


Uitspraken

ZAAKNUMMER	201107134/1/A2
DATUM VAN UITSPRAAK	woensdag 30 januari 2013
TEGEN	de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
PROCEDURESOORT	Hoger beroep
RECHTSGEBIED	Algemene kamer - Hoger Beroep - Onderwijs 

201107134/1/A2.

Datum uitspraak: 30 januari 2013

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Leidse Onderwijsinstellingen B.V. en de stichting Stichting LOI Hoger Onderwijs, beiden gevestigd te Leiderdorp, en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nederlands Talen Instituut B.V. en de stichting Stichting NTI Hogeschool, beiden gevestigd te Leiden (hierna: LOI en NTI),
appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 18 mei 2011 in zaken nrs. 10/2441 en 11/1098 in het geding tussen:

LOI en NTI

en

de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Procesverloop

Bij besluit van 21 november 2008 heeft de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de minister) geweigerd toestemming te verlenen aan de Open Universiteit Nederland (hierna: de OUN) voor het verzorgen van de deeltijdse bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs (hierna: de opleiding).

Bij besluit van 18 februari 2010 heeft de minister het door de OUN daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard en het besluit van 21 november 2008 ingetrokken.

Bij besluit van 3 augustus 2010 heeft de staatssecretaris alsnog toestemming verleend aan de OUN voor het verzorgen van de gevraagde opleiding.

Bij besluit van 20 december 2010 heeft de staatssecretaris het door LOI en NTI daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 18 mei 2011 heeft de rechtbank het door LOI en NTI tegen de besluiten van 18 februari 2010, 3 augustus 2010 en 20 december 2010 ingestelde beroep

ongegegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben LOI en NTI hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

LOI en NTI hebben nadere stukken ingediend.

De OUN heeft een reactie gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 7 februari 2012, waar LOI en NTI, vertegenwoordigd door hun [directeuren], bijgestaan door mr. W.E. Pors en mr. N.J. Linssen, advocaten te Den Haag, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J. Bootsma en mr. R.J.M. van den Tweel, advocaten te Den Haag, en mr. T.G. Ruijgrok, werkzaam in dienst van het ministerie, zijn verschenen. Voorts is ter zitting de OUN, vertegenwoordigd door mr. W. Brussee, advocaat te Den Haag, en mr. H.J.M. Severeijns en drs. H.H.M. Ummels, beiden werkzaam in dienst van de OUN, verschenen.

Na het sluiten van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend. Zij heeft bij brieven van 24 april 2012 en 3 mei 2012 aan partijen een aantal nadere vragen voorgelegd die betrekking hadden op het betoog van LOI en NTI dat de OUN een onderneming is in de zin van artikel 101, eerste lid van het van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), zodat de staatssteunregels in de zin van artikel 107, eerste lid van het VWEU van toepassing zouden kunnen zijn. Bij brieven van 4 juni 2012 en 5 juni 2012 hebben partijen daarop geantwoord. Gelet op deze antwoorden heeft de Afdeling vervolgens aanleiding gezien de Europese Commissie (hierna: de Commissie) bij brief van 31 augustus 2012 om advies te vragen. Deze adviesaanvraag was gebaseerd op punt 3.2. van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (2009/C85/01) (hierna: Mededeling 2009). De Commissie heeft op 14 november 2012 advies uitgebracht. De vragen aan en de antwoorden van de Commissie zijn aangehecht. Daartoe in de gelegenheid gesteld, hebben partijen bij brieven van 4 december 2012 en 7 december 2012 daarop gereageerd. Met toestemming van partijen is afgezien van een verdere behandeling van de zaak ter zitting, waarna het onderzoek is gesloten.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 57, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie worden als diensten in de zin van de Verdragen beschouwd, de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden:

- a) van industriële aard,
- b) van commerciële aard,
- c) van het ambacht,
- d) van de vrije beroepen.

Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die

staat aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Ingevolge artikel 101, eerste lid, zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;
- e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Ingevolge artikel 107, eerste lid, zijn behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de 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 met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Ingevolge artikel 108, derde lid, wordt de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Ingevolge artikel 1.3, vierde lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (hierna: de WHW) is de OUN gericht op het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs en hoger beroepsonderwijs, het, in overeenstemming met het profiel van de OUN, verrichten van wetenschappelijk onderzoek en onderzoek gericht op de beroepspraktijk, alsmede het leveren van een bijdrage aan de vernieuwing van het hoger onderwijs. Zij verzorgt in elk geval initiële opleidingen. Zij verzorgt deze in de vorm van afstandsonderwijs.

Ingevolge artikel 6.2, eerste lid, voor zover hier van belang, legt het instellingsbestuur het voornemen tot het verzorgen van een nieuwe opleiding ter instemming aan de minister voor met het oog op de beoordeling van een doelmatige taakverdeling tussen de instellingen, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het hoger onderwijs.

Ingevolge het vierde lid stelt de minister beleidsregels vast op grond waarvan hij de aanvragen beoordeelt.

Op 21 juni 2006 heeft de staatssecretaris de Beleidsregel doelmatigheid hoger onderwijs (hierna: de beleidsregel) vastgesteld.

Volgens artikel 2.1 beoordeelt de minister het voornemen van een instelling tot het verzorgen van een nieuwe opleiding met het oog op een doelmatige taakverdeling tussen de instellingen, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het hoger onderwijs, aan de hand van de volgende voorwaarden (criteria en vereisten):

[...];

b. (criterium) de opleiding draagt aantoonbaar bij aan een door de rijksoverheid erkende behoefte;

[...];

d. (vereiste) de realisering van de opleiding mag naar de mening van de minister op langere termijn niet leiden tot substantieel nadelige effecten voor de benutting van de bestaande capaciteit en infrastructuur op het desbetreffende onderwijs- en onderzoeksterrein [...];

2. Bij besluit van 21 november 2008 heeft de minister geweigerd de OUN toestemming te verlenen voor het verzorgen van de opleiding, omdat de OUN niet had aangetoond dat de opleiding voldoet aan het vereiste, genoemd in artikel 2.1, onder d, van de beleidsregel (hierna: vereiste d).

Bij besluit van 18 februari 2010 heeft de minister het door de OUN daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard, omdat uit de beleidsregel niet kon worden afgeleid dat de OUN bij beantwoording van de vraag of aan vereiste d is voldaan, ook het aanbod van vergelijkbaar onderwijs van niet-bekostigde instellingen in aanmerking had moeten nemen. De minister heeft de aanvraag opnieuw in behandeling genomen en de OUN in de gelegenheid gesteld haar aanvraag op dat punt nader te onderbouwen. LOI en NTI hebben hiertegen beroep ingesteld (zaak nr. 10/2441).

Bij besluit van 3 augustus 2010, zoals gehandhaafd bij besluit van 20 december 2010, heeft de staatssecretaris alsnog toestemming verleend, omdat het voornemen voldoet aan de in artikel 2.1 van de beleidsregel genoemde voorwaarden. LOI en NTI hebben ook hiertegen beroep ingesteld (zaak nr. 11/1098).

3. De rechtbank heeft overwogen dat de minister, door in het besluit van 18 februari 2010 het bezwaar tegen het besluit van 21 november 2008 gegrond te verklaren en de aanvraag vervolgens opnieuw in behandeling te nemen, in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) heeft gehandeld. Eerst met het nemen van het besluit van 3 augustus 2010 is overeenkomstig artikel 7:11, tweede lid, van de Awb op het bezwaar beslist. Het beroep in zaak nr. 10/2441 moet daarom worden geacht mede te zijn gericht tegen dit besluit. Het besluit van 20 december 2010 betreft een wijziging van dat besluit, als bedoeld in artikel 6:18, eerste lid, van de Awb, waartegen het beroep, ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, eveneens mede is gericht. Het beroep met nummer 11/1098 moet daarom worden aangemerkt als aanvulling van de gronden van beroep.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de opleiding, nu deze bestaat uit een combinatie van leren en werken, voldoet aan het in artikel 2.1, aanhef en onder b, van de beleidsregel genoemde criterium (hierna: criterium b) dat de opleiding aantoonbaar bijdraagt aan een door de rijksoverheid erkende behoefte. Verder heeft de staatssecretaris zich volgens de rechtbank in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de opleiding voldoet aan

vereiste d.

4. LOI en NTI betogen dat de rechtbank ten onrechte geen consequenties heeft verbonden aan de schending van artikel 7:11 van de Awb.

4.1. De rechtbank heeft geoordeeld dat het besluit van 18 februari 2010 in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Awb is genomen, nu daarin slechts is volstaan met een gegrondverklaring van het tegen het besluit van 21 november 2008 gemaakte bezwaar en daarvoor geen nieuw besluit in de plaats is gesteld. Eerst met het besluit van 3 augustus 2010 is een nieuw besluit genomen. Dit besluit alsmede het besluit van 20 december 2010 dienen tezamen met het besluit van 18 februari 2010 te worden aangemerkt als besluit op bezwaar. De rechtbank heeft het tegen het besluit van 18 februari 2010 ingestelde beroep terecht mede gericht geacht tegen het besluit van 3 augustus 2010 alsmede tegen het besluit van 20 december 2010, dat zij terecht heeft aangemerkt als een wijziging van het laatste besluit. In de omstandigheid dat het besluit van 18 februari 2010 is genomen in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Awb, had de rechtbank echter, gelet op het feit dat het betoog van LOI en NTI terecht was voorgedragen, aanleiding moeten zien de staatssecretaris te veroordelen tot vergoeding van de door appellanten in beroep gemaakte proceskosten.

5. LOI en NTI betogen dat de rechtbank heeft miskend dat de minister de OUN ten onrechte in de gelegenheid heeft gesteld haar aanvraag in de bezwaarfase nader te onderbouwen. Uit artikel 2.2, aanhef en onder b, van de beleidsregel vloeit immers voort dat de OUN gehouden was reeds bij haar aanvraag de documenten te overleggen waaruit blijkt dat de opleiding voldoet aan de in artikel 2.1 genoemde voorwaarden. Omdat op basis van de door de OUN bij haar aanvraag overgelegde documenten niet kon worden vastgesteld dat de opleiding voldoet aan vereiste d, had de minister het besluit van 21 november 2008 tot afwijzing van het verzoek moeten handhaven, aldus LOI en NTI.

5.1. Het betoog faalt. Uitgangspunt van artikel 7:11, eerste lid, van de Awb is dat in de bezwaarprocedure een volledige heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt. Voor de beantwoording van de vraag of een opleiding voldoet aan vereiste d dient het aanbod van vergelijkbaar onderwijs van niet-bekostigde instellingen in aanmerking te worden genomen. Omdat dit niet bleek uit de beleidsregel, had de OUN dat nagelaten. Om te kunnen komen tot een heroverweging van het besluit van 21 november 2008, was derhalve een nadere onderbouwing van de aanvraag vereist. De minister heeft de OUN dan ook terecht in de gelegenheid gesteld die alsnog te leveren.

6. LOI en NTI betogen dat de rechtbank heeft miskend dat de enkele omstandigheid dat de opleiding bestaat uit een combinatie van leren en werken op zichzelf onvoldoende is om aan te nemen dat aan criterium b is voldaan. Dat zou immers betekenen dat ook een opleiding waaraan aantoonbaar geen enkele behoefte bestaat, moet worden toegelaten als deze wordt aangeboden in een combinatie van leren en werken, aldus LOI en NTI.

6.1. De staatssecretaris legt zijn beleidsregels aldus uit, dat aan criterium b is voldaan indien een opleiding voorziet in een combinatie van leren en werken. Gelet op de toelichting bij artikel 2.1 van de beleidsregels is die uitleg niet onjuist. Daaruit volgt dat aan criterium b wordt voldaan, indien de opleiding betrekking heeft op een terrein waar de rijksoverheid beleidsaccenten heeft gelegd. Er wordt in dat verband gewezen op de wens van de rijksoverheid om combinaties van leren en werken te stimuleren, bijvoorbeeld in de vorm van duale trajecten. Verder heeft de staatssecretaris verwezen naar het actieplan "Leven Lang Leren", waaruit eveneens volgt dat de rijksoverheid groot belang hecht aan duale trajecten.

Niet in geschil is dat de opleiding voorziet in een combinatie van leren en werken. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat de staatssecretaris zich terecht op het

standpunt heeft gesteld dat de opleiding voldoet aan criterium b. Anders dan LOI en NTI betogen, betekent dit niet dat ook opleidingen waaraan geen behoefte bestaat, maar worden aangeboden in een combinatie van leren en werken, moeten worden toegelaten. Voor instemming van de minister is immers voorts vereist dat een opleiding voldoet aan andere voorwaarden, genoemd in artikel 2.1 van de beleidsregel.

Het betoog faalt.

7. LOI en NTI betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de opleiding voldoet aan vereiste d. De toenemende vraag naar de opleiding HBO-rechten is niet aangetoond en in de bestaande vraag naar de deeltijdse bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs wordt door hen reeds voorzien. Realisering van de opleiding zal derhalve leiden tot nadelige effecten voor de bestaande capaciteit en infrastructuur op het onderwijsterrein, aldus LOI en NTI.

7.1. In de beleidsregel is tot uitdrukking gebracht dat realisering van de opleiding "naar de mening van de minister" niet mag leiden tot substantieel nadelige effecten voor de benutting van de bestaande capaciteit en infrastructuur op het desbetreffende onderwijs- en onderzoeksterrein. Gelet hierop dient de bestuursrechter een door de minister in dit verband ingenomen standpunt terughoudend te toetsen.

Volgens de staatssecretaris zal realisering van de opleiding niet leiden tot substantieel nadelige effecten voor de bestaande bacheloropleidingen HBO-rechten, omdat de opleiding van de OUN zich richt tot een specifieke groep studenten die niet steeds door andere bekostigde scholen en rechtspersonen voor hoger onderwijs bediend kunnen worden. De staatssecretaris heeft erop gewezen dat voor toelating tot de opleiding van de OUN geen vooropleidingseisen gelden en dat het voor studenten ook mogelijk is modules te volgen zonder dat zij verplicht zijn zich in te schrijven voor de volledige opleiding. De staatssecretaris heeft verder in aanmerking genomen dat de OUN, met het overleggen van het door bureau CHEPS opgestelde rapport 'Verkenning marktpositie van de Open Universiteit Nederland' en het door bureau ROA opgestelde rapport 'De arbeidsmarkt naar opleiding en beroep tot 2014', heeft aangetoond dat de instroom van studenten bij de opleiding HBO-rechten een stijgende lijn laat zien en dat het arbeidsperspectief voor afgestudeerden verbetert en op middellange termijn goed is. Ten slotte heeft de staatssecretaris van belang geacht dat de OUN gebruik zal maken van de voorzieningen van de Juridische Hogeschool Avans Fontys (hierna: Avans Fontys), waardoor een deel van de bekostigde capaciteit en infrastructuur doelmatiger zal worden gebruikt.

7.2. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de staatssecretaris zich aldus niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de opleiding voldoet aan vereiste d. Hetgeen LOI en NTI hebben aangevoerd, leidt niet tot een ander oordeel. De staatssecretaris heeft op basis van de door de OUN overgelegde rapporten van bureau CHEPS en bureau ROA in redelijkheid kunnen aannemen dat de vraag naar de opleiding HBO-rechten toeneemt en dat de arbeidsmarkt voor afgestudeerden gunstig is en daaraan de conclusie kunnen verbinden dat, gelet op de bestaande capaciteit en infrastructuur, voldoende ruimte bestaat voor de opleiding. Voorts heeft de rechtbank in aanmerking mogen nemen dat voor de OUN geen vooropleidingseisen gelden en dat het bij de OUN inschrijven voor een module geldt als inschrijving voor een HBO-opleiding, terwijl dat voor de opleidingen van de LOI en NTI niet het geval is. LOI en NTI hebben daartegen ingebracht dat de staatssecretaris het Experiment Open Bestel, waarbij onder meer de opleidingen HBO-rechten van LOI en NTI tijdelijk voor bekostiging in aanmerking zijn gebracht, niet heeft verlengd. Uit de enkele omstandigheid dat de staatssecretaris het bij wijze van experiment bekostigen van de opleidingen HBO-rechten van de LOI en NTI heeft gestaakt, kan evenwel niet worden

afgeleid dat voor de opleiding aan de OUN geen ruimte is. LOI en NTI hebben verder aangevoerd dat niet valt in te zien hoe het gebruik van de voorzieningen van Avans Fontys door de OUN leidt tot een doelmatiger gebruik van de bekostigde capaciteit en infrastructuur. Gelet op de toelichting van de staatssecretaris in het verweerschrift dat bij de samenwerking met Avans Fontys onder meer moet worden gedacht aan het gebruik van docenten, examens en de vormgeving van de opleiding HBO-rechten, heeft deze aannemelijk kunnen achten dat die samenwerking leidt tot een doelmatiger gebruik van de bekostigde capaciteit en infrastructuur.

7.3. Het betoog faalt.

8. LOI en NTI betogen ten slotte dat de rechtbank heeft miskend dat de toestemming van de staatssecretaris een verboden steunmaatregel is, als bedoeld in artikel 107 van het VWEU, zodat hiervan op grond van artikel 108, derde lid, van dat verdrag mededeling had moeten worden gedaan aan de Commissie. De rechtbank heeft volgens hen ten onrechte overwogen dat de OUN met het aanbieden van de opleiding geen economische activiteit verricht en daarom niet is aan te merken als een onderneming waarop de Europese staatssteunregels van toepassing zijn. Volgens hen is het verzorgen van de opleiding door de OUN wel degelijk een economische activiteit, omdat zij de opleiding in concurrentie met andere ondernemingen aanbiedt op een markt waarin marktpartijen al jaren actief zijn. Zij verwijzen in dit verband naar de mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op het voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Pb 2012 C 8/02) (hierna: de Mededeling 2012). Hieruit blijkt volgens hen dat onderwijsdiensten van publieke instellingen als economische activiteit moeten worden aangemerkt, indien er concurrerende particuliere organisaties zijn.

LOI en NTI hebben de Afdeling verzocht het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of het verzorgen van de opleiding door de OUN een economische activiteit is.

8.1. De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat de OUN met de bekostigde bachelorsopleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs een dienst van algemeen belang verricht, welke dienst geen economisch karakter heeft. Nu de OUN geen economische activiteit verricht is zij geen onderneming en uit dien hoofde zijn de artikelen 101 en 107 van het VWEU niet van toepassing.

8.2. Artikel 101 van het VWEU (afspraken tussen ondernemingen) en artikel 107 van het VWEU (staatssteun verleend aan ondernemingen) gaan ervan uit dat alleen ondernemingen onder beide verbodsbepalingen vallen. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, C-41/90, Höfner en Elser, punt 21 (www.curia.europa.eu), volgt dat het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, C-35/96, Commissie tegen Italië, punt 36 (www.curia.europa.eu) volgt dat onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Gelet hierop is het van belang om vast te stellen of het aanbieden van de opleiding door de OUN is aan te merken als een economische activiteit overeenkomstig de omschrijving van dit begrip in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

8.3. De Commissie behandelt in haar Mededeling 2012 in paragraaf 2.1.5. de vraag of onderwijsactiviteiten als economische activiteiten kunnen worden beschouwd. In punt 28 van deze Mededeling merkt zij op dat in bepaalde lidstaten publieke instellingen onderwijsdiensten aanbieden die, als gevolg van hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit

moeten worden aangemerkt.

Volgens LOI en NTI is de enkele aanwezigheid van concurrerende particuliere organisaties voldoende om het aanbieden van de opleiding door de OUN als economische activiteit aan te merken. De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat het om drie cumulatieve elementen (aard, financieringsstructuur en concurrerende particuliere organisaties) gaat.

De Afdeling heeft, gelet op dit interpretatieverschil, aanleiding gezien de Commissie advies te vragen als bedoeld in hoofdstuk 3.2 van de Mededeling 2009. De Afdeling heeft de Commissie de vraag voorgelegd of, "in het licht van punt 28 van de Mededeling 2012, de door de OUN verrichte activiteiten, namelijk het aanbieden van de opleiding HBO-rechten, bekostigd door de staat der Nederlanden, gelet op de aard van de OUN, de financieringsstructuur van de OUN en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties van de OUN bestaan, zoals LOI en NTI, dienen te worden aangemerkt als economische activiteiten en of de OUN dientengevolge kwalificeert als een onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU, en dus ook in de zin van artikel 107 van het VWEU."

8.4. In haar advies stelt de Commissie dat, hoewel de formulering van punt 28 van de Mededeling zou kunnen worden opgevat als een cumulatieve opsomming van factoren, de vraag of het aanbieden van onderwijsdiensten als een economische activiteit moet worden aangemerkt, veeleer moet worden beantwoord op grond van een analyse van de specifieke omstandigheden waaronder de activiteit plaatsvindt. Daarbij moet volgens haar de zwaarwegendheid van elk van de verschillende elementen in punt 28 van de Mededeling in aanmerking worden genomen. De Commissie is van mening dat deze uitleg voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

De Commissie wijst erop dat het Hof van Justitie nog geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of het aanbieden van onderwijsdiensten een economische activiteit vormt met het oog op de toepassing van staatssteun- of mededingingsregels, maar dat het wel een aantal zaken heeft behandeld die zien op de vraag of het aanbieden van deze diensten binnen het toepassingsgebied van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten valt. Volgens deze rechtspraak is de doorslaggevende factor die een activiteit binnen de werkingssfeer van die verdragsbepalingen doet vallen, de economische aard ervan.

De Commissie stelt dat het Hof van Justitie om die reden opleidingen die worden aangeboden door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een stelsel van openbaar onderwijs dat geheel of gedeeltelijk met overheidsmiddelen wordt bekostigd, heeft uitgesloten van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Een lidstaat heeft bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk stelsel, dat in de regel gefinancierd wordt uit de staatskas en niet door leerlingen of hun ouders, niet de bedoeling tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch vervult ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak. Bovendien vormt het feit dat er geen reëel verband bestaat tussen de feitelijke kosten van de verrichte dienst en de voor die dienst betaalde vergoeding, bijvoorbeeld doordat een symbolisch wettelijk collegegeld van toepassing is, zodat slechts een fractie van de werkelijke kosten van de dienst uit particuliere financieringsbronnen wordt gedekt, een sterke indicatie dat deze vergoeding geen tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, en dat dus het element van de vergoeding ontbreekt, zodat de betrokken dienst als een activiteit van niet-economische aard moet worden beschouwd.

Uit de begeleidende informatie die de Afdeling aan de Commissie stuurde, blijkt, volgens de Commissie, dat de OUN een wettelijke taak heeft tot het verzorgen van afstandsonderwijs, dat de OUN is onderworpen aan de wetgeving op het gebied van wettelijk collegegeld en de toelating van leerlingen, dat de opleiding een initiële opleiding is die onderdeel uitmaakt van het nationale stelsel van hoger onderwijs in Nederland en

dat de OUN grotendeels door de Nederlandse Staat wordt bekostigd.

8.5. Gelet op het bovenstaande beantwoordt de Commissie de vraag van de Afdeling als volgt:

"Het aanbieden van een deeltijdse bachelorsopleiding in de rechten in de vorm van afstandsonderwijs door de OUN, lijkt geen economische activiteit te vormen in zoverre kan worden aangetoond dat de Nederlandse Staat, door de opleiding te financieren, zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult, en in zoverre die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van deze opleiding dekt, zodat er geen reëel verband bestaat tussen de feitelijke kosten van de litigieuze opleiding en de eventuele particuliere vergoedingen die voor de opleiding worden betaald. De OUN lijkt derhalve, voor wat de betrokken activiteiten betreft, geen onderneming te zijn in de zin van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, ondanks het feit dat soortgelijke opleidingen door concurrerende particuliere organisaties worden aangeboden."

8.6. Gelet op het antwoord van de Commissie zal de Afdeling onderzoeken of de Nederlandse staat, door de opleiding te financieren, zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult en of die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van de opleiding dekt (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 20 mei 2010, C-56/09, Zanotti, punt 13; www.curia.europa.eu).

Niet in geschil is dat de Nederlandse Staat een aanzienlijk gedeelte van de kosten van de opleiding dekt.

De staatssecretaris heeft bij het verlenen van toestemming aan de OUN om de opleiding te mogen verzorgen, in aanmerking genomen dat de door de OUN aangeboden opleiding zich richt tot een specifieke groep studenten die niet steeds door andere bekostigde scholen en rechtspersonen voor hoger onderwijs, zoals LOI en NTI, bediend kunnen worden. Daarmee is voldoende komen vast te staan dat de Nederlandse Staat met het financieren van de opleiding zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens de bevolking vervult. Het betoog van LOI en NTI in hun reactie van 7 december 2012 dat particuliere organisaties reeds in de vraag naar de opleiding voorzien, zodat van het vervullen van een dergelijke taak geen sprake kan zijn, leidt niet tot een ander oordeel. Dat betoog gaat eraan voorbij dat, gelet op hetgeen is overwogen onder 7.2, ervan moet worden uitgegaan dat de opleiding van de OUN zich richt tot een specifieke groep personen die niet steeds door bestaande onderwijsaanbieders bediend kunnen worden en dat voor de opleiding voldoende ruimte bestaat.

8.7. De Afdeling leidt uit het vorenstaande af dat het aanbieden van de opleiding door de OUN niet is aan te merken als een economische activiteit. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de OUN niet kwalificeert als onderneming in de zin van de artikelen 101 en 107 van het VWEU, zodat de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn en van de toestemming van de staatssecretaris geen mededeling op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU aan de Commissie hoefde te worden gedaan.

Gelet op het antwoord van de Commissie dat vooral gebaseerd was op de rechtspraak van het Hof van Justitie, ziet de Afdeling geen aanleiding het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of het aanbieden van de opleiding door de OUN een economische activiteit is.

9. Gelet op hetgeen is overwogen onder 4.1 is het hoger beroep gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover de rechtbank daarbij heeft nagelaten de staatssecretaris te veroordelen tot vergoeding van de door appellanten in beroep gemaakte proceskosten. De aangevallen uitspraak dient voor het overige te worden

bevestigd.

10. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 18 mei 2011 in zaken nrs. 10/2441 en 11/1098, voor zover de rechtbank heeft nagelaten de staatssecretaris te veroordelen tot vergoeding van de door appellanten in beroep gemaakte proceskosten;

III. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

IV. veroordeelt de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Leidse Onderwijsinstellingen B.V., de stichting Stichting LOI Hoger Onderwijs, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nederlands Talen Instituut B.V. en de stichting Stichting NTI Hogeschool in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.124,00 (zegge: eenentwintighonderdvierentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

V. gelast dat de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Leidse Onderwijsinstellingen B.V., de stichting Stichting LOI Hoger Onderwijs, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nederlands Talen Instituut B.V. en de stichting Stichting NTI Hogeschool het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 751,00 (zegge: zevenhonderdeenenvijftig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. J.E.M. Polak, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. C.J.M. Schuyt, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.J.C. van Geel, ambtenaar van staat.

w.g. Polak w.g. Van Geel
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 30 januari 2013

362-686.
