

# Het hoger onderwijs in Nederland en de EU-regels voor de interne markt en mededinging

40

J.W. van de Gronden\*

*Het onderwijsbeleid behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten. Recentelijk is echter gebleken in de rechtspraak dat het hoger onderwijs binnen de reikwijdte van het Europees economisch recht kan vallen. De Dienstenrichtlijn kan van toepassing zijn op universiteiten en hogescholen en hetzelfde geldt voor het mededingingsrecht. In het onderhavige artikel wordt onderzocht of een aanbieder van diensten van hoger onderwijs met een beroep het EU-recht voor de interne markt en mededinging toegang krijgt tot het nationaal stelsel van hoger onderwijs.*

## I. Inleiding

Het onderwijsbeleid behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten.<sup>1</sup> Dit wil echter niet zeggen dat dit beleid immuun is voor invloeden vanuit Europa. Het Bolognaproces, dat de Europese Ruimte voor het Hoger Onderwijs tot voorwerp had,<sup>2</sup> heeft veel consequenties gehad voor het stelsel van hoger onderwijs. Daarnaast heeft de overheid marktwerking ingevoerd in bepaalde onderdelen van deze sector. Recentelijk is gebleken in de rechtspraak van het HvJ EU dat het hoger onderwijs binnen de reikwijdte van het EU-recht voor de interne markt en de mededinging kan vallen. In de zaak *CEPPB*<sup>3</sup> heeft de HvJ EU namelijk beslist dat niet uitgesloten is dat de mededingingsregels van toepassing zijn op onderwijsinstellingen. Thans is de zaak *Kirschstein* aanhangig, waarin onder meer de vraag gesteld is of de Dienstenrichtlijn van toepassing is op een privaat gefinancierde universiteit.<sup>4</sup> Het doel van deze richtlijn is de instelling van de interne markt voor diensten in de EU en derhalve streeft

zij naar liberalisering van het vrije dienstenverkeer. In het EU-recht moet nu worden nagegaan in hoeverre bepaalde onderwijsdiensten ook geliberaliseerd dienen te worden. Kan een aanbieder van onderwijsdiensten met een beroep op dit recht toegang krijgen tot het stelsel van hoger onderwijs?

In het licht hiervan rijst de vraag in hoeverre de Europese marktregels de nationale wetgever verplichten om spelers uit andere lidstaten toe te laten tot het Nederlandse stelsel van hoger onderwijs. Om deze vraag te beantwoorden worden eerst kort de beginselen van het Nederlands onderwijsstelsel voor hoger onderwijs geschetst. Daarna wordt ingegaan op de nationaalrechtelijke eisen die gelden voor de Nederlandse universiteiten en hogescholen en hoe deze instellingen kunnen toetreden tot het Nederlands stelsel. Vervolgens komt aan de orde onder welke omstandigheden universiteiten en hogescholen uit het buitenland toe mogen treden tot het Nederlands stelsel krachtens het nationale recht. Vervolgens wordt onderzocht hoe dit nationale recht zich verhoudt tot de Europese marktregels. In deze bijdrage worden onder het Europese marktrecht verstaan het EU-recht voor de interne markt (vrij verkeer en de Dienstenrichtlijn) en het Europese mededingingsrecht. Afgesloten wordt met enige conclusies.

## 2. Beginselen van het Nederlands onderwijsrecht

Op grond van artikel 23 Grondwet is het onderwijs een voorwerp van aanhoudende zorg van de Nederlandse regering. Op grond van het tweede lid van deze bepaling is het geven van onderwijs vrij, behoudens het toezicht van de overheid en hetgeen de wet bepaalt ten aanzien van aangewezen vormen van onderwijs. Het uitgangspunt is derhalve dat het Nederlands onderwijssysteem relatief

\* Prof. mr. J.W. van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit, verbonden aan het Onderzoekscentrum Staat en Recht en redacteur van dit tijdschrift. Mr. P. de Vries van Bestuurlijke & Juridische Zaken van de Radboud Universiteit wordt hartelijk dank gezegd voor het commentaar geleverd op een eerdere versie van het artikel.

1 Op grond van artikel 165 lid 1 VWEU dient de EU bij te dragen tot de ontwikkeling van onderwijs van hoog niveau, maar daarbij moet de verantwoordelijkheid van de lidstaten volledig worden gerespecteerd voor de inhoud van het onderwijs, voor de opzet van het onderwijsstelsel en voor hun culturele en taalkundige verscheidenheid.

2 Zie in dit verband de Bologna Declaration, te raad plegen op de volgende internetsite: [www.ehea.info/media.ehea.info/file/Ministerial\\_conferenc-ces/02/8/1999\\_Bologna\\_Declaration\\_English\\_553028.pdf](http://www.ehea.info/media.ehea.info/file/Ministerial_conferenc-ces/02/8/1999_Bologna_Declaration_English_553028.pdf).

3 HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*).

4 Deze zaak is ingeschreven als HvJ EU, C-393/17 (*Kirschstein*).

open is.<sup>5</sup> Dit betekent dat een instelling die onderwijs verzorgt in beginsel geen onderdeel hoeft te zijn van het Nederlandse stelsel van onderwijs. Het is toegestaan onderwijs te verzorgen zonder voorafgaande toestemming van de bevoegde autoriteiten.

De vrijheid van artikel 23 Grondwet wordt evenwel ingeperkt door wet- en regelgeving. Voor het hoger onderwijs is de Wet op het hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW) van essentieel belang. In deze wet zijn de beginselen, verplichtingen en vereisten voor het hoger onderwijs vastgelegd. Deze wet bevat dwingende voorschriften voor opleidingen, op grond waarvan door de overheid erkende diploma's worden afgegeven. Het gaat hier om bachelor- en mastergraden. Krachtens de systematiek van de WHW is er een sterk onderscheid tussen wettelijk erkende graden en andere graden. De WHW regelt welke instellingen de door de overheid erkende graden mogen verlenen. Indien een niet door de overheid erkende instelling een WHW-graden verleent, is zij strafbaar.<sup>6</sup>

Twee categorieën van instellingen van hoger onderwijs hebben het recht om WHW-graden te verlenen: universiteiten en hogescholen. Universiteiten bieden academisch onderwijs aan en verrichten wetenschappelijk onderzoek,<sup>7</sup> terwijl hogescholen gericht zijn op het verzorgen van hoger beroeps onderwijs. Het Nederlands stelsel van hoger onderwijs is gebaseerd op een duaal systeem: universiteiten en hogescholen zijn de hoofdrolspelers.<sup>8</sup> Krachtens de WHW mogen alleen instellingen die aan bepaalde vereisten voldoen de naam universiteit of hogeschool voeren; hetzelfde geldt voor vertalingen van deze benamingen.<sup>9</sup>

De WHW bevat specifieke regels voor de bekostiging van universiteiten en hogescholen door de overheid. Deze bekostiging is slechts weggelegd voor een speciale groep van instellingen voor hoger onderwijs. Artikel 1.8 WHW bepaalt dat alleen de instellingen die genoemd zijn in een bijlage bij de wet in aanmerking komen voor bekostiging door de overheid. Daarbij bepaalt artikel 1.9 WHW dat alleen recht op financiering door de overheid bestaat voor zover de opleidingen van de instelling in kwestie zijn geaccrediteerd. Het recht op overheidsbekostiging is derhalve afhankelijk van twee eisen: (i) de instelling staat op de bijlage opgenomen bij de WHW; (ii) accreditatie is verleend voor bepaalde opleidingen van deze instelling. In zeker zin is hier sprake van een *closed shop*, omdat alleen een wetswijziging ertoe kan leiden dat een instelling die wil toetreden tot het Nederlandse stelsel ook recht kan krijgen op overheidsmiddelen. In Nederland biedt een aantal instellingen van hoger onderwijs opleidingen die leiden tot WHW-graden aan zonder daarvoor publieke middelen te krijgen. Hun opleidingen zijn derhalve wel geaccrediteerd. De collegegelden die

zij vragen zijn vanwege het gebrek aan overheidsfinanciering hoger dan die voor opleidingen die wel door de overheid bekostigd worden.

Zoals bekend hebben studenten recht op een studietoelating die verleend wordt door de overheid. Op grond van de Wet studiefinanciering 2000 bestaat dit recht alleen voor zover de student in kwestie een opleiding erkend krachtens de WHW volgt.<sup>10</sup>

Al met al is helder dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen opleidingen die WHW-graden verlenen en andere opleidingen. Uiteraard bestaat in de praktijk een veel grotere vraag naar afgestudeerden met WHW-graden (bachelor en master) dan naar afgestudeerden die een andere graad hebben. Ten aanzien van de instellingen die de bevoegdheid hebben om WHW-graden te verlenen bestaat er voorts een onderscheid tussen door de overheid bekostigde instellingen en niet door de overheid bekostigde instellingen.

### 3. De eisen voor de Nederlandse universiteiten en hogescholen

In de WHW wordt, zoals reeds gezegd, uiteengezet aan welke eisen universiteiten en hogescholen die in Nederland onderwijs verzorgen en wetenschappelijk onderzoek verrichten, moeten voldoen. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de vereisten die gelden voor de universiteiten en hogescholen die reeds actief zijn in het Nederlands stelsel. Daarna komen de regels aan de orde die instellingen die willen toetreden in acht moeten nemen.

#### 3.1. De vereisten voor bestaande instellingen van hoger onderwijs

Alle opleidingen die de universiteiten en hogescholen in Nederland aanbieden, moeten geaccrediteerd zijn om voor bekostiging door de overheid in aanmerking te komen, zoals reeds is opgemerkt. Verder is accreditatie vereist, indien het volgen van de opleiding in kwestie leidt tot verlening van een bachelor- of mastergraad (die beschermd worden door de WHW). In artikel 5a.8 lid 2 WHW wordt uiteengezet aan welke eisen in dat verband moet worden voldaan. Het gaat hier om criteria betreffende het beoogde eindniveau van de opleiding, de inhoud van het onderwijsprogramma, het gerealiseerde eindniveau, de deugdelijkheid van de beoordeling, toetsing en examinering van de studenten, de kwaliteit en kwantiteit van het onderwijzend personeel, opleidingsspecifieke voorzieningen alsmede de instellingsbrede voorzieningen en de systemen van de kwaliteitszorg. Op grond van deze criteria wordt elke zes jaar bekeken of de verleende accre-

<sup>5</sup> Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, 3, p. 7 (MvT bij de Wijziging van de WHW).

<sup>6</sup> Zie artikel 15.6 en 15.7 WHW.

<sup>7</sup> Zie artikel 1.3 lid 1 WHW.

<sup>8</sup> Rechtspersonen voor hoger onderwijs met volledige rechtsbevoegdheid mogen ook opleidingen verzorgen, zo volgt uit artikel 1.12 WHW. Zij maken echter geen aanspraak op bekostiging door de overheid. Hieronder komt aan de orde wanneer een dergelijke aanspraak bestaat.

<sup>9</sup> Zie artikel 1.22 en 1.23 WHW.

<sup>10</sup> Zie artikelen 2.8-2.11 Wet studiefinanciering 2000.

ditatie kan worden verlengd of dat heraccreditatie moet worden geweigerd. Programma's die geaccrediteerd zijn worden opgenomen in het Centraal Register Opleidingen Hoger Onderwijs (CROHO).

Op grond van artikel 5a.2 WHW is een speciaal bestuursorgaan belast met de accreditatie van de opleidingen van hoger onderwijs. Dit orgaan neemt derhalve de beslissing om een opleiding te (her)accrediteren of om dit te weigeren. Krachtens een verdrag gesloten tussen Vlaanderen en Nederland is de Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie opgericht.<sup>11</sup> Aan de NVAO is de accreditatietaak van artikel 5a.2 WHW toevertrouwd.

In dit verband moet worden benadrukt dat alleen instellingen van hoger onderwijs, waarvan de opleidingen zijn geaccrediteerd, het recht hebben om bachelor- en mastergraden te verlenen.<sup>12</sup> Uitdrukkelijk is in de WHW bepaald dat een dergelijke graad alleen gegeven wordt, indien de betrokkene met goed gevolg de vereiste examens heeft afgelegd.<sup>13</sup> Verder hebben de universiteiten de bevoegdheid om de doctorstitel toe te kennen. Hogescholen beschikken niet over een dergelijke bevoegdheid.

### 3.2. *De vereisten voor toetredende instellingen van hoger onderwijs*

Aan welke vereisten moeten instellingen voldoen die willen toetreden tot het stelsel van hoger onderwijs in Nederland? Zoals reeds is opgemerkt, is het van belang om WHW-graden te verlenen, omdat in de praktijk vooral vraag naar afgestudeerden die dergelijke graden hebben, bestaat. Voor de levensvatbaarheid van een nieuwe instelling is het essentieel om erkenning onder de WHW te hebben. Er zijn dan twee mogelijkheden om dergelijke erkenningen te verkrijgen: in de eerste plaats kan geprobeerd worden een door de overheid bekostigde instelling op te richten en in de tweede plaats een niet door de overheid bekostigde instelling op te zetten.

Omdat overheidsfinanciering van een instelling van hoger onderwijs alleen mogelijk is indien deze instelling vermeld is op de bij de WHW opgenomen bijlage, moet de wet gewijzigd worden. Het hoeft geen betoog dat dit een lastige procedure is. Nog belangrijker is dat dit geen reguliere bestuursrechtelijke aanvraagprocedure is, waarbij bepaalde criteria voor toekenning en afwijzing gelden, maar een politiek proces, waarvan de uitkomst ongewis is. Al met al kent het Nederlandse systeem een grote drempel voor het opzetten van een nieuwe bekostigde instelling van hoger onderwijs.

In dit verband moet er nog op gewezen worden dat er een speciale regeling bestaat voor het introduceren van een nieuwe opleiding of het samenvoegen van bestaande opleidingen. Op grond van artikel 6.2 WHW moet het bestuur van een bekostigde instelling van hoger onderwijs hiervoor toestemming vragen aan de minister. Deze be-

oordeelt de doelmatigheid van het onderwijsaanbod en de doelmatigheid van de taakverdeling tussen de instellingen. Uit artikel 5 van de Regeling macrodoelmatigheid hoger onderwijs<sup>14</sup> blijkt dat de Commissie Doelmatigheid Hoger Onderwijs (CDHO) de minister adviseert ter zake. De CDHO stelt besturen van bekostigde instellingen die vergelijkbare opleidingen aanbieden als die waarop de aanvraag betrekking heeft, in de gelegenheid om hun zienswijze op deze aanvraag kenbaar te maken. Op deze wijze hebben instellingen van hoger onderwijs invloed op de introductie van nieuwe opleidingen die met die van hen kunnen concurreren.

Een toetredende kan proberen om een niet-bekostigde instelling die WHW-graden verleent op te richten. Op grond van artikel 6.9 WHW mag alleen een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid een verzoek doen om een dergelijke instelling op te zetten. De Minister van OCW beslist over dit verzoek, terwijl de Inspectie van het Onderwijs een advies uitbrengt, waarin nagegaan wordt in hoeverre aan de wettelijke vereisten is voldaan. Verder wordt ook de NVAO betrokken in een procedure, waarin beslist wordt over een erkenning onder de WHW. Een zeer belangrijk vereiste, waaraan moet worden voldaan, heeft betrekking op de continuïteit van de rechtspersoon in kwestie. Indien hieraan niet is voldaan wordt de aanvraag afgewezen.

In zijn Beleidsregel bevoegdheid graadverlening hoger onderwijs<sup>15</sup> heeft de minister aangegeven hoe hij beoordeelt of de continuïteit van de rechtspersoon is gegarandeerd. In de eerste plaats dienen de financiële en bestuurlijke continuïteit van de aanvrager alsmede de kwaliteit van het onderwijs dat verzorgd gaat worden, gewaarborgd te zijn. Ook wordt nagegaan of de aanvrager in staat is tot naleving van de wettelijke voorschriften inzake kwaliteitszorg, de registratie, het onderwijs, de examens en vooropleidingseisen. Verder zal de minister acht slaan op het rapport dat de NVAO krachtens artikel 5a.10a WHW zal opstellen.

Er is één vereiste dat in de praktijk uiterst lastig zal zijn om na te leven. Dit is de zogenoemde volkomen cycluseis uit artikel 3 lid 2 onder c en d van de beleidsregel. Op grond hiervan heeft de aanvrager ten tijde van zijn verzoek ten minste één keer volledig het curriculum van de opleiding in kwestie aangeboden in Nederland. Indien de opleiding drie jaar duurt, moeten derhalve minstens drie jaar verstreken zijn om aan deze eis te kunnen voldoen. Daarbij is het vereist dat er studenten zijn die deze opleiding recent hebben afgerond. Een toetredende instelling dient dus eerst alle vakken van een opleiding reeds te hebben verzorgd in de praktijk in Nederland en daarbij aan studenten die alle examens van deze vakken met goed gevolg hebben afgelegd, een diploma te hebben afgegeven. Het probleem is dat dergelijke studenten dan een diploma hebben gekregen dat geen

11 Zie het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Vlaamse Gemeenschap van België inzake de accreditatie van opleidingen binnen het Nederlandse en Vlaamse hoger onderwijs, *Trb.* 2005, 47.

12 Zie artikelen 51.9, 5a.12, 5a.15 en 15.7 WHW.

13 Zie artikel 1.12 en 7.10a WHW.

14 *Stcrt.* 2018, 35628.

15 *Stcrt.* 2010, 14710.

recht geeft op een WHW-graden (bachelor of master). Het hoeft geen betoog dat voor studenten dergelijke graden meestal van zeer beperkte waarde zijn. De kans dat zij bereid zijn om bijvoorbeeld een driejarige opleiding te volgen die niet leidt tot een (door de WHW erkende) bachelorgraad mag zeer klein worden geacht. Nog afgezien van de administratieve lasten die verband houden met het advies van de Inspectie en het rapport van de NVAO, kan gesteld worden dat het in de praktijk niet mogelijk is om de volkomen curriculum-eis na te leven.<sup>16</sup> In wezen is de administratieve drempel voor toetreding voor niet-bekostigde instellingen veel hoger dan voor bekostigde instellingen, ook al zijn deze laatste afhankelijk van een wetwijziging. Al met al lijken de reeds bestaande instellingen van hoger onderwijs beschermd tegen toetreding van nieuwe spelers in de sector.

Zoals in paragraaf 2 is uiteengezet, gaat artikel 23 Grondwet uit van de vrijheid van onderwijs. In de literatuur is betoogd dat de volkomen curriculum-eis hiermee in strijd is.<sup>17</sup> Nu deze eis niet in wetgeving maar in een beleidsregel is vastgelegd, staat het toetsingsverbod van een wet in formele zin aan de Grondwet niet aan een rechterlijke beoordeling in de weg. Voor zover kan worden nagaan, is er nog geen uitspraak over deze kwestie gedaan. Naar mijn mening is wel duidelijk dat de stelling dat het Nederlands stelsel van hoger onderwijs relatief open is, vooral opgaat voor onderwijs dat buiten de officiële kaders van de WHW wordt aangeboden. Gezien het grote belang dat in de praktijk wordt toegekend aan graden erkend krachtens de WHW, moet deze openheid in niet geringe mate worden gerelativeerd.

Overigens dient er nog op gewezen te worden dat de artikelen 1.19 en 1.19a aan de WHW zijn toegevoegd. Deze bepalingen maken het mogelijk dat een Nederlandse universiteit een opleiding in het buitenland verzorgt. Hiervoor geldt de eis dat een universiteit, voordat zij hiertoe overgaat, eerst toestemming aan de minister vraagt.<sup>18</sup>

#### 4. De eisen voor buitenlandse universiteiten en hogescholen die zich in Nederland willen vestigen

De WHW kent speciale regels voor buitenlandse universiteiten en hogescholen die willen toetreden tot het Nederlands stelsel van hoger onderwijs. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen universiteiten en hogescholen uit de EER en universiteiten en hogescholen uit derde landen. Het wekt geen verbazing dat de regels voor

toetreding voor de eerste groep instellingen veel ruimer zijn dan voor de tweede groep instellingen.

##### 4.1. Toetreding van universiteiten en hogescholen uit de EER

In de WHW is een regime opgenomen dat betrekking heeft op nevenvestigingen van universiteiten en hogescholen uit andere landen van de EER. Deze regeling voorziet dus niet in een regime voor de oprichting van een hoofdvestiging van een dergelijke buitenlandse universiteit in Nederland.

Op grond van artikel 1.22 lid 2 en artikel 1.23 lid 2 WHW heeft een universiteit of een hogeschool uit een ander land van de EER het recht om de naam universiteit of hogeschool te gebruiken voor zijn nevenvestigingen in Nederland. Hieraan is wel een aantal vereisten verbonden. In de eerste plaats heeft deze buitenlandse instelling haar hoofdvestiging in de EER. In de tweede plaats opereert deze hoofdvestiging in overeenstemming met de daar geldende onderwijs- en vestigingsregels, heeft zij het recht om graden te verlenen, waaronder in geval van een universiteit de doctorsgraad. In de derde plaats wordt op de website van de nevenvestiging in Nederland kenbaar gemaakt in welk land de hoofdvestiging is, welke graden verleend worden en op welke (buitenlandse) regelingen deze graden zijn gebaseerd. Bij afwezigheid van een website dient deze informatie op andere wijze aan studenten te worden kenbaar gemaakt. In de vierde plaats moet op elk uitgereikt getuigschrift vermeld worden: de naam van de instelling en de regeling op grond waarvan de graad wordt verleend. Uit deze voorwaarden volgt dat het student duidelijk moet zijn dat zij geen graad behalen krachtens Nederlandse wetgeving maar krachtens wetgeving van een ander land van de EER.

Het vereiste dat de hoofdvestiging in het andere land officieel moet zijn erkend heeft als achtergrond dat de Nederlandse wetgever de zogenoemde *diploma mills*<sup>19</sup> wil uitsluiten. Voorkomen moest worden dat instellingen die gevestigd waren in een ander EER-land maar niet onderdeel waren van het officiële onderwijsstelsel van dat land, diploma's uitreiken in Nederland. De eis van officiële erkenning in het land van hoofdvestiging heeft als doel de kwaliteit van het in Nederland aangeboden hoger onderwijs te garanderen.<sup>20</sup>

Zoals gezegd, wordt er in de WHW van uitgegaan dat een buitenlandse universiteit of hogeschool uit de EER toetreedt tot het nationale stelsel door het openen van een nevenvestiging in Nederland. Er zijn geen regels voor het openen of verplaatsen van een hoofdvestiging naar Nederland. Indien een dergelijke universiteit vanuit een hoofdvestiging in Nederland hoger onderwijs wil aanbieden, zijn de algemene regels die in de vorige paragraaf

16 Zie G. Louw, *Het Nederlands Hoger Onderwijsrecht. Een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek*, Leiden: Leiden University Press 2011, p. 51.

17 Zie G. Louw, *Het Nederlands Hoger Onderwijsrecht. Een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek*, Leiden: Leiden University Press 2011, p. 52.

18 De eerste universiteit die overwoog van deze mogelijkheid gebruik te maken, heeft bij nader inzien hiervan afgezien. Zie het persbericht dat beschikbaar is op de volgende site: [www.rug.nl/about-us/news-and-events/video/archive/2017/branch-campus-yantai](http://www.rug.nl/about-us/news-and-events/video/archive/2017/branch-campus-yantai).

19 Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34412, 3, p. 27 (MvT).

20 Zie vorige noot.

zijn besproken, van toepassing. Dit zou betekenen dat de buitenlandse instelling die bekostiging van de overheid wil ontvangen aan zou moeten sturen op een wetswijziging. Indien zij actief wil worden als een niet-bekostigde instelling, zal zij onder meer geconfronteerd worden met de volkomen curriculum-eis. In de vorige paragraaf is uiteengezet dat het niet mogelijk is voor binnenlandse aanbieders van hoger onderwijs om deze eis na te leven. Naar mijn mening kunnen universiteiten en hogescholen uit andere EU- en EER-landen een strategie ontwikkelen, op grond waarvan zij in de praktijk wel een volledig curriculum hebben uitgevoerd om te kunnen worden erkend als niet-bekostigende instelling. Zij kunnen de opleiding in kwestie eerst aanbieden vanuit hun nevenvestiging in Nederland. Nadat een cohort studenten het volledige curriculum heeft doorlopen en diploma's hiervoor onder het recht van het land van herkomst zijn uitgereikt, kan de nevenvestiging bij de minister een verzoek indienen om het recht te krijgen om als niet-bekostigde instelling graden onder Nederlands recht toe te kennen. Als aan alle (kwaliteits)eisen uit de WHW is voldaan, kan aan de buitenlandse EER-universiteit dit recht worden toegekend. Een nevenvestiging in een Nederlandse stad van bijvoorbeeld een Roemeense universiteit kan eerst bachelor- en masterprogramma's aanbieden onder het Roemeens recht. Na een aantal jaren (na het afstuderen van de eerste cohorten studenten) kan deze universiteit vervolgens een verzoek indienen om het recht te verkrijgen graden onder het Nederlands recht te verlenen.

In dit verband dient erop gewezen worden dat in de EU een systeem van wederzijdse erkenning van beroepskwalificaties van kracht is. Volgens de Richtlijn betreffende de erkenning van beroepskwalificaties<sup>21</sup> zijn bijvoorbeeld diploma's voor medische beroepen voorwerp van wederzijdse erkenning. Nederlandse autoriteiten dienen dus in beginsel Roemeense diploma's die betrekking hebben op deze beroepen te erkennen. Voor dergelijke beroepen is derhalve strikt genomen de laatste stap van het verkrijgen van het recht om Nederlandse graden toe te kennen juridisch gezien niet nodig voor de betrokken studenten. Stel dat studenten door een programma te volgen in een Roemeense universitaire nevenvestiging in Nederland een (onder de Richtlijn beroepskwalificaties vallende) universitaire graad voor een medisch beroep hebben verkregen,<sup>22</sup> dan kunnen deze studenten inzetten op (zoals deze richtlijn dat noemt) automatische erkenning van de verkregen kwalificaties in Nederland.<sup>23</sup>

#### 4.2. Toetreding van universiteiten en hogescholen uit derde landen

Voor universiteiten en hogescholen uit derde landen zijn regels voor toetreding veel strikter dan voor instellingen uit de EER. Op grond van artikel 1.22 lid 4 WHW kan de minister besluiten dat een universiteit met een hoofdvestiging in een derde land een nevenvestiging mag openen in Nederland. Een vergelijkbare regeling voor hogescholen is terug te vinden in artikel 1.23 lid 4 WHW. Bij een positieve beslissing van de minister mogen instellingen met een hoofdvestiging in derde landen de naam universiteit of hogeschool voeren voor hun nevenvestigingen in Nederland. Uitdrukkelijk is bepaald dat deze nevenvestigingen alleen diploma's naar het recht van het derde land kunnen uitreiken en de studenten hiervan op de hoogte gebracht moeten worden.<sup>24</sup> Een belangrijke randvoorwaarde is dat de hoofdvestiging officieel is erkend als universiteit of hogeschool in het desbetreffende derde land.<sup>25</sup>

De minister beschikt over veel beleidsvrijheid ten aanzien van aanvragen van universiteiten en hogescholen uit derde landen. De WHW bepaalt dat de criteria, aan de hand waarvan deze bewindspersoon de aanvragen van instellingen uit derde landen beoordeelt, vastgelegd worden in een ministeriële regeling. Een dergelijke regeling is echter nog niet tot stand gekomen. In de wetgeschiedenis is evenwel aangegeven dat de minister waarschijnlijk alleen nevenvestigingen van universiteiten en hogescholen met hoofdvestigingen in derde landen zal toestaan, indien deze tot de beste instellingen van hoger onderwijs van de wereld behoren.<sup>26</sup> Verwacht mag worden dat dergelijke universiteiten en hogescholen in positieve zin zullen bijdragen aan het academische leven en de economie in Nederland. De voorwaarden die voor de beoordeling van instellingen uit derde landen gaan gelden, zullen ontleend worden aan de ervaringen opgedaan in het kader van het Bolognaproces.<sup>27</sup>

Artikel 1.22 lid 4 en artikel 1.23 lid 4 WHW houden verband met topuniversiteiten, zoals die van Harvard en Yale. Na de Brexit kunnen deze bepalingen ook van belang zijn voor de universiteiten van Oxford en Cambridge. Ondanks de strikte condities die gelden voor de toepassing van artikel 1.22 lid 4 en artikel 1.23 lid 4 WHW kan het voor Britse topuniversiteiten interessant zijn om te onderzoeken welke kansen deze bepalingen voor hen bieden. Zij kunnen actief worden via een nevenvestiging in Nederland en wellicht op termijn ook vragen om toegelaten te worden als niet-bekostigde instellingen met het recht om Nederlandse graden te verlenen. Een aantal van die graden kunnen voorwerp worden van het proces

21 Richtlijn 2005/36 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *PbEU* 2005, L 255/22.

22 Dit voorbeeld is niet toevallig gekozen gezien de plannen van een Roemeense universiteit om een geneeskundeopleiding in Venlo aan te bieden. Zie [www.limburg.nl/roemeense-universiteit-wil-afdeling-geneeskunde-venlo](http://www.limburg.nl/roemeense-universiteit-wil-afdeling-geneeskunde-venlo) en <https://venlo.nieuws.nl/nieuws/41290/laatste-vestigingspoging-roemeense-universiteit-venlo/>.

23 Zie artikel 21 lid 1 Richtlijn 2005/36.

24 Zie artikel 1.22 lid 4 en artikel 1.23 lid 4 WHW.

25 Zie vorige noot.

26 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, 3, p. 28 en 29 (MvT).

27 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, 3, p. 29 (MvT).

van wederzijdse erkenning van de Richtlijn beroepswa-  
lificaties.

Een voorbeeld van een universiteit uit een derde land dat een nevenvestiging heeft geopend in Nederland is de Webster University. Deze Amerikaanse universiteit biedt via een nevenvestiging opleidingen aan in Nederland (die leiden tot graden erkend onder het Amerikaanse recht).<sup>28</sup>

## 5. De WHW in het licht van het EU-recht voor de interne markt en de mededinging

Hoe verhouden de hierboven geschetste bepalingen uit de WHW zich met de EU-regels voor de interne markt en de mededinging? Zoals reeds opgemerkt behoort de organisatie van het onderwijs tot de bevoegdheden van de lidstaten. Indien echter bepaalde activiteiten uit deze sector economisch van aard zijn, dan zijn deze EU-regels voor de interne markt en mededinging relevant. Hieronder wordt daarom eerst nagegaan onder welke omstandigheden het aanbieden van hoger onderwijs aanleiding geeft tot economische activiteiten. Daarna wordt ingegaan op het EU-recht voor de interne markt en vervolgens komt het Europese mededingingsrecht aan de orde.

### 5.1. Hoger onderwijs als economische activiteit?

In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de wetwijzigingen die de bepalingen voor de nevenvestigingen uit EER-landen introduceerde, staat dat de wetgever rekening dient te houden met de EU-regels voor de vrijheid van diensten en de vrijheid van vestiging.<sup>29</sup> Voorkomen moet worden dat deze vrijheden in het gedrang komen.<sup>30</sup> Dit roept de vraag op in hoeverre deze vrijheden van toepassing zijn op het hoger onderwijs.

Op grond van artikel 57 VWEU vallen diensten die gewoonlijk tegen betaling worden verricht onder het EU-recht van de interne markt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de activiteiten die binnen een nationaal stelsel van onderwijs worden verricht niet economisch van karakter, indien deze activiteiten hoofdzakelijk door publieke middelen worden gefinancierd.<sup>31</sup> In dergelijke omstandigheden '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'.<sup>32</sup> In deze redenering ligt de na-

druk op de methode van financiering. Indien deze op collectieve wijze plaatsvindt, is er geen sprake van een economische dienst.<sup>33</sup> Naar mijn mening wordt bij dergelijke financiering geen individuele onderwijsdienst tegen betaling verleend aan een afnemer. De eventuele bijdragen die die studenten en/of hun ouders verschuldigd zijn, houden geen verband met de werkelijke kosten die gepaard gaan met het onderwijs in kwestie. Het grootste gedeelte van de daadwerkelijke kosten wordt uiteindelijk gedragen door de overheid.

Indien daarentegen de onderwijsactiviteiten hoofdzakelijk worden betaald door particuliere bijdragen (van bijvoorbeeld studenten en/of hun ouders), dan worden deze activiteiten verondersteld economisch van aard te zijn.<sup>34</sup>

In dat geval bestaat er een reëel verband tussen de verschuldigde bijdragen en de kosten van de geleverde onderwijsdienst. In dergelijke omstandigheden is er sprake van een dienst in de zin van artikel 57 VWEU en is het EU-recht voor de interne markt van toepassing. Waar het derhalve op aankomt is om vast te stellen wat het aandeel van de private middelen in het totale budget voor de desbetreffende onderwijsactiviteiten van de instellingen van het hoger onderwijs is. Naar mijn mening is hierbij een leidend principe de kwestie of er een reëel verband bestaat tussen de verschuldigde bijdrage en de kosten van het genoten onderwijs. Hoe groter het aandeel van de private financiering voor de aan de orde zijnde onderwijsactiviteiten is, hoe groter de kans dat het EU-recht voor de interne markt van toepassing is. Indien de hoogte van het collegegeld sterk verhoogd wordt en de publieke bijdragen voor bepaalde onderwijsactiviteiten aanzienlijk worden verlaagd, neemt de kans toe dat deze activiteiten binnen de reikwijdte van de EU-regels voor de interne markt vallen.

In dit verband moet nog op het volgende worden gewezen. Het is mogelijk dat onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk door de overheid worden betaald, betrokken zijn bij specifieke activiteiten die wel een dienst in de zin van artikel 57 VWEU vormen. Zij bieden dan diensten die hoofdzakelijk door de overheid worden bekostigd en diensten, waarvoor dat niet het geval is. In dat geval moet er onderscheid gemaakt worden tussen de 'kernactiviteiten' (die afhankelijk zijn van overheidsfinanciering) en bepaalde nevenactiviteiten die wel tegen particuliere betaling plaatsvinden. In *Neri*<sup>35</sup> oordeelde het Hof daarom dat het organiseren van cursussen door een particuliere instelling in verschillende steden in de EU voor een bepaalde universiteit tegen betaling beschouwd diende te worden als dienst in de zin van artikel 57 VWEU. Kortom,

28 Zie [www.webster.nl](http://www.webster.nl).

29 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, 3, p. 8.

30 Zie vorige noot.

31 Zie HvJ EG 27 september 1988, 263/86, ECLI:EU:C:1988:451 (*Humbel*), en HvJ EG 7 december 1993, C-109/92, ECLI:EU:C:1993:916 (*Wirth*). Zie ook A.H.A. Mohammad, 'Ongelijke spelregels voor het online onderwijs', *SEW* 2015, afl. 10, p. 451-453.

32 Zie *Humbel*, r.o. 18.

33 Zie J.W. van de Gronden, 'Services of General Interest and the Concept of Undertaking: Does EU Competition Law Apply?', *World Competition* 2018, afl. 2, p. 221.

34 Zie *Wirth*, r.o. 17; HvJ EG 11 september 2007, C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492, r.o. 40 (*Schwarz en Gootjes-Schwarz*); HvJ EG 11 september 2007, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, r.o. 69 (*Commissie/Duitsland*), en HvJ EU 20 mei 2010, C-56/09, ECLI:EU:C:2010:288, r.o. 32 (*Zanotti*). Zie ook punt 58 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein* (aangehaald in de inleiding van dit artikel). Zie ook F. Amato & K. Farbmman, 'Applying EU Competition law in the Education sector', *IJELP* 2010, p. 8.

35 Zie HvJ EG 13 november 2003, C-153/02, ECLI:EU:C:2003:614 (*Neri*).

indien een instelling gefinancierd door de overheid de markt opgaat, dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen haar marktactiviteiten en haar 'niet-marktactiviteiten'.

Opmerkelijk genoeg heeft het HvJ EU de vraag of het Europees mededingingsrecht (inclusief de Verdragsbepalingen voor staatssteun) van toepassing is op onderwijs beantwoord aan de hand van zijn rechtspraak over het vrije verkeer en onderwijs. Zoals bekend, is elke entiteit die een economische activiteit verricht een onderneming.<sup>36</sup> Onder economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op de markt.<sup>37</sup> In *CEPPB*<sup>38</sup> stelde het HvJ EU onder verwijzing naar zijn rechtspraak over het vrije verkeer dat een onderwijsactiviteit die hoofdzakelijk uit particuliere middelen wordt bekostigd economisch van aard is.<sup>39</sup> Indien daarentegen deze activiteiten op collectieve wijze worden bekostigd door de overheid, is er geen sprake van een economische activiteit in de zin van het mededingingsrecht. Bij dergelijk onderwijs vervult de Staat volgens het Hof, als gezegd 'zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking'.<sup>40</sup> Vergelijkbare overwegingen zijn terug te vinden in de arresten over het vrije verkeer, zodat verondersteld mag worden dat op dit punt convergentie bestaat tussen het EU-recht voor de interne markt en het Europees mededingingsrecht. Ook het EFTA-Hof heeft in een zaak betreffende de opvang voor kinderen onder de leerplichtige leeftijd de wijze van financiering als vertrekpunt genomen.<sup>41</sup> Omdat de opvang, die in deze zaak centraal stond, voor 80% werd betaald uit publieke middelen, werd ervan uitgegaan dat de staat op deze wijze zijn plichten jegens zijn bevolking op sociaal, cultureel en opvoedkundig terrein vervulde en dat derhalve het EU-staatssteunrecht niet van toepassing was.

In *CEPPB* stelde het Hof verder dat een onderwijsinstelling gedeeltelijk betrokken kan zijn bij het verrichten van activiteiten die niet-economisch van aard zijn en activiteiten die dat wel zijn. Een instelling is dan geen onderneming voor zover deze hoofdzakelijk door de overheid gefinancierd onderwijs geeft, maar wel voor zover deze buitenschoolse activiteiten, waarvoor leerlingen of ouders moeten betalen, verricht.<sup>42</sup> Het is derhalve van belang per activiteit te bezien of deze hoofdzakelijk door de overheid wordt gefinancierd of niet.<sup>43</sup>

Naar mijn mening moet op grond van de bovenstaande analyse de volgende conclusie getrokken worden voor het Nederlandse stelsel van hoger onderwijs. Er bestaat in dit stelsel een sterk onderscheid tussen bekostigde en niet-bekostigde instellingen. Bekostigde instellingen worden hoofdzakelijk betaald uit overheidsbijdragen en

daarom vallen deze instellingen niet onder de reikwijdte van het EU-recht voor de interne markt en het Europees mededingingsrecht, voor zover zij voornamelijk door de Staat bekostigd onderwijs aanbieden. Indien zij echter daarnaast andere diensten, waarvoor particulieren (hoofdzakelijk) moeten betalen, aanbieden, zijn zij voor deze diensten wel ondernemingen. Het aanbieden van bepaalde commerciële (postmaster)cursussen zullen waarschijnlijk economisch van karakter zijn. Voor hun kernactiviteiten, het geven van bachelor- en masteronderwijs aan studenten en het verrichten van fundamenteel onderzoek, geldt dit niet. Hier past wel de belangrijke kanttekening dat dit kan veranderen indien door overheidsbeleid het particuliere aandeel in de financiering zo groot wordt dat deze financiering gezien moet worden als een vergoeding van de kosten van het genoten onderwijs. In 2013 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich gebogen over de vraag of een Nederlandse universiteit, in casu de Open Universiteit, een onderneming in de zin van het Europees mededingingsrecht is.<sup>44</sup> Na inlichtingen bij de Commissie over deze kwestie te hebben gevraagd, kwam zij tot de conclusie dat dit niet het geval is. Zij baseerde deze stelling in lijn met de rechtspraak van het Hof op het gegeven dat deze universiteit hoofdzakelijk gefinancierd werd door de overheid en dat er geen reëel verband bestond tussen de verschuldigde collegegelden en de daadwerkelijke kosten.

Naar mijn mening zijn de EU-regels voor de interne markt en mededinging wel van toepassing op de niet-bekostigde instellingen van hoger onderwijs. Deze instellingen worden immers hoofdzakelijk (en wellicht volledig) betaald door particuliere bedragen. Er bestaat dus gezien de hoogte van de verschuldigde collegegelden een daadwerkelijk verband tussen deze gelden en de kosten van het genoten onderwijs.

Een en ander betekent dat de WHW, voor zover deze betrekking heeft op niet-bekostigde instellingen en op economische diensten/activiteiten van bekostigde instellingen, in overeenstemming dient te zijn met het EU-recht voor de interne markt en de mededinging. Op de niet-bekostigde instellingen zijn de Europese 'marktregels' volledig van toepassing, terwijl dit niet geldt voor bekostigde instellingen. Dit kan leiden tot een ongelijk speelveld. De Nederlandse wetgever heeft getracht hieraan wat te doen door middel van het experiment Open bestel, waarbij zowel bekostigde als niet-bekostigde instellingen bepaalde opleidingen mochten aanbieden. De administratieve drempels waren echter voor de private spelers te

36 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, r.o. 21 (*Höfner*).

37 Zie HvJ EG 16 juni 1987, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*).

38 HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*).

39 In de literatuur is betoogd dat Engelse universiteiten ondernemingen zijn omdat de studenten een bijdrage van ongeveer £ 9000 moeten betalen en zo tot afnemers van onderwijsdiensten worden gemaakt. Zie A. Gideon, *Higher Education Institutions in the EU: Between Competition and Public Service*, Den Haag: T.M.C. Asser Press/Springer 2017, p. 62. Na de Brexit kan deze situatie uiteraard anders komen te liggen.

40 Zie *CEPPB*, r.o. 50.

41 Zie EFTA-Hof 21 februari 2008, E-5/07 (*Private Barnehagers Landsforbund/EFTA Surveillance Authority*).

42 Zie *CEPPB*, r.o. 56-64.

43 Zie noot Mohammad en Al Khatib bij het arrest *CEPPB*, AB 2017/388, p. 2619.

44 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*).

hoog, waardoor dit experiment niet veel heeft opgeleverd.<sup>45</sup>

In zijn conclusie in de zaak *Kirschstein* heeft de A-G zich kritisch uitgelaten over de rechtspraak van het Hof, waarin een sterke nadruk wordt gelegd op de collectieve financiering van het onderwijs.<sup>46</sup> Hij stelde dat door de overheid gefinancierde instellingen van hoger onderwijs naast het reguliere onderwijs ook commerciële activiteiten verrichten. Daarnaast kan het criterium dat gebaseerd is op de mate van overheidsfinanciering praktische interpretatieproblemen oproepen. Mijs inziens zijn deze problemen op te lossen door de reguliere activiteiten (die vaak ook de kernactiviteiten van een onderwijsinstelling zijn) op het terrein van het onderwijs en onderzoek af te splitsen van de commerciële nevenactiviteiten. Op de eerste categorie zijn de Europese marktregels niet van toepassing, terwijl dat wel het geval is voor de tweede categorie. Door middel van een systeem van gescheiden boekhoudingen kan worden nagegaan hoe bepaalde kosten gefinancierd worden. Mijs inziens is het niet wenselijk om de rechtspraak zo te wijzigen dat ook onderwijsdiensten die op collectieve wijze door de overheid worden gefinancierd onder de reikwijdte van de Europese marktregels te brengen. Collectieve financiering veronderstelt immers dat uit overwegingen van solidariteit de burgers van een lidstaat toegang tot bepaald onderwijs hebben, ongeacht hun inkomen. De dynamiek, waartoe de Europese marktregels aanleiding geven, verhoudt zich niet of nagenoeg niet met deze solidariteit. In concurrentie aanbieden van individuele onderwijsdiensten aan de best betalende afnemer zet de toegankelijkheid tot het onderwijs voor eenieder onder druk. De organisatie van het onderwijs behoort volgens artikel 165 lid 1 VWEU tot de bevoegdheid van de lidstaten en, indien het EU-recht hun belet om een op solidariteit gebaseerd stelsel te hebben, wordt deze bevoegdheid miskend. Verder bepaalt artikel 14 lid 1 Handvest van de grondrechten van de EU dat eenieder recht op onderwijs heeft en ook op toegang tot beroepsopleiding en bijscholing. Dit recht houdt de mogelijkheid in volgens artikel 14 lid 2 Handvest om verplicht onderwijs kosteloos te volgen. Het streven van een lidstaat om dit te realiseren mag niet doorkruist worden door de Europese marktregels.

Wel moet erop gewezen worden dat beleidswijzigingen die belangrijke wijzigingen voor de financiering met zich brengen ertoe kunnen leiden dat voor bepaalde opleidingen de bekostigde instellingen een onderneming worden. In dat geval heeft een lidstaat ervoor gekozen om samenwerking te introduceren en de spelregels hiervoor worden gevormd door het EU-recht voor de interne markt en de mededinging. Thans experimenteert de overheid bijvoorbeeld met vraagfinanciering bij bepaalde opleidingen:

studenten die nog geen hbo-diploma hebben kunnen door middel van vouchers die de overheid ter beschikking stelt cursussen kopen.<sup>47</sup> Op deze wijze wordt ook de concurrentie tussen bekostigde en niet-bekostigde instellingen vergroot. Indien het systeem van vouchers wordt uitgebreid en vaste praktijk wordt, kan dit ertoe leiden – afhankelijk van de exacte vormgeving van het systeem – dat er een reële band ontstaat tussen de bijdragen van de studenten en de werkelijke kosten van de geleverde onderwijsdiensten.<sup>48</sup> Deze diensten worden dan economisch van karakter, ook al worden ze (mede) aangeboden door bekostigde instellingen. Voor deze opleidingen gelden dan de EU-regels voor de interne markt en de mededinging.

## 5.2. *Het Nederlands hoger onderwijs in het licht van het recht voor de interne markt*

De rechtspraak van het HvJ over de interne markt en hoger onderwijs heeft betrekking op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. Zoals bekend, komen deze verdragsbepalingen pas in het vizier, indien er geen harmonisatie is.<sup>49</sup> Sinds de Dienstenrichtlijn moet worden toegepast,<sup>50</sup> kunnen ook diensten, waarvoor geen specifieke EU-regelingen in het leven zijn geroepen, voorwerp van harmonisatie zijn, aangezien deze richtlijn een algemeen regime voor diensten bevat, welke aanknoopt bij artikel 57 VWEU.

### Toepasselijkheid Dienstenrichtlijn

Naar mijn mening is de Dienstenrichtlijn van toepassing op activiteiten van niet-bekostigde instellingen van hoger onderwijs. Hetzelfde geldt voor de marktactiviteiten van de bekostigende instellingen. In artikel 4 van deze richtlijn wordt verwezen naar het begrip ‘dienst’ in de zin van artikel 57 VWEU. Het uitgangspunt is derhalve toepasselijkheid op alle diensten die gewoonlijk tegen betaling worden verricht, behalve op de diensten die uitdrukkelijk van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd. Artikel 2 zondert een aantal diensten uit maar onderwijs is in deze bepaling niet genoemd. Wel wordt in artikel 2 lid 2 onder a verwezen naar ‘niet-economische diensten van algemeen belang’. In zijn conclusie in de zaak *Kirschstein*, die is aangehaald in de inleiding van dit artikel, worstelt A-G Bobek met deze categorie activiteiten.<sup>51</sup> Niet-economische diensten vallen immers niet onder de definitie dienst van artikel 57 VWEU, hetgeen betekent dat de Dienstenrichtlijn reeds om die reden niet van toepassing is. Volgens hem is het niet denkbaar dat er een categorie zou bestaan die neerkomt op “niet-eco-

45 Zie A.H.A. Mohammad, ‘Ongelijke spelregels voor het online onderwijs’, *SEW* 2015, afl. 10, p. 454. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 31288, 413 (Brief van de Minister van 16 januari 2015).

46 Zie punten 72-88 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.

47 Zie [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/hoger-onderwijs/vraag-en-antwoord/hoe-kan-ik-meedoen-aan-het-experiment-vraagfinanciering](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/hoger-onderwijs/vraag-en-antwoord/hoe-kan-ik-meedoen-aan-het-experiment-vraagfinanciering).

48 Vergelijk in dit verband A. Hoogenboom, ‘Commodification of Higher Education: Students, Study Loan Systems and State Aid’, *ESAL* 2015, afl. 4, p. 496.

49 HvJ EG 5 oktober 1977, 5/77, ECLI:EU:C:1977:144 (*Tedeschi*).

50 Deze richtlijn moet worden toegepast sinds 28 december 2009, toen de omzettingstermijn ervan afliep. Zie artikel 44 van de Dienstenrichtlijn.

51 Zie punten 61-71 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.



nomische” economische activiteiten van algemeen belang.<sup>52</sup> Taalkundig en logisch gezien zou dit uitermate vreemd zijn. Verder blijkt naar mijn mening uit Protocol 26 bij het Verdrag van Lissabon<sup>53</sup> dat er twee typen diensten van algemeen belang zijn: diensten van algemeen economisch belang en niet-economische diensten van algemeen belang. De eerste groep is economisch van karakter en de tweede groep is dat niet. Kortom, terecht merkt de A-G op dat de uitzondering in artikel 2 met betrekking tot niet-economische diensten van algemeen belang overbodig is. Daarnaast wijst considerans 34 erop dat diensten die door de overheid worden verricht in het kader van het onderwijsstelsel om zijn sociaal, cultureel en opvoedkundige taak uit te oefenen niet onder de richtlijn vallen. Deze considerans betreft evenwel onderwijsdiensten die hoofdzakelijk door de overheid worden bekostigd en ziet daarom niet op onderwijsdiensten die worden gefinancierd door particuliere middelen. Al met al is de slotsom dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op de onderwijsdiensten van niet-bekostigde instellingen en de marktactiviteiten van de bekostigde instellingen. Het is van belang om op te merken dat ook de A-G in *Kirschstein* van mening was dat de Dienstenrichtlijn van toepassing was op privaat gefinancierde universiteiten.<sup>54</sup>

### Het recht om onderwijsdiensten in Nederland aan te bieden

Een en ander betekent dat de bepalingen uit de WHW beoordeeld moeten worden in het licht van de Dienstenrichtlijn. Titel III van deze richtlijn bevat de regels voor het permanent aanbieden van diensten in een lidstaat (vestiging), terwijl titel IV gaat over het tijdelijk aanbieden van diensten in een andere lidstaat (vrij verkeer van diensten). In de onderhavige bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de Europese marktregels de Nederlandse wetgever verplichten om spelers uit andere lidstaten toe te laten tot het nationaal stelsel van hoger onderwijs. Het is moeilijk voorstelbaar dat een instelling op tijdelijke basis vanuit een andere lidstaat onderwijsdiensten aanbiedt en toch onderdeel wil zijn van het Nederlands stelsel. Het aanbieden van onlineonderwijs vanuit een andere lidstaat is uiteraard mogelijk, maar met alleen dergelijke dienstverlening kunnen niet meerjarige onderwijsprogramma’s worden aangeboden zonder fysieke aanwezigheid in Nederland. Hieronder wordt daarom alleen ingegaan op titel III van de Dienstenrichtlijn. Sinds het arrest *Visser Vastgoed*<sup>55</sup> is duidelijk dat de bepalingen uit deze titel niet alleen betrekking hebben op grensoverschrijdende maar ook op interne situaties. Dit betekent dat ook binnenlandse instellingen van hoger

onderwijs jegens de Nederlandse overheid een beroep kunnen doen op bepalingen uit titel III.

Indien een instelling uit een andere lidstaat of een Nederlandse instelling vanuit een hoofdvesting als niet-bekostigde instelling opleidingen van hoger onderwijs wil aanbieden, dan dienen zij hiervoor toestemming te vragen van de minister op grond van artikel 6.2 WHW, zo bleek uit paragraaf 3.2 en 4.1 van deze bijdrage. Aangezien deze toestemming vereist is om de dienst van hoger onderwijs uit te oefenen, is er sprake van een vergunning. Krachtens artikel 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn is een vergunningstelsel niet toegestaan, tenzij dit stelsel nodig is om een dwingende reden van algemeen belang mee na te streven, evenredig is en niet discrimineert. In het kader van de evenredigheidstoets is het van belang dat de nationale wetgeving voor het vergunningstelsel op consistente en systematische wijze is vormgegeven.<sup>56</sup> Het spreekt voor zich dat eisen die gesteld zijn in het kader van de WHW erop gericht zijn om de kwaliteit van het hoger onderwijs te beschermen. Dit is een streven dat gezien kan worden als een dwingende reden van algemeen belang. De vraag is uiteraard in hoeverre voldaan is aan het evenredigheidsvereiste. In zijn conclusie in de zaak *Kirschstein* stelde de A-G dat het redelijk is dat er eisen gesteld worden aan het verkrijgen van het recht om graden toe te kennen.<sup>57</sup> Zo wordt er een hoog niveau van wederzijds vertrouwen in de EU gecreëerd, hetgeen van groot belang is voor de totstandkoming van een Europese ruimte voor hoger onderwijs.<sup>58</sup> Wat wel aandacht vergt naar mijn mening zijn de bewijzen en documenten die een instelling van een andere lidstaat reeds heeft verkregen van de autoriteiten van het land van herkomst en waaruit blijkt dat aan bepaalde kwaliteitseisen is voldaan. Deze documenten en bewijzen zouden moeten worden betrokken in de beoordeling van een aanvraag om vanuit een hoofdvesting in Nederland WHW-graden te verlenen. In de rechtspraak is erkenning van in een andere lidstaat behaalde kwalificaties een zeer belangrijk uitgangspunt.<sup>59</sup> Artikel 10 lid 3 Dienstenrichtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat de nationale vergunningsvoorwaarden niet mogen overlappen met gelijkwaardige of vergelijkbare eisen en controles, waaraan de dienstverrichter al is onderworpen in een andere (en zelfs dezelfde) lidstaat.

Een belangrijk knelpunt in dit verband is mijns inziens de volkomen curriculum-eis. Uiteen is gezet dat deze in de praktijk niet is na te leven en daarmee is de kans groot dat niet voldaan is aan het evenredigheidsvereiste. Dit zou betekenen dat de volkomen curriculum-eis in strijd met de Dienstenrichtlijn is. Dit probleem kan relatief eenvoudig worden opgelost door wijziging van de Beleidsregel bevoegdheid graadverlening hoger onderwijs, waarin deze eis is vastgelegd. Wijziging van beleidsregels

52 Zie punt 65 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.

53 *PbEU* 2008, C 115/308.

54 Zie punten 60-107 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.

55 Zie HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Visser Vastgoed*).

56 Zie HvJ EU 23 december 2015, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843 (*Hiebler*).

57 Zie punt 115 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.

58 Zie punt 116 van de conclusie van A-G M. Bobek in *Kirschstein*.

59 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*) en zaak HvJ EG 13 november 2003, C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 (*Morgenbesser*).

is uiteraard eenvoudiger dan het aanpassen van een wet in formele zin.

Al met al is het mogelijk dat de regels van de WHW voor niet-bekostigd onderwijs ter discussie gesteld kunnen worden, indien deze niet evenredig zijn. Zoals reeds opgemerkt, kan dit zowel gebeuren door binnenlandse aanbieders als door instellingen uit andere lidstaten. Naar mijn mening kan de Dienstenrichtlijn niet worden ingeroepen om toegelaten te worden als bekostigde instelling, omdat de door de overheid gefinancierde onderwijsdiensten niet-economisch van aard zijn en daarom niet onder de Dienstenrichtlijn vallen.

In paragraaf 4.1 is aan de orde gekomen dat instellingen van hoger onderwijs met een hoofdvestiging in een EER-land de naam universiteit of hogeschool (dan wel een vertaling van deze termen) mogen voeren, indien voldaan is aan bepaalde eisen. Voor zover vanuit deze nevenvestigingen opleidingen aangeboden worden die hoofdzakelijk door particuliere middelen worden bekostigd, is ook titel III van de Dienstenrichtlijn relevant. De eisen die artikel 1.22 lid 2 en artikel 1.23 lid 2 WHW stellen zijn met name op de kwaliteit van het onderwijs en de transparantie jegens de studenten gericht: de eis dat er een hoofdvestiging moet zijn erkend volgens de regels van het land van herkomst heeft als doel dat het onderwijs aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet, terwijl de eisen die verplichten dat meegedeeld wordt onder welk recht bepaalde graden worden verleend, ervoor zorgen dat de student weet waaraan hij toe is. Zoals opgemerkt, wilde de Nederlandse wetgever 'diploma mills' voorkomen. Voor het uitoefenen van de rechten van artikel 1.22 lid 2 en artikel 1.23 lid 2 WHW is geen voorafgaande toestemming van de minister vereist. Wel moeten bepaalde eisen worden nageleefd. In hoeverre deze nationale eisen zijn toegestaan hangt af van het bepaalde in artikel 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn. In deze bepalingen worden concrete eisen vermeld die niet mogen worden opgelegd door een lidstaat aan dienstverrichters. Het meest in het oog springt artikel 14 onder 3 van de Dienstenrichtlijn, dat een lidstaat verbiedt om een dienstverrichter te verplichten een keuze te maken tussen hoofd- en nevenvestigingen; met name is niet toegestaan dat een lidstaat een onderneming verplicht om op zijn grondgebied de hoofdvestiging op te richten.<sup>60</sup> Betoogd zou kunnen worden dat keuzevrijheid bij de WHW precies in 'omgekeerde richting' wordt beperkt: de instelling moet zijn hoofdvestiging in een andere lidstaat hebben. Is artikel 14 lid 3 van de Dienstenrichtlijn geschonden, omdat artikel 1.22 lid 2 en artikel 1.23 lid 2 WHW alleen nevenvestigingen als vertrekpunt neemt? Mijns inziens hoeft dat niet het geval te zijn, omdat voor de oprichting van een hoofdvestiging in Nederland de procedure van artikel 6.2 WHW gevolgd kan worden. Sterker nog, hierboven is uiteengezet dat de eis van volkomen curriculum wellicht

wel na te leven is voor instellingen uit een andere lidstaat omdat zij eerst onder hun eigen recht graden in Nederland kunnen verlenen door gebruik te maken van de mogelijkheden van artikel 1.22 lid 2 en artikel 1.23 lid 2 WHW zodat een volledig cohort van studenten een heel curriculum kan doorlopen om vervolgens een (door buitenlands recht) erkende graad te verkrijgen. Het lijkt er dus op dat deze bepalingen uit de WHW niet in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn.

### 5.3. *Het Nederlands hoger onderwijs in het licht van het Europees mededingingsrecht*

Niet door de overheid bekostigde instellingen van hoger onderwijs zijn ondernemingen en dienen zich te houden aan het mededingingsrecht. De instellingen die wel door de overheid bekostigd worden zijn alleen ondernemingen voor zover zij economische diensten, zoals commerciële postmastercursussen, aanbieden. In dit verband is niet alleen het Europese mededingingsrecht relevant, maar ook de Nederlandse Mededingingswet, omdat deze wet gebaseerd is op zijn Europese equivalent.<sup>61</sup> In dit verband moet wel opgemerkt worden dat de bepalingen uit de Mededingingswet die zien op de problematiek van markt en overheid (hoofdstuk 4b) niet van toepassing zijn op onderwijsinstellingen.<sup>62</sup>

Concurrentiebeperkende afspraken zijn (behoudens uitzonderingen) verboden in artikel 101 VWEU, terwijl misbruik van machtspositie niet is toegestaan krachtens artikel 102 VWEU. Deze bepalingen zijn van belang voor de niet-bekostigde instellingen en voor de bekostigde instellingen voor zover zij marktactiviteiten verrichten. Dit betekent bijvoorbeeld dat afspraken tussen deze instellingen over de hoogte van collegegelden of andere tarieven beschouwd dienen als prijskartels en daarom niet geoorloofd zijn.<sup>63</sup> Verder is het ook niet toegestaan dat zij samenwerkingsverbanden opzetten, waarin bepaald wordt welke spelers bepaalde economische onderwijsdiensten aanbieden. Dit leidt tot uitsluiting van concurrenten of belemmert op zijn minst hun toegang tot de markt, hetgeen als mededingingsbeperkend dient te worden beschouwd.<sup>64</sup> De toepassing van de algemene mededingingsregels kan er derhalve toe leiden dat aanbieders van economische onderwijsdiensten toegang krijgen tot de Nederlandse onderwijsmarkt.

De overheid mag krachtens artikel 101 VWEU juncto artikel 4 lid 3 VEU (Unietrouw) niet het nuttig effect ontnemen aan de Europese mededingingsregels door de totstandkoming van kartels te verplichten, door kartels te bevorderen of door kartels te versterken dan wel door besluiten tot interventie in de markt te delegeren aan

60 Zie ook *Handboek Implementatie van de Dienstenrichtlijn van de Commissie*, Brussel: 2007, p. 31.

61 Zie *Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3, p. 10* (MvT bij de Ontwerp-Mededingingswet).

62 Zie artikel 25h lid 1 Mededingingswet. Zie hierover A.H.A. Mohammad, 'Universiteiten en Hoge Scholen in de Wet Markt en Overheid', *M&M* 2016, afl. 5, p. 182 e.v.

63 Zie hierover A. Gideon, *Higher Education Institutions in the EU: Between Competition and Public Service*, Den Haag: T.M.C. Asser Press/Springer 2017, p. 76.

64 Zie A. Gideon, *Higher Education Institutions in the EU: Between Competition and Public Service*, Den Haag: T.M.C. Asser Press/Springer 2017, p. 81.

marktpartijen.<sup>65</sup> Afgevraagd kan worden in hoeverre dit het geval is bij de toetsing van macrodoelmatigheid bij de introductie van nieuwe opleidingen of de samenvoeging van bestaande opleidingen. In de procedure, waarin de minister beslist over deze introductie of samenvoeging hebben instellingen met concurrerende opleidingen inspraak. De regeling voor de macrodoelmatigheidstoetsing geldt evenwel alleen voor bekostigde instellingen. Deze organisaties zijn geen ondernemingen, zoals hierboven reeds aan de orde kwam en daarom is het mededingingsrecht niet van toepassing op de regels voor de macrodoelmatigheidstoetsing.

Artikel 107 VWEU verbiedt lidstaten om aan ondernemingen steun te verlenen, waardoor de concurrentie op de interne markt wordt verstoord en de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Deze verdragsbepaling is alleen van toepassing, voor zover de begunstigde een onderneming is. Bekostigde instellingen zijn geen ondernemingen, waardoor het opmerkelijke feit zich voordoet dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn omdat deze instellingen voornamelijk zijn gefinancierd door de overheid. Zoals reeds opgemerkt, kunnen bekostigde instellingen marktactiviteiten verrichten. Voorkomen moet worden dat deze marktactiviteiten gefinancierd worden uit bijdragen die de overheid verleend heeft met het oog op de bekostigde kerntaken. Dergelijke kruissubsidiëring kan leiden tot ongeoorloofde staatssteun, indien de drempels van de *De-minimis*-verordening overschreden zijn (€ 200 000 in drie jaar).<sup>66</sup>

De staatssteunregels leiden er niet direct toe dat aanbieders van economische onderwijsdiensten toegang krijgen tot de Nederlandse markt. Op indirecte wijze dragen zij echter wel hieraan bij. Het is door de overheid bekostigde instellingen verboden om de ontvangen overheidsmiddelen aan te wenden voor het aanbieden van economische onderwijsdiensten (geen kruissubsidiëring). Een bekostigde universiteit mag daarom geen postmastercursussen in de markt zetten tegen een laag tarief, indien deze scherpe prijzen worden bekostigd door de verkregen overheidsfinanciering. Indien de bekostigde instellingen op de markt voor economische onderwijsdiensten niet hun economische voordelen verkregen van de overheid mogen aanwenden, is het voor andere spelers eenvoudiger om hun diensten tegen tarieven aan te bieden die concurrerend zijn met die van de bekostigde instellingen. Toetreding tot deze markt wordt daardoor gefaciliteerd. Overheidsfinanciering is de reden om de staatssteunregels niet van toepassing te achten. Hierboven is uiteengezet dat de hoogte van het aandeel van de particuliere

financiering van belang is om te bepalen of een instelling van hoger onderwijs een onderneming is. Naarmate dit aandeel toeneemt, neemt de kans toe dat de particuliere bijdrage (het collegegeld) gezien moet worden als vergoeding van de geleverde dienst, waardoor deze dienst economisch van karakter wordt en de staatssteunregels van toepassing worden. Het, met andere woorden, passeren van een bepaald omslagpunt leidt tot de toepasselijkheid van deze regels. Het is lastig te bepalen waar dit omslagpunt ligt. Een belangrijke aanwijzing is wel dat er een reëel verband dient te bestaan tussen de verschuldigde bijdrage en de kosten van het genoten onderwijs. Als dit omslagpunt is bereikt, doet zich de haast absurde situatie voor dat het overheidsgeld dat de bekostigde universiteiten en hogescholen nog krijgen staatssteun is en moet worden teruggevorderd, indien deze niet is aangemeld bij en goedgekeurd is door de Commissie.<sup>67</sup> Dit vloeit voort uit de rechtstreekse werking van de *standstill*-bepaling van artikel 108 lid 3 VWEU.<sup>68</sup>

Het is voor de overheid van groot belang om zich hier rekenschap van te geven, wanneer zij in het kader van marktwerkingsbeleid het aandeel van de particuliere bijdragen (collegegelden) drastisch verhoogt. Hierboven is bij wijze van voorbeeld gewezen op het experiment met vouchers en vraagfinanciering. Een dergelijk systeem kan ertoe leiden dat collegegelden voor de cursussen, waarvoor de vraagfinanciering geldt, omhoog gaan en daarom beschouwd dienen te worden als vergoeding voor individueel geleverde onderwijsdiensten. Om staatssteunproblemen te voorkomen, dienen de bekostigde instellingen dan een gescheiden boekhouding te voeren, waaruit blijkt dat van de overheid ontvangen gelden niet besteed zijn aan de cursussen die studenten hebben ingekocht met vouchers.<sup>69</sup>

Indien door marktwerkingsbeleid een groot aantal onderwijsdiensten economisch van aard worden, verdient het aanbeveling om te onderzoeken of staatssteunproblemen opgelost kunnen worden aan de hand van de vrijstellingen van de notificatieplicht bij de Commissie. Een algemene vrijstelling ligt vast in Verordening (EU) 651/2014.<sup>70</sup> Hierin worden bepaalde categorieën steun vrijgesteld van de verplichting om te worden aangemeld bij de Commissie. Bepaalde projecten, waarbij onderwijs en onderzoek een rol spelen, kunnen van deze vrijstelling profiteren.<sup>71</sup> Veel belangrijker is het om te bezien welke oplossing de EU-regels voor diensten van algemeen economisch belang kunnen bieden. Indien een instelling is belast met het uitvoeren van een dergelijk taak, hoeft de steun niet te worden aangemeld op grond van het arrest

65 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1988, 267/86, ECLI:EU:C:1998:427, r.o. 16 (*Van Eycke*) en HvJ EG 17 november 1993, C-245/91, ECLI:EU:C:1993:887, r.o. 10 (*Ohra*).

66 Zie Verordening (EU) 1407/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag op de-minimissteun, *PbEU* 2013, L 352/1.

67 Vergelijk in dit verband Fierstra, 'Staatssteun en economische activiteiten van de kerk', *NtEr* 2017, afl. 7, p. 185.

68 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*SFEI La Poste*).

69 Zie ook A.H.A. Mohammad, 'Ongelijke spelregels voor het online onderwijs', *SEW* 2015, afl. 10, p. 456.

70 Verordening (EU) 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 108 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar wordt verklaard, *PbEU* 2014, L 187/1.

71 Zie bijvoorbeeld artikel 25 Verordening (EU) 651/2014.

*Altmark*,<sup>72</sup> mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>73</sup> Deze benadering komt erop neer dat de ontvangen steun de kosten die gepaard gaan met de opgedragen taak compenseert. Erop gewezen dient te worden dat de naleving van de voorwaarden vastgelegd in *Altmark* alsmede de condities die ontwikkeld zijn door de Commissie in het pakket Diensten van Algemeen Economisch Belang<sup>74</sup> gepaard gaan met administratieve lasten.<sup>75</sup>

## 6. Conclusies

Het officiële uitgangspunt van het Nederlands onderwijsstelsel is dat het relatief open is. Toch gelden er krachtens de WHW strikte regels en voorwaarden voor het aanbieden van onderwijsprogramma's die leiden tot door deze wetgeving erkende graden. Dit geldt zowel voor het door de overheid bekostigd als voor het niet door de overheid bekostigd onderwijs.

De EU-regels voor de interne markt en de mededinging zijn alleen van toepassing op de onderwijsdiensten aangeboden door de niet-bekostigde instellingen en de economische diensten die bekostigde instellingen aanbieden. Beide categorieën van onderwijsactiviteiten vallen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Deze richtlijn perkte de ruimte die de Nederlandse overheid heeft in het kader van de WHW in. Eisen die gesteld worden aan toetreding tot de sector van het niet-bekostigd onderwijs moeten in overeenstemming zijn met de richtlijn, waarop ook een beroep gedaan kan worden door binnenlandse aanbieders van hoger onderwijs. Dit betekent dat de evenredigheid van de eisen van de WHW getoetst moeten worden. Een belangrijk onderdeel van deze toets is het vereiste van de coherente en systematische vormgeving van de nationale regels en condities. Het is twijfelachtig of de volkomen curriculum-eis uit de Beleidsregel bevoegdheid graadverlening hoger onderwijs in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. Nu deze eis toetreding tot de sector van het niet-bekostigd onderwijs praktisch onmogelijk maakt, kan gesteld worden dat toepassing van de Dienstenrichtlijn een belangrijk obstakel uit de weg ruimt.

De mededingingsregels zorgen ervoor dat de toegang tot de sector van het niet-bekostigd onderwijs niet mag worden beperkt door afspraken tussen aanbieders van hoger onderwijs. Verder verbieden de EU-staatssteun-

regels kruissubsidiering door bekostigende instellingen van hoger onderwijs, zodat deze instellingen de van de overheid verkregen financiële voordelen niet kunnen gebruiken om andere instellingen de pas af te snijden op de markt over economische onderwijsdiensten. Deze regels dragen derhalve bij aan de eerlijke concurrentie op bijvoorbeeld de markt voor postmastercursussen. De vraag is gerezen in hoeverre het criterium van financiering hoofdzakelijk door de overheid nog bruikbaar is om te bepalen of onderwijsdiensten van economische aard zijn. Een andere test, die niet meer de mate van financiering door de overheid in ogenschouw neemt, zou ertoe leiden dat meer activiteiten van instellingen van hoger onderwijs onder het EU-recht voor de interne markt en mededinging gebracht worden. Oordelen dat door veranderde maatschappelijke opvattingen en door gewijzigd overheidsbeleid veel diensten van instellingen van hoger onderwijs getransformeerd zijn in economische activiteiten heeft vergaande consequenties. Het is daarom maar zeer de vraag of het toepassen van de Europese marktregels op collectief door de overheid gefinancierd onderwijs recht doet aan de bevoegdheid van de lidstaten op dit terrein. Het op solidariteitsoverwegingen gebaseerd stelsel van onderwijs kan dan ernstig onder druk komen staan. Het huidige criterium dat de mate van overheidsfinanciering centraal stelt, heeft als consequentie dat onderscheid wordt gemaakt voor de toepasselijkheid van de Europese marktregels tussen instellingen van hoger onderwijs die vergelijkbare programma's aanbieden. Het *level playing field* kan hierdoor uit balans zijn. Voor een gedeelte wordt dit probleem opgelost, doordat commerciële nevenactiviteiten van bekostigde instellingen van hoger onderwijs wel binnen de reikwijdte van deze regels vallen. Voorts kan de oplossing eruit bestaan dat de nationale wetgever in de WHW bepalingen opneemt die beogen te voorkomen dat misbruik van het ongelijke speelveld wordt gemaakt.

Mocht in de rechtspraak de toepasselijkheid van de Europese marktregels op het onderwijs verruimd worden, dan kunnen eventuele problemen geadresseerd worden door specifieke uitzonderingen in de Dienstenrichtlijn op te nemen en door vrijstellingen in het staatssteunrecht aan te passen. Niet onderschat moet evenwel worden welke administratieve lasten de toepasselijkheid van met name de staatssteunregels met zich zal brengen. Vele instellingen van hoger onderwijs krijgen financiële steun van de overheid en al deze geldstromen moeten dan of

72 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*).

73 Het betreft hier de volgende vier voorwaarden. Ten eerste moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk zijn belast met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang (openbaredienstverplichtingen geheten in *Altmark*). Ten tweede dienen de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op objectieve en transparante wijze te worden vastgesteld. Ten derde mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten die voortvloeien uit de uitvoering van opgedragen de taak te dekken. Ten vierde moet de hoogte van de compensatie, indien de taak in kwestie niet is verleend door middel van een overheidsaanbestedingsprocedure, worden berekend aan de hand van de kosten van een efficiënt geleide onderneming. Zie *Altmark*, r.o. 89-93.

74 Het betreft hier de volgende maatregelen: – de Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verrichte compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4, – het Besluit betreffende de toepassing van artikel 106 lid 2 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, *PbEU* 2012, L 7/3, – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C 8/15, en – Verordening (EU) nr. 360/2012 betreffende de toepassing van artikel 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L 114/8.

75 Vergelijk in dit verband J.W. van de Gronden, 'Conclusion', in: E. Szyszczak & J.W. van de Gronden (red.), *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, Den Haag: T.M.C. Asser Press-Springer 2013, p. 281-283.

worden aangemeld bij de Commissie of in overeenstemming gebracht worden met de voorwaarden voor een vrijstelling van notificatieverplichting. Een en ander zal ertoe leiden dat de administratieve lasten van het hoger onderwijs toenemen. Als de markt niet in staat is om voor iedereen toegankelijke opleidingen te verschaffen

en de overheid dit collectief moet financieren, rijst de vraag waarom dan de EU-regels voor de interne markt en de mededinging moeten worden toegepast. Het is mijns inziens beter om de toepassing van deze regels te beperken tot de onderwijsdiensten die niet op collectieve wijze door de overheid worden gefinancierd.