

AANTEKENEN

Europese Commissie
Secretariaat-generaal
B-1049
BRUSSEL
BELGIË
ec-amicus-state-aid@ec.europa.eu

datum	inlichtingen	ons nummer
31 augustus 2012	mr. ██████████ ██████████ ██████████@raadvanstate.nl	201107134/1/A2

onderwerp **verzoek om advies over de uitleg van artikel 107 van het VWEU**

Aan het Secretariaat-generaal van de Europese Commissie

Onder verwijzing naar punt 3.2 van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (2009/C 85/01) (hierna: Mededeling 2009) verzoekt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van Nederland, in het kader van een bij haar aanhangig geschil, de Commissie advies over een vraag met betrekking tot de toepassing van de staatssteunregels.

Meer concreet betreft dit verzoek de vraag of een bepaalde bekostigingmaatregel van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de staatssecretaris) als staatssteun moet worden aangemerkt in de zin van artikel 107 van het VWEU (zie punt 91, sub a van de Mededeling 2009).

1. Feitelijke achtergrond

De Open Universiteit Nederland (hierna: OUN) is een door de Nederlandse Staat bekostigde instelling als bedoeld in artikel 1.8 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (hierna: WHW). Bij besluit van 3 augustus 2010 (bijlage A) heeft de staatssecretaris grond van artikel 6.2 van de WHW ingestemd met het voornemen van de OUN om een deeltijdse bacheloropleiding Hoger Beroeps Onderwijs Rechten (hierna: HBO-rechten) in de vorm van afstandsonderwijs aan te bieden. Deze instemming houdt

tevens in dat de opleiding zal worden bekostigd door de overheid op basis van de in de regelgeving neergelegde bekostigingsvoorschriften.

De Leidse Onderwijsinstellingen (hierna: LOI) en het Nederlandse Taleninstituut (hierna: NTI) zijn particuliere onderwijsinstellingen die een deeltijdse bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs aanbieden.

2. Procedurele achtergrond

LOI en NTI hebben tegen het besluit van de staatssecretaris van 3 augustus 2010 beroep ingesteld bij de rechtbank 's-Gravenhage. Bij uitspraak van 18 mei 2011 (bijlage B) heeft de rechtbank dat beroep ongegrond verklaard.

LOI en NTI hebben tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij de Afdeling. De OUN neemt als derde-belanghebbende aan het geding deel.

Op 12 juni 2012 hebben LOI en NTI een klacht ingediend bij de Europese Commissie. Deze klacht (geregistreerd onder nummer 2012/062355) heeft betrekking op de vraag die de Afdeling aan de Europese Commissie voorlegt.

3. Het geschil

LOI en NTI betogen dat het besluit van de staatssecretaris van 3 augustus 2010 een steunmaatregel is die onverenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107, eerste lid van het VWEU en die ten onrechte niet is aangemeld bij de Europese Commissie.

In dit verband voeren zij aan dat de OUN als onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU moet worden aangemerkt, omdat de OUN een economische activiteit verricht door in concurrentie met particuliere onderwijsaanbieders een opleiding aan te bieden op een markt.

Ter onderbouwing van hun standpunt hebben zij ter zitting verwezen naar punt 28 van de Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (2012/C 8/02) (hierna: Mededeling 2012). Hierin heeft de Europese Commissie uiteengezet dat ook publieke instellingen onderwijsdiensten kunnen aanbieden, die als gevolg van hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit moeten worden aangemerkt.

De staatssecretaris en de OUN zijn van oordeel dat de OUN als onderwijsinstelling die wordt bekostigd door de staat der Nederlanden die geen commerciële activiteiten ontplooit, maar slechts openbare bekostigde overheidsdiensten, niet kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU. Het in punt 28 van Mededeling 2012 genoemde element van concurrerende particuliere organisaties, kan niet op zichzelf worden gezien, maar is een van drie cumulatieve vereisten. De enkele omstandigheid dat LOI en NTI reeds als concurrerende commerciële onderwijsinstellingen dezelfde opleiding aanboden is

dan ook onvoldoende, omdat de OUN naar zijn aard en financieringsstructuur geen onderneming is.

Gelet op deze standpunten heeft de Afdeling na afloop van de zitting van 7 februari 2012 aan de partijen een zestal vragen voorgelegd, die inhoudelijk betrekking hebben op de toepassing van de verdragsbepalingen inzake staatssteun (bijlage C).

De antwoorden van de staatssecretaris en de LOI en NTI, alsmede de reacties van partijen, inclusief OUN daarop vindt u in bijlagen D tot en met H.

De Afdeling heeft de staatssecretaris onder meer gevraagd (vraag 2) of, in het licht van punt 28 van de Mededeling 2012, de door de OUN aangeboden opleiding, gelet op de aard, de financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, zoals LOI en NTI, dient te worden aangemerkt als economische activiteit en of de OUN dientengevolge kwalificeert als een onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU. De Afdeling heeft, in navolging van de Mededeling 2012, in deze vraag aan de staatssecretaris naar artikel 101 van het VWEU verwezen.

4. Het verzoek om advies

Punt 2.1.5 van de Mededeling 2012, met name de punten 26-28, hebben betrekking op onderwijs. In punt 28 van de Mededeling 2012 is het volgende vermeld:

"Deze door de overheid verrichte onderwijsdiensten dienen te worden onderscheiden van diensten die in hoofdzaak door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd. Zo vallen bijvoorbeeld commerciële ondernemingen die hoger onderwijs aanbieden dat volledig door studenten wordt bekostigd, duidelijk in deze laatste categorie. In bepaalde lidstaten kunnen ook 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."

De Afdeling begrijpt de laatste volzin van punt 28 van de Mededeling 2012 aldus dat een publieke (onderwijs)instelling kwalificeert als onderneming, indien de door haar aangeboden onderwijsdiensten zowel vanwege (1) hun aard en (2) financieringsstructuur als (3) vanwege het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, moeten worden aangemerkt als economische activiteit. De Afdeling gaat er derhalve voorshands van uit dat het hier drie cumulatieve vereisten betreft.

De OUN maakt onderdeel uit van het nationale onderwijsstelsel en de door haar aangeboden bacheloropleiding HBO-rechten wordt in overwegende mate door de overheid bekostigd. Gelet hierop gaat de Afdeling er, voorshands, van uit dat het aanbieden van de opleiding HBO-rechten naar zijn aard en financieringsstructuur niet als economische activiteit moet worden aangemerkt, zodat niet aan alle onder punt 28 genoemde vereisten is voldaan en de OUN in dit geschil dientengevolge niet kwalificeert als onderneming in de zin van artikel 101 en 107 van het VWEU.

De Afdeling verzoekt de Commissie haar te adviseren over de vraag 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.

Mocht de Commissie aanleiding zien in haar advies de andere door de Afdeling aan partijen gestelde vragen te betrekken, dan ziet de Afdeling deze opmerkingen in zoverre graag tegemoet. De Afdeling stelt het ook op prijs indien zij op de hoogte wordt gehouden van de door LOI en NTI ingediende klacht.

Indien bij de Commissie behoefte bestaat aan nadere informatie, dan is de Afdeling uiteraard bereid die te verschaffen.

De Afdeling heeft kennis genomen van punt 96 van de Mededeling 2009. In het kader van de nationale procedure ontvangen partijen een kopie van de brief aan de Commissie met bijlagen. De standpunten van de partijen over de aan de Commissie gestelde vraag komen duidelijk aan de orde in hun antwoorden op de door de Afdeling gestelde vragen. Partijen krijgen de gelegenheid in de voor de Afdeling aanhangige procedure een reactie te geven op het advies van de Commissie.

Hoogachtend,

mr. J.E.M. Polak
voorzitter van de meervoudige kamer

Bijlagen

- A besluit van de staatssecretaris van 3 augustus 2010
- B uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 18 mei 2011
- C vragen van de Afdeling over artikel 107 VWEU aan partijen
- D antwoord van de staatssecretaris op de vragen van de Afdeling
- E antwoord van de OUN op de vragen van de Afdeling
- F antwoord van LOI en NTI op de vragen van de Afdeling
- G reactie van de staatssecretaris op de antwoorden van LOI en NTI
- H reactie van de OUN op de antwoorden van LOI en NTI
- I reactie van de LOI en NTI op de antwoorden van de staatssecretaris



EUROPESE COMMISSIE

JURIDISCHE DIENST

Brussel, 14 November 2012
S.J.C (2012) 1546636 PJL/pp

PER FAX EN PER AANGETEKENDE ZENDING

De Griffie van de Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
mr. M. R. Poot
Postbus 20019
2500 EA Den Haag
Nederland

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
22 NOV 2012	
ZAAKNR.	
AAN: <i>A2 WELSH.</i>	
BEHANDELD DD:	PAR.

Betreft: 201107134/1/A2 – Brief van 31 augustus 2012

Geachte heer, mevrouw,

In verband met het verzoek om advies van de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, van 31 augustus 2012 overeenkomstig punt 3.2 van de mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties¹, heb ik de eer u het volgende antwoord voor te leggen. Allereerst moet ik echter benadrukken dat enkel het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna "Hof van Justitie" genoemd) een gezaghebbende, bindende uitlegging van het recht van de Unie kan geven. Anders dan de uitlegging van het recht van de Unie door het Hof van Justitie, is het advies van de Commissie juridisch niet bindend voor de nationale rechter (zie punt 93 van de bovengenoemde mededeling).

Uw verzoek betreft de vraag of een bepaalde bekostigingsmaatregel van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ten gunste van de Open Universiteit Nederland (hierna "OUN" genoemd) voor de financiering van een deeltijdse bacheloropleiding in de rechten in de vorm van afstandsonderwijs, als staatssteun moet worden beschouwd in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "VWEU" genoemd) en derhalve vooraf bij de Commissie moet worden aangemeld overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU. U wenst met name het advies van de Commissie in te winnen over de vraag of de OUN, met betrekking tot de litigieuze maatregel, moet worden beschouwd als een "onderneming" in de zin van de staatssteunregels van het VWEU.

Krachtens artikel 107, lid 1, VWEU zijn de staatssteunregels van het Verdrag enkel van toepassing wanneer de begunstigde van een steunmaatregel een „onderneming” is. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt een onderneming omschreven als elke eenheid, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, die een economische activiteit uitoefent², dat wil zeggen een activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt³. Wanneer een eenheid als onderneming wordt aangemerkt, houdt dit steeds verband met een specifieke activiteit. Indien derhalve wordt geconcludeerd dat de activiteit in kwestie een economische activiteit is, dan wordt die eenheid als een onderneming beschouwd met betrekking tot die specifieke activiteit. Een eenheid die zowel economische als niet-economische activiteiten uitoefent, dient alleen ten aanzien van haar economische activiteiten als onderneming te worden aangemerkt. Om de vraag te kunnen beantwoorden waar het in het bij u aanhangige geschil om draait, namelijk of de bekostigingsmaatregel ten gunste van de OUN voor de financiering van een deeltijdse bacheloropleiding in de rechten in de vorm van afstandsonderwijs, staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, moet daarom eerst worden onderzocht of de door de OUN uitgeoefende activiteit kan worden aangemerkt als een economische activiteit overeenkomstig de omschrijving van dit begrip in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Zoals u terecht opmerkt, heeft de Commissie, in haar mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie⁴, uiteengezet welke aanpak zij hanteert bij de toepassing van deze regels op de financiering van onderwijsdiensten door openbare autoriteiten. In de punten 26 en 27 van deze mededeling stelt de Commissie dat openbaar onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel door de staat wordt gefinancierd en onder staatstoezicht staat, als een niet-economische activiteit kan worden beschouwd en derhalve niet in het toepassingsgebied van artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 3, VWEU valt, ondanks het feit dat leerlingen of hun ouders soms onderwijs- of inschrijvingsgelden moeten betalen als bijdrage in de werkingskosten van het stelsel. Dezelfde overwegingen zijn van toepassing op opleidingen, gegeven door een instelling voor hoger onderwijs die in hoofdzaak met overheidsmiddelen wordt bekostigd. In punt 28 van de mededeling daarentegen maakt de Commissie onderscheid tussen deze door de overheid verrichte onderwijsdiensten en diensten die in hoofdzaak door ouders of leerlingen of met commerciële inkomsten

¹ PB C 85 van 9.4.2009, blz. 1.

² Gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98, Pavlov e.a., Jurispr. 2000, blz. I-6451.

³ Zaak 118/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 2599, punt 7; zaak C-35/96 Commissie/Italië, Jurispr. 1998, blz. I-3851, punt 36; gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 Pavlov e.a., punt 75.

⁴ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4, punten 26 tot en met 30.

worden bekostigd. Voorts zet zij uiteen dat in bepaalde lidstaten publieke instellingen ook onderwijsdiensten kunnen aanbieden die, vanwege hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit moeten worden aangemerkt.

Uw verzoek heeft specifiek betrekking op de vraag of, in het licht van de laatste zin van punt 28 van de mededeling, de door de OUN verrichte activiteit, namelijk het aanbieden van een deeltijdse bacheloropleiding in de rechten in de vorm van afstandsonderwijs, bekostigd door de Nederlandse staat, als een economische activiteit moet worden beschouwd, gelet op (i) de aard van de aangeboden diensten, (ii) hun financieringsstructuur en (iii) het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan. Als de Commissie het goed begrijpt, wenst u met uw vraag te vernemen of een activiteit, om als een economische activiteit te worden aangemerkt, cumulatief aan de drie in de laatste zin van punt 28 van de mededeling genoemde kenmerken moet voldoen, of dat er reeds van een economische activiteit sprake is indien slechts één van deze kwalificaties aanwezig is.

Hoewel de formulering van dit punt van de mededeling zou kunnen worden opgevat als een cumulatieve opsomming van factoren, moet de vraag of het aanbieden van onderwijsdiensten als een economische activiteit moet worden aangemerkt veeleer worden beantwoord op grond van een analyse van de specifieke omstandigheden waaronder de activiteit plaatsvindt. Daarbij moet de zwaarwegendheid van elk van de verschillende elementen die in punt 28 van de mededeling worden genoemd, in aanmerking worden genomen. De Commissie is van mening dat deze uitlegging voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie heeft nog geen uitspraak gedaan over de vraag of het aanbieden van onderwijsdiensten een economische activiteit vormt met het oog op de toepassing van de staatssteun- of mededingingsregels van het VWEU. Het heeft wel een aantal zaken behandeld die betrekking hebben op de vraag of het aanbieden van deze diensten binnen het toepassingsgebied van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten valt (thans de artikelen 56 tot en met 62 VWEU). Volgens deze rechtspraak is de doorslaggevende factor die een activiteit binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten doet vallen, de economische aard ervan⁵. Dit vloeit voort uit het vereiste dat de dienst, om als een dienst in de zin van artikel 57 VWEU te worden beschouwd, tegen vergoeding moet worden verricht. Volgens het Hof van Justitie is het wezenlijke kenmerk van de vergoeding dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt⁶. In de punten 26 tot en met 30 van de mededeling, die betrekking hebben op de toepassing van de EU-

⁵ Zaak C-281/06, Jundt, Jurispr. 2007, blz. I- 12231, punt 32.

⁶ Zaak C-157/99, Geraerts-Smits and Peerbooms, Jurispr. 2001, blz. I-5473, punt 58.

staatssteunregels op de financiering van onderwijsdiensten door openbare autoriteiten, wordt eveneens naar deze rechtspraak verwezen.

Het Hof van Justitie heeft derhalve opleidingen die worden aangeboden door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een stelsel van openbaar onderwijs dat geheel of gedeeltelijk met overheidsmiddelen wordt bekostigd, uitgesloten van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Het Hof heeft verduidelijkt dat de staat, bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk stelsel, dat in de regel gefinancierd wordt uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, niet de bedoeling heeft tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak vervult⁷. 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 vergoeding ontbreekt, zodat de betrokken dienst als een activiteit van niet-economische aard moet worden beschouwd⁸.

In uw verzoek zet u uiteen dat de litigieuze opleiding een initiële opleiding betreft, die deel uitmaakt van het nationale stelsel van universitair onderwijs in Nederland. Tevens blijkt uit de begeleidende informatie bij uw verzoek dat de OUN een wettelijk taak heeft tot het verzorgen van afstandsonderwijs, en onderworpen is aan de wetgeving op het gebied van wettelijk collegegeld en de toelating van leerlingen. Tenslotte verklaart u dat de litigieuze opleiding grotendeels door de Nederlandse staat wordt bekostigd. In het licht van de hierboven uiteengezette beginselen lijkt de betrokken activiteit niet van economische aard te zijn, 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. Het feit dat een dergelijke dienst tevens wordt aangeboden door concurrerende particuliere organisaties, zoals de verzoekers in de bij u aanhangige zaak, betekent niet dat die activiteit automatisch een economische activiteit is. Bij een dergelijke interpretatie zou in wezen elke activiteit van de staat die niet in de uitoefening van openbare taken bestaat, onder het begrip "economische activiteit" vallen⁹.

⁷ Zie in dit verband zaak 263/86, Humbel en Edel, Jurispr. 1988, blz. 5365, punten 17 en 18 en zaak C-109/92 Wirth, Jurispr. 1993, blz. I-6447, punten 15 en 16. Zie ook zaak C-56/09 Zanotti, Jurispr. 2010, blz. I-4517, punt 31.

⁸ Zie onder andere zaak 263/86, Humbel, Jurispr. 1988, blz. 5365, punt 17; C-422/01, Skandia en Ramstedt, Jurispr. 2003, blz. I-6817, punt 23; C-76/05, Schwarz and Gootjes-Schwarz, Jurispr. 2007 blz. I-0000, punt 38; en C-318/05, Commissie/Duitsland, Jurispr. 2007, blz. I-0000, punt 67.

⁹ Zie ter vergelijking het arrest van het EVA-Hof van 21 februari 2008 in zaak E-5/07, punt 80.

Gelet op het bovenstaande heb ik de eer u het volgende antwoord op uw vraag te geven: het aanbieden van een deeltijdse bacheloropleiding 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 activiteit betreft, geen onderneming te zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, ondanks het feit dat soortgelijke opleidingen door concurrerende particuliere organisaties worden aangeboden.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Romero Requena', written in a cursive style.

Luis ROMERO REQUENA
Directeur-generaal