling DAEB die hierover dezelfde teksten kent en de Kaderregeling Onderzoek ontwikkeling en innovatie) en beslispraktijk van de Europese Commissie. In de volgende subparagrafen wordt bij het bespreken van de beoordelingskaders voor het onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht steeds aangevangen met de *soft law*, omdat dit een algemeen beeld weergeeft van de jurisprudentie en beslispraktijk.

Opgemerkt moet worden dat de beoordelingskaders voor onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht die hierna worden besproken zowel relevant zijn voor (a) de universiteit die mogelijk staatssteun verleent aan een onderneming als voor (b) de universiteit die handelt als onderneming en mogelijk

62 Mededeling van de Commissie – Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, punt 22.

63 Vergelijkbare presentatie is ook te vinden in A. Knook, 'Herontdekking van ''taak zuiver sociale aard''?', gepresenteerd in NVER, 8 april 2016 < https://nver.squarespace.com/s/20160408-Jaarvergadering-NVER-2.pptx>.

staatssteun ontvangt voor haar onderneming. Voor het onderwijs kan de universiteit bijvoorbeeld een samenwerking aangaan met een organisatie die een deel van het onderwijs verzorgt. Het is dan nodig om te weten of die andere organisatie een onderneming is voor de vraag of het Europees staatssteunrecht van toepassing is. De toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht kan uitmaken voor de hoogte van de vergoeding die de universiteit betaalt voor de onderwijsdienst. Tegelijkertijd kan de universiteit zelf handelen als onderneming bij het verzorgen van het onderwijs. In dat kader kan zij mogelijk publiek geld inzetten voor de economische activiteiten, waardoor haar kosten gedrukt worden. Hetzelfde geldt voor de beoordelingskaders voor onderzoek en kennisoverdracht, die zowel relevant zijn voor de activiteiten van de universiteit als de activiteiten van andere partijen.

Hierbij moet ook gewezen worden op de verplichting van een gescheiden boekhouding. Als een organisatie zowel economische activiteiten als niet-economische activiteiten verricht, dan moeten de financiering en de inkomsten ervan duidelijk kunnen worden onderscheiden zodat 'kruissubsidiëring van de economische activiteiten daadwerkelijk wordt vermeden'.[64] Het bewijs van een correcte toerekening van kosten, financiering en inkomsten kan volgens de Europese Commissie worden geleverd door de financiële jaarrekeningen van de betrokken entiteit.[65] Het Hof van Justitie heeft in *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* bevestigd dat een 'instelling verschillende – economische en niet-economische – activiteiten kan verrichten, op voorwaarde dat zij een gescheiden boekhouding voert met betrekking tot de verschillende financieringen die zij ontvangt, zodat elk risico van 'kruissubsidiëring' van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, is uitgesloten.'[66]

4.3.3 Beoordelingskader bij het verzorgen van onderwijs

De 'Mededeling betreffende het begrip staatssteun' – een interpretatie van de Europese staatssteunregels door de Europese Commissie – maakt voor wat betreft het onderwijs onderscheid tussen enerzijds 'openbaar onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel wordt gefinancierd door de Staat en onder staatstoezicht staat' als niet-economische activiteit[67] en anderzijds 'diensten die overwegend door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd' als economische activiteit.[68] Het woord openbaar staat hier los van het Nederlandse begrip van openbare onderwijsinstellingen.

64 Punt 19 van Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie.
65 *Ibid.*
66 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496.
67 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 28.
68 *Ibid.*, punt 30.

De Europese Commissie verwijst voor het openbaar onderwijs naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie[69] waarin is geoordeeld dat de Staat 'bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat volledig of hoofdzakelijk uit de staatskas wordt gefinancierd en niet door de leerlingen of hun ouders, niet de bedoeling heeft werkzaamheden tegen vergoeding te verrichten, maar zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult.'[70] Dat onderwijs heeft geen economisch karakter. Volgens de Europese Commissie wordt hieraan niet afgedaan bij onderwijs- of inschrijfgeld als bijdrage in de werkingskosten van het stelsel. Dat dekt vaak slechts een fractie van de reële kosten van de dienst en kan niet worden gezien als vergoeding voor de verrichte dienst.[71] Een algemene onderwijsdienst[72] die overwegend uit overheidsmiddelen wordt bekostigd, is geen economische activiteit.[73] De Europese Commissie noemt nog voorbeelden binnen het openbaar onderwijs: de beroepsopleiding, particuliere en openbare basisscholen en peuterspeelzalen/kleuterscholen, alsmede nevenactiviteiten als docent aan een universiteit en hoger onderwijs.[74]

Het openbaar onderwijs wordt afgezet tegen 'diensten die overwegend door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd'.[75] Dit zijn economische activiteiten. De Europese Commissie noemt als duidelijk voorbeeld 'hoger onderwijs dat volledig door studenten wordt bekostigd'.[76] Overheidsinstanties die overheidsdiensten aanbieden kunnen ook economische activiteiten verrichten.[77] Dit is vanwege 'hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan'.[78]

---

69 Zie hierna par. 4.3.1.1 van dit hoofdstuk.

70 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 28; HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:495 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 68.

71 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 29.

72 Hiermee wordt niet een dienst in juridische zin bedoeld. Hierop heeft een constatering van AG Bobek over niet-economische diensten van algemeen belang betrekking: 'Overeenkomstig artikel 57 VWEU worden 'diensten' in de zin van de Verdragen beschouwd als de dienstverrichtingen 'welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden'. Deze bewoording is enigszins verwarrend, aangezien [in de Engelse taalversie] hetzelfde begrip (services) wordt gebruikt om enerzijds te verwijzen naar de feitelijke activiteit van het verrichten van diensten (dus naar de feitelijke categorie van diensten) [in de Nederlandse taalversie 'dienstverrichtingen'] en anderzijds naar de juridische categorie van diensten die binnen de werkingssfeer van de Verdragen (en, bij uitbreiding, van de dienstenrichtlijn) vallen [in de Nederlandse taalversie 'diensten'].' (Conclusie AG Bobek HvJ EU 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918, punt 63).

73 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 29.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*, punt 30.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

78 *Ibid.* De formulering maakt niet expliciet of dit ziet op de concrete onderwijsactiviteit of de organisatie.

In deze mededeling wordt in het licht van het voorgaande 'opleiding met het oog op meer en beter gekwalificeerd menselijk kapitaal' genoemd als een van de kerntaken van universiteiten en onderzoeksorganisaties die buiten het toepassingsbereik staan van het Europees staatssteunrecht.[79] In de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie spreekt de Europese Commissie van 'primaire activiteiten van onderzoeksorganisaties[80] en onderzoeksinfrastructuren'.[81][82] Het gaat om 'opleiding met het oog op meer en beter gekwalificeerde menselijke hulpbronnen'.[83] Openbaar onderwijs dat 'binnen het nationale onderwijsstelsel in hoofdzaak of volledig wordt gefinancierd door de Staat en onder staatstoezicht staat' wordt als een niet-economische activiteit beschouwd.[84] Het maakt voor de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht niet uit of een onderzoeksorganisatie (waaronder een universiteit) een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft.[85] Wel heeft Advocaat-Generaal Cápeta een interpretatie aan het begrip onderzoeksorganisatie gegeven: een van de primaire activiteiten van de organisatie is onafhankelijk onderzoek, dat ten minste gedeeltelijk niet-economisch van aard

79 *Ibid.*, punt 31.

80 Een onderzoeksorganisatie is 'een entiteit (zoals universiteiten of onderzoeksinstellingen, agentschappen voor technologieoverdracht, innovatie-intermediairs, entiteiten voor fysieke of virtuele onderzoeksgerichte samenwerking), ongeacht haar rechtsvorm (publiek- of privaatrechtelijke organisatie) of financieringswijze, die zich in hoofdzaak bezighoudt met het onafhankelijk verrichten van fundamenteel onderzoek, industrieel onderzoek of experimentele ontwikkeling, of met het breed verspreiden van de resultaten van die activiteiten door middel van onderwijs, publicaties of kennisoverdracht.' (punt 1.3 onder de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014 en artikel 2 lid 83 Verordening (EU) Nr. 651/2014 (AGVV)). Zier ook Conclusie AG Cápeta Hof van Justitie EU 28 april 2022, ECLI: EU:C:2022., punt 70-83 waarin de interpretatie is gegeven dat een van de primaire activiteiten van de organisatie onafhankelijk onderzoek is, die ten minste gedeeltelijk niet-economisch van aard moet zijn, en dat de verhouding tussen financiering uit economische activiteiten en financiering uit niet-economische activiteiten niet relevant is voor de kwalificatie van onderzoeksorganisatie.

81 Bij onderzoeksinfrastructuur gaat het om 'faciliteiten, middelen en verwante diensten die door de wetenschappelijke gemeenschap worden gebruikt om op hun respectieve vakgebied onderzoek te verrichten. Hierbij gaat het om wetenschappelijke uitrusting of sets wetenschappelijke instrumenten, kennisgebaseerde hulpbronnen zoals verzamelingen, archieven of gestructureerde wetenschappelijke informatie, ict-gebaseerde enabling infrastructuur zoals gridnetwerken, computers, software en communicatie, of iedere andere entiteit met een uniek karakter die onontbeerlijk is om onderzoek te kunnen verrichten. Dit soort infrastructuur kan zich op één enkele locatie bevinden (single-sited) dan wel verspreid zijn (distributed) (een georganiseerd netwerk van hulpbronnen)' (punt 1.3 onder ff Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014 en artikel 12 lid 91 Verordening (EU) Nr. 651/2014 (AGVV).

82 Punt 19 van de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014.

83 *Ibid.*

84 *Ibid.*

85 Vgl. art. 345 VWEU. Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 496.

moet zijn.[86] De verhouding tussen financiering uit economische activiteiten en financiering uit niet-economische activiteiten is in die interpretatie niet relevant voor de kwalificatie van onderzoeksorganisatie.[87] Het Hof van Justitie heeft nog geen uitspraak gedaan in de zaak waarvoor de Advocaat-Generaal Cápeta de conclusie heeft genomen.

Kort gezegd moeten volgens de *soft law* van de Europese Commissie bij de beoordeling van de economische aard van onderwijsactiviteiten de volgende elementen worden meegewogen:

1. Wordt het onderwijs hoofdzakelijk uit private middelen gefinancierd, of uit publieke middelen?
2. Wordt het onderwijs verzorgd buiten of binnen het kader van het openbare (of nationale) onderwijsstelsel?
3. Zijn er concurrerende private aanbieders actief of niet? Of: is er wel of geen sterke mate van staatstoezicht?

Een economische activiteit is het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.[88] De eerste twee zojuist genoemde elementen worden gehanteerd voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'dienst'; het laatste element betreft de vraag of sprake is van een 'markt'.

Deze elementen zijn door de Europese Commissie toegepast toen zij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op verzoek adviseerde. De Afdeling moest oordelen over de vraag of de Open Universiteit Nederland (OUN) een economische activiteit uitvoerde.[89] Het ging in deze zaak over het aanbieden van een initiële hbo-opleiding in de vorm van afstandsonderwijs door de OUN. Private concurrenten als de procespartijen Leidse Onderwijsinstellingen en het Nederlands Taalinstituut boden al een dergelijke opleiding aan in de vorm van afstandsonderwijs. In het advies noemde de Europese Commissie bovenstaande drie elementen en legde zij vervolgens de nadruk op de vraag of 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 (element 2), waarmee de staat zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult, en hoofdzakelijk door de staat wordt gefinancierd (element 1).[90] In dat geval is namelijk geen sprake van een dienstverrichting. De drie elementen zijn volgens de Europese Commissie niet cumulatief maar

86 Conclusie AG Cápeta Hof van Justitie EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022, punt 70-83. Vgl. Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 501.

87 *Ibid.*

88 *Supra* par. 4.3.1.

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

90 Zie meer over deze jurisprudentie de annotatie bij HvJ EU 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:831 in *AB* 2014/389 (*Direxta*), m.nt. Van den Brink & Mohammad.

'de zwaarwegendheid van elk van de elementen moet in aanmerking worden genomen' bij de analyse van de specifieke omstandigheden van het geval.[91] In de volgende subparagraaf wordt dieper ingegaan op de interpretatie van de drie elementen.

Het Hof van Justitie heeft overigens het laatste woord bij de interpretatie van het Werkingsverdrag en daarmee ook bij de beantwoording van de vraag wanneer een onderwijsinstelling een economische activiteit uitvoert. In 2017 heeft het Hof zich in het verband van het Europees staatssteunrecht over die vraag uitgelaten in het arrest *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*.[92] Daarin komen alleen de eerste twee elementen, die hiervoor zijn genoemd, terug (hoewel het derde element is te lezen in het tweede element).

Aan de orde was de prejudiciële vraag of belastingvrijstellingen voor scholen die door de Katholieke Kerk in stand worden gehouden, op onrechtmatige staatssteun neerkomen.[93] De casus betreft een Spaanse maatregel die voortvloeit uit een overeenkomst tussen Spanje en het Vaticaan, gesloten voordat Spanje toetrad tot de Europese Unie (het gaat om 'bestaande steun'). De Katholieke Kerk wil op grond van deze overeenkomst 23.000 euro aan belastingen terug (een belastingvrijstelling) die zijn betaald voor verbouwing aan de aula van het schoolgebouw. In de school wordt verplicht onderwijs gegeven, dat gelijkstaat aan het onderwijs van staatsscholen (vergelijk voornoemd element 1) en bovendien is een groot deel van dat onderwijs publiek gefinancierd (vergelijk voornoemd element 2). Het gebouw wordt echter ook gebruikt voor vrijwillig onderwijs (voorschoolse, buitenschoolse en niet-verplichte onderwijs) waarvoor een bijdrage wordt gevraagd.

Het Hof van Justitie hanteert de jurisprudentie over onderwijs in de context van het vrij verkeer van diensten die in de volgende subparagraaf wordt besproken. Het Hof neemt als uitgangspunt dat het onderwijs, verstrekt door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit particuliere middelen die niet van de dienstverrichter zelf afkomstig zijn, neerkomt op 'diensten', daar het door deze instellingen nagestreefde doel er immers in bestaat een dienst aan te bieden tegen vergoeding.[94] Het Hof acht het daarom relevant of de aula alleen wordt gebruikt voor het verplichte onderwijs, dan wel ook voor het niet-verplichte onderwijs.

Hierna wordt ingegaan op de jurisprudentie van het Hof van Justitie over onderwijs als dienst.

---

91 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*LOI & NTI*), *AB* 2014/344, m.nt. Barkhuysen & Claessens.

92 Uitgebreider besproken in: Mohammad & Al Khatib daarover in *AB* 2017/387.

93 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*).

94 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), r.o. 48. Vgl. HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori*), r.o. 105.

4.3.3.1 Elementen 1 en 2: Onderwijsdiensten versus 'sociale, culturele en opvoedkundige taken'[95]

Er is vaste jurisprudentie over de vraag wanneer sprake is van een 'dienst' in de zin van artikel 57 VWEU. Volgens artikel 57 VWEU geschiedt een dienst 'gewoonlijk tegen vergoeding'. In het arrest *Humbel* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het wezenlijke kenmerk van de vergoeding hierin bestaat 'dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld.'[96] Daarom oordeelde het Hof dat cursussen die worden gegeven in het kader van het nationale onderwijsstelsel niet als dienst kunnen worden aangemerkt. Bij de organisatie en handhaving van het nationale onderwijsstelsel[97] heeft de Staat 'niet de bedoeling tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch vervult hij ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak'.[98] Het Hof van Justitie overwoog dat het betrokken stelsel in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of ouders. Het feit dat leerlingen of ouders soms worden verplicht een vergoeding of schoolgeld te betalen om tot op zekere hoogte de werkingskosten van het stelsel te helpen dragen, doet daaraan niet af. *A fortiori* kan volgens het Hof van Justitie 'het enkele feit dat alleen buitenlandse leerlingen schoolgeld moeten betalen, een dergelijk gevolg niet teweegbrengen'.[99]

In het arrest *Wirth* oordeelde het Hof van Justitie dat het aanbieden van cursussen door een hogeschool die hoofdzakelijk door de overheid wordt gefinancierd niet aan te merken is als een dienst.[100] Er zijn echter ook hogescholen die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd (met name door de studenten of hun ouders), en een winstoogmerk nastreven. Volgens het Hof is onderwijs in zulke instellingen te beschouwen als een dienstverrichting. 'Het door deze instellingen nagestreefde doel bestaat er namelijk in, diensten aan te bieden tegen vergoeding.'[101] In de arresten *Commissie/Duitsland* en *Schwarz* is benadrukt dat 'het wezenlijke kenmerk van de vergoeding (…) hierin bestaat dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt' en dat de particuliere financiering niet noodzakelijk

95 Eerder behandeld in: Mohammad, *M&M* 2016 en de annotatie van Van den Brink & Mohammad bij HvJ EU 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:831 in *AB* 2014/389.
96 HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:451, r.o. 17
97 In jurisprudentie die deze zaak *Humbel* aanhaalt, wordt dit ook 'openbaar onderwijsstelsel' genoemd (HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:495, r.o. 68).
98 HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:451, r.o. 18.
99 HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:451, r.o. 19.
100 HvJ EG 7 december 1993, ECLI:EU:C:1993:916, r.o. 16.
101 HvJ EG 7 december 1993, ECLI:EU:C:1993:916, r.o. 17.

van de leerlingen of hun ouders hoeft te komen'.[102] In de zaken *Zanotti* en *Dirextra* is het (onbekostigde) postacademisch onderwijs beschouwd als een dienst.[103] In de eerstgenoemde zaak ging het om het onderwijs dat werd verzorgd door het International Tax Centre in Leiden. De instelling hoeft geen winst na te streven,[104] ook non-profitorganisaties kunnen tegen vergoeding diensten aanbieden.[105] In het arrest *Kirschstein* overwoog het Hof, onder verwijzing naar onder andere de zaak *Wirth*, dat de organisatie van diensten op het gebied van het hoger onderwijs door instellingen die hoofdzakelijk met particuliere middelen worden gefinancierd en die commerciële winst nastreven, een economische activiteit vormt in de zin van de Dienstenrichtlijn.[106]

In de omschrijving van element 1 treffen we de woordgroep 'hoofdzakelijk met publieke middelen gefinancierd' aan. Dat gaat steeds over de *instelling* die hoofdzakelijk met publieke middelen wordt gefinancierd. In de voornoemde zaak *Zanotti* is echter een overweging te lezen waarin het gaat om '*cursussen* die hoofdzakelijk worden gefinancierd door personen die een beroepsopleiding of -specialisatie willen volgen [cursivering, A.M.]'.[107] In de recentere zaken *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* en *Scuola Elementare Maria Montessori* wordt voor de beoordeling of er sprake is van een economische activiteit (in de context van het Europees staatssteunrecht) aangesloten bij de voornoemde jurisprudentie over onderwijs als dienst, waarbij het gaat om de vraag of de *instelling* hoofdzakelijk publiek of privaat wordt gefinancierd.[108] In *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* wordt evenwel erkend dat een instelling verschillende (economische en niet-economische activiteiten) kan verrichten, op voorwaarde dat zij een gescheiden boekhouding voert (zie ook hiervoor in par. 4.3).[109] Dit lijkt er weer op te duiden dat de financiering op het niveau van de activiteit in plaats van de instelling relevant is,[110] maar het Hof van Justitie is hierin niet eenduidig.

Wat het woord 'hoofdzakelijk' in de zojuist aangehaalde woordgroep precies betekent, is evenmin duidelijk. Het sluit mijns inziens niet goed aan

102 HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:495, r.o. 67 en 70 en HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:492, r.o. 38 en 41.
103 HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:288; HvJ EU 12 december 2012, ECLI:EU:C:2013:831.
104 HvJ EU 18 december 2017, ECLI:EU:C:2007:816.
105 Vgl. in het kader van het mededingingsrecht: OFT 20 november 2006, CA98/05/2006 (50 private non-for-profit schools).
106 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. HvJ EU 4 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:563 (Kirschstein), r.o. 50-60.
107 HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:288, r.o. 33.
108 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496; HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori*), r.o. 105.
109 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, r.o. 51; HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori*), r.o. 105.
110 Zie het betoog van Mohammad & Al Khatib daarover in *AB* 2017/387 en dat van Fierstra, *NtER* 2017/7.

op artikel 57 VWEU, waarin wordt gesproken over dienstverrichtingen die *gewoonlijk* tegen vergoeding geschieden. Postacademisch onderwijs wordt in Nederland gewoonlijk tegen (reële) vergoeding verzorgd. Daarbij zou het voor de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht niet moeten uitmaken of een bepaalde postacademische cursus of een bepaalde organisatie die deze cursussen aanbiedt voor bijvoorbeeld 90% wordt gesubsidieerd.

Hier wordt bij wijze van voorbeeld 90% gebruikt ter invulling van het woord 'hoofdzakelijk'. Nu onduidelijk is wat 'hoofdzakelijk' in dit verband precies inhoudt, kan er nog op worden gewezen dat het Hof van Justitie in de zaak *University of Cambridge,* in het kader van een prejudiciële vraag over de interpretatie van het begrip 'aanbestedende dienst', heeft bepaald dat de woorden 'in hoofdzaak door de staat … worden gefinancierd' betekenen: voor 'meer dan de helft'.[111]

In haar beslissing inzake een klacht over vermeende staatssteun aan *Fundació Privada Conservatori del Liceu* heeft de Europese Commissie een interpretatie gegeven van het woord 'hoofdzakelijk'.[112] Volgens de klacht gaf de Catalaanse overheid het conservatorium, dat een *Bachelor of Music* aanbiedt, een subsidie van 6 miljoen euro voor het dekken van operationele kosten en het verlagen van de studentenbijdrage. De Europese Commissie acht hier relevant dat het een geregistreerde onderwijsinstelling is die een erkende bacheloropleiding aanbiedt. Daarmee is de activiteit 'direct verbonden' met het nationale onderwijsstelsel.[113] Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van economische activiteit is relevant hoe die activiteit hoofdzakelijk is gefinancierd (de Europese Commissie kijkt hier naar de financieringsstructuur op het niveau van de activiteit). De Commissie geeft in haar beslissing vervolgens aan dat er sprake is van hoofdzakelijke (particuliere) financiering als de *meerderheid* van de daadwerkelijke kosten van de onderwijsactiviteit worden gefinancierd met bijdragen van gebruikers of andere commerciële middelen.[114] De Europese Commissie kijkt hier naar de periode waarin de subsidie is verleend.[115] Hier was de studentenbijdrage in die periode nooit hoger dan 50%, maar tegelijkertijd financierde de overheid niet meer dan 50% van de kosten. De Commissie liet het daarom in het midden of er sprake was van een onderneming en heeft de steun op basis van de Algemene groepsvrijstellingsverordening uiteindelijk verenigbaar geacht.[116]

111 HvJ EU 3 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:529.
112 EC 8 november 2018, SA.43700 (2018/NN), punt 36. Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 499.
113 *Ibid.*, punt 33.
114 *Ibid.*, punt 36.
115 *Ibid.*, p. 38.
116 *Ibid.*, punt 73.

In dit kader is het interessant dat de vraag of er sprake is van een symbolische private vergoeding anders wordt beantwoord in het belastingrecht.[117] In 2016 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een uitspraak gedaan over het begrip economische activiteit als bedoeld in artikel 9, eerste lid, Btw-richtlijn.[118] Het oordeelde dat 22% van de kosten van een hogeronderwijsinstelling werden gedekt door het collegegeld, wat 'meer dan symbolisch is', en dat bij het verzorgen van onderwijs van een bekostigde onderwijsinstelling er dus sprake is van een economische activiteit.[119] Het Hof ging uit van een 'algemene onderwijsmarkt' in Nederland. Hoewel het begrip economische activiteit in het belastingrecht een andere betekenis heeft dan in het staatssteunrecht,[120] wordt in beide gevallen gekeken naar het bestaan van een 'reëel verband' tussen de kosten en de betaalde vergoeding voor het onderwijs. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden baseert zijn oordeel op de uitspraak *Gemeente Borsele* van het Hof van Justitie EU waarin is geoordeeld dat

> 'een dergelijk verschil tussen de aan het functioneren van de aangeboden diensten verbonden kosten en de als tegenprestatie daarvoor ontvangen bedragen [in casu 3% van de kosten, A.M.], [aangeeft] dat de ouderlijke bijdrage veeleer moet worden

117 Zie voor het verschil tussen het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en het belastingrecht: Van Strien & Meijerman 2015, p. 48. Zie voor voorbeelden van economische activiteiten binnen de context van de omzetbelasting: Hof Arnhem 24 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS4209, r.o. 44 (stichting die met fundamenteel-strategisch onderzoek optreedt ter wille van daarmee gemoeide economische belangen tegenover (publiek en private) deelnemers); HR 11 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2005:AS4209 (contactonderzoek door een wetenschappelijk onderzoeksinstituut); HvJ EU 27 oktober 2011, ECLI:EU:C:2011:707, r.o. 46 (overdracht van een aandeel in de mede-eigendom van een uitvinding, ook al is die nog niet als octrooi ingeschreven). Zie verder het Besluit omzetbelasting en compensatie van omzetbelasting bij publiekrechtelijke lichamen van 24 december 2020 van de staatssecretaris van Financiën.

118 Hof 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5204, r.o. 5.5-5.6. Zie het vervolg in het arrest HR 23 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:267 waarin de ingestelde cassatie is verworpen.

119 Hof 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5204.

120 De Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde hanteert het begrip 'belastingplichtige'. Volgens art. 9 lid 1 Btw-richtlijn is een belastingplichtige 'een ieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit'. Economische activiteiten zijn volgens artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn 'alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmede gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.' Nagegaan moet worden of een activiteit een van de belastbare feiten als bedoeld in artikel 2 van de Btw-richtlijn is, zoals het verrichten van diensten onder bezwarende titel. Er is sprake van een dienst onder bezwarende titel 'wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de dienst een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, en de door de dienstverrichter ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt voor de aan de ontvanger verleende dienst' (HvJ 12 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:334, r.o. 24).

> 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.'[121]

Uit deze overweging, die gaat over het ontbreken van een reëel verband tussen het betaalde bedrag (3% van de kosten) en de dienst, kan mijns inziens niet zonder meer worden geconcludeerd dat er wel een reëel verband is tussen een ander betaald bedrag (22% van de kosten) en de dienst.

In dit kader past ook de toepassing van het staatssteunrecht binnen de Europese Vrijhandelsassociatie. Het EVA-Hof,[122] dat hierop toezicht houdt, oordeelde in de zaak *Private Barnehagers Landsforbund* dat wettelijk 'onverplichte' voorschoolse educatie die wordt gefinancierd door Noorse gemeenten geen economische activiteit is, ondanks het bestaan van private concurrentie.[123] Hier sluit het EVA-Hof aan bij de zaken *Humbel en Schwarz*.[124] Relevant is hier dat de kosten van de gemeentelijke kinderopvangorganisaties voor 80% gefinancierd worden.[125] Wat de ouders moeten betalen is volgens het EVA-Hof een fractie van de daadwerkelijke kosten.[126] Ook zijn de gemeenten verplicht om te verzekeren dat er genoeg plaatsen voor de kinderen beschikbaar zijn. Er is volgens het EVA-Hof geen sprake van een onderneming in de zin van artikel 61 van het EER-Verdrag, dat aan artikel 107 VWEU gelijkluidende bepalingen kent.

Gelet op de relatieve onzekerheid over wat 'hoofdzakelijk' betekent, is het beoordelingskader voor onderwijsdiensten in het Europees staatssteunrecht onvolkomen. Dat blijkt ook uit de kritische conclusie van AG Bobek in de zaak *Kirschstein*, die overigens niet verwijst naar de voornoemde beslissing van de Europese Commissie over de financiering van het conservatorium.[127] Naast praktische zaken, zoals de ongrijpbare betekenis van 'openbaar' of 'hoofdzakelijk', heeft Bobek ook kritiek op 'dieper ideologisch niveau'. Met het arrest *Humbel* is er volgens hem een

> 'nogal verstrekkende binaire visie op onderwijs geïntroduceerd: de openbare instellingen (of alleen de uit overheidsmiddelen gefinancierde instellingen?) zijn niet op winst gericht en streven de nobele doelstellingen na, kennis over te dragen en een sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens de bevolking te vervullen. Particuliere instellingen (of alleen de hoofdzakelijk uit particuliere middelen gefinan-

121 HvJ EU 12 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:334, r.o. 34. Zie over deze uitspraak De Wit, *Weekblad Fiscaal Recht* 2018/175.
122 Art. 108 lid 2 onder b Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.
123 EVA-Hof 21 februari 2008, zaak E-5/07 (*Private Barnehagers Landsforbund*), r.o. 82.
124 *Ibid.*, r.o. 81.
125 *Ibid.*
126 *Ibid.*, r.o. 82.
127 Conclusie AG Bobek HvJ EU 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918 (*Kirschstein*).

> cierde instellingen?) verrichten daarentegen diensten, aangezien zij kennelijk andere doelstellingen hebben.'[128]

Volgens hem hield een dergelijke visie 'misschien in de jaren tachtig steek met betrekking tot het secundair onderwijs', maar is deze visie problematisch in de context van hoger onderwijsinstellingen:[129]

> 'Hier wordt zeker niet betwijfeld dat hogeronderwijsinstellingen daadwerkelijk een aantal taken vervullen. De meeste hogeronderwijsinstellingen zijn inderdaad niet op winst gericht. Wat hier ter discussie staat, is de veralgemening, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de vele activiteiten die zelfs een oude en eerbiedwaardige universiteit vandaag de dag verricht: gaande van zuiver fundamenteel onderzoek of het opleiden van doctoraatsstudenten (die subsidies nodig hebben), het opleiden van bachelorstudenten in de nationale taal (met standaard inschrijfgeld), tot postacademisch onderwijs in een vreemde taal (met een veel hoger inschrijfgeld), op maat gemaakte weekendcursussen voor managers of tolken, en/of zelfs de commercialisering van haar onderzoeksresultaten (beide met een hoog prijskaartje).'[130]

Dit pleit ervoor om het beoordelingskader voor onderwijs als dienst of economische activiteit nog eens tegen het licht te houden. Het Hof van Justitie heeft dat nog niet gedaan.

4.3.3.2 Element 3: Markt versus solidariteit

Een activiteit kan een dienst zijn, maar is daarmee niet zonder meer een onderneming in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU. In het staatssteunregime ontbreekt namelijk het economisch karakter bij typische overheidsprerogatieven[131] en activiteiten die van zuiver sociale aard zijn.[132] Opgemerkt moet worden dat het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie over onderwijs als economische activiteit niet kijkt naar een derde afzonderlijk element (markt versus solidariteit).

Dat is anders in de *soft law* van de Europese Commissie. Het openbaar onderwijs, neemt volgens de Gids voor Diensten van Algemeen Economisch Belang van de Europese Commissie, als 'niet-economische activiteit van zuiver sociale aard' een positie in tussen de kerntaken van de staat en de economische

---

128 Conclusie AG Bobek HvJ EU 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918, punt 77.
129 Conclusie AG Bobek HvJ EU 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918, punt 78.
130 *Ibid.*, punt 79.
131 HvJ EG 16 juni 1987, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*).
132 Meestal in de sfeer van sociale zekerheid en zorgstelsel, zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 februari 1993, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet et Pistre*), HvJ EG 22 januari 2002, ECLI:EU:C:2002:36 (*Cisal*, HvJ EG 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner Stahlbau*), HvJ 3 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*) en HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EUC:2020:450 (*Dôvera zdravotná poist'ovňa*).

activiteiten.[133] De elementen voor de beoordeling van de mate van solidariteit van de verzekeringsstelsels die in paragraaf 4.3.1 zijn genoemd, zijn niet een-op-een toepasbaar in het hoger onderwijs.[134] De Europese Commissie heeft de solidariteitsjurisprudentie in de Kaderregeling Onderzoek, ontwikkeling en innovatie als volgt vertaald: 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) waarop de staat in zekere mate toezicht uitoefent.

Hierbij legt de Europese Commissie vanwege de sociale doelstellingen van het nationale onderwijsstelsel ('het onderwijs moet onder andere beschikbaar en betaalbaar zijn') minder nadruk op het bestaan van concurrentie dan in andere sectoren. In andere sectoren is het bestaan van potentiële concurrentie een sterke indicatie dat er sprake is van een economische activiteit.[135]

De eventuele concurrentie van het initieel onderwijs van bekostigde instellingen is beperkt, vanwege het staatstoezicht op deze activiteiten.[136] Onbekostigde en bekostigde onderwijsinstellingen kunnen vergelijkbare initiële opleidingen aanbieden, maar bekostigde instellingen zijn gebonden aan allerlei bepalingen uit de WHW.[137] Het gaat hier om bepalingen over onder andere de rechten van ingeschreven studenten,[138] de hoogte van het wettelijk collegegeld en het instellingscollegegeld,[139] en rechtsbescherming voor studenten.[140] Ook is toestemming nodig van de Minister van OCW voor het aanbieden van nieuwe opleidingen.[141]

Er kunnen parallellen worden getrokken met de manier waarop de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in een concentratiebesluit uit 2001 naar bekostigde hogescholen heeft gekeken. Die hebben in de ogen van de NMa onvoldoende vrijheden die tot concurrentie kunnen leiden en zijn daarom geen ondernemingen.[142] Zulke vrijheden 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 en het optreden als assurantietussenpersoon en uitzendbureau'. Die activiteiten worden, aldus de NMa, uitgevoerd met 'commerciële speelruimte'.[143] De ACM

133 Zie EC 29 april 2013, DAEB-Gids, SWD(2013)53 final/2, p. 37, 118. Vgl. HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:716 (*Easypay*).
134 Vgl. Conclusie AG Bobek 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918 (*Kirschstein*), punt 85-87.
135 HvJ EU 16 november 1995, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*).
136 Vgl. EC 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek; Nicolaides 2016A, p. 12.
137 Art. 7:1 WHW.
138 Art 7.34 WHW.
139 Art. 7.45 en 7.46 WHW.
140 Titel 4 van hoofdstuk 7 WHW.
141 Art. 6.2 WHW.
142 NMa 21 december 2001, 2760 (Hogeschool Alkmaar – Hogeschool Haarlem – Hogeschool Holland – Ichtus Hogeschool).
143 *Ibid.*, punt 21.

besloot recenter dat het aanbieden van subsidiabele praktijkopleidingsplaatsen in het kader van de vervolgopleidingen tot gezondheidszorgpsycholoog en psychotherapeut geen economische activiteit is.[144]

4.3.4 Beoordelingskader bij het verrichten van onderzoek

In de 'Mededeling betreffende het begrip staatssteun' geeft de Europese Commissie aan dat zij van mening is dat 'bepaalde activiteiten van universiteiten en onderzoeksorganisaties buiten het toepassingsbereik van de staatssteunregels vallen.'[145] Hiervoor is in paragraaf 4.3.3 de kerntaak 'opleiding met het oog op meer en beter gekwalificeerd menselijk kapitaal' genoemd. De Europese Commissie noemt in dit verband nog twee andere 'kerntaken' van universiteiten en onderzoeksorganisaties: 'het verrichten van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling met het oog op meer kennis en een beter inzicht, daaronder begrepen samenwerking bij onderzoek en ontwikkeling' en 'de verspreiding van onderzoeksresultaten'.[146] Daarnaast noemt de Europese Commissie 'activiteiten inzake kennisoverdracht', die hierna in paragraaf 4.3.5 worden besproken.

De Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie behandelt onderzoeksactiviteiten in iets meer detail. Het onafhankelijk onderzoek met het oog op betere kennis en inzicht[147] 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') moeten volgens deze kaderregeling van de Europese Commissie niet als economische activiteit worden gekwalificeerd.[148] Dat zijn primaire activiteiten van onderzoeksorganisaties en onderzoeksinfrastructuren.

Het gaat volgens de kaderregeling niet om onafhankelijk onderzoek door welke organisatie of groep personen dan ook, maar om organisaties voor onderzoek en kennisverspreiding of onderzoekinfrastructuur. Kenmerkend voor organisaties voor onderzoek en kennisverspreiding is dat zo'n organisatie zich ongeacht de rechtsvorm of financieringswijze 'in hoofdzaak bezighoudt met het onafhankelijk verrichten van fundamenteel onderzoek, industrieel

144 ACM 1 augustus 2019, ACM/18/033072 (*Afwijzing handhavingsbesluit Silver Psychologie*).
145 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), punt 31.
146 *Ibid.*
147 Letterlijk: 'onafhankelijke O&O met het oog op meer kennis en een beter inzicht, met inbegrip van O&O in samenwerkingsverband, wanneer de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur bij daadwerkelijke samenwerking betrokken is' (punt 19).
148 EC 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01), par. 2.1.1.

onderzoek of experimentele ontwikkeling, of met het breed verspreiden van de resultaten van die activiteiten door middel van onderwijs, publicaties of kennisoverdracht.'[149] Bij onderzoeksinfrastructuur gaat het om 'faciliteiten, middelen en verwante diensten die door de wetenschappelijke gemeenschap worden gebruikt om op hun respectieve vakgebied onderzoek te verrichten.'[150] Wat 'onafhankelijk onderzoek' (met oog betere kennis en inzicht) betekent, is onduidelijk. Mogelijk gaat het om wetenschappers die inhoudelijk niet worden aangestuurd door het management. Ook de afbakening van 'de wetenschappelijke gemeenschap' ontbreekt. Opvallend is dat als een organisatie niet te kwalificeren valt als 'organisatie voor onderzoek en kennisverspreiding' en fundamenteel onderzoek verricht met publiek geld, er mogelijk sprake kan zijn van staatssteun. De steun kan vallen onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening, waarbij 100% van de kosten mogen worden gefinancierd maar wel met een maximum van 40 miljoen euro per onderneming per project.[151]

Onafhankelijk onderzoek kan ook in samenwerkingsverband met andere instellingen of ondernemingen worden uitgevoerd.[152] Onderzoek in samenwerking is dus niet per definitie een economische activiteit. Dat is anders wanneer de samenwerkingspartner meer een opdrachtgever is.[153] Het gaat dan om onderzoek doen *namens* ondernemingen en niet *in samenwerking met* ondernemingen. Daarbij stelt de opdrachtgever doorgaans de voorwaarden vast van het te verrichten onderzoek of de te verrichten dienst, is deze op-

149 *Supra* noot 80. Zie punt 15 van Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014. Bij fundamenteel onderzoek gaat het om 'experimentele of theoretische werkzaamheden die voornamelijk worden verricht om nieuwe kennis te verwerven over de fundamentele aspecten van verschijnselen en waarneembare feiten, zonder dat hiermee een rechtstreekse commerciële toepassing of een rechtstreeks commercieel gebruik wordt beoogd'. Bij industrieel onderzoek gaat het om 'het planmatig of kritisch onderzoek dat is gericht op het opdoen van nieuwe kennis en vaardigheden met het oog op de ontwikkeling van nieuwe producten, procedés of diensten, of om bestaande producten, procedés of diensten aanmerkelijk te verbeteren'. Het maken van prototypes in een laboratorium valt onder industrieel onderzoek. Bij experimentele ontwikkeling ligt het onderzoek één fase voor de marktintroductie. Het gaat hierbij om 'het verwerven, combineren, vormgeven en gebruiken van bestaande wetenschappelijke, technologische, zakelijke en andere relevante kennis en vaardigheden, gericht op het ontwikkelen van nieuwe of verbeterde producten, procedés of diensten'. De definities in de Algemene groepsvrijstellingsverordening zijn iets anders geformuleerd: art. 2 Verordening Nr. 651/2014.

150 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 15 onder ff.

151 Art. 4 lid 1 onder i Verordening Nr. 651/2014. Daarbij wordt uitgegaan van een project dat 'overwegend' fundamenteel onderzoek is (meer dan de helft van de voor steun in aanmerking komende kosten wordt gemaakt voor fundamenteel onderzoek).

152 *Ibid.* Zie bijvoorbeeld de samenwerking van de Universiteit Utrecht en Danone: Ministerie van OCW, 'Reactie op het artikel in de Groene Amsterdammer over Danone en de Universiteit Utrecht', 23 augustus 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 31288, nr. 552.

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

drachtgever de eigenaar van de resultaten van de onderzoekwerkzaamheden en draagt de opdrachtgever het risico op mislukking van het onderzoek.[154]

Onderzoek in samenwerkingsverband is onafhankelijk wanneer de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur bij daadwerkelijke samenwerking is betrokken.[155] Daadwerkelijke samenwerking is gedefinieerd als

> 'samenwerking tussen ten minste twee onafhankelijke partijen om kennis of technologie uit te wisselen of om een gemeenschappelijke doelstelling op basis van een taakverdeling te bereiken, waarbij de partijen samen de omvang van het samenwerkingsproject bepalen, bijdragen aan de tenuitvoerlegging ervan, en het risico en de resultaten ervan delen. Een of meer partijen kunnen de volledige kosten van het project dragen en zodoende de andere partijen bevrijden van de aan het project verbonden financiële risico's. Contractonderzoek en het verrichten van onderzoeksdiensten worden niet als vormen van samenwerking beschouwd.'[156]

Dezelfde definitie komt terug in de Algemene groepsvrijstellingsverordening.[157] Die verordening kan relevant zijn wanneer er sprake is van een economische activiteit waarvoor staatssteun wordt verleend. Met de toepassing van deze verordening hoeft geen voorafgaande toestemming van de Europese Commissie voor het verlenen van de steun te worden afgewacht. Als de steun onder de verordening valt, dan wordt deze verenigbaar met de interne markt geacht.[158] Om daadwerkelijke samenwerking te stimuleren binnen industrieel onderzoek[159] en experimentele ontwikkeling[160] kan op basis van de Algemene groepsvrijstellingsverordening een hoger percentage van de in aanmerking komende kosten van onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten worden gesteund.[161] Om daarvan gebruik te maken moet een organisatie voor onderzoek en kennisverspreiding minimaal 10% van de kosten dragen. Deze aanvullende eis wijkt af van de definitie die hiervoor is weergegeven (een of meer partijen kunnen de volledige kosten van het project dragen).[162] De invulling van daadwerkelijk samenwerking om te bepalen of er sprake is van een niet-

154 *Ibid.*
155 *Supra* noten 80 en 147.
156 EC 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01), punt 15 onder h.
157 Art. 2 lid 90 Verordening Nr. 651/2014.
158 Art. 107 lid 2 en 3 VWEU jo. art. 3 AGVV. Zoals in voetnoot 36 is gezegd, kan alleen de Europese Commissie steun verenigbaar met de interne markt achten. Als niet aan alle voorwaarden is voldaan, is de steun onrechtmatig, HvJ EU 28 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:634 (*Bayerische Motoren Werke AG/Europese Commissie*), r.o. 151.
159 *Supra* noot 149 (art. 2 lid 85 Verordening Nr. 651/2014).
160 *Supra* noot 149 (art. 2 lid 68 Verordening Nr. 651/2014).
161 Art. 25 lid 6 onder b Verordening Nr. 651/2014.
162 'Dutch response to the consultation on Revision of the State aid rules for RDI', par. 5. EC, 'Review of the Communication on the Framework for State aid for research and development and innovation', https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-rdi_nl.

economische activiteit en de invulling van daadwerkelijke samenwerking binnen de Algemene groepsvrijstellingsverordening lopen dus uiteen.[163]

Verhuur van uitrusting of laboratoria, contractonderzoek en *consultancy* zijn economische activiteiten.[164] Mogelijk begint een onderzoek onafhankelijk, maar blijkt er later interesse in de vruchten ervan vanuit de markt. Ook kan het onderzoek zijn ingegeven door een behoefte uit de praktijk. Het is onduidelijk wanneer de activiteit van kleur verschiet. In een dergelijk geval lijkt sprake te zijn van een economische activiteit vanaf het moment dat wordt toegewerkt naar het leveren van een product of dienst aan deze geïnteresseerde partij.[165] Daarover is in de context van onderzoek evenwel geen concrete uitspraak gedaan door het Hof van Justitie.

4.3.5 Beoordelingskader bij kennisoverdracht

Kennisoverdracht door middel van exploiteren of overdragen van IE-rechten is volgens *soft law* van de Europese Commissie een economische activiteit.[166] Kennisoverdracht is een breed begrip voor het 'verwerven, verzamelen en delen van expliciete en impliciete kennis, met inbegrip van vaardigheden en competenties voor zowel economische als niet-economische activiteiten zoals onderzoekssamenwerking, consultancy, licentiëring, het creëren van spin-offs, publicaties en mobiliteit van onderzoekers en andere bij die activiteiten betrokken medewerkers'.[167]

De Europese Commissie beschouwt kennisoverdracht als niet-economisch wanneer alle inkomsten uit deze activiteiten opnieuw in de primaire activiteiten van de betrokken onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur

163 Dat geldt specifiek voor artikel 25 Verordening Nr. 651/2014 en niet voor artikel 29 Verordening Nr. 651/2014 (Steun voor proces- en organisatie-innovatie).

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

165 Mohammad, *M&M* 2016, p. 189. Vgl. de discussie over 'aanvang van werkzaamheden' in het kader van het bepalen van een stimulerend effect, een voorwaarde voor de toepassing van Algemene groepsvrijstellingsverordening. Daarvan wordt uitgegaan als de activiteiten waarvoor de steun is bedoeld niet zijn aangevangen voordat de steun is aangevraagd. Grote ondernemingen moeten bovendien aantonen dat het project groter of uitgebreider wordt met de steun, dat zij daarmee meer private middelen kunnen bijleggen of dat de steun het project versnelt. Zie art. 6 van de verordening en Adriaanse, *NtER* 2019.

166 Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01), punt 19 onder b sub i.

167 Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01), punt 1.3 onder c. De definitie daarin luidt verder: 'Naast wetenschappelijke en technologische kennis omvat dit ook andere vormen van kennis zoals kennis over het gebruik van normen en regels waarin deze zijn vastgelegd, en over voorwaarden voor het functioneren onder reële omstandigheden en methoden voor organisatie-innovatie, alsmede het beheer van kennis met betrekking tot het identificeren, verwerven, beschermen, verdedigen en exploiteren van immateriële activa'.

worden geïnvesteerd.[168] De kennisoverdracht moet dan wel worden uitgevoerd door 'de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur (met inbegrip van afdelingen of dochterondernemingen daarvan) of samen met, of namens andere dergelijke entiteiten.'[169] Volgens de Europese Commissie maakt het voor het niet-economische karakter van die activiteiten niet uit of derden de betreffende diensten via openbare tenders hebben ingekocht.[170] Opvallend is dat de 'Mededeling betreffende het begrip staatssteun' spreekt van het opnieuw investeren van alle *inkomsten* uit de activiteiten terwijl de 'Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie' het heeft over het opnieuw investeren van alle *winst* uit deze activiteiten.[171]

In de praktijk wordt een deel van de inkomsten uit de overdracht van IE-rechten uitgekeerd aan de desbetreffende wetenschapper die de vinding heeft gedaan.[172] De billijke vergoeding aan de uitvinder volgt ook uit de Rijksoctrooiwet 1995.[173] Het is onduidelijk of dit in de weg staat aan het voldoen aan het criterium 'dat 'alle inkomsten' of alle 'winst' opnieuw moet worden geïnvesteerd in de kerntaken. Als er sprake is van winstdeling, bijvoorbeeld dat 1/3 deel van de netto-opbrengsten van de exploitatie van het IE-recht wordt uitgekeerd aan de wetenschapper, kan het mijns inziens relevant zijn of de bestemming een eigen 'potje' is binnen de universiteit voor verder onderzoek om te besteden voor eigen onderzoek.[174] Ook kan het relevant zijn of de uitbetaling in de vorm van loon geschiedt en dus als kosten moet worden

168 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun, punt 32.

169 *Ibid.* Zie par. 4.3.3 en noten 80 en 81 voor de definitie van onderzoeksorganisatie en onderzoekinfrastructuur.

170 *Ibid.*

171 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun, punt 32 en Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt. 19 onder b. Zie voor een voorbeeld: EC 11 juni 2012, SA. 34307 (2012/N) – Bulgaria – Development of applied research in research organisations in Bulgaria, punt 26 (kennisoverdracht met een 'intern' karakter) en 27 (geen economische activiteiten).

172 Zie bijvoorbeeld art. 9 Regeling Werken voor Derden 2015 van de Universiteit Leiden, punt 9.3 (niet openbaar beschikbaar): 'De netto opbrengst uit kennisexploitatie middels intellectueel eigendom wordt verdeeld tussen de gezamenlijke wetenschappers die de resultaten hebben behaald waar de rechten op rusten, de betrokken faculteit, en de universiteit (als instelling) volgens de verdeelsleutel 1/3:1/3:1/3, voor zover de wetenschapper(s) actief hebben meegewerkt aan het verkrijgen van bescherming en/of het maken van afspraken met derde(n).' Zie ook VSNU, NFU, KNAW en NWO, Richtsnoer omgang met intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-ups, juli 2016, p. 10-11. De billijke vergoeding vloeit in de context van octrooirechten ook voort uit art. 12 lid 6 Row. Zie verder art. 1.3 CAO Nederlandse Universiteiten.

173 De Universiteit Leiden regelt dat de uitvinder of maker de vergoeding kan 'laten uitbetalen of (indien en voorzover is afgesproken binnen de eigen faculteit) vrij besteden voor onderzoek', Regeling Werken voor Derden 2015 van de Universiteit Leiden, p. 10.

174 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling & Innovatie 2014, punt 20. De Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' (2016/C 262/01), punt 207 noemt alleen de onderzoeksinfrastructuur en niet de onderzoeksorganisatie.

gezien dan wel wordt gedaan in de vorm van een winstuitkering aan een b.v. van de wetenschappelijke medewerker. De laatstgenoemde omstandigheid lijkt niet te passen binnen het criterium van opnieuw investeren van inkomsten of winsten in primaire activiteiten.

4.3.6 Zuiver ondersteunende activiteiten

Het komt voor dat er bij het verrichten van niet-economische activiteiten tegelijkertijd economische activiteiten worden uitgevoerd. Tijdens het onafhankelijk onderzoek kan een universiteit onderzoeksmateriaal verhuren aan de samenwerkingspartij. Volgens de Europese Commissie kan er in een dergelijk geval sprake zijn van 'zuiver ondersteunende activiteiten' en worden de activiteiten daarmee beschouwd als niet-economisch. De Europese Commissie hanteert de volgende cumulatieve vereisten voor de kwalificatie 'zuiver ondersteunende activiteiten' van onderzoeksorganisaties of onderzoeksinfrastructuur.[175] Het moet gaan om een activiteit die rechtstreeks verband houdt met, en noodzakelijk is voor het functioneren van de instelling of die 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% bedragen van de totale jaarlijkse capaciteit.[176] In dat kader moet een gescheiden boekhouding worden gevoerd.[177] Steun die binnen deze voorwaarden valt (hierna: de 20%-norm) lijkt op *de-minimis*steun waarbij de steun wordt geacht geen effect te hebben op het interstatelijk handelsverkeer en daarmee buiten de reikwijdte van artikel 107, eerste lid, VWEU valt.[178]

Bij deze vereisten plaatsen Buts, Nicolaides & Pirlet kanttekeningen.[179] Bij het berekenen van de capaciteit van 20% vragen zij zich af hoe het zit in

175 EC 19 juli 2016, Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun (2016/C 262/01), par. 2.5.

176 Zie daarover ook Nicolaides 2016B, p. 9. Aanvankelijk was in een ontwerp van de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014 geen percentage genoemd en later 15% van het totale budget (Von Wendland, *European State Aid Law Quarterly* 2015, 1, p. 43 (voetnoot 133). Sommige kennisinstellingen hebben de betreffende uitzondering verwelkomd (CMS, 'Response of TNO, Deltares, ECN, MARIN and NLR on the Draft framework for state aid for research and development and innovation', datum ombekend). Particuliere ondernemers wijzen echter op concurrentieverstorende effecten ('Philips response to the consultation on the General Block Exemption Regulation (GBER)- R&D&I aspects', 25 juni 2013; 'Businesseurope views on the revised draft General Block Exemption Regulation', 15 juli 2013). Anderen wezen op de onduidelijke formulering van de regel (Nysingh, 'Consultation on the draft R&D&I-Framework, 17 februari 2014).

177 Vgl. Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling & Innovatie 2014, punt 15 onder ee.

178 Zoals besproken in paragraaf 4.2. Zie ook Von Wendland, *European State Aid Law Quarterly* 2015, 1, p. 43.

179 Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 506-507.

de situatie dat er meerdere 'inputs' worden gebruikt voor de economische activiteit, zoals 15% van de uitrusting, 18% van het materiaal en 24% van het personeel. Zij betwijfelen of het logisch is om een gemiddelde van 19% te nemen dan wel de 'inputs' afzonderlijk in de gaten te houden om niet boven de 20%-norm uit te stijgen. Daarnaast is er volgens hen ook binnen een categorie van inputs een telprobleem. Zij schetsen de situatie van de aanwezigheid van tien identieke machines en laboratoriumtechnici. Bij het 100% gebruik van één machine en één personeelslid voor economische activiteiten en de rest voor niet-economische activiteiten, is er sprake van gebruik van 10% van de totale gebruikscapaciteit. Er is evenwel geen sprake van het 'gebruiken van dezelfde input' van de niet-economische activiteiten. Uit het feit dat de machines identiek en inwisselbaar zijn, is het alternatief dat elke machine voor 10% gebruikt kon worden. Hetzelfde geldt voor het personeel dat onderling inwisselbaar kan worden ingezet. Daarmee wordt de 20%-norm niet overschreden. Buts, Nicolaides & Pirlet hanteren de volgende wijze van berekenen (in het geval van de inzet van uitrusting voor niet-economische activiteiten en economische activiteiten):

- Onderscheid de uitrusting in categoriën op basis van het criterium van één categorie voor uitrusting die inwisselbaar is.
- Voor elke categorie wordt de inzet voor economische activiteit gemonitord, zodat deze niet hoger is dat 20% van de jaarlijkse capaciteit. Dat wordt gedaan door uit te gaan van de som van de werkdagen in een jaar. Het economisch gebruik mag niet meer zijn dan 20% van dat aantal werkdagen. Gebruiksspecifiek onderhoud (voor de economische activiteit) wordt meegerekend in de totale jaarlijkse capaciteit en in het economisch gebruik. Algemeen onderhoud wordt afgetrokken van de totale jaarlijkse capaciteit.

Het Hof van Justitie heeft tot op heden de 20%-norm voor 'zuiver ondersteunende activiteiten' van onderzoeksinfrastructuur nog niet bevestigd. Het gaat hier om een interpretatie van de Europese staatssteunregels door de Europese Commissie. In de zaak *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, die hiervoor in paragraaf 4.3 is beschreven, is de 20%-norm wel onderdeel van discussie geweest. Uit de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott blijkt dat de Europese Commissie (tijdens de terechtzitting) zich heeft uitgelaten over de niet noemenswaardige omvang van de ondernemingsactiviteiten, waardoor er per saldo geen economische activiteit wordt verricht.[180] Volgens Advocaat-Generaal Kokott lijkt de Europese Commissie ervan uit te gaan dat 'een economische activiteit tot ten hoogste 20% van het gehele onderwijsaanbod van een instelling zoals de Congregación een zuiver ondersteunende activiteit van volledig ondergeschikt belang is.'[181] Zij geeft aan dat de Europese Commissie

180 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), punt 53.
181 *Ibid.*

zich beroept op haar algemene groepsvrijstellingsverordening en de Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek.[182] Kokott stelt zich op een ander standpunt. Terecht geeft zij aan dat er groot gewicht moet worden toegekend aan de algemene groepsvrijstellingsverordening, aangezien deze verordening een bindende handeling is.[183] Maar de Europese Commissie verwijst volgens haar naar het dispositief van deze verordening en daarin is geen drempelwaarde van 20% te vinden behalve voor de specifieke context van onderzoeksinfrastructuur.[184] Dezelfde formulering daarin, bedoeld voor onderzoeksorganisaties en onderzoeksinfrastructuur, is te vinden in de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie. Dat is een juridisch niet bindende mededeling van de Europese Commissie, waarin zij 'haar bestuurlijke praktijk bekend maakt en de lidstaten bepaalde maatregelen in overweging geeft'.[185] Volgens Kokott is het niet 'dwingend voorgeschreven om de door de Commissie specifiek voor onderzoeksinfrastructuur ontwikkelde, relatief hoge drempelwaarde van 20% algemeen toe te passen en deze steeds te gebruiken bij de bepaling of een activiteit economisch dan wel niet-economisch van aard is.'[186] Volgens Kokott moet voor het aanmerken van een economische activiteit als 'volledig ondergeschikt' (aan de niet-economische activiteit) eerder aangesloten worden bij de 'algemeen gebruikelijke drempelwaardes in het mededingingsrecht en op overige aan de interne markt gerelateerde gebieden'[187] Hiervoor verwijst zij ten eerste naar de rechtspraak[188] en de praktijk van de Europese Commissie[189] waarin (naast andere criteria) een marktaandeel van 5% wordt toegepast om te beoordelen of 'bepaalde gedragingen van ondernemingen de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden'.[190] Ten tweede verwijst ze naar een machtigingsbeschikking, gericht aan Duitsland. Daarin staat dat

182 *Ibid.* Considerans, punt 49 van Verordening (EU) nr. 651/2014 en Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie, punt 20. De Europese Commissie hanteert dit ook in de latere Mededeling betreffende het begrip staatssteun uit 2016 voor 'gebruikelijke faciliteiten (zoals restaurants, winkels of plaatsen voor betaald parkeren) van infrastructuur die vrijwel uitsluitend voor een niet-economisch activiteit wordt gebruikt (EC 19 juli 2016, Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun (2016/C 262/01), punt 207).

183 Art. 22 lid 2 VWEU; Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), punt 56.

184 *Ibid.*

185 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), punt 56.

186 *Ibid.*, punt 57.

187 *Ibid.*, punt 58.

188 In de conclusie wordt niet verwezen naar een uitspraak, maar gedacht kan worden aan HvJ EU 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:514 (*Europese Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje)* waarvoor AG Kokott ook een conclusie heeft genomen (Conclusie AG Kokott 29 november 2012, ECLI:EU:C:2012:763.

189 AG Kokott verwijst naar de Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, punten 46, 52 en 53 (PB 2004, C 101, p. 81).

190 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135, punt 58.

Duitsland in het kader van de btw-heffing uitgaven voor goederen en diensten van het recht op aftrek mag uitsluiten wanneer deze goederen en diensten voor meer dan 90% van het totale gebruik voor de privédoeleinden van de belastingplichtige of diens werknemers of, meer in het algemeen, voor andere dan bedrijfsdoeleinden worden gebruikt.[191] De Advocaat-Generaal concludeert op basis hiervan dat een economische activiteit alleen als volledig ondergeschikt mag worden aangemerkt indien 'deze wat de omvang ervan betreft minder dan 10% van de aan de orde zijnde activiteiten van de betrokken instelling in de relevante sector vormt (hier: 10% van de activiteiten van de Congregación op het gebied van schoolonderwijs).'[192] Vervolgens overweegt zij dat als 'de economische activiteit van een instelling zoals de Congregación echter 10% of meer van haar activiteiten vormt, (…) ervan [moet] (…) worden [uit]gegaan dat deze instelling deels economisch en deels niet-economisch actief is.'[193] De belastingvrijstelling moet dan pro-rata als een mogelijk voordeel worden beschouwd dat aan het verbod op staatssteun moet worden getoetst.[194] Voor zover de belastingvrijstelling ziet op een schoolgebouw dat wordt gebruikt om onderwijs aan te bieden in het kader van haar sociale, culturele en onderwijskundige taak, valt deze belastingvrijstelling buiten het staatssteunverbod. Maar als het gebouw wordt gebruikt 'voor puur commerciële doeleinden' (zoals bijles), is het staatssteunverbod wel van toepassing. Daarentegen is er sprake van een economische activiteit voor zover het betrokken gebouw voor puur commerciële doeleinden wordt gebruikt. Dan kan het staatssteunverbod van toepassing zijn.[195] Advocaat-Generaal Kokott gaat op de voorwaarden uit artikel 107 VWEU af en merkt op dat er geen drempel en geen percentage is 'waarbij men ervan uit kan gaan dat de handel tussen lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed, indien deze drempel of dit percentage niet wordt overschreden.' Ook kleine bedragen of kleine ondernemingen kunnen het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.[196] Vervolgens noemt zij de *de-minimis*verordening en constateert zij dat de belastingvrijstelling in dit geval daarmee niet in overeenstemming is, aangezien deze niet is gelimiteerd tot 200.000 euro over drie belastingjaren en dit bedrag heeft

191 Artikel 1 van de beschikking 2000/186/EG van de Raad van 28 februari 2000 (PB 2000, L 59, p. 12). Zie hierover ook HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:687 (*Landkreis Potsdam-Mittelmark/Finanzamt Brandenburg*). Zie meer recent: Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/1776 van de Raad van 5 oktober 2021 tot wijziging van Beschikking 2009/791/EG waarbij de Bondsrepubliek Duitsland wordt gemachtigd een maatregel te blijven toepassen die afwijkt van artikel 168 van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, 11 oktober 2021 (L 360/112).

192 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), punt 58.

193 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2016, ECLI:EU:C:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), punt 59.

194 *Ibid.*

195 *Ibid.*, punt 60.

196 *Ibid.*, punt. 82.

overschreden.[197] Er is dus sprake van staatssteun, tenzij het gebouw alleen wordt gebruikt voor niet-economische activiteiten.

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest alleen de *de-minimis*verordening genoemd en is voorbijgegaan aan de discussie over de 20%-norm of het alternatief van een 10%-norm van Advocaat-Generaal Kokott.[198] Het valt te betwijfelen of de 10%-norm ooit wordt overgenomen. Advocaat Generaal Kokott verwijst hiervoor naar bronnen waaruit verschillende drempelwaarden te herleiden zijn, 5% en 10%, om te bepalen of er invloed kan zijn op het interstatelijk handelsverkeer. Het is vanuit de systematiek van artikel 107 VWEU juist om met een drempelwaarde hooguit een uitspraak te doen over de invloed van de steun op het interstatelijk handelsverkeer, en niet over de kwalificatie van een activiteit als economische activiteit of niet-economische activiteit. Toch verwijst Kokott hier naar bronnen die niet bindend zijn in de context van het Europees staatssteunrecht. In haar analyse past ze daarom ook terecht alleen de *de-minimis*verordening toe. Bovendien is onduidelijk waarvan de 10% berekend zou moeten worden: het aandeel aan economische activiteiten binnen de onderwijsinstelling of het marktaandeel dat de onderwijsinstelling voor die activiteiten heeft? Het eerste kan bijvoorbeeld berekend worden aan de hand van het aantal lesuren (waarbij er discussie kan bestaan over het aggregatieniveau: over alle scholen van de religieuze gemeenschap, per school of per afdeling).[199] Het tweede veronderstelt een economische marktanalyse, die wellicht meer administratieve lasten meebrengt dan de 20%-norm van de Europese Commissie. Al met al is er nog geen 20%-norm aanvaard door het Hof van Justitie. Het is niet uitgesloten dat, als de Europese Commissie in een bepaalde zaak afwijkt van deze 20%-norm uit haar eigen Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie, het Hof van Justitie vanuit het oogpunt van rechtszekerheid deze 20%-norm handhaaft.

4.3.7 Toepassing van de beoordelingskaders: voorbeelden uit de beschikkingenpraktijk

Hiervoor zijn de beoordelingskaders besproken voor de vraag wanneer er sprake is van een onderneming. Daarin is de *soft law* van de Europese Commissie besproken voor zover het gaat om de vraag wanneer sprake is van een onderneming bij het verzorgen van onderwijs, het verrichten van onderzoek en het overdragen van kennis. Ook is de beschikbare jurisprudentie hierover besproken, die gaat over het verzorgen van onderwijs. In deze jurisprudentie sluit het Hof van Justitie van de EU aan bij zijn eerdere jurisprudentie over

197 *Ibid.*, punt 58.
198 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*).
199 Vgl. Mohammad & Al Khatib in *AB* 2017/388.

de vraag wanneer onderwijs een dienst is.[200] Specifieke aandacht is besteed aan een besluit van de Europese Commissie dat gaat over de financiering van een Catalaans conservatorium.[201] Uit dit besluit kan worden afgeleid hoe de Europese Commissie de woordgroep 'onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk worden gefinancierd' (uit overheidsmiddelen of particuliere middelen) heeft geduid, namelijk dat het daarbij gaat om de meerderheid van de gelden.[202]

In de nu volgende subparagrafen worden voorbeelden gegeven van beschikkingen van de Europese Commissie in het kader van het Europees staatssteunrecht (par. 4.3.7.1.) en worden enkele besluiten van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) besproken waarin het begrip 'economische activiteiten' wordt geïnterpreteerd (par. 4.3.7.2). Dat begrip is immers ook relevant voor het overige mededingingsrecht. De besluiten gaan weliswaar niet over het Europees staatssteunrecht, maar kunnen in concrete gevallen worden meegenomen bij het vormen van een beeld over de vraag of er in de visie van de ACM sprake is van een economische activiteit.

4.3.7.1 Besluiten van de Europese Commissie

Twee besluiten van de Commissie hebben betrekking op de vraag of een Nederlandse instelling of school een onderneming is. Deze zullen hieronder worden besproken. Daarnaast komen drie zaken aan de orde die speelden in andere lidstaten.

Digitale Universiteit

In een besluit van de Commissie van 15 januari 2002 ging het om de vraag of een subsidie kan worden verleend aan de Digitale Universiteit.[203] Dit was naar aanleiding van een melding van staatssteun bij de Europese Commissie. Hierna volgt een beschrijving van het besluit.

De Digitale Universiteit was een stichting zonder winstoogmerk, waaraan negen instellingen deelnamen.[204] Het doel van het consortium was het ontwikkelen en exploiteren van een elektronische leeromgeving in het hoger onderwijs en het implementeren van innovaties rondom het hoger onderwijs. De Digitale Universiteit zou online leermateriaal ontwikkelen voor zowel onderwijsinstellingen als bedrijven om bij te dragen aan het concept van *Leven lang leren*. De Digitale Universiteit had drie functies: een ontwikkelfunctie,

200 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), r.o. 47-50.

201 Zie par. 4.3.3.1.

202 *Ibid.*

203 EC 15 januari 2002, NN 152/2001. Vgl. EC 20 september 2019, SA. 34403 (*Hochschul Informations System*).

204 De stichting komt voort uit een gemeenschappelijke regeling tussen samenwerkende bekostigde instellingen (art. 8.1 WHW). EC 15 januari 2002, NN 152/2001, p. 2.

een exploitatiefunctie en een faciliterende functie.[205] Deze drie functies werden in drie organisatorisch en financieel-administratief strikt gescheiden onderdelen gerealiseerd. De niet-commerciële activiteiten zouden worden uitgevoerd in het Ontwikkel en Expertise Centrum (OEC). De risicodragende (commerciële) activiteiten zouden worden ondergebracht in twee afzonderlijke juridische entiteiten. De Educational Service Provider zou met zijn diensten zowel de deelnemende instellingen als de andere partijen faciliteren bij het implementeren van het e-learning concept, bijvoorbeeld door het beheren van het webportaal en door IT-supportdiensten aan te bieden. De Exploitatieonderneming EBV zou cursusinhoud ontwikkelen en cursussen aanbieden op de markt voor *Leven lang leren*.

De doelstelling van het OEC lag bij het, in overeenstemming met de wettelijke onderwijstaken van de deelnemende instellingen, ontwikkelen van een samenhangend pakket van producten en diensten voor leren in een elektronische leeromgeving op het niveau van het hoger onderwijs.[206] Daartoe werden vier ontwikkelprogramma's opgezet: elektronische leeromgeving, instrumentatie van het leerproces, ontwikkeling van online leermateriaal en verspreiding van expertise. Projectgewijze samenwerking met niet-deelnemende instellingen van hoger onderwijs in het buitenland zou mogelijk zijn. De resultaten van het OEC zouden op non-discriminatoire wijze worden verspreid in heel het Nederlandse stelsel van hoger onderwijs en bij andere geïnteresseerde marktpartijen die online leermaterialen konden aanbieden op de markt voor eindverbruikers. Zowel de negen deelnemende als de niet-deelnemende partijen betaalden een gelijkwaardige prijs voor de producten van het OEC. Een voorwaarde voor subsidieverlening aan het OEC was dat het commerciële en niet-commerciële activiteiten strikt gescheiden moest houden om kruissubsidiering te vermijden. Een andere voorwaarde was dat de producten van het OEC aan het gehele hoger onderwijs in Nederland ten goede moesten komen, tegen een redelijke vergoeding.[207]

De Europese Commissie nam bij de beoordeling van deze zaak de volgende elementen in aanmerking:[208]

- De activiteiten behoren tot de wettelijke taak op het gebied van het hoger onderwijs (kennisverspreiding); er wordt een wettelijke overheidstaak mee uitgevoerd.
- Het gaat om een stichting zonder winstoogmerk die voortkomt uit een publiekrechtelijke regeling.
- Alle deelnemende instellingen vallen onder de toepassing van de WHW.

205 EC 15 januari 2002, NN 152/2001, p. 3.
206 *Ibid.*
207 *Ibid.*, p. 4.
208 *Ibid.*, par. 3.

- Met het verlenen van subsidies aan het OEC voor ICT-diensten op het gebied van het initieel onderwijs, post-initieel hoger onderwijs en *Leven lang leren*, vervult de staat zijn opvoedkundige taak.
- Er is een juridische en administratieve scheiding tussen de commerciële afdelingen en het niet-commerciële OEC.

De Europese Commissie kwam tot het oordeel dat geen sprake was van staatssteun, omdat de stichting voor wat betreft de taken van het gesubsidieerde OEC geen onderneming is. Dat is een opvallende conclusie, want er zitten wel degelijk elementen in de werkzaamheden van het OEC die economisch van aard zijn, zoals het ontwikkelen van online leermateriaal voor het post-initieel onderwijs. Het post-initieel onderwijs wordt normaliter tegen betaling uitgevoerd en maakt geen onderdeel uit van het nationaal onderwijsstelsel. Hetzelfde geldt voor het maken van online leermateriaal of verlenen van ICT-diensten. De Europese Commissie overwoog echter dat er sprake is van de uitvoering van een wettelijke taak. Deelnemende instelling de Open Universiteit heeft namelijk als wettelijke taak om een bijdrage te leveren aan het vernieuwen van het hoger onderwijs.[209]

Roc's en inburgering

Bij de liberalisering van de markt voor inburgeringscursussen in 2006 wilde de Minister van OCW een overgangsbudget toekennen aan de Regionale Opleidingscentra (ROC's) die deze cursussen leverden aan gemeenten.[210] Daartoe hebben ROC's veel investeringen gedaan, zoals vast personeel aangenomen, omdat het verzorgen van de cursussen vóór de liberalisering onderdeel was van de wettelijke taak. De steun in de vorm van het overgangsbudget is gemeld bij de Europese Commissie.

De Europese Commissie oordeelde dat hierbij sprake is van staatssteun, omdat de markt voor concurrentie werd opengesteld.[211] Dat was vóór de liberalisering al het geval bij de markt voor inburgeringscursussen voor oudkomers, die niet verplicht waren een cursus te volgen. Volgens de Europese Commissie valt het bovendien niet uit te sluiten dat ROC's rechtstreeks zullen concurreren met internationale taalinstituten of soortgelijke buitenlandse

209 Art. 1.3 lid 4 WHW.

210 Over de scheiding tussen de publieke taak van het taalonderwijs en de inburgering die aan de markt wordt overgelaten: 'ter voorkoming van een eventuele situatie waarbij de taalcursussen die met publieke middelen worden gefinancierd conflicteren met de inburgeringscursussen (die een belangrijke taalcomponent zullen hebben) die op commerciële basis worden aangeboden, zullen inburgeringsplichtigen dan ook niet kunnen deelnemen aan het taalonderwijs dat onder de publieke taak valt' (EC 12 oktober 2016, Steunmaatregel N 348/2006, punt 14)

211 *Ibid.*, punt 29.

ondernemingen die de geliberaliseerde markt willen betreden.[212] Het toekennen van het overgangsbudget was daarmee staatssteun. Wel was de steun verenigbaar met de markt, aangezien 'de steun de ontwikkeling van de markt voor inburgeringscursussen zal vergemakkelijken zonder de voorwaarden waaronder het handelsverkeer in de EU plaatsvindt in aanzienlijke mate te beïnvloeden.'[213] De Europese Commissie noemt in dit kader verwachte positieve ontwikkelingen, zoals 'hogere kwaliteit, grotere kwantiteit en verscheidenheid en lagere prijs'.[214] Ook zijn 'onderwijs en opleiding (…) hoekstenen van de hernieuwde Lissabon-strategie en alles wat door lidstaten wordt ondernomen om deze gebieden te verbeteren moet worden aangemoedigd'.[215] Wat betreft de beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU speelt in dit verband onder andere dat er op het ogenblik 'geen buitenlandse spelers zijn op de markt voor inburgeringscursussen voor oudkomers' en dat 'de steun ten goede komt aan een beperkt aantal begunstigden die binnen een strikt regelgevingskader werkzaam zijn (non-profit-organisaties)'.[216] De Europese Commissie acht de steun dan ook vereist (om marktverstoring voor ROC's te voorkomen) voor het nagestreefde doel (liberalisering). De steun is ook redelijk, loopt drie jaar (neemt in die jaren ook af) en staat daarmee in (evenredige) verhouding tot het doel.[217]

College of Nyíregyháza

In haar besluit van 26 november 2008 oordeelde de Europese Commissie over de verenigbaarheid met de interne markt van de gemelde steun voor de Hongaarse bekostigde instelling College of Nyíregyháza.[218] De publieke taken van de instelling zijn het verrichten van fundamenteel en industrieel onderzoek, experimentele ontwikkeling en de verspreiding van resultaten door middel van onderwijs, publicaties en technologieoverdracht. De inkomsten uit technologieoverdracht werden terug geïnvesteerd in de kerntaken van de instelling. Het doel van de steun was het opzetten van een Partium Knowledge Centre, met als doel versterken van *Leven lang leren* en gespecialiseerde beroepsopleidingen. Ook moest de samenwerking tussen het hoger onderwijs en de private sector versterkt worden. Er werd binnen het Partium Knowledge Centre een Service Centre opgezet dat trainingsprogramma's aanbood, een

212 *Ibid.*, p. 30: 'De taalcomponent van deze cursussen is echter niet specifiek voor de doelgroep maar veeleer algemeen van aard en kan in beginsel door internationale taalinstituten of soortgelijke buitenlandse bedrijven worden verzorgd. Hoewel het waarschijnlijk moeilijker is voor potentiële internationale concurrenten om onderwijs in kennis van de Nederlandse samenleving aan te bieden, kan deze mogelijkheid, gelet op de vrij algemene aard van het onderwijs, niet worden uitgesloten'.

213 *Ibid.*, punt 32.

214 *Ibid.*, punt 33 onder c.

215 *Ibid.*, punt 33 onder d.

216 *Ibid.*, punt 34.

217 *Ibid.*, punt 35.

218 EC 26 juli 2008, N 343/2008.

Virtual Campus voor onder andere afstandstraining en een Cooperative R&D Centre dat tot doel had: innovatie en verbetering van de concurrentiepositie door publiek-private samenwerking.

De Commissie heeft geoordeeld dat 'education for more and better skilled human resources' niet onder economische activiteiten valt.[219] De diensten van het Service Centre waren voor iedereen kosteloos toegankelijk en daarmee niet-economisch van aard. De begunstigden die de trainingen van de Virtual Campus volgden, waren individuen en geen ondernemingen, waardoor geen staatssteun aan ondernemingen werd verleend. Ook werd een strikte administratieve scheiding gehanteerd tussen economische en niet-economische activiteiten. De technologieoverdracht, in de vorm van onder andere licenties en het opzetten van spin-offs, wordt volgens de Kaderregeling Onderzoek, ontwikkeling en innovatie als niet-economisch beschouwd als deze 'intern' van aard is en alle inkomsten hieruit worden terug geïnvesteerd in de kerntaken van de onderzoeksorganisatie.[220]

Magistrát města Přerova

In een vergelijkbaar besluit van 30 november 2009 oordeelde de Europese Commissie over de steun van de Tsjechische gemeente Pøerov aan de onderwijsinstelling *Magistrát města Přerova* voor de aanschaf van onderwijsmateriaal, inclusief laboratoriummateriaal, bibliotheek en ICT-infrastructuur.[221] De ontvanger was een 'college' dat een bachelorprogramma aanbood. Het college had 133 studenten en wilde vanaf cohort 2007/08 per jaar 90 voltijdsstudenten en 45 studenten voor afstandsonderwijs kunnen aannemen. Het college had bij besluit van de Minister van Onderwijs toestemming gekregen om onderwijs aan te bieden als een 'tertiary education establishment on a non-university base' en kreeg accreditatie voor zijn bachelorprogramma. Het college had geen vrijheid ten aanzien van het ontplooien van andere activiteiten; het mocht op grond van de 'vergunning' (toestemming minister) geen activiteiten aanbieden die geen binding hebben met 'education and scientific research, development [or] other creative activities'.[222]

De Europese Commissie merkt in haar besluit op dat de instelling onderwijs aanbiedt 'dat binnen het nationale onderwijsstelsel' valt.[223] De Commissie hecht waarde aan de voorwaarde dat geen andere activiteiten kunnen worden ontplooid, maakt er melding van dat winst moet terugvloeien in de kerntaken van de instelling en concludeert dat het college niet het doel heeft 'dienstver-

219 EC 26 juli 2008, N 343/2008, punt 18; Zie Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, voetnoot 2.

220 Het is onduidelijk wat precies met ''intern'' wordt bedoeld. Vgl. EC 11 juni 2012, SA. 34307 (2012/N) – Bulgaria – Development of applied research in research organisations in Bulgaria, punt 26 (kennisoverdracht met een 'intern' karakter).

221 EC 8 november 2006, NN54/2006.

222 *Ibid.*, punt 15.

223 *Ibid.*

richtingen tegen een vergoeding' aan te bieden. Er is dus, aldus de Commissie, geen sprake van een onderneming.

The Provision of Catering
In een beslissing van de Europese Commissie van 4 juni 2018 werd naar aanleiding van een klacht geoordeeld dat cateringdiensten door Tsjechische scholen of onderwijsinstellingen een interne en geen economische activiteit vormden.[224] Het verlenen van catering is onderdeel van het schoolsysteem en wettelijk verplicht, ook voor private scholen die hiervoor publieke financiering krijgen. Leerlingen betalen een fractie van de kosten.[225] Zij kunnen dan ook producten aan bezoekers verkopen, maar daarvoor geldt een gescheiden boekhouding. Catering kan ook uitbesteed worden aan private partijen. Die zijn geen onderdeel van het nationaal onderwijsstelsel, bevinden zich op een markt waar mededinging is met andere verleners van cateringdiensten en kunnen dan ook een onderneming zijn in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU.[226]

4.3.7.2 De Autoriteit Consument en Markt

De ACM heeft geen bevoegdheid om op te treden in staatssteunzaken. Uitsluitend de Europese Commissie is bevoegd om de verenigbaarheid van de steun met de interne markt te beoordelen.[227] De nationale rechter oordeelt over de rechtmatigheid van de steunverlening ('wel of niet in strijd met de *standstill*-verplichting').[228]

Over de vraag of onderwijsinstellingen economische activiteiten uitvoeren, heeft de ACM zich echter wél uitgelaten in het kader van het mededingingsrecht. In 2016 besloot de ACM dat het initiële onderwijs aan het AMC en het VUMC, voor studenten die het instellingscollegegeld verschuldigd zijn, een economische activiteit is.[229]

In een informele zienswijze uit 2016 liet ACM zich uit over de vraag of aanbieden van speciaal onderwijs door basisscholen een economische activiteit

224 *Ibid.*
225 *Ibid.*, o.a. punt 72-73. Ook catering door de bekostigde instellingen *Higher Technical School* en de *Secondary Technical School of Agricultural Technology* is geen economische activiteit (punt 79-82).
226 *Ibid.*, punt 93-94.
227 Zie over de rol van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunrecht: Metselaar 2016, par. 2.5
228 Zie over de rol van de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht: Metselaar 2016, par. 2.6. Zie voor een overzicht over de terugvordering van onrechtmatige steun: Aalbers & Adriaanse 2021, p. 1089-1116.
229 ACM, 'Vergunningseis voor de concentratie tussen het Academisch Medisch Centrum en Stichting VUmc', 14 december 2016, zaaknummer 16.0685.22, randnummer 35.

is.[230] Zij kwam tot de conclusie dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat geen sprake is van tegen betaling verlenen van diensten.

In 2003 en 2005 nam de NMa, als rechtsvoorganger van de ACM, een besluit over vermeend misbruik van machtspositie door Waldeck, een houdstermaatschappij met als enige aandeelhouders de Leidse Onderwijsinstellingen en Studieplan.[231] Waldeck is een commerciële partij, waardoor het duidelijk was dat dit een onderneming is en het beoordelingskader voor het ondernemingsbegrip geen rol speelde.

In een oudere zaak, uit 2001, besloot de NMa dat bekostigde hogescholen geen ondernemingen zijn bij het aanbieden van initieel onderwijs.[232] Er was volgens de ACM geen sprake van 'commerciële speelruimte'. De NMa nam de volgende aspecten in aanmerking:

1. De hoogte van het collegegeld is wettelijk vastgesteld. De hogeschool heeft geen invloed op de prijs en kan niet variëren naar gelang van de kosten van de studie.
2. De bekostigde instellingen hebben 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. Toetreding tot het bekostigde onderwijs is gereguleerd. Alleen in de WHW genoemde instellingen zijn bekostigd.
4. Bekostigde instellingen hebben geen of beperkte invloed op het aantal studenten dat ze willen toelaten.
5. Bekostigde instellingen hebben nauwelijks invloed op de hoogte van de rijksbijdrage.

De NMa heeft ten aanzien van postinitiële hbo-opleidingen van bekostigde instellingen overwogen dat deze activiteiten wel onder het ondernemingsbegrip vallen.[233] Dat geldt ook voor de onbekostigde instelling voor zover die wel commerciële speelruimte heeft.[234]

In een besluit uit 1998 besloot de NMa dat de Muziekschool en de School voor de Expressie geen misbruik van machtspositie maken door zeer lage tarieven te hanteren.[235] De NMa nam aan dat er sprake is van een economische activiteit. Klager (het Muzisch Collectief) en andere privaatrechtelijke partijen

230 ACM 20 juni 2016, 16.0330.15 (*Informele zienswijze speciaal onderwijs*).
231 Zaaknrs. 3125, 3801 en 3802 <https://www.acm.nl/nl/zaak/3125-3801-en-3802>.
232 NMa 21 december 2001, 2760/Hogeschool Alkmaar, par. 41 e.v. Vgl. NMa 31 juli 1998, 5/Lestarieven muziekscholen en Bundesgerichtshof 23 oktober 1979, KZR 22/78 (*Berliner Musikschule*); zie over de laatstgenoemde uitspraak: Swennen, *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, 4, p. 259-280.
233 *Ibid.*, par. 51.
234 *Ibid.*, par. 52.
235 NMa 31 juli 1998, 5/Lestarieven muziekscholen en Bundesgerichtshof 23 oktober 1979, KZR 22/78 (Berliner Musikschule); zie over deze zaak ook Swennen, *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, 4, p. 259-280.

boden immers muziekonderwijs en kunstzinnige vorming aan op commerciële basis. De NMa oordeelde dat geen sprake was van misbruik van machtspositie, omdat de scholen niet vrij waren in het vaststellen van de tarieven: deze werden door de gemeente Roosendaal bij besluit vastgesteld.

4.3.8 Resumerend

Uit het voorgaande ontstaat het beeld dat universiteiten niet snel als onderneming worden aangemerkt, ook al zijn er private spelers aanwezig die soortgelijke diensten aanbieden. Als niet-economische activiteit wordt beschouwd het onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel valt en wordt verzorgd door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk door de staat worden bekostigd, het onafhankelijk onderzoek (niet in opdracht van bijvoorbeeld overheden of bedrijven), en kennisoverdracht, zolang dat op een vrije en non-discriminatoire basis plaatsvindt. Is sprake van technologieoverdracht waarbij inkomsten worden verworven, dan beschouwt de Europese Commissie dit niet als economische activiteit als die inkomsten weer worden gestoken in de niet-economische kerntaken van de kennisinstelling. Andere activiteiten, zoals contractonderzoek, advisering en verhuur van uitrusting zullen sneller commercieel van aard zijn.

4.4 Toerekenbaarheid aan de staat en staatsmiddelen

Hiervoor stond het ondernemingsbegrip centraal. Voor de toepasselijkheid van artikel 107, eerste lid, VWEU moet er sprake zijn van 'steunmaatregelen van de staten of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd'. Voordelen kunnen alleen steunmaatregelen zijn als zij 'enerzijds, rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd, en anderzijds, aan de staat kunnen worden toegerekend.'[236] De 'Mededeling betreffende het begrip staatssteun' gaat op deze voorwaarden uitgebreid in.[237]

Als een overheidsinstantie een economisch voordeel toekent aan een begunstigde, zoals een universiteit die handelt als onderneming, dan 'valt deze maatregel per definitie aan de Staat toe te rekenen, zelfs indien de betrokken instantie juridische autonomie ten opzichte van andere overheden geniet.'[238] Dat is ook het geval als de overheidsorganisatie 'een publiek- of privaatrechte-

236 HvJ EU 9 december 2013, EU:C:2013:851 (*Association Vent De Colère! E.a.*); HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), r.o. 74-77.
237 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 3.
238 *Ibid.*, p. 3.1.

lijk orgaan aanwijst om de maatregel waarmee een voordeel wordt verleend, te beheren'.[239]

Bij overheidsbedrijven[240] ligt het bepalen van de toerekenbaarheid van de steun lastiger en geeft de Europese Commissie aanwijzingen voor het bepalen van de toerekenbaarheid van de steun. Die aanwijzingen zijn gebaseerd op het arrest *Stardust Marine* van het Hof van Justitie van de EU.[241] Deze zijn kort gezegd:

1. Het bedrijf kon de bestreden beslissing niet nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen.
2. Het bedrijf heeft organieke elementen die haar met de staat verbinden.
3. Het bedrijf heeft rekening moeten houden met aanwijzingen van overheidsinstanties.
4. Het bedrijf maakt deel uit van de structuur van de openbare administratie.
5. Het bedrijf treedt bij het verrichten van zijn activiteiten op de markt in normale concurrentie met particuliere marktdeelnemers; daarbij is ook de aard van de activiteiten van belang.
6. Het bedrijf heeft een juridisch statuut waarbij het algemene vennootschapsrecht en niet het publiekrecht van toepassing is. Wanneer een openbaar bedrijf in de vorm van een gemeenrechtelijke kapitaalvennootschap is opgericht, kan dat, gelet op de autonomie die het aan deze rechtsvorm kan ontlenen, evenwel nog geen reden zijn om uit te sluiten dat een steunmaatregel van een dergelijk vennootschap aan de staat kan worden toegerekend. Gelet op de bestaande controle en de daarmee verband houdende reële mogelijkheid om een dominerende invloed uit te oefenen, kan namelijk niet zonder meer worden uitgesloten dat een door een dergelijke vennootschap genomen maatregel aan de staat kan worden toegerekend.
7. De overheid houdt in een bepaalde mate toezicht op het beheer van het bedrijf.
8. Er is een andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken, of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden.

239 *Ibid.* met verwijzing naar Gerecht EG 12 december 1996, ECLI:EU:T:1996:194, par. 62.

240 De Mededeling betreffende het begrip staatssteun hanteert hiervoor de definitie van 'overheidsbedrijf' (openbaar bedrijf) uit art. 2, onder b 'Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, p. 17)'. Daarin openbare bedrijven: alle bedrijven waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regel.

241 HvJ EG 16 mei 2002, ECLI:EU:C:2002:294, r.o. 55.

De Mededeling betreffende het begrip staatssteun gaat ook in op de situatie waarin Europees recht wordt uitgevoerd.[242] Universiteiten ontvangen geregeld Europese subsidies die zijn uitgekeerd via nationale bestuursorganen. Of de verstrekking van zulke middelen toerekenbaar is aan de staat, hangt af van de vraag of het bestuursorgaan bij de toekenning van de subsidie enige beoordelingsmarge heeft gekregen.[243] Als uitkerende organen bijvoorbeeld vrijheid krijgen in de beslissing of aan een entiteit een subsidie toekomt, dan is de steun aan de staat toe te rekenen. Gaat het om een gebonden uitvoeringsbevoegdheid, dan is de steun niet aan de staat toe te rekenen.[244] Ook steun die door meerdere staten gezamenlijk aan universiteiten wordt verleend, bijvoorbeeld via een intergouvernementele organisatie als Eureka, valt aan deze staten toe te rekenen.[245]

Het is de vraag of handelingen van openbare universiteiten moeten worden gezien als handelingen van de staat.[246] Over het antwoord bestaat nog geen jurisprudentie. De relevantie hiervan is hier beperkt, aangezien het veelal gaat om de mogelijke inzet van staatsmiddelen voor ondernemingen.[247] Daarom wordt hierna verder ingegaan op het begrip 'staatsmiddelen'.

Onder staatsmiddelen vallen alle middelen van de overheidssector met inbegrip van decentrale bestuursniveaus en, onder bepaalde omstandigheden, middelen van particuliere instanties.[248] Middelen van overheidsbedrijven

242 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 3.1.2.

243 Vgl. HvJ EG 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:254, par. 70. Zie ook art. 25 (verenigbaarheid steun voor onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten, incl. projecten die in het kader van het Horizon 2020- of het Horizon Europa-programma het kwaliteitslabel 'Excellentiekeur' hebben gekregen, gecofinancierde onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten en eventuele gecofinancierde teamvormingsacties), art. 25bis (verenigbaarheid steun voor aan kmo's in het kader van projecten waaraan het kwaliteitslabel 'Excellentiekeur' in het kader van Horizon 2020 of Horizon Europe is toegekend), art. 25ter (verenigbaarheid steun voor Marie Sk³odowska-Curieacties en ERC-Proof of concept-acties waaraan in het kader van het Horizon 2020- of het Horizon Europa-programma het kwaliteitslabel 'Excellentiekeur' is toegekend), art. 25quater (verenigbaarheid steun vervat in gecofinancierde onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten) en art. 25quinquies (verenigbaarheid steun voor gecofinancierde teamvormingsacties) Verordening 651/2014.

244 Van den Brink 2012, p. 44.

245 Zie bijv. de toelichting in *Stcrt.* 2021, 26886 (Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 22 mei 2021, nr. WJZ/ 21134720, tot wijziging van de Regeling openstelling EZK- en LNV-subsidies 2021 in verband met de openstelling van subsidiemodule Eurostarsprojecten).

246 Vgl. Kwikkers, *Scienceguide* 2017 over de zin van het onderscheid tussen publieke en private middelen van universiteiten: 'En inderdaad: hoe kan een rijksuniversiteit, een rechtspersoon naar publiek recht, bekostigd met belastinggeld, nu privaat geld bezitten? Staats- en bestuursrechtelijk is dat volkomen onmogelijk. (...) Tenslotte is alles wat de universiteit ooit heeft gedaan met publieke middelen uit de grond gestampt. Ook dat 'eigen vermogen' kon uiteindelijk alleen worden binnengeharkt omdat de overheid genereus bekostigde; het is dus return on investment.'.

247 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 50.

248 *Ibid.*, par. 3.2.

vallen hier ook onder, evenals de verplicht gestelde bijdrage die private ondernemingen moeten betalen.[249] Dit zou eventueel kunnen worden doorgetrokken naar verplichte bijdragen van particulieren. In de hiervoor besproken jurisprudentie over onderwijs als dienst wordt de bijdrage die ouders of studenten moeten betalen gezien als particuliere financiering. In die zaken komt het niet voor dat het Hof van Justitie van de EU oordeelt dat de bijdrage wettelijk verplicht is en daarom gerekend moet worden als publieke financiering van het onderwijs. Voor de Nederlandse situatie is dit in zoverre relevant dat het wettelijk verplicht collegegeld nationaalrechtelijk gezien onder het begrip publieke middelen uit artikel 1 van de Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016 valt.

De overdracht van staatsmiddelen kan geschieden in de vorm van bijvoorbeeld subsidies, leningen, garanties, deelnemingen in het kapitaal van ondernemingen, voordelen in natura of een vaste en concrete toezegging om staatsmiddelen op een later tijdstip beschikbaar te stellen.[250] Er hoeft geen daadwerkelijke overdracht van middelen plaats te vinden. Het kan ook gaan om het afzien van inkomsten, bijvoorbeeld belastinginkomsten, boete-inningen of socialezekerheidsinkomsten die anders zouden zijn betaald aan de staat.[251]

De herkomst van de middelen is niet relevant zolang deze direct of indirect aan de begunstigden worden overgedragen en deze onder staatscontrole komen. Zoals eerder beschreven, zijn middelen van de Europese Unie staatsmiddelen wanneer nationale bestuursorganen een beoordelingsmarge hebben met betrekking tot het gebruik van deze middelen, ofwel met betrekking tot het al dan niet toekennen van de subsidie.[252] Wanneer deze middelen daarentegen rechtstreeks door een instelling van de Europese Unie worden toegekend, dan is er geen sprake van staatsmiddelen.

Een vraag die verder onderzocht moet worden, is of álle middelen van openbare universiteiten inclusief legaten staatsmiddelen zijn, omdat openbare universiteiten tot het openbaar bestuur kunnen worden gerekend. Deze kwestie is relevant geworden door een uitspraak van het CBb waarin onderzoeksvouchers van de Universiteit Maastricht die gegeven worden aan een bedrijf, meetelden als subsidie.[253] Dit is relevant voor de cumulatieregel in het kader van de vrijgestelde staatssteundrempel. Nadruk op het feit dat het geld afkomstig is van een bestuursorgaan[254] kan de stelling ondersteunen dat alle gelden,

249 *Ibid.*
250 *Ibid.*, par. 3.2.1
251 *Ibid.*
252 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 44.
253 CBb 19 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:71.
254 Nagaan of sprake is van een 'aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt' is nodig om vast te stellen of er sprake is van een subsidie als bedoeld in 4:21 Awb.

afkomstig van een bestuursorgaan, staatsmiddelen zijn.[255] De eis van het Hof van Justitie in de zaak *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* om een gescheiden boekhouding aan te brengen tussen publieke en private financiering is echter een sterk tegenargument hiervoor.[256]

4.5 Voordeel

4.5.1 Algemene uitgangspunten in Mededeling betreffende het begrip staatssteun

Staatssteun is de toekenning van een economisch voordeel aan een onderneming die dit niet onder de normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen.[257] Het economische voordeel kan bestaan uit het toekennen van geldelijke middelen: dan krijgt de onderneming voordeel aan de batenkant. Het voordeel kan ook een verlichting van de lasten inhouden: in dat geval ligt het voordeel aan de lastenkant. Een derde vorm is de compensatie van kosten die ontstaan zijn door overheidsingrijpen, oftewel de administratieve lasten.

Om te bepalen of er voordeel wordt toegekend aan een onderneming en hoeveel, hanteert het Hof van Justitie het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie oftewel de Market Economy Operator Principle (MEOP).[258] Bij dit beginsel wordt getoetst of een overheidsinstantie marktconform heeft gehandeld als een marktdeelnemer in de markteconomie: in dat geval is er geen sprake van staatssteun. Met het MEOP wordt beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere marktdeelnemer, investeerder, schuldeiser of verkoper van een vergelijkbare omvang ertoe zou kunnen worden gebracht de betrokken investering of transactie te doen.[259] Hierbij mogen geen overwegingen gelden van bijvoorbeeld sociale aard of op basis van beleid.

Een marktdeelnemer in de markteconomie wordt allereerst geacht voorzichtig op te treden en voorafgaand de strategie en de financiële vooruitzichten van een project te bepalen.[260] De bewijslast om aan te tonen dat een overheidsinstelling heeft gehandeld als een marktdeelnemer ligt bij de lidstaat zelf.

---

255 CBb 19 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:71, r.o. 4.2: 'Het College stelt vast dat de UM een krachtens publiek recht ingesteld rechtspersoon is en dat er sprake is van het aanwenden van staatsmiddelen. Gelet voorts op het achtergestelde karakter van de lening, het ontbreken van een aflossingsschema en de voorziene beëindiging van de achtergestelde lening door kwijtschelding onder de genoemde voorwaarden, is het College van oordeel dat in dit geval sprake is van subsidie van de UM aan appellante (...).'

256 HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*).

257 Deze subparagraaf beschrijft Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.

258 HvJ EG 21 maart 1990, ECLI:EU:C:1990:125, r.o. 29 ('private investors operating under normal market economy conditions'). Zie Mededeling betreffende het begrip staatssteun, randnr. 76.

259 Gerecht 28 januari 1999, ECLI:EU:T:1999:12, r.o. 74.

260 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 78.

Dit bewijs kan blijken uit economische analyses voorafgaand aan een investering. Daarnaast moet de instelling marktconform handelen, wat niet altijd gelijk staat aan het in rekening brengen van de marktprijs. In een uitzonderlijk geval heeft het Gerecht van Eerste Aanleg bepaald dat het betalen van de marktprijs voor producten die niet voldoen aan een daadwerkelijk behoefte (in casu reisvouchers) ook staatssteun kan opleveren.[261]

In sommige gevallen is het wel duidelijk dat de transactie marktconform plaatsvindt. Als bij een publiek-private samenwerking, bijvoorbeeld van een kennisinstelling en private partijen, de partijen op voet van gelijkheid samenwerken, oftewel dezelfde risico's en beloningsgraad hanteren, dan is er sprake van marktconformiteit en worden de particuliere partijen niet bevoordeeld. Of er inderdaad sprake is van een gelijkwaardige situatie, moet wel worden beoordeeld. De 'Mededeling betreffende het begrip staatssteun' van de Europese Commisssie bevat enkele criteria om dit te onderzoeken. Deze luiden als volgt:[262]

'- Hebben de overheidsinstanties en particuliere partijen op hetzelfde moment tot de maatregel besloten en hebben zij deze terzelfder tijd uitgevoerd? Of is er tussen die maatregelen tijd verlopen en zijn de economische omstandigheden inmiddels veranderd?
- Zijn de voorwaarden van de transactie dezelfde voor de overheidsinstanties en alle betrokken particuliere partijen, rekening houdend met de mogelijkheid om de risicograad in de loop van de tijd te verhogen of te verlagen?
- Heeft de maatregel van de particuliere partijen een reële economische betekenis en is deze niet louter symbolisch of marginaal?
- En was de uitgangspositie van de betrokken overheidsinstanties en particuliere partijen ten aanzien van de transactie vergelijkbaar, rekening houdende met bijvoorbeeld hun eerdere economische blootstelling aan de betrokken ondernemingen (...), de mogelijke synergie-effecten die kunnen worden behaald, de mate waarin de verschillende investeerders vergelijkbare transactiekosten dragen of alle andere voor de overheidsinstantie of particuliere partij specifieke omstandigheden die de vergelijking kunnen vertekenen?'

Daarnaast kunnen transacties die volgen op concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedures (tenders) ook worden beschouwd als marktconform.[263] Dat betreft evenwel niet een subsidie die op een transparante wijze wordt verdeeld.

Vaak zal het echter niet gemakkelijk zijn om te bepalen of een transactie marktconform is. Bijvoorbeeld wanneer intellectuele eigendomsrechten worden verkocht aan een onderneming. Ook is soms lastig te bepalen welke rente een

261 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, voetnoot 137: Gerecht 28 januari 1999, ECLI:EU:T:1999:12, r.o. 74-79.
262 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.2.3, punt 78.
263 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.

kennisinstelling moet vragen wanneer zij een start-up in de vroege fase financiert. Hiervoor zal een marktconforme prijs moeten worden berekend aan de hand van (i) benchmarking of (ii) andere waarderingsgrondslagen. Dat zal in het geval van vastgoed worden uitgevoerd door een taxateur.[264]

Benchmarking houdt in dat de transactie wordt beoordeeld aan de hand van de voorwaarden waaronder vergelijkbare transacties door vergelijkbare particuliere partijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden.[265] Voor het bepalen van de benchmark wordt gekeken naar de betrokken marktdeelnemer, het soort transactie, de betrokken markt en het tijdstip van de transactie. Als de bestaande prijzen zijn verstoord door overheidsingrijpen, bijvoorbeeld vanwege subsidietoekenningen, dan is benchmarken ongeschikt. Bij het benchmarken wordt overigens vaak gekeken naar meerdere transacties en wordt het gemiddelde of de mediaan ervan gebruikt als referentiepunt.

Andere waarderingsmethoden zijn bijvoorbeeld het berekenen van het rendement op een investering aan de hand van de interne opbrengstvoet (*internal rate of return*, IRR) of de netto contante waarde (*net present value*, NPV).[266] In de formules van deze methodes wordt uitgegaan van de waarde van het bedrag dat wordt geïnvesteerd en terugverdiend, gecorrigeerd aan de hand van een marktconforme disconteringsvoet. Deze waarderingsmethodes zijn vaak ongeschikt voor het taxeren van een technologische starter, aangezien de potentie groter is dan de voorziene kasstromen.

Voor het bepalen van de marktconforme prijs voor het verstrekken van leningen kunnen de referentie- en disconteringspercentages worden gehanteerd uit een door de Europese Commissie vastgestelde mededeling.[267] De mededeling kent een basisrente en een opslag die afhankelijk is van de ratingscategorie van de onderneming (kredietwaardigheid) en de mate van zekerheidsstelling; deze kan hoog, normaal of laag zijn. Als er geen marktconforme rente is gerekend aan de begunstigde, dan kan aan de hand van het referentiepercentage het verschil (het totaal aan voordeel) worden berekend. Dat bedrag is het bruto-subsidie-equivalent, oftewel het bedrag aan staatssteun.

Voor het verstrekken van garanties is een aparte mededeling vastgesteld, waarin een minimum aan jaarlijkse premie is genoemd dat een kleine of middelgrote onderneming voor de garantie moet betalen opdat deze garantie geen staatssteun inhoudt (*safe harbour*-premies).[268] De hoogte van de *safe harbour*-premies is afhankelijk van de kredietwaardigheid van de kredietnemer.

---

264 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.

265 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.3.2.

266 *Ibid.*

267 Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld van 19 januari 2008 (2008/C 14/02).

268 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02). Zie het voorbeeld Rb. (kort geding) Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*Academische Ziekenhuis Maastricht/Provincie Limburg*)

4.5.2 Uitgangspunten in de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling & Innovatie

Voor steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie zijn de volgende uitgangspunten relevant:[269]

- Bij het verrichten van zowel economische als niet-economische activiteiten moeten kosten en baten van de activiteiten gescheiden worden om kruissubsidiëring te vermijden.[270]
- Het gebruiken van overheidsfinanciering voor economische activiteiten, zoals de verhuur van uitrusting of laboratoria aan ondernemingen, dienstverlening aan ondernemingen of uitvoering van contractonderzoek, wordt doorgaans als staatssteun beschouwd.
- Bij contractonderzoek moet een markttarief worden gerekend[271] of een alternatief wanneer er geen markttarief is. Dat alternatief bestaat (i) uit het in rekening brengen van de volledige kosten en een marge die gebruikelijk is in de betreffende sector of (ii) een prijs die de uitkomst is van (zakelijke) onderhandelingen op *arm's length*.[272] De marktwaarde van intellectuele eigendomsrechten (hierna: IER) mag worden afgetrokken van de prijs als die IER bij de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur blijven berusten.[273]
- Bij onderzoek in samenwerking verleent de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur volgens de Europese Commissie geen indirecte staatssteun als aan een van de volgende voorwaarden wordt voldaan:

  'a) de deelnemende ondernemingen dragen de volledige kosten van het project, of
  b) de resultaten van de samenwerking die geen intellectuele-eigendomsrechten opleveren, kunnen breed worden verspreid en alle intellectuele-eigendomsrechten die de activiteiten van de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur opleveren, worden volledig toegekend aan die entiteiten, of
  c) uit het project ontstane intellectuele-eigendomsrechten, alsmede daarmee verband houdende toegangsrechten, worden aan de verschillende samenwerkende partners toegekend op een wijze die een passende afspiegeling is van hun werkpakketten, bijdragen en respectieve belangen, of

269 Zie verder par. 2.3 van de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling, en Innovatie voor overheidsopdrachten voor onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten.
270 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 18.
271 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 25.
272 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie, par. 2.2.1, waarin sprake is van een tarief dat 'de uitkomst van onderhandelingen op arm's length is, waarbij de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur, in haar hoedanigheid van dienstverrichter, onderhandelt om het maximale economische voordeel binnen te halen op het tijdstip dat het contract wordt afgesloten en ten minste haar marginale kosten gedekt zijn.'
273 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 26.

d) de onderzoeksorganisaties of onderzoeksinfrastructuren ontvangen een vergoeding die gelijkwaardig is aan de marktprijs voor de intellectuele-eigendomsrechten die uit hun activiteiten ontstaan en worden toegewezen aan de deelnemende ondernemingen of waartoe de deelnemende ondernemingen toegangsrechten kregen toegewezen. Het absolute bedrag van – financieële en niet-financieële – bijdragen van de deelnemende ondernemingen in de kosten van de activiteiten van de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur die de betrokken intellectuele-eigendomsrechten hebben opgeleverd, kan op die vergoeding in mindering worden gebracht.'[274]

Een vergoeding wordt door de Europese Commissie beschouwd als gelijkwaardig aan de marktprijs wanneer de betrokken onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur het volledige economische voordeel van die IER geniet.[275] Een van de volgende voorwaarden moet daarvoor worden vervuld:

'a) het bedrag van de vergoeding is vastgesteld via een open, transparante en niet-discriminerende concurrerende verkoopprocedure, of
b) een taxatie van een onafhankelijke deskundige bevestigt dat het bedrag van de vergoeding ten minste gelijk is aan de marktprijs, of
c) de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur kan, als verkoper, aantonen dat zij daadwerkelijk, op arm's length-voorwaarden, heeft onderhandeld over de vergoeding, om, rekening houdende met haar statutaire doelstellingen, het maximale economische voordeel binnen te halen op het tijdstip dat het contract werd afgesloten, of
d) in gevallen waarin de samenwerkingsovereenkomst de samenwerkende onderneming een voorkeurrecht geeft ten aanzien van de door de samenwerkende onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur gegenereerde intellectuele eigendomsrechten, wanneer die entiteiten een wederzijds recht hebben om derden te verzoeken om economisch meer voordelige aanbiedingen zodat de samenwerkende onderneming haar aanbod daaraan moet aanpassen.'[276]

Als niet aan een van deze voorwaarden is voldaan, beschouwt de Europese Commissie de volledige waarde van de bijdrage van de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur aan het project als een voordeel voor de samenwerkende ondernemingen.[277]

Buts, Nicolaides en Pirlet wijzen op ambiguïteit in deze voorschriften.[278] Zij wijzen er onder andere op dat een marktprijs onder de kostprijs kan liggen. Zij vragen zich af of de universiteit in dat geval verplicht is om de marktprijs te hanteren, ook als deze onder de kostprijs ligt. Volgens hun kan dat niet. Zij gaan ervan uit dat de marktprijs op zijn minst een volledige kostprijs plus

274 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 28.
275 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie 2014, punt 29.
276 *Ibid.*
277 *Ibid.*, punt. 29.
278 Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 503-506.

winstopslag moet zijn. Met betrekking tot de kosten problematiseren zij de hiervoor genoemde 20%-norm. De Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie geeft niet aan welke prijs in rekening moet worden gebracht voor de activiteiten die onder die 20%-norm vallen. Die activiteiten worden weliswaar niet-economisch geacht, maar volgens de auteurs moet de onderzoeksorganisatie volledig door de staat zijn gefinancierd om geen steun door te geven aan anderen. Als een onderzoeksorganisatie voor 90% door de staat wordt gefinancierd, dan moet die organisatie volgens hen alsnog de volledige kosten en een opslag in rekening brengen.

4.5.3 Uitspraak Delftship

Een gerechtelijke uitspraak over vermeende concurrentievervalsing door een kennisinstelling (als *verstrekker* van steun) gaat over de zaak *Delftship*.[279] Een ingenieur en docent bij de TU Delft ontwierp de software Delftship. Met deze software kunnen schepen digitaal worden ontworpen. De software werd tussen 1997 en 2006 door de TU Delft ingezet voor onderwijs- en onderzoeksdoeleinden. Hierna vertrok de docent en richtte hij Delftship BV op. De TU Delft beschikte niet over de expertise om de software verder te ontwikkelen. Daarom gaf de TU Delft aan Delftship BV een exclusieve licentie waarbij werd afgesproken dat Delftship de software verder zou ontwikkelen, kosteloos updates zou bieden aan de TU Delft en 5% aan royalty's van de omzet door sublicenties zou betalen aan deze universiteit. Scheepsbouwkundig advies en rekencentrum bv (SARC) is een particuliere aanbieder van software voor scheepsbouw die bij de Europese Commissie over deze afspraken klaagde. Volgens SARC zou de publiek bekostigde TU Delft in strijd met het Europees staatssteunrecht een selectief voordeel toekennen aan Delftship BV door een prijs voor de royalty's af te spreken die onder de marktprijs ligt. Het was in deze casus onbetwist dat het Europees staatssteunrecht van toepassing is. De Europese Commissie besloot echter dat sprake was van een prijs die vergelijkbaar is met de marktprijs nu deze tot stand was gekomen uit een zakelijke onderhandeling. Dit kon de TU Delft aantonen, omdat er documentatie was van de onderhandelingen waarin de uiteindelijke prijs hoger lag dan aan het begin van de onderhandelingen. Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde om deze reden dan ook dat er geen sprake was van het verlenen van staatssteun door de publiek bekostigde TU Delft aan Delftship BV.[280]

279 Gerecht EU 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:497.
280 *Ibid.*

4.5.4 Nederlandse situatie

Uit het onderzoek van Gideon over hogeronderwijsinstellingen in de EU blijkt dat alle Nederlandse universiteiten beschikken over een 'volledigekostensystematiek'.[281] Met name voor contractonderzoek worden aan bedrijven de volledige kosten en een opslag doorgerekend. Een geïnterviewde die verantwoordelijk is voor beleid en financiering gaf aan de marktprijs te hanteren als referentiepunt. Geïnterviewden gaven aan dat strategische beslissingen over lagere prijzen kunnen worden genomen voor strategisch belangrijke partners of vanwege vroegere afspraken. Hiervoor zouden, volgens een geïnterviewde, richtlijnen zijn en het minimum is dat de volledige kosten worden gedekt. Sommige geïnterviewden gaven aan dat, aangezien publieke financiers alleen de directe kosten dekken of een bepaald uurtarief, onderzoekers denken dat deze kosten de daadwerkelijke zijn of dat de volledige kosten te hoog zijn. Zij spreken dan lagere kosten af met bedrijven. Zij verwachten hier *matching* (met de rijksbekostiging), zoals ze dat zijn gewend met publieke financiering (zoals subsidies van NWO) van onderzoek.

Voor het exploiteren van IER doen universiteiten het anders. Zij delen de risico's met de private sector en zijn niet happig om vooraf grote investeringen te doen. De afspraken bestaan dan ook uit royalty's voor de universiteit en betalingen bij het behalen van bepaalde mijlpalen. Die royalty's en betalingen worden berekend aan de hand van de plannen van het betreffende bedrijf en een marktvoorspelling met betrekking tot de omzet en vergelijkbare deals (een billijke marktprijs). Gideon is over het algemeen positief over deze methoden in het licht van naleving van het Europese mededingingsrecht (waaronder het Europees staatssteunrecht), waarbij zij er wel op wijst dat incidenten van het niet hanteren van de volledige kosten en een opslag kunnen voorkomen. Zij wijst ook op het gevaar dat sommige subsidies in de openstelling van de 'calls' zodanig gedetailleerd en instructief zijn dat er mogelijk sprake is van een onderzoeksopdracht – en dus een economische activiteit waarop het Europees staatssteunrecht van toepassing is. Het probleem zit hier in de eis van *matching* van de 'opdracht' met de rijksbekostiging.[282] Het risico bestaat dat publieke middelen worden gebruikt voor in wezen een economische activiteit. Hierover is nog geen uitspraak van de rechter geweest.

281 Deze alinea beschrijft Gideon 2017, par. 5.3.3.
282 Deze alinea beschrijft Gideon 2017, par. 5.3.2.

4.6 Selectiviteit

Een economisch voordeel wordt selectief verleend als dit ten goede komt aan bepaalde ondernemingen, categorieën van ondernemingen of bepaalde economische sectoren.[283] Hiervan is al snel sprake.

Voor met name belastingregels, maar ook voor andere maatregelen, wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds materiële en anderzijds regionale selectiviteit.[284]

Bij materiële selectiviteit geldt de steunmaatregel alleen voor bepaalde ondernemingen, of groepen daarvan, of bepaalde economische sectoren. Dat kan voortvloeien uit de wet doordat steun formeel voorbehouden is aan bepaalde (groepen van) ondernemingen (*de jure*) of doordat de gevolgen van maatregelen feitelijk voorbehouden blijven aan bepaalde ondernemingen (*de facto*).[285] In veel gevallen zal sprake zijn van discretionaire ruimte bij het maken van regelgeving over zulke voordelen. De regelgever moet waken voor onbedoelde selectiviteit, wil de steun geen staatssteun inhouden.

Selectiviteit van een regeling kan in drie stappen worden geanalyseerd: eerst moet de algemene regel worden bepaald ('de referentieregeling'), vervolgens wordt nagegaan in hoeverre een bepaalde maatregel van de algemene regeling afwijkt ('derogatie') en ten slotte wordt nagegaan of er een rechtvaardiging is voor derogatie. Als er een rechtvaardiging is om bepaalde (groepen van) ondernemingen anders te behandelen vanwege de aard van de algemene regel, bijvoorbeeld bij een progressief belastingstelsel, dan is er geen sprake van staatssteun.[286]

4.7 Vervalsen van de mededinging en beïnvloeden van het interstatelijk handelsverkeer

Wanneer met overheidsmiddelen aan een onderneming in een geliberaliseerde sector waar concurrentie is of kan zijn, een selectief voordeel wordt toegekend dat aan de staat valt toe te rekenen, dan wordt de maatregel geacht concurrentievervalsend te zijn.

Opgemerkt moet worden dat met het inbesteden van diensten niet wordt uitgesloten dat de concurrentie wordt vervalst.[287] Er is sprake van inbesteden wanneer 'een publiekrechtelijke instelling aan een van haar eigen diensten

283 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 118.
284 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 5.3
285 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 5.2.1.
286 *Ibid.*
287 *Ibid.*, punt 188.

zonder rechtspersoonlijkheid een opdracht gunt' (ook wel: in-house-opdrachten).[288] Van quasi-inbesteden is sprake wanneer 'aanbestedende diensten overeenkomsten sluiten met door hen gecontroleerde ondernemingen die wel rechtspersoonlijkheid bezitten' (ook wel: quasi-inhouse-opdrachten).[289] Het inbesteden van bijvoorbeeld het postacademisch onderwijs voor bepaalde overheidsfuncties, zoals diplomaten, moet aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen wil het buiten het staatssteunrecht vallen:[290]

'a) een bepaalde dienst is onderworpen aan een wettelijk monopolie (vastgesteld overeenkomstig Unierecht;
b) het wettelijke monopolie sluit niet alleen concurrentie óp de markt uit, maar ook concurrentie óm die markt, doordat het iedere mogelijkheid uitsluit dat de desbetreffende uitsluitende dienstverrichter concurrentie krijgt;
c) de dienst concurreert niet met vergelijkbare diensten, en
d) indien de dienstverrichter actief is op een andere (geografische of product-) markt die openstaat voor concurrentie, dient kruissubsidiëring te worden uitgesloten. Dit vereist dat een gescheiden boekhouding wordt gevoerd, dat kosten en baten op passende wijze worden toegerekend en dat overheidsfinanciering die wordt verschaft voor de dienst die onder het wettelijke monopolie valt, niet aan andere activiteiten ten goede kan komen.'

De Europese Commissie heeft in haar beschikkingenpraktijk in een aantal situaties bepaald dat er toch geen sprake is van een potentiële beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het gaat hier om bijvoorbeeld de haven van Lauwersoog die alleen wordt gebruikt door kleine lokale vissersboten.[291] Een ander voorbeeld gaat over zogenoemde schoolbegeleidingsdiensten, dat wil zeggen deskundige ondersteuning van leerkrachten in het primaire onderwijs.[292] Die diensten zijn 'sterk gespecialiseerd en vereisen een diepgaande kennis van de theorie en praktijk van het primair onderwijs in het Nederlandse onderwijsstelsel' en de steun hiervoor lijkt het handelsverkeer binnen de EU niet te beïnvloeden.[293]

In de uitspraak *Marinvest* heeft het Gerecht bevestigd dat er bij marginale gevolgen voor het handelsverkeer geen sprake is van ongunstige beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer in de zin van artikel 107 Werkingsverdrag.[294]

288 Conclusie AG Kokott 1 maart 2005, ECLI:EU:C:2005:123 (*Parking Brixen GmbH*), par. 1.
289 Conclusie AG Kokott 1 maart 2005, ECLI:EU:C:2005:123 (*Parking Brixen GmbH*), par. 2.
290 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 6.
291 EC 29 april 2015, SA.39403, C(2015) 2795 final *(Investeringssteun voor de haven van Lauwersoog*).
292 EC 23 november 2005, Steunmaatregel nr. N 465/2005 – Nederland Schoolbegeleidingsdiensten; Knook 2018, par. 3.2.1.
293 *Ibid.*
294 Zie Knook, Nouhuys & Heijnsbroek, *Tijdschrift voor aanbestedingsrecht en staatssteun* 2020, p. 33.

Ten slotte moet opgemerkt worden dat wanneer de steun valt onder de reguliere *de-minimis*verordening, ervan uit wordt gegaan dat er geen sprake is van een beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het gaat hier om 'transparante steun', oftewel steun aan één onderneming die vooraf kenbaar is, die voorafgaand aan de betaling ervan aan de onderneming ter kennis is gebracht en die niet hoger ligt dan 200.000 euro over een periode van drie belastingjaren.[295]

4.8 Duidelijkheid in het Europese staatssteunrecht

4.8.1 Inleiding

Hierna wordt beoordeeld in hoeverre er sprake is van duidelijke normering in het Europees staatssteunrecht. Zoals toegelicht in hoofdstuk 1 (Inleiding), vormen daarbij – evenals in paragraaf 3.4 – de volgende kenmerken het beoordelingskader:
- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;
- de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
- het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;
- de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
- de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.

Uit hetgeen is besproken in dit hoofdstuk blijkt dat er veel uitleg is over de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht op universiteiten en andere onderzoeksorganisaties. Die uitleg is te vinden in diverse *soft law* documenten, die (wat betreft het vraagstuk wanneer onderwijs een dienst is) in overwegende mate ook worden toegepast door het Hof van Justitie. Er zijn wel enkele onduidelijkheden gesignaleerd, die met name te maken hebben met vaagheid van begrippen en inconsistenties. Die worden hier nader toegelicht.[296]

4.8.2 Openbaar en nationaal onderwijsstelsel

Voor de beoordeling of een onderwijsactiviteit een economische activiteit is, is het relevant of het onderwijs deel uitmaakt van het nationale of openbare onderwijsstelsel. In paragraaf 4.3.3 is geconstateerd dat deze twee begrippen

295 Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

296 Zie ook het overzicht van ambiguïteiten van Buts, Nicolaides & Pirlet, *European State Aid Law Quarterly* 2019, p. 508.

onderling inwisselbaar worden gebruikt. Naast deze inconsistentie is het begrip niet duidelijk genoeg voor de Nederlandse context. Het nationale onderwijsstelsel kan het onderwijs omvatten waarvoor openbare en bijzondere onderwijsinstellingen publieke financiering van de Nederlandse overheid ontvangen. Dat gaat dan om initieel onderwijs (bachelor en een master volgend op een bachelor). Naast de publieke financiering staat dit onderwijs ook onder staatstoezicht (onder andere in de vorm van voorafgaande toestemming van de Minister van OCW voor het verzorgen van de opleiding).[297] Het besluit over de financiering van het Catalaans conservatorium, hier besproken in paragraaf 4.3.3.1, lijkt evenwel de registratie van de instelling en de accreditatie (erkenning) van de opleiding voorop te stellen. Nu de overheid daar heeft besloten de betreffende opleiding te financieren, lijkt er (opeens) sprake te zijn van openbaar onderwijs. De Europese Commissie keek alleen naar de financiering in de periode van de subsidiëring. De Europese Commissie liet uiteindelijk in het midden of er sprake is van een economische activiteit om de reden dat het onduidelijk was of er sprake was van 'hoofdzakelijke' financiering met overheidsmiddelen. Voor de Nederlandse situatie zou een dergelijke toepassing van de staatssteunregels betekenen dat ook onbekostigde instellingen die voor een specifieke opleiding subsidie krijgen (voor dat deel) onder het openbare onderwijsstelsel kunnen vallen.

4.8.3 Hoofdzakelijke financiering met overheidsmiddelen

Uit paragraaf 4.3.3.1 blijkt dat er zich problemen voordoen bij het hanteren van het beoordelingskader voor de vraag wanneer het verzorgen van onderwijs een economische activiteit is. In dat beoordelingskader ligt besloten of de instelling 'hoofdzakelijk' met publieke middelen wordt gefinancierd. Als wordt gekeken naar de definitie van onderneming, zoals die is besproken in paragraaf 4.3 dan gaat het om elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd. Inconsistent hiermee is dat 'de wijze waarop zij is gefinancierd' juist centraal staat in het beoordelingskader voor het onderwijs. Hier doet zich volgens Fierstra een paradox voor: hoe meer publieke financiering, hoe minder snel sprake zal zijn van staatssteun.[298] Bovendien gaat het bij de voornoemde definitie van onderneming om een beoordeling of er economische activiteiten worden uitgeoefend. De beoordeling vindt dus plaats op het niveau van activiteiten. De *soft law* en de jurisprudentie van het Hof van Justitie, besproken in paragraaf 4.3.3, gaan echter uit van het niveau van de instelling. Ook is het niet duidelijk waarom 'hoofdzakelijk' in *soft law* en in de jurisprudentie niet is geëxpliciteerd als meer dan 50%. In paragraaf 4.4 is verder de vraag gesteld of er wel zomaar

297 Art. 4 Regeling macrodoelmatigheid hoger onderwijs.
298 Fierstra, *NtER* 2017/7.

van uit kan worden gegaan dat bijdragen van ouders of leerlingen moeten worden gezien als privaat geld. Als het een wettelijke verplichte bijdrage is, kan die mogelijk worden gezien als overheidsmiddelen.

4.8.4 Onderzoeksorganisaties

In paragraaf 4.3.3 is de vaagheid van het begrip onderzoeksorganisatie ter sprake gekomen. Er is niet afgebakend wanneer er sprake is van het 'in hoofdzaak doen van onafhankelijk onderzoek'. Daarnaast kent de definitie van onderzoeksorganisatie het alternatief van 'het breed verspreiden van resultaten' voor het in hoofzaak doen van onafhankelijk onderzoek. De definitie lijkt daarmee redelijk breed opgezet te zijn. Deze onduidelijkheid zal vooral spelen bij commerciële partijen, aangezien universiteiten en kennisinstellingen expliciet als voorbeelden van onderzoeksorganisaties worden genoemd.[299]

4.8.5 Omslagpunt naar economische activiteit

In paragraaf 4.3.4 is ter sprake gekomen dat het lastig is om te bepalen wanneer een onafhankelijk onderzoek, al dan niet in samenwerking met andere partijen, omslaat in een adviesdienst of in een andersoortige economische activiteit. Dat is relevant voor het moment waarop de onderzoeksorganisatie de kosten voor een project zal moeten toerekenen aan een economische activiteit. Er geldt hiervoor geen eenduidige norm.

Op het moment dat onderzoek nog een niet-economische activiteit is, terwijl pas later wordt toegewerkt naar een product (zoals een rapport), is het lastig om te bepalen wanneer bijvoorbeeld de kosten van dat product beginnen 'mee te tellen'. Welk deel moet worden doorberekend aan de afnemer en welk deel mag uit publieke middelen worden berekend?

4.8.6 Herinvesteren in de kerntaken

De Europese Commissie acht kennisoverdracht (zoals het uitgeven van licenties) van onderzoeksorganisaties en onderzoeksinfrastructuur van niet-economische aard als zij alle inkomsten hieruit opnieuw investeren in hun primaire activiteiten. In paragraaf 4.3.5 is een inconsistentie geconstateerd tussen de Mededeling betreffende het begrip staatssteun en de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie over de vraag of het gaat om alle *inkomsten* of om alle *winst* uit kennisoverdracht. Onduidelijk is hoe de normtoepassing moet

299 Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie, punt 15 onder ee.

zijn als de uitvindersvergoeding in voorkomende gevallen bestaat uit winstdeling. Ook is de status van deze 'uitzondering' onzeker, aangezien die niet in een bindend document is opgenomen.

4.8.7 Zuiver ondersteunende activiteiten

De Europese Commissie beoordeelt ook zuiver ondersteunende activiteiten als niet-economisch. In paragraaf 4.3.6 zijn enkele toepassingsvraagstukken ter sprake gekomen met betrekking tot de zuiver ondersteunende activiteiten. Ook is besproken dat deze norm door Advocaat Generaal Kokott ter discussie is gesteld, aangezien de 'uitzondering' voor zuiver ondersteunende activiteiten niet in een bindend document staat. Het Hof van Justitie heeft deze norm niet besproken (noch expliciet verworpen). Het blijft dus onzeker of universiteiten en andere onderzoeksorganisaties hun zuiver ondersteunende activiteiten als niet-economisch kunnen zien. Hoewel dit niet goed te categoriseren valt in een van de kenmerken die in paragraaf 4.8.1 zijn genoemd, is hier wel sprake van rechtsonzekerheid.

4.8.8 Overheidsmiddelen

In paragraaf 4.4 kwam een nationale uitspraak ter sprake waarin de nadruk werd gelegd op het feit dat het verstrekte geld afkomstig was van een bestuursorgaan. Het gaat hier om een nationale interpretatie van het Europees staatssteunrecht die voor openbare universiteiten onzekerheid kan brengen over de status van hun middelen. De administratieve scheiding die het Hof van Justitie voorschrijft veronderstelt echter dat niet alle middelen van de universiteit publiek zijn. Eventueel kan de definitie van overheidsmiddelen nader gespecificeerd worden.

4.8.9 Marktprijs en kostprijs

Het in paragraaf 4.5.2 besproken uitgangspunt voor het tegengaan van kruissubsidiëring is de boekhoudkundige scheiding van de financiering voor niet-economische activiteiten en economische activiteiten (waarvoor al dan niet verenigbare steun wordt ontvangen). Bij contactonderzoek of dienstverlening moet een markttarief in rekening worden gebracht, maar er zijn ook alternatieven als er geen markttarief is: de volledige kosten en een gebruikelijke marge of een prijs die een uitkomst is van een zakelijke onderhandeling. Het voorbeeld van de zaak *Delftship*, die in paragraaf 4.5.3 is behandeld, betrof een voorbeeld van een zakelijke onderhandeling.

Uit het in paragraaf 4.5.4 aangehaalde onderzoek van Gideon blijkt dat er mogelijk knelpunten zijn rond subsidies waarvan de 'call' zodanig gedetailleerd is omschreven dat die call mogelijk als onderzoeksopdrachtmoet worden gezien. Als dat zo blijkt te zijn, dan zou dat kunnen betekenen dat subsidieverstrekkers voortaan de volledige kosten en een marge moeten vergoeden. De gangbare *matching*-praktijk zou dan heroverwogen moeten worden.

4.9 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de deelvraag centraal in hoeverre universiteiten publieke middelen mogen investeren in het academisch ondernemerschap en hoe universiteiten zich dienen te verhouden tot andere ondernemers. Daarnaast stond de deelvraag centraal in hoeverre de normering van investeringen met publieke middelen duidelijk is, in die zin dat de normering zodanig is geformuleerd dat betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van het wordt verwacht.

Wanneer universiteiten met publieke middelen economische activiteiten verrichten, vallen zij al vrij snel onder het Europese staatssteunrecht. Voorbeelden van dergelijke activiteiten zijn postacademisch onderwijs, contractonderzoek en het opzetten van campussen. Het juridisch kader van het Europese staatssteunrecht regelt voor verschillende vormen van activiteiten of zij economisch van aard zijn en onder welke omstandigheden en met welke procedures publieke investeringen daarin zijn toegestaan. In grote lijnen is de regelgeving van het Europese staatssteunrecht duidelijk en consistent. Er is echter discussie mogelijk over de vraag wanneer onderwijsactiviteiten economisch van aard zijn en of het beoordelingskader hiervoor wel duidelijk en consistent is. Daarnaast zijn er in de *soft law* van de Europese Commissies een aantal definities en uitzonderingen opgenomen die niet duidelijk zijn.

Ten slotte kan meer duidelijkheid kan worden geschapen langs de weg van het scherper formuleren en verder invullen van de kaders door het Hof van Justitie.