Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Mohammad, A.H.A.

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

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

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

E.M. MEIJERS INSTITUUT

INSTITUUT VOOR RECHTSWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK

# De normering van academisch ondernemerschap

## Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit

A.H.A. MOHAMMAD

# De normering van academisch ondernemerschap

## Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op dinsdag 24 januari 2023
klokke 15:00 uur

*door*

Ali Hussein Ali Mohammad

geboren te Bagdad (Irak)

in 1991

| | |
|---|---|
| Promotores: | prof. mr. T. Barkhuysen<br>prof. mr. drs. W. den Ouden |
| Promotiecommissie: | dr. mr. P.C. Adriaanse<br>prof. mr. J.E. van den Brink (Universiteit van Amsterdam)<br>prof. dr. R. van Schoonhoven (VU Amsterdam)<br>prof. mr. C.J.J.M. Stolker<br>prof. mr. W.J.M. Voermans<br>prof. mr. P.J.J. Zoontjens (Tilburg University) |

Deze publicatie maakt deel uit van het project *The Good, the Bad and the Uncertain. Academic Entrepreneurship in Legal Context* (met projectnummer 406-15-099) van het onderzoeksprogramma Onderzoekstalent dat (mede) is gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest
Drukwerk: Ipskamp Printing, Amsterdam

© 2023 A.H.A. Mohammad

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

# Voorwoord

Dit proefschrift vloeit voort uit mijn interesse in het economisch bestuursrecht en het onderwijsrecht. Deze interesse is ontstaan tijdens het schrijven van mijn bachelorscriptie onder begeleiding van Willemien den Ouden en Alke Metselaar. De scriptie ging over private activiteiten van hogeronderwijsinstellingen, een onderwerp dat was geïnspireerd door Tom Barkhuysen. Voor een artikelversie van de scriptie kreeg ik een aanmoedigingsprijs, die werd uitgereikt door wijlen Dick Mentink (de toenmalige voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid). Dit heeft mij gemotiveerd om verder te gaan in het wetenschappelijk onderzoek. Verschillende personen hebben mij tijdens de rechtenstudie geholpen mij verder te bekwamen in de voornoemde rechtsgebieden, zoals Alke Metselaar en Paul Adriaanse voor het Europees staatssteunrecht en Machteld Claessens voor het onderwijsrecht. Ik heb destijds ook steun gekregen in de vorm van een masterbeurs, verstrekt door Van Kleef & Partners, waarmee ik kon deelnemen aan congressen, seminars en cursussen over het Europees staatssteunrecht. Die kennis kwam goed van pas bij het schrijven van mijn masterscriptie over het (on)gelijk speelveld in het onlineonderwijs. Na de studie kon ik met een subsidie van NWO aan de slag met onderzoek naar de normering van academisch ondernemerschap. Dit proefschrift is het resultaat hiervan.

Voor de totstandkoming van dit proefschrift wil ik in dit voorwoord een aantal personen in het bijzonder bedanken. Om te beginnen mijn promotoren Willemien den Ouden en Tom Barkhuysen. Zij hebben mij al vroeg in de studie juridisch gevormd en mij tijdens het promotietraject zeer betrokken begeleid. Ze maakten op elk moment tijd vrij om stukken te lezen en te overleggen.

Daarnaast wil ik de leescommissie – bestaande uit Paul Adriaanse, Jacobine van den Brink, Renée van Schoonhoven, Carel Stolker, Wim Voermans en Paul Zoontjens – bedanken voor de opbouwende kritiek en nuttige suggesties. Winfried Temme ben ik erkentelijk voor zijn scherpe blik op de teksten en het voetnotenapparaat. Mijn dank gaat ook uit naar Jonathan Huijts, Daan Kuijpers voor hun hulp hierbij en naar Anne-Marie Krens voor de vormgeving van het manuscript.

Tijdens het schrijven van dit proefschrift heb ik ontzettend veel geleerd van iedereen die ruim tijd heeft vrijgemaakt om mij te vertellen over werkzaamheden rondom het academisch ondernemerschap, waaronder toezichthouders, bestuurders, universitair personeel en ondernemers. Ten tijde van de voorbereiding van het promotietraject heb ik profijt gehad van de klankbord-

groep, bestaande uit Jan Adriaanse, Kees Schuyt, Peter van der Sijde en Hans Vossensteyn.

Het schrijven van het proefschrift heb ik mogen doen in een fantastische omgeving: de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Daar heb ik het promoveren nooit ervaren als een solistische aangelegenheid. Dat is onder andere te danken aan mijn toenmalige collega's van de beroemde 'A-gang': mijn kamergenoten Georgina Kuipers en Gert Jan Geertjes, Joost Westerweel, Catheel Pino en Heleen van Amerongen. Ik kijk ook met plezier terug op de samenwerking met mijn andere collega's en de discussies met Ymre Schuurmans, Clara van Dam, Geerten Boogaard en Reijer Passchier. Buiten de afdeling heb ik veel gehad aan gesprekken met Stefaan Van den Bogaert, Stijn Voskamp, Tobias van der Wal, Marishka Neekilappillai, Stefan de Jong en Willem Jansen. Ik ben ook dankbaar voor de werkplek die Stibbe ter beschikking heeft gesteld. Ik heb in die inspirerende omgeving veel schrijfwerk kunnen verzetten.

In mijn huidige werkomgeving hebben mijn collega's Beerend van Dijk, Eva Kooreman, Jurien Korzelius, Olaf Kwast, Kinga Mikos, Jan van der Sommen en Emma de Vries mij op de been gehouden naar de eindstreep. Olaf Kwast schreef al aan het begin van het promotietraject een positieve recensie. Ik hoop dat ik het allemaal waar heb mogen maken. De afgelopen twee jaar heb ik mogen samenwerken in een bijzonder team binnen het ministerie van VWS, dat grote betrokkenheid toonde bij de afronding van het manuscript. Ik dank de teamleden voor de aanmoediging en Job Buiting voor de gedachtewisselingen over de academische vrijheid.

Mijn paranimfen Ali Al Khatib en Nadir Khalil waren er altijd om morele steun te bieden en juridisch uit te dagen. Samen met Rob Honig, trokken zij mij regelmatig achter mijn bureau vandaan om eens wat anders te doen. Ik heb ook veel steun mogen ervaren van Tamar de Waal, Ola Al Khatib, Dennis Tang, Laura Burgers, Andrew Li Yim en natuurlijk de onlosmakelijke groep vrienden Raoul Cats, Yishu Chen, Homan Cheung, Marijntje Gerritsen, Kevin Gong, Laura Janssen, Chaemin Kong en Nanneke Wisman.

Mijn ouders Fatima en Hussein, Samir, Samaa en Arnout, Salie, Ngoc Anh en Nhu Quynh: dankzij jullie aanmoediging en begrip voor de drukkere tijden heb ik dit proefschrift kunnen schrijven.

Tot slot wil ik mijn wederhelft Mai Ngoc bedanken. Mijn grote supporter, vertrouwde coach en scherpzinnige sparringpartner. Door jouw onvoorwaardelijke liefde kan ik boven mezelf uitstijgen. En lieve Liên Ly, jouw komst heeft mij zoveel levenskracht gegeven dat de afronding van het proefschrift in een stroomversnelling kwam. Hopelijk inspireer ik je ooit om de waarde van een vrije en verantwoordelijke zoektocht naar de waarheid te koesteren.

Dit onderzoek is afgesloten op 1 juni 2022. Met ontwikkelingen na deze tijd is, op enkele uitzonderingen na, geen rekening gehouden.

Rotterdam, november 2022

# Inhoudsopgave


LIJST VAN AFKORTINGEN XIII

1 INLEIDING 1
1.1 Introductie 1
1.2 Positieve maar vooral negatieve berichtgeving in de media 2
1.3 Probleemverkenning: duidelijkheid van de juridische kaders 4
1.4 Onderzoeksopzet: onderzoeksvraag, afbakening en methode 6
1.4.1 Onderzoeksvraag 6
1.4.2 Duidelijkheid van regelgeving 7
1.4.3 Methode van onderzoek 12
1.5 Bijdrage aan de bestaande literatuur 12
1.5.1 Rechtsliteratuur 12
1.5.2 Andere literatuur 14
1.6 Opzet 15

2 OMSCHRIJVING ACADEMISCH ONDERNEMERSCHAP, ACHTERGROND EN ACTOREN 17
2.1 Inleiding 17
2.2 Begripsomschrijving academisch ondernemerschap 18
2.2.1 Inleiding 18
2.2.2 Academisch ondernemerschap 19
2.2.3 Vormen van academisch ondernemerschap 21
2.2.3.1 Universitaire spin-off, start-ups en technologieoverdracht 22
2.2.3.2 Contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening 23
2.2.3.3 Faciliterende activiteiten: kennistransferoffices, ondernemerswerkplaatsen, wetenschapsparken en durfkapitaal 24
2.2.4 Verwante begrippen 29
2.2.4.1 Ondernemende universiteit 29
2.2.4.2 Hybride universiteit 30
2.2.4.3 Third Generation University 31
2.2.4.4 Commodificatie 31
2.2.5 Tussenconclusie 31
2.3 Opkomst van het academisch ondernemerschap 32
2.3.1 Algemeen 32

2.3.2 Invloed vanuit Amerikaanse wetgeving 32
2.3.2.1 De Bayh-Dole Act 32
2.3.2.2 Een veranderde tijdsgeest: pre-Bayh-Dole-Act 35
2.3.3 Veranderd octrooibeleid in Nederland 38
2.3.4 Veranderd onderwijs- en innovatiebeleid in Nederland 43
2.3.5 Tussenconclusie 46
2.4 Risico's van het academisch ondernemerschap 47
2.4.1 Inleiding 47
2.4.2 Weglekken van publieke middelen 47
2.4.3 Oneerlijke mededinging 48
2.4.4 Aantasting academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit 49
2.4.5 Tussenconclusie 51
2.5 Actoren uit het speelveld en bijbehorende regelgeving 52
2.5.1 Algemeen 52
2.5.2 Universiteiten en interne betrokkenen 52
2.5.2.1 Overzicht 52
2.5.2.2 Universiteiten 53
2.5.2.3 Universitair medische centra 56
2.5.2.4 Personeel 57
2.5.2.5 Studenten 59
2.5.2.6 Universiteitsraad 60
2.5.2.7 Universiteitsbestuur 60
2.5.2.8 Instellingsaccountant 63
2.5.2.9 Functionaris of Commissie Wetenschappelijke Integriteit 63
2.5.2.10 Raad van toezicht 64
2.5.2.11 KTO 65
2.5.3 Externe betrokkenen 66
2.5.3.1 Start-ups 66
2.5.3.2 Universiteit in relatie tot externen 68
2.5.3.3 Gemeente en provincie 69
2.5.3.4 Ministeries 71
2.5.3.5 Europese Unie 73
2.5.3.6 Inspectie van het Onderwijs 75
2.5.3.7 LOWI 76
2.5.4 Tussenconclusie 77
2.6 Conclusie 77

3 ONDERWIJS(BEKOSTIGINGS)RECHT 81
3.1 Inleiding 81
3.2 Voorgeschiedenis 82
3.2.1 Nota contractonderzoek 82
3.2.2 HOAK-nota en de WHW 87
3.2.3 Nogmaals kritiek van de Algemene Rekenkamer 90
3.2.4 Wet Korte Klap en vervolg 92
3.2.5 Voorbeeld toepassing regelgeving: University of Groningen Yantai 94
3.2.5.1 Voortraject 94
3.2.5.2 Het rapport van de Inspectie van het Onderwijs 95

3.2.5.3 Knelpunten 97
3.2.6 Tussenconclusie 97
3.3 De Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten 98
3.3.1 Inleiding 98
3.3.2 Doel, reikwijdte en juridische status van de beleidsregel 98
3.3.2.1 Doel van de beleidsregel 98
3.3.2.2 Juridische status en verhouding tot de WHW 99
3.3.2.3 Reikwijdte en relatie met andere regelgeving 101
3.3.2.3.1 Regeling beleggen, lenen en derivaten 2016 102
3.3.2.3.2 Subsidies 103
3.3.3 Inhoud van de beleidsregel: begrippen en voorwaarden 113
3.3.3.1 Begripsbepalingen 113
3.3.3.1.1 Private activiteiten 113
3.3.3.1.2 Publieke middelen 116
3.3.3.1.3 Integrale kostprijs 116
3.3.3.2 Inhoudelijke voorwaarden 118
3.3.4 Tussenconclusie 123
3.4 Duidelijkheid in het onderwijs(bekostigings)recht 124
3.4.1 Inleiding 124
3.4.2 De specificatie van de normstelling en open normcondities 124
3.4.3 Vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen 126
3.4.4 Inconsistenties 128
3.4.5 Aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg 128
3.4.6 Delegatie van de wettelijke bevoegdheid 129
3.4.7 Tussenconclusie 130
3.5 Conclusie 130

4 EUROPEES STAATSSTEUNRECHT 131
4.1 Inleiding 131
4.2 Overzicht 133
4.2.1 De-minimisverordening 134
4.2.2 Algemene groepsvrijstellingsverordening 135
4.2.3 Diensten van algemeen economisch belang 137
4.3 Het bestaan van een onderneming 139
4.3.1 Economische activiteiten 139
4.3.2 Onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht als economische activiteiten 141
4.3.3 Beoordelingskader bij het verzorgen van onderwijs 142
4.3.3.1 Elementen 1 en 2: Onderwijsdiensten versus 'sociale, culturele en opvoedkundige taken' 147
4.3.3.2 Element 3: Markt versus solidariteit 152
4.3.4 Beoordelingskader bij het verrichten van onderzoek 154
4.3.5 Beoordelingskader bij kennisoverdracht 157
4.3.6 Zuiver ondersteunende activiteiten 159
4.3.7 Toepassing van de beoordelingskaders: voorbeelden uit de beschikkingenpraktijk 163
4.3.7.1 Besluiten van de Europese Commissie 164

4.3.7.2 De Autoriteit Consument en Markt 169
4.3.8 Resumerend 171
4.4 Toerekenbaarheid aan de staat en staatsmiddelen 171
4.5 Voordeel 175
4.5.1 Algemene uitgangspunten in Mededeling betreffende het begrip staatssteun 175
4.5.2 Uitgangspunten in de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling & Innovatie 178
4.5.3 Uitspraak Delftship 180
4.5.4 Nederlandse situatie 181
4.6 Selectiviteit 182
4.7 Vervalsen van de mededinging en beïnvloeden van het interstatelijk handelsverkeer 182
4.8 Duidelijkheid in het Europese staatssteunrecht 184
4.8.1 Inleiding 184
4.8.2 Openbaar en nationaal onderwijsstelsel 184
4.8.3 Hoofdzakelijke financiering met overheidsmiddelen 185
4.8.4 Onderzoeksorganisaties 186
4.8.5 Omslagpunt naar economische activiteit 86
4.8.6 Herinvesteren in de kerntaken 186
4.8.7 Zuiver ondersteunende activiteiten 187
4.8.8 Overheidsmiddelen 187
4.8.9 Marktprijs en kostprijs 187
4.9 Conclusie 188

5 ACADEMISCHE VRIJHEID EN WETENSCHAPPELIJKE INTEGRITEIT 189
5.1 Inleiding 189
5.2 Academische vrijheid 191
5.2.1 Rechtsbronnen 191
5.2.2 Interpretaties in de juridische literatuur 193
5.2.2.1 De waaierbenadering van Groen 194
5.2.2.2 De wetshistorische benadering van Louw 199
5.2.2.3 De functionele grondrechtelijke benadering van Zoontjens 200
5.2.2.4 De rechtsvergelijkende benadering van Barendt 203
5.2.2.5 De mensenrechtelijke benadering van De Baets 205
5.2.2.6 De 'Global Administrative Law'-benadering van Ruffert & Steinecke 209
5.2.2.7 De grondrechtelijke benadering van Vrielink e.a. (LERU) 211
5.2.3 Betekenis van de academische vrijheid voor het academisch ondernemerschap 213
5.2.3.1 Wetenschapsbelangen in relatie tot andere belangen 213
5.2.3.2 Aard van de academische vrijheid 217
5.2.3.3 Academische vrijheid kent geen plichten 218
5.2.3.4 Relevantie voor het academisch ondernemerschap 218
5.3 Nationaal recht 223
5.3.1 Academische vrijheid in de WHW 223
5.3.1.1 Artikel 1.6 WHW 223

5.3.1.2 Artikel 1.6 WHW en de Wet openbaarheid bestuur 225
5.3.1.3 Academische vrijheid en output-normen 229
5.3.1.4 Resumerend 231
5.3.2 De instellingsautonomie, de faculteitsautonomie en het recht op zelfbestuur naast de academische vrijheid 231
5.3.3 Nevenrechten naast de academische vrijheid 233
5.3.3.1 De vrijheid van onderwijs in de Grondwet 233
5.3.3.2 De vrijheid van meningsuiting in de Grondwet 234
5.3.3.3 Andere grondrechten 237
5.3.4 Juridisch niet-bindende documenten 239
5.3.5 Tussenconclusie 243
5.4 Europees recht 244
5.4.1 Academische vrijheid in het Handvest van de Grondrechten van de EU 244
5.4.2 Het recht op onderwijs uit het EVRM 248
5.4.3 De vrijheid van meningsuiting uit het EVRM 248
5.4.4 Rode draden Straatsburgse jurisprudentie 266
5.4.5 Toepassing van artikel 10 EVRM door de Nederlandse rechter 267
5.4.6 Juridisch niet-bindende verklaringen en documenten 275
5.4.7 Tussenconclusie 281
5.5 Internationaal recht 281
5.5.1 Wetenschappelijke vrijheid in het IVESCR 281
5.5.2 Vrijheid van meningsuiting en vrijheid tot vereniging uit het IVBPR 283
5.5.3 Andere verdragen 283
5.5.4 Juridisch niet-bindende verklaringen 284
5.5.5 Resumerend 284
5.6 Tussenconclusie academische vrijheid 285
5.7 Wetenschappelijke integriteit 285
5.7.1 Omschrijving van de wetenschappelijke integriteit 285
5.7.2 De juridische status en inhoud van de gedragscodes 289
5.7.2.1 Algemeen 289
5.7.2.2 Notitie Wetenschappelijke integriteit en notitie Wetenschappelijk Onderzoek 289
5.7.2.3 Wetenschap op bestelling: Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid 291
5.7.2.4 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 293
5.7.2.5 Code ter voorkoming van oneigenlijke beïnvloeding door belangenverstrengeling 296
5.7.2.6 European Code of Conduct for Research Integrity 298
5.7.3 Internationale verklaringen 299
5.8 Rechtsbescherming 301
5.8.1 Procedures over wetenschappelijke integriteit 301
5.8.2 LOWI-adviezen 302
5.8.3 Rode draden LOWI-adviespraktijk 313
5.8.4 Voorbeeld 1: nevenwerkzaamheden 314
5.8.4.1 Jurisprudentie 314
5.8.4.2 Bredere discussie over nevenwerkzaamheden 316
5.8.4.3 Standpunt regering 322

5.8.5 Voorbeeld 2: *funding bias* 324
5.9 Tussenconclusie 328
5.10 Tot slot: duidelijkheid van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit 329

6 SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING 333
6.1 Inleiding 333
6.2 Bevindingen en beschouwingen ten aanzien van de deelvragen 334
6.2.1 Wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren? 334
6.2.1.1 Wat is het academisch ondernemerschap? 334
6.2.1.2 Wat is de achtergrond hiervan? 336
6.2.1.3 Welke risico's zijn er? 338
6.2.1.4 Wie zijn de betrokken actoren? 338
6.2.2 In hoeverre mogen universiteiten in het academisch ondernemerschap publieke middelen investeren en hoe dienen universiteiten zich hierbij te verhouden tot andere ondernemers? 340
6.2.2.1 Onderwijs(bekostigings)recht 340
6.2.2.2 Europees staatssteunrecht 346
6.2.3 Op welke wijze worden in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit gewaarborgd? 349
6.2.3.1 Academische vrijheid 349
6.2.3.2 Wetenschappelijke integriteit 349
6.2.4 Er is normering van het academisch ondernemerschap inzake (1) investeringen met publieke middelen en (2) het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. In hoeverre is die normering duidelijk, in die zin dat de betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht? 351
6.2.4.1 Onderwijs(bekostigings)recht 352
6.2.4.2 Europees staatssteunrecht 353
6.2.4.3 Academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit 354
6.3 Beantwoording van de hoofdvraag: op welke wijze wordt het academisch ondernemerschap in Nederland genormeerd en in hoeverre is deze normering duidelijk voor betrokken actoren binnen universiteiten en andere betrokkenen? 355
6.4 Hoe nu verder? 358
6.5 Slot 359

SUMMARY 361
LITERATUURLIJST 367
RECHTSPRAAKREGISTER 389
CURRICULUM VITAE 395

# Lijst van afkortingen

| | |
|---|---|
| AAAS | American Association for the Advancement of Science |
| ACM | Autoriteit Consument en Markt |
| AG | Advocaat-Generaal |
| AGVV | Algemene Groepsvrijstellingsverordening |
| ALLEA | ALL European Academies |
| Arvodi | Algemene rijksvoorwaarden voor diensten |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| AWTI | Adviesraad voor wetenschap, technologie en innovatie |
| AR | Aanwijzing (van de Aanwijzingen voor de regelgeving) |
| *BIE* | *Bijblad bij de Industriële Eigendom* |
| azM | academisch ziekenhuis Maastricht |
| Btw-richtlijn | Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde |
| cao | Collectieve arbeidsovereenkomst |
| CBb | College van Beroep voor het bedrijfsleven |
| CBS | Centraal Bureau voor de Statistiek |
| COSME | Competitiveness of Enterprises and Small and Medium-sized Enterprises |
| CWI | Commissie Wetenschappelijke Integriteit |
| EASI | Europees programma voor werkgelegenheid en sociale innovatie |
| EC | Europese Commissie |
| ECN | Energieonderzoek Centrum Nederland |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EER | Europese Economische Ruimte |
| EFRO | Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling |
| EHRC | European Human Rights Cases |
| EIB | Europese investeringsbank |
| EIC | European Innovation Council |
| EIF | Europees investeringsfonds |
| EU | Europese Unie |
| EHRM | Europees Hof voor de Rechten van de Mens |
| ESF | European Science Foundation |
| EVA | Europese Vrijhandelsassociatie |
| EVRM | Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens |
| EZK | Economische Zaken en Klimaat |
| FET | Future and Emerging Technologies |
| FFP | Fabrication, Falsification, Plagiarism |
| *FD* | *Het Financieele Dagblad* |

| | |
|---|---|
| *FTM* | *Follow the Money* |
| FR | Financieel Reglement |
| GW | Grondwet |
| HOAK | Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit |
| HBO | Hoger beroepsonderwijs |
| HVJ | Hof van Justitie |
| HR | Hoge Raad |
| IE | Intellectueel eigendom |
| IER | Intellectuele eigendomsrechten |
| IVBPR | Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten |
| IVESCR | Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten |
| KMO | Kleine of middelgrote onderneming |
| KB | Koninklijke Bibliotheek |
| KNAW | Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen |
| KTO | Knowledge transfer office |
| LERU | League of European Research Universities |
| LOWI | Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit |
| LNV | Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit |
| MBO | Middelbaar beroepsonderwijs |
| MCN | Bureau MilieuConsult Nederland |
| MEOP | Market Economy Operator Principle |
| MIT | Mkb-innovatiestimulering Regio en Topsectoren |
| NFU | Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra |
| *NRC* | *Nieuwe Rotterdamse Courant* |
| NVAO | Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie |
| NWO | Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek |
| OCW | Onderwijs, Cultuur & Wetenschappen |
| OEC | Ontwikkel en Expertise Centrum |
| OER | Onderwijs- en examenregeling |
| OESO | Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling |
| OP | Operationeel programma |
| PCT | Patent Cooperation Treaty |
| QRP | Questionable research practice |
| Rb. | Rechtbank |
| R&D | Research & Development |
| RIVM | Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu |
| RJ | Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving |
| ROC | Regionaal Opleidingencentrum |
| ROM | Regionale ontwikkelingsmaatschappij |
| RUG | Rijksuniversiteit Groningen |
| SC | SC Online (Staatscourant) |
| SEP | Standard Evaluation Protocol |
| TNO | Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek |
| TO2 | Toegepast Onderzoek Organisaties |
| TTO | Technology transfer office |
| TU | Technische Universiteit |

| | |
|---|---|
| TU/e | Technische Universiteit Eindhoven |
| UMC | Universitair medisch centrum |
| UvA | Universiteit van Amsterdam |
| UVRM | Universele Verklaring van de Rechten van de Mens |
| VNO-NCW | Verbond van Nederlandse Ondernemingen – Nederlands Christelijk Werkgeversverbond |
| VSNU | Vereniging van Nederlandse Universiteiten (oud), Universiteiten van Nederland (nieuw) |
| VU | Vrije Universiteit |
| VWEU | Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie |
| WHW | Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek |
| Wob | Wet openbaarheid van bestuur |
| WODC | Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum |
| WOT | Wet op het onderwijstoezicht |
| WUR | Wageningen Universiteit & Research |
| WWO | Wet op het wetenschappelijk onderwijs |
| ZonMw | Nederlandse organisatie voor gezondheidsonderzoek en zorginnovatie |

# 1 Inleiding

## 1.1 Introductie

Nederlandse universiteiten doen aan onderwijs, onderzoek en kennisverspreiding. In dat kader signaleren zij maatschappelijke ontwikkelingen en vertalen zij deze naar nieuwe activiteiten, diensten of producten.[1] Een universitaire medewerker die een vinding doet, zal vanzelfsprekend de neiging hebben om hierover te publiceren. Het verspreiden van kennis is immers de *raison d'être* van de wetenschapper. Maar de vinding kan vanuit het oogpunt van het economisch-nutsdenken ook interessant zijn om door te ontwikkelen en op de markt te zetten.

Deze vertaalslag van wetenschap naar de markt kan op veel manieren gebeuren. Een van die manieren is het opzetten van een onderneming. Een universitaire medewerker kan de vinding melden bij de werkgever. Die zal overwegen de vinding juridisch te beschermen. Vrijwel alle universiteiten hebben hiervoor zogenoemde *knowledge transfer offices* of valorisatiecentra opgetuigd waarin expertise is geconcentreerd. In die valorisatiecentra werken onder andere *business developers* die kennis en ervaring hebben met het schrijven van een bedrijfsplan en het aantrekken van financiering. Ook werken er juristen die gespecialiseerd zijn in contractenrecht en intellectueel eigendomsrecht. Als een vinding is beschermd, kan het intellectuele eigendomsrecht worden overgedragen aan een nieuwe of een bestaande onderneming. De intellectuele eigendomsrechten kunnen ook worden geëxploiteerd door aan deze ondernemingen een licentie af te geven. Voor nieuwe ondernemingen waarin de universiteit dikwijls een aandeel neemt, kan de universiteit een ondernemingswerkplaats aanbieden. Deze ondernemingen kunnen daar huisvesting, juridisch advies en andere faciliteiten ontvangen. Soms krijgen zij financiering van de universiteit of van een fonds waarin de universiteit deelneemt.

Overigens is de ondernemende rol van universiteiten niet alleen naar binnen gericht, naar de eigen wetenschappers of studenten. Universiteiten zien

---

1 *Handelingen I* 2004/05, nr. 23, p. 962 (Beleidsdebat over het onderdeel Wetenschap en Hoger Onderwijs, aan de hand van het thema 'Het ondernemend hoger onderwijs'); *Kamerstukken II* 2004/05, 29800-VIII, nr. 2 (Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (VIII) voor het jaar 2005), p. 309-310. Zie ook Zeemeijer, *FD* 2016A.

zichzelf als een belangrijke speler in de economische ontwikkeling van de regio.[2] Andere bedrijven dan de universitaire spin-offs en maatschappelijke organisaties worden naast onderzoeksgroepen gehuisvest op *kennisparken*. Door de verkleining van de fysieke afstand hopen universiteiten op meer kruisbestuiving tussen deze groepen.

Het ondernemerschap van universiteiten is ook terug te zien in andere activiteiten, zoals gezamenlijk onderzoek met bedrijven en andere organisaties, advieswerk en contractonderzoek. Vanuit het onderwijs gezien verdienen ook de maatwerktrajecten voor bedrijven en het contractonderwijs vermelding.

## 1.2 Positieve maar vooral negatieve berichtgeving in de media

In nationale kranten is regelmatig positief nieuws over de ondernemende universiteit te lezen. Het gaat dan om economisch en maatschappelijk relevante initiatieven die worden ontplooid. TU Delft en KLM ontwikkelden bijvoorbeeld een nieuw type vliegtuig dat 20% minder brandstof verbruikt dan de Airbus A350.[3] Een ander voorbeeld is de ontwikkeling van een fiets met stuurassistentie die niet kan omvallen, door TU Delft en Gazelle.[4] Zo'n fiets biedt een oplossing voor het toenemende aantal fietsongevallen. Naast samenwerkingsverbanden komen ook universitaire spin-offs en start-ups in het nieuws. Neem de Leidse spin-off Inovo, die miljoeneninvesteringen aantrekt[5] en waarin een machine wordt ontwikkeld die het geslacht van kippeneieren kan bepalen, hetgeen de uitbroeding en ruiming van eendagshaantjes kan voorkómen.[6] Een ander voorbeeld is de start-up Lightyear, die is opgezet door oud-studenten van de TU Eindhoven. Zij presenteerden in 2019 een prototype van de eerste consumentenauto die volledig op zonne-energie rijdt.[7]

Er zijn echter naast deze positieve ook negatieve berichten die – zoals in de journalistiek gebruikelijk is – de boventoon voeren. Die gaan veelal over belangenverstrengeling of onduidelijke regelgeving. Zo zouden in Maastricht wetenschappers zichzelf hebben verrijkt, onder andere door octrooien van een universitaire spin-off door te schuiven naar een eigen bedrijf.[8] Daarnaast klaagden studentondernemers uit verschillende steden erover dat de universiteit zich tegenover hen onbehoorlijk opstelt.[9] Sommige universiteiten claimen

2 AWTI 2014, p. 44.
3 Redactie, *FD* 2019.
4 Roelants, *FD* 2019.
5 Hueck, *FD* 2019.
6 In maart 2022 werd bekend gemaakt dat de eerste 150.000 kuikens zijn geleverd zonder het doden van eendagsleghaantjes. Schotman, *Pluimveeweb* 2022.
7 Gerth, *Cursor* 2019.
8 Geels, *NRC* 2019.
9 Bouter, *NRC* 2019. Zie ook De Blok & Duijst, *NOS* 2019.

octrooirechten en aandelen bij studentenstart-ups vanwege de geboden begeleiding.

De meeste negatieve berichten gaan niet zozeer over octrooien, maar over contractonderzoek. Zo is in Leiden meegewerkt aan een 'curieus project'.[10] Een denktank gaf opdracht om onderzoek te doen naar tabakssmokkel en terrorisme. De wetenschappelijke relevantie van een (gesloten geformuleerde) onderzoeksvraag stond hierbij ter discussie. Financier Philip Morris had deze vraag namelijk bepaald. De tabaksfabrikant zou volgens de berichtgeving baat hebben bij regulering van tabakssmokkel.

Ook op andere manieren kan er sprake zijn van (oneigenlijke) beïnvloeding van wetenschappelijk onderzoek. Dat was het geval bij WODC-onderzoek dat was uitgezet bij universiteiten. Ambtenaren van het Ministerie van Justitie en Veiligheid werd verweten onwelgevallige delen uit het onderzoeksverslag te censureren.[11] Uit onderzoek van *NRC* blijkt dat respondenten zich vooral beperkt voelden door de rijksoverheid. De inkoopvoorwaarden bepaalden namelijk dat de publicatievrijheid bij de overheid lag.[12]

Verder is transparantie een kwestie die in negatieve berichtgeving aandacht krijgt. Zo blijken universitaire medische centra niet altijd transparant te zijn over 'honderden' geheime contracten,[13] gesloten tussen hun artsen en producenten van medische hulpmiddelen.[14] Ook bleef de invloed van Shell als medeopdrachtgever en medefinancier op een onderzoek van Erasmus Universiteit Rotterdam onvermeld. Het onderzoeksrapport vormde volgens *Follow the Money* een doorslaggevende wetenschappelijke bron voor het kabinetsvoorstel om de dividendbelasting af te schaffen.[15]

Tot slot van deze voorbeelden enige mediaberichten over gevallen binnen het onderwijsdomein. In Rotterdam hadden bedrijven formeel zeggenschap over de masters van de bedrijfskundefaculteit.[16] Zij hadden invloed op de selectie van studenten en de inrichting van het curriculum. Daarnaast kende de Universiteit Leiden een autonoom en privaat International Tax Centre.[17] De niet-transparante boekhouding ervan werd onderwerp van berichtgeving. Het laatste voorbeeld betreft het transnationaal onderwijs van de Rijksuniversiteit Groningen. De universiteit zette daarmee (onbedoeld) publiek geld in voor haar private onderwijsactiviteiten in China.[18]

De hier aangestipte berichtgeving gaat over zowel de *kansen* van het academisch ondernemerschap als de *risico's* ervan. Hierachter ligt een publiek-

10 Kouwenhoven & Chorus, *NRC* 2018.
11 Lievisse Adriaanse, *NRC* 2019.
12 Huygen, *NRC* 2018.
13 Dahl, *FTM* 2018.
14 Dahl, *FTM* 2018.
15 Hüzeir, *NRC* 2019 met verwijzing naar Bollen, *FTM* 2018.
16 Bollen, *FTM* 2018.
17 Stokmans, *NRC* 2018.
18 Van der Wiel, *NRC* 2019.

rechtelijke inkadering van dit fenomeen. De berichtgeving gaat immers over de taken van de universiteit, die bij wet worden geregeld. De vraag is ook of de universiteit publiek geld mag gebruiken voor commerciële activiteiten. Relevant is verder het waarborgen van de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit (de publicatievrijheid, transparantie rondom financiers en het tegengaan van oneigenlijke beïnvloeding).

## 1.3 Probleemverkenning: duidelijkheid van de juridische kaders

Wie de belangrijkste wet voor universiteiten, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) erop naslaat, ziet de ondernemende universiteit daarin niet geregeld.[19] Er is geen paragraaf met geschreven normen of beginselen die zijn toegesneden op het academisch ondernemerschap. De achterliggende beleidshypothese van de wet lijkt te zijn dat de universiteit zich vooral heeft te verhouden tot de Minister van Onderwijs, Wetenschappen en Cultuur (OCW) en tot de eigen studenten en het personeel.

De publieke normering van het academisch ondernemerschap moet dan ook worden herleid uit een bonte lappendeken van documenten.[20] De normering is bovendien te vinden op meerdere niveaus van regelgeving. De besteding van publiek geld door universiteiten wordt bijvoorbeeld niet alleen genormeerd door de WHW en de onderliggende regelgeving, maar ook door het Europees staatssteunrecht.

De verstrooidheid aan juridische normering oogst kritiek. De Vereniging van Nederlandse Universiteiten (VSNU) schreef in 2019 dat 'de politiek' 'niet altijd een heldere opdracht' biedt.[21] 'Zo is in de wet bepaald dat 'kennisoverdracht ten behoeve van de maatschappij' een (bekostigde) taak is, maar dat geldt niet voor 'kennisvalorisatie', aldus de VSNU. Kennisvalorisatie is het omzetten van kennis in maatschappelijk en economisch nut. Eerder liet het Ministerie van OCW onderzoek verrichten naar praktische vragen die bestaan over het geldend recht.[22] Dat bleken basale vragen te zijn. Wanneer ziet de Inspectie van het Onderwijs een activiteit als privaat en niet-publiek? Welke andere regelgeving (dan het onderwijsrecht) is daarbij van toepassing? Wie is bevoegd om klachten over oneerlijke concurrentievervalsing te behandelen? En hoe kunnen bekostigde onderwijsinstellingen en marktpartijen vergelijkbare gevallen of casuïstiek terugvinden?

19 In dit proefschrift wordt om praktische redenen gebruik gemaakt van 'hoger onderwijs' als begrip voor het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs. Het spreken van 'laag' en 'hoog' onderwijs wordt evenwel (terecht) bekritiseerd vanwege het stigmatiserende effect hiervan (Putters, *Trouw* 2016).

20 Mohammad, *NTOR* 2013, p. 186.

21 VSNU 2019, p. 5.

22 De Zwart, Broeks & Boot 2016, p. 11.

Deze vragen wijzen op de vooronderstelling dat de publiekrechtelijke *status quo* niet helder genoeg is. Onduidelijke regelgeving kan slecht uitpakken voor universiteiten. Bij het ontstaan van conflicten kan dit leiden tot complexe juridische procedures. Daarnaast is er sprake van een oneerlijk speelveld. De onduidelijkheid van de normen maakt sommigen voorzichtiger met het ondernemerschap, terwijl anderen er juist aanleiding in zien om de grenzen op te zoeken. Dat beeld kwam naar voren vanuit de deelnemers van het congres 'Academisch ondernemerschap in juridische context', dat in 2016 door de Universiteit Leiden werd georganiseerd.

Onduidelijkheid van regels kan ook de reputatie van het publieke instituut van de universiteit negatief beïnvloeden. Er zijn bovendien parallellen te trekken met andere semipublieke instellingen zoals woningcorporaties. Door het ontbreken van duidelijke normering konden woningcorporaties 'bijklussen' met bijvoorbeeld commerciële verhuur en investeringen in complexe financiële producten. Zo verdampte Vestia 2,7 miljard euro aan publiek geld. Daarom werd er een parlementaire enquête ingesteld en werden de regels en het toezicht flink aangescherpt.[23] Binnen de onderwijssector kan gewezen worden op de tragiek van Amarantis Onderwijsgroep. Door zelfverrijking, belangenverstrengeling en investeringen in prestigieuze projecten werden 30.000 studenten en 3.000 medewerkers gedupeerd.[24] De commissie die dit geval onderzocht, zette kritische kanttekeningen bij de uitgangspunten van institutionele autonomie en bestedingsvrijheid van de rijksbekostiging, omdat deze de risicovolle investeringen mogelijk hadden gemaakt. Het zou van hybris getuigen als universiteiten zich na dergelijke uitkomsten immuun zouden voelen voor kritiek op hun academisch ondernemerschap.

Zo blijken zich allerlei problemen voor te doen. Desondanks zijn de publiekrechtelijke context van het academisch ondernemerschap en de mate van duidelijkheid ervan tot op heden nauwelijks onderwerp van studie. Dit onderzoek beoogt hierin te voorzien.

23 *Kamerstukken II* 2014/15, 33606, nr. 4 (Parlementaire enquête Woningcorporaties: Hoofdrapport), p. 8; Aalbers & Ament, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 83-68.

24 Commissie Onderzoek Financiële Problematiek Amarantis, '*Autonomie verplicht*. Rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis', 3 december 2012, bijlage 196680 bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 1. Zie ook over de splitsing van Amarantis: *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 3, p. 2.

## 1.4 Onderzoeksopzet: onderzoeksvraag, afbakening en methode

### 1.4.1 Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt als volgt:

> *Op welke wijze wordt het academisch ondernemerschap in Nederland genormeerd en in hoeverre is deze normering duidelijk voor betrokken actoren binnen universiteiten en andere betrokkenen?*

Deze vraag wordt onderverdeeld in de volgende deelvragen:

1. *Wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren?*
2. *In hoeverre mogen universiteiten in het academisch ondernemerschap publieke middelen investeren en hoe dienen universiteiten zich hierbij te verhouden tot andere ondernemers?*
3. *Op welke wijze worden in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit gewaarborgd?*
4. *Er is normering van het academisch ondernemerschap inzake (1) investeringen met publieke middelen en (2) het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. In hoeverre is die normering duidelijk, in die zin dat de normering zodanig is geformuleerd dat betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht?*

Op het begrip 'academisch ondernemerschap', inhoud, achtergrond, risico's en actoren, wordt ingegaan in hoofdstuk 2. Om het onderzoeksgebied af te bakenen worden vervolgens drie specifieke domeinen van regelgeving in beschouwing genomen:

1. het onderwijs(bekostigings)recht, dat voor universiteiten van belang is voor de vraag in hoeverre zij mogen ondernemen met publiek geld (hoofdstuk 3);
2. het Europees staatssteunrecht, dat een kader is voor investeringen van publiek geld in ondernemerschap door universiteiten en dat daarnaast beoogt marktverstoring door inzet van publiek geld tegen te gaan (hoofdstuk 4);
3. de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit, die betrekking hebben op de fundamentele bescherming van wetenschappelijke belangen (hoofdstuk 5).

Buiten deze afbakening vallen het mededingingsrecht, het aanbestedingsrecht, het belastingrecht en, voor een deel, het intellectueel eigendomsrecht. Waar het intellectueel eigendomsrecht raakt aan de academische vrijheid zal dit

rechtsgebied wel worden besproken. De reden voor deze afbakening is dat de genoemde domeinen meer algemene regels kennen, die in mindere mate specifiek betrekking hebben op het ondernemerschap door universiteiten. Bovendien kent het onderzoek een staats- en bestuursrechtelijke focus, gelet op de inbedding in de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

### 1.4.2 Duidelijkheid van regelgeving

Het object van dit onderzoek is niet het academisch ondernemerschap zelf, maar de normering hiervan.

Normen sturen gedrag of handelingen.[25] Een norm heeft over het algemeen een subject, een modus van behoren (zoals een gebod, verlof of verbod), een object (de gedraging of handeling) en normcondities (wanneer treedt de norm in?).[26] De in dit proefschrift onderzochte normen zijn te vinden in juridische bronnen of kunnen daaruit worden afgeleid. Rechtsbronnen in formele zin bestaan in ieder geval uit verdragen, wetgeving, jurisprudentie en gewoonterecht. De inhoud en de geldigheid van deze normen staan in dit onderzoek centraal, waarbij wordt geargumenteerd aan de hand van de wettekst, de wetsgeschiedenis, de wetsystematiek, gerechtelijke uitspraken, de juridische literatuur en teleologische redeneringen.[27] Daarnaast worden andere gezaghebbende bronnen betrokken, waarbij het gaat om niet-juridisch bindende documenten zoals gedragscodes of verklaringen die breed gedragen worden.

In de vorige paragraaf drong zich de vooronderstelling op dat het geheel van de normering van academisch ondernemerschap onduidelijk is. De nadruk zal daarom in dit proefschrift worden gelegd op de duidelijkheid die de te onderzoeken normering – volgend uit rechtsbronnen en niet-juridisch bindende documenten – beoogt te bieden, met als doel de genoemde vooronderstelling op een systematische wijze te toetsen. Het gaat hier dus niet om de mate van bereikte duidelijkheid in empirische zin en om de vraag of de normering daarmee zijn doel bereikt.

Duidelijkheid van regelgeving is van belang, omdat 'alle regels […] tot doel [hebben] zekerheid en duidelijkheid te verschaffen in menselijke verhoudingen, in de verhouding tussen mensen onderling en in verhoudingen tussen burgers en de overheid'.[28] Het beginsel van duidelijkheid is, samen met het verbod van terugwerkende kracht en het vertrouwensbeginsel, onderdeel van

25 Mommers 2002, p. 131.
26 Van den Heuvel 2018, p. 67.
27 Mommers 2002, p. 31.
28 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 9.Vgl. Fuller's desiderata van 'clarity' en 'consistency' (Fuller 1969).

het rechtszekerheidsbeginsel.[29] Dit duidelijkheidsbeginsel strekt ertoe dat 'de inhoud van een algemeen verbindend voorschrift zodanig duidelijk [moet zijn] dat de geadresseerden ervan daaruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht'.[30] Het duidelijkheidsbeginsel wordt ook wel aangeduid als het formele rechtszekerheidsbeginsel.[31]

Een uitgebreid overzicht van het duidelijkheidsbeginsel is te vinden in het onderzoek van Van den Heuvel, die de eisen aan duidelijkheid van wetgeving bespreekt aan de hand van wetgevingsbeleid, rechtsliteratuur, Nederlandse en Europeesrechtelijke jurisprudentie, de adviespraktijk van onder andere de Raad van State en documenten van de Europese Commissie en de OESO.[32]

Kort gezegd maakt het beginsel van duidelijkheid onderdeel uit van het rechtszekerheidsbeginsel.[33] Volgens Zijlstra ziet duidelijkheid in de eerste plaats op de normstelling zelf, waarbij in het strafrecht ten aanzien van de beschrijving van het strafbaar gesteld gedrag wordt gesproken van het *lex certa*-beginsel.[34] Daarnaast is de duidelijkheid van de normstelling mede afhankelijk van de toegankelijkheid van de wettelijke regeling of regelingen waarvan de normstelling deel uitmaakt.[35] Wetten moeten volgens Zijlstra zoveel mogelijk duidelijkheid bieden voor de 'vertalers' ervan (zoals uitvoerende overheden en rechtshulpverleners), die de algemene juridische kaders vertalen naar de concrete rechten en plichten van de betrokkene.[36]

Duidelijkheid is ook een onderdeel van het Europese transparantiebeginsel. In het aanbestedingsrecht vereist het transparantiebeginsel dat 'alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren'.[37] In vergelijkbare zin vereist de Dienstenrichtlijn dat criteria aan de hand waarvan vergunningen worden verleend 'duidelijk en ondubbelzinnig' zijn.[38] Volgens het Hof van Justitie van de EU

29 Conclusie AG Widdershoven, Raad van State 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, par. 6.6. Zie ook de noot van Pennarts bij CRvB 13 mei 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:AK5601 in *TAR* 1993/152; de noot van Van Male bij Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, *NJB* 1988/28, p. 1031-1032; Van Male, *NTB* 2018, p. 216; Schlössels & Zijlstra 2010, par. 8.3.5.41.

30 Conclusie AG Widdershoven, Raad van State 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, par. 6.6.

31 Nicolaï 2016, par. 3.4; Koenraad 2019, par. 22.2.4.

32 Van den Heuvel 2018. Zie ook Janssen 2018, p. 5-6 waarin wordt ingegaan op de betekenis van *clarity*, *consistency* en *coherence* in Europeesrechtelijke context.

33 Art. 43 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.

34 Zijlstra 2012A, p. 94 en Zijlstra 2012B, p. 9.

35 Zijlstra 2012A, p. 94 en Zijlstra 2012B, p. 9.

36 Zijlstra 2012B, p. 11-12 met verwijzing naar Popelier 2004.

37 HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:13, r.o. 35.

38 Art. 10 lid 1 onder d Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

moeten vergunningsvoorwaarden daarom 'voor iedereen eenvoudig te begrijpen […] zijn door een dubbelzinnige formulering ervan te vermijden.'[39]

Wat zijn de gevolgen van onduidelijke regelgeving? Advocaat-Generaal (AG) Widdershoven nam op 22 december 2017 een conclusie over exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften en ging daarin in op het duidelijkheidsbeginsel.[40] Bij exceptieve toetsing 'vindt de toetsing plaats in het kader van het beroep tegen een op grond van dat algemeen verbindend voorschrift genomen besluit'.[41] Volgens Widdershoven maakt het beginsel van duidelijkheid – net als het verbod van terugwerkende kracht en het vertrouwensbeginsel – als subbeginsel deel uit van het rechtszekerheidsbeginsel.[42] Op grond van dit beginsel moet 'de inhoud van een algemeen verbindend voorschrift zodanig duidelijk zijn dat de geadresseerden ervan daaruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht'.[43] Bestuursrechters, aldus Widdershoven, dienen een algemeen verbindend voorschrift te toetsen aan zowel materiële als formele rechtsbeginselen en zij dienen het voorschrift buiten toepassing te laten of onverbindend te achten als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.[44] De Centrale Raad van Beroep deed na deze conclusie als eerste een uitspraak waarin dit uitgangspunt relevant was. De Raad sluit echter in zijn rechtspraak niet helemaal aan bij de conclusie van de AG, gezien het oordeel dat enkele strijd met de formele beginselen van zorgvuldige besluitvorming en het beginsel van deugdelijke motivering 'niet kan leiden tot het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift.'[45] Toch kan de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laten wanneer als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving.[46] Dit zou ook kunnen gelden voor het formele rechtsbeginsel van duidelijkheid. Als een algemeen verbindend voorschrift zodanig onduidelijk is dat niet getoetst kan worden of er strijdigheid met hoger recht is, dan ligt de buitentoepassinglating daarvan op de loer.[47]

Aangezien niet alle normering is te vinden in algemeen verbindende voorschriften – de normering van academisch ondernemerschap is bijvoorbeeld

39 HvJ EU, 22 september 2022, ECKU:EU:C:2020:743, r.o. 96 en HvJ EU 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:771 (*Van Gennip e.a.*), r.o. 85.

40 Conclusie AG Widdershoven, Raad van State 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

41 *Ibid.*, par. 5.2.

42 *Ibid.*, par. 6.6.

43 *Ibid.*, par. 6.6.

44 *Ibid.*, par. 6.6.

45 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2009:2018, r.o. 7.5.2.

46 *Ibid*.

47 De rechter kan overigens niet weigeren om recht te spreken als het voorschrift onduidelijk of onvolledig is, zie in dit kader artikel 13 van de Wet algemene bepalingen: 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden.'

ook te vinden in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten, vastgesteld door de Minister van OCW – zal in dit onderzoek op hoofdlijnen worden gekeken of de inhoud van de juridische normering zodanig is geformuleerd dat duidelijk is dat de geadresseerden ervan daaruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht. Er kunnen dus ook beleidsregels, regels van *soft law* en gedragscodes aan de orde komen.

Het beginsel van duidelijkheid heeft is niet alleen relevant voor de rechter, maar natuurlijk ook voor wetgevingsjuristen die duidelijkheid nastreven in de wetgevingstechniek. In de nota Zicht op wetgeving 1991 is belangrijk geacht dat wetten eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn.[48] Dat wil zeggen dat '[d]egenen die met de regels worden geconfronteerd, de burgers, en de degenen die de regels moeten toepassen, bestuur en rechter, duidelijk voor ogen [moeten] hebben wat de wetgever wil en wat zij zelf mogen of moeten doen of nalaten'.[49] Volgens de nota stelt dit 'hoge eisen aan de formulering van de wettelijke bepalingen en aan de structuur en vormgeving van de wet'.[50] In de nota blijkt dat onnodig sterke gedetailleerdheid, mede door controleproblemen, afbreuk doet aan de rechtszekerheid en de doeltreffendheid. In de nota Bruikbare rechtsorde wordt in dit kader gewezen op de kansen van het instrument van de zorgplicht in bepaalde situaties.[51] Een zorgplicht is een 'vrij algemeen geformuleerde gedragsnorm die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeert en niet gedetailleerd voorschrijft hoe hij precies moet handelen, omdat er verschillende manieren zijn waarop het door de zorgplicht beschermde belang kan worden bereikt'.[52] Volgens de nota zijn er bij het hanteren van het instrument van de zorgplicht allerlei aandachtspunten, zoals een grijs gebied in de handhaving.[53]

In de huidige Aanwijzingen voor de regelgeving[54] is de eis van duidelijkheid, eenvoud en bestendigheid opgenomen. Eén van de aanwijzingen luidt: 'Gestreefd wordt naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen en naar een

48 *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2. Vgl. 'eenvoud, helderheid en toegankelijkheid' in nota Vertrouwen in wetgeving (*Kamerstukken II* 2008/09, 31731, nr. 1). Van den Heuvel 2018, p. 47. Zie ook de eisen van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, en onderlinge afstemming van regels binnen een rechtsstelsel in de nota Zicht op wetgeving (*Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2, p. 8).

49 *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2, p. 30.

50 *Ibid.*, p. 30.

51 *Ibid.*, p. 19.

52 *Ibid.*, p. 19.

53 Zie in dit kader ook over *principles-based legislation*: Black, Hopper & Band, *Law and Financial Markets Review* 2007; Gribnau & Dusarduijn 2018.

54 Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992; laatst gewijzigd met ingang van 1 april 2022 (*Stcrt.* 2022, 5649). De aanwijzingen voor de regelgeving (AR) zijn volgens artikel 1.2 AR gericht aan de ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende personen die bij de voorbereiding en vaststelling van regelingen zijn betrokken.

bestendig karakter daarvan.'[55] Volgens de toelichting bij deze aanwijzing wordt voor de beantwoording van de vraag of regelgeving *duidelijk* en *eenvoudig* is mede acht geslagen op de eigenschappen van de doelgroep. Zo is bij technische voorschriften die primair gericht zijn tot professionele normadressaten een ander woordgebruik aanvaardbaar dan bij gedragsvoorschriften voor burgers in het algemeen. Met de *bestendigheid* van regelingen wordt volgens de toelichting bedoeld dat een regeling niet frequent hoeft te worden gewijzigd.

Van den Heuvel wijst erop dat de opstellers van de toelichting er kennelijk van uitgaan dat de duidelijkheid en eenvoud voornamelijk afhangen van het in de regeling gehanteerde woordgebruik; hij betwijfelt of dat zo is.[56] Ook wijst hij erop dat de nota Zicht op wetgeving stelliger is: wetgeving moet eenvoudig, duidelijk en toegankelijk *zijn*, terwijl de aanwijzing spreekt over een *streven*.[57] Aanwijzing (AR) 3.3 met het opschrift 'Duidelijkheid' schrijft overigens voor dat het normaal spraakgebruik zoveel mogelijk wordt gevolgd en dat woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is niet worden gebruikt.

Voor dit promotieonderzoek vormt de volgende opsomming van Van den Heuvel een nuttig kader. Volgens hem moet bij de noodzakelijke duidelijkheid onder meer worden gedacht aan de volgende kenmerken:

'- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;
- de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
- het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;
- de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
- de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.'[58]

Deze kenmerken kunnen worden gezien als een uitwerking van de hiervoor genoemde definitie van het duidelijkheidsbeginsel die is gebruikt door Widdershoven.

In dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van dit kader, zij het dat er niet steeds aan wordt getoetst, maar dat veeleer op een algemeen niveau van regelingen wordt bezien in hoeverre er gelet op de voornoemde kenmerken sprake is van onduidelijkheid.

55 AR 2.6. Met betrekking tot heldere en bondige taalgebruik in een toelichting van regelgeving worden in de toelichting van AR 4.49 enige aandachtspunten gegeven, zoals het vermijden van onnodige woorden in een zin en het vermijden van jargon en technische termen.

56 Van den Heuvel 2018, p. 49.

57 Ook ziet deze aanwijzing- niet op de toegankelijkheid van wetgeving, maar zijn er wel verschillende aanwijzingen die het oogpunt van toegankelijkheid incorporeren (AR 2.19; 3.27; 3.56; 3.62; 4.32; 4.48; 5.5; 5.58; 5.60; 9.15).

58 Van den Heuvel 2018, p. 67.

### 1.4.3 Methode van onderzoek

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden wordt in de kern juridisch onderzoek verricht, waarbij gebruik wordt gemaakt van de juridische literatuur en juridisch gezaghebbende bronnen. Primair zijn bestudeerd: wettelijke bepalingen, relevante besluiten van de Europese Commissie, adviezen van het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit, relevante beleidsdocumenten, relevante jurisprudentie, parlementaire stukken en rapporten van de instituten Rathenau, KNAW en AWTI.

Voor de beschrijving van het academisch ondernemerschap is aangevangen met het zoeken naar en bestuderen van (hand)boeken en artikelen over dit fenomeen. Dit is gedaan met behulp van diverse zoekmachines, met name Picarta, de geïntegreerde zoekmachine van Leiden University Library, en die van EBSCO.[59] Tevens zijn handmatig tijdschriften doorzocht als *Higher Education Policy*, *Journal of Technology Transfer*, *Research Policy*, *Science and Public Policy Study* en *Technovation* op mogelijke juridisch relevante bijdragen. Uiteindelijk is met name gebruik gemaakt van systematische review-artikelen over *academic entrepreneurship* en de *entrepreneurial university*.

Daarnaast zijn publiek toegankelijke jaarverslagen van universiteiten doorgenomen op de onderdelen over contractactiviteiten en valorisatie, om een beeld te krijgen van het type activiteiten die worden ondernomen.

Verder zijn er nationale krantenberichten tussen 1997-2017 doorzocht via LexisNexis (thans: NexisAcademic). Zoektermen waren hier 'contractonderzoek' en 'ondernemende hoogleraren'.

Ook zijn er verkennende gesprekken gehouden met verschillende professionals die werkzaam zijn bij zes verschillende universiteiten, bij de Inspectie van het Onderwijs, in de advocatuur of als ondernemer. In 2016 is er ook een congres over het onderwerp gehouden, waarbij sprekers, panelleden en deelnemers met verschillende achtergronden in discussie traden over de normering van het academisch ondernemerschap. De inzichten uit de gesprekken en het congres vormen – bij gebrek aan afstemming hierover met betrokkenen – bij dit onderzoek slechts achtergrondkennis.

## 1.5 Bijdrage aan de bestaande literatuur

### 1.5.1 Rechtsliteratuur

Het hier gepresenteerde promotieonderzoek sluit aan bij het bestuursrechtelijk onderzoeksdebat over de juridische positie en publiekrechtelijke normering

59 Met aanvankelijk de zoekterm ("academ* entrepreneur*" OR "acad* ondernemer*"), waarbij deze is aangevuld met: AND (law* OR right OR policy OR recht OR wet* OR beleid) AND (Netherlands OR Nederland OR Dutch OR Holland OR European OR Europees OR EU).

van semipublieke instellingen.[60] Ook relevant is het onderzoek naar schaarse publieke rechten, waarbij beslissingen over onderwijsbekostiging of publieke financiering aan de orde kunnen komen.[61] Daarnaast is er in het bestuursrecht toenemende aandacht voor de mededingingsnorm.[62] Meer specifiek is er onderzoek dat zich nadrukkelijk richt op nieuwe vormen van publieke financiering, waaronder revolverende fondsen.[63] Daarin wordt gewezen op de onduidelijke juridische status van publieke geldverstrekkingen – met als gevolg dat publiekrechtelijke waarborgen uit het oog worden verloren. Binnen het bestuursrecht valt ten slotte nog te wijzen op onderzoek naar de interpretatie van regels over 'private activiteiten' die in het onderwijsrecht te vinden zijn.[64]

Daarnaast wordt hier aansluiting gezocht bij Europeesrechtelijk onderzoek naar publieke diensten, waaronder onderwijsdiensten, in de Europese Unie.[65] In dit onderzoek wordt erop gewezen dat hogeronderwijsinstellingen in Europeesrechtelijke zin ondernemingen kunnen zijn, waarmee het mededingingsrecht van toepassing wordt. Aangezien universiteiten deels publieke instellingen zijn en deels ondernemingen, moeten zij het deel aan ondernemingsactiviteiten identificeren en berekenen. Dit laat de mate van verspilling of efficiëntie van de uitgaven van publiek geld zien en heeft transparantie tot gevolg.[66] De toepassing van het mededingingsrecht is op sociaaljuridische wijze onderzocht door Gideon, die wijst op enkele interpretatieve onduidelijkheden van het staatssteunrechtelijke kader en onder andere concludeert dat de toepassing van het Europees staatssteunrecht de hoofdzorg is van de respondenten (binnen universiteiten) in Nederland.[67] Het Europees staatssteunrechtelijk kader is eerder beschreven in relatie tot de samenwerking tussen universiteiten en de industrie.[68] Dit promotieonderzoek hoopt bij te dragen aan inzicht in de doorwerking van dit recht in Nederland.

Ten slotte is er binnen het juridische domein het onderzoek naar de academische of wetenschappelijke vrijheid van Nederlandse universiteiten,[69] de rechtspositie van universitaire medewerkers binnen het intellectuele eigendoms-

60 Jak 2014.
61 Zie hierover het onderzoek naar juridische knelpunten en uitdagingen bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland (Van den Brink 2012) en het transparantiebeginsel (Drahmann 2015).
62 Wieland 2018.
63 Den Ouden & Van den Brink, *NJB* 2016; Van den Brink 2018; Van Asperen, *Gst.* 2019. Zie ook de juridische masterscriptie Putting 2018 en de bestuurskundige masterscriptie L'Ortije 2017. Zie ook Algemene Rekenkamer 2019.
64 Louw 2011; Zoontjens 2019. Zie ook Backx 1994.
65 Nistor 2011; Jansen, Driessen & Fontaine, *SEW* 2022.
66 Nistor 2011, p. 214.
67 Gideon 2017.
68 Cisneros 2014.
69 Groen 2017.

recht[70] en de juridische kaders voor het waarborgen van de wetenschappelijke integriteit.[71]

### 1.5.2 Andere literatuur

Buiten het juridisch domein sluit dit onderzoek aan bij andere literatuur (dan rechtsliteratuur) over academic entrepreneurship. Deze literatuur is meestal empirisch van aard, waarbij de factoren voor (de mate van) ondernemerschap zijn onderzocht. Aangezien deze bij juristen minder bekend zijn, staan hieronder de factoren die in de literatuur terugkomen:[72]

- individuele kenmerken op het niveau van de wetenschapper, waaronder de persoonlijke kenmerken en drijfveren (bijv. financiële drijfveren, reputatie en intrinsieke motivatie);
- organisatorische kenmerken op het niveau van de universiteit of de spin-off, waaronder de manier waarop onderzoek wordt gefinancierd, de kwaliteit van de onderzoeksgroep, de strategie die de universiteit hanteert ten aanzien van incubators, kennisparken en transferpunten, en de betrokkenheid van verschillende actoren (onderzoeker, ervaren ondernemer en durfkapitalist) in de spin-off;
- institutionele kenmerken op het niveau van de universiteit, zoals geschreven en ongeschreven (sociale) normen en universitair beleid, waaronder het beloningsbeleid voor uitvinders;
- externe factoren, zoals het intellectuele eigendomsrecht, de financiering van ondernemerschap en de kennisinfrastructuur van de regio; de ontwikkeling en performance van een spin-off en de productiviteit van transferpunten; en
- de economische impact van spin-offs en andere consequenties (zoals een verschuiving in focus richting toegepast onderzoek).

Dit juridische promotieonderzoek sluit in grote mate aan bij de zogenoemde 'externe factoren'. Als in de onderzochte multidisciplinaire literatuur het ontwerp of de effectiviteit van regelgeving en beleid ter sprake komen, betreft dit voornamelijk het intellectueel eigendomsrecht en de financiële instrumenten voor ondernemerschap.[73]

---

70 Rijlaarsdam 2005; Zeeuw 1969.

71 Schuyt 2019; Schuyt 2014.

72 Ontleend aan O'Shea e.a. 2014, p. 35-51. Zie ook Miller e.a., *International Journal of Technology Management* 2018; Sandström, *The Journal of Technology Transfer* 2018; Schmitz e.a. 2017; Kochenkova, Grimaldi & Munari, The *Journal of Technology Transfer* 2015; Siegel, Link & Wright 2014; Perkmann e.a., *Research Policy* 2013. Vgl. Dongen 2018, par. 1.3.

73 Davey, Rossano & Van der Sijde, *Journal of Technology Transfer* 2016; Leisyte, *Science and public policy* 2011; Zomer & Jongbloed, *Minerva* 2010; Van der Sijde & Jongbloed 2009; Bekkers, Gilsing & Van der Steen, *The Journal of Technology Transfer* 2006.

De focus op het intellectuele eigendomsrecht in de literatuur is te verklaren door veranderde wetgeving in de Verenigde Staten. Het aantal universiteiten dat octrooieert en licentieert stijgt namelijk sinds de inwerkingtreding van de Bayh-Dole Act 1980, een federale wet die het octrooibeleid van universiteiten uniformeerde. De wet verschafte universiteiten en hun transferpunten de mogelijkheid om vindingen, voortkomend uit federaal gefinancierd onderzoek, te octrooieren en hiervoor eventueel exclusieve licenties te verlenen.[74] Ook in Nederland kunnen universiteiten, op basis van de Rijksoctrooiwet 1995, intellectuele eigendomsrechten beschermen en exploiteren, maar de Nederlandse wet kent geen specifieke regelingen en procedures die zijn toegesneden op universiteiten.

De focus op financiering is onder andere toegenomen vanwege het Amerikaanse programma Small Business Innovation Research, dat sinds 1985 ondernemerschap aanjaagt. Het programma voorziet in een verplichte besteding door bepaalde overheidsorganisaties van een deel van hun budget aan maatschappelijk georiënteerde opdrachten, onderzoeksactiviteiten en ontwikkeling.[75] In Nederland is in 2004 een gelijknamige regeling vastgesteld die hetzelfde doel beoogt. Andere belangrijke aanjagers voor start-ups in Nederland waren de regelingen Biopartner (2000-2004), Technopartner (2005-2010) en het ValorisatieProgramma (2004-2018).[76]

Met dit promotieonderzoek wordt vanuit het publiekrecht een bijdrage geleverd aan dit debat. De beoogde wetenschappelijke impact van het onderzoek is het bieden van een publiekrechtelijke blik op de regelgeving rondom het academisch ondernemerschap. Het onderzoek beoogt een verkenning aan te reiken voor vervolgonderzoek naar bijvoorbeeld de effectiviteit van normen. Voor de rechtspraktijk levert het onderzoek informatie over de rechten en plichten van universiteitsbesturen, medewerkers en studenten. Dat geldt ook voor partners van universiteiten en de concurrenten.

## 1.6 Opzet

De opbouw van dit onderzoek is als volgt.

In hoofdstuk 2 wordt eerst een algemeen beeld geschetst van het speelveld van het academisch ondernemerschap. Hierbij wordt een nadere beschrijving gegeven van het academisch ondernemerschap en de beleidsmatige achtergrond ervan. Ook de actoren die betrokken zijn bij het ondernemerschap en de voor hen geldende regelgeving komen in dit hoofdstuk aan bod.

74 University and Small Business Patent Procedure Act of 1980, 35 U.S.C. 200.
75 CPB 2017, p. 5-6; Zie ook: CPB 2016; CPB 2020.
76 Jongbloed & Van der Sijde, *Tijdschrift voor Hoger Onderwijs* 2008, p. 169-170; Janssen e.a. 2018.

De hoofdstukken 3 tot en met 5 bevatten een beschrijving van de publiekrechtelijke normering voor het academisch ondernemerschap.

Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan het onderwijs(bekostigings)recht (hoofdstuk 3). Dit recht bepaalt waarvoor universiteiten onderwijsbekostiging krijgen, wanneer sprake is van 'private activiteiten' en welke regels gelden als het gebruik van onderwijsbekostiging voor zulke activiteiten moet worden verantwoord. Binnen het onderwijsrecht geldt voorts de eis dat universiteiten zich verantwoorden over de doelmatige inzet van de eerste geldstroom.[77]

In hoofdstuk 4 wordt de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht besproken. Het Europees staatssteunrecht verbindt voorwaarden aan het toekennen van steun aan ondernemingen, waaronder universiteiten die zich als zodanig gedragen en hun spin-offs.[78] Het doel daarvan is een 'echte interne markt' tot stand te brengen en concurrentieverstoringen tegen te gaan.[79]

In hoofdstuk 5 komen de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit aan bod. Ook grenzen die de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteitsnormen (zouden moeten) stellen, vormen een onderwerp in de literatuur.[80] Binnen de universiteiten geldt de eis van eerbiediging van de academische vrijheid van wetenschappelijke staf en studenten, ook in de context van ondernemerschap. Laatstgenoemden moeten zich op hun beurt houden aan wetenschappelijke integriteitsnormen, zoals objectiviteit en onafhankelijkheid. Het gaat in dit kader om thema's als het recht om vrij te kunnen publiceren (ook als het contractonderzoek betreft), en de schijn van belangenverstrengeling tussen wetenschappers en bedrijven. In dit hoofdstuk worden de bronnen en de betekenis van academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit besproken.

Hoofdstuk 6 omvat ten slotte een samenvattende slotbeschouwing waarin enkele conclusies worden besproken.

77 Mohammad, *Markt & Mededinging* 2016.

78 Nistor 2011; Mohammad 2013; Cisneros 2014; Gideon 2017. Zie ook Greaves & Scicluna, *International Journal for Education Law and Policy* 2010, p. 13-25 en Swennen, *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, p. 276.

79 Mededeling van de Europese Commissie over de modernisering van het staatssteunbeleid 2012, COM/2012/0209 final.

80 Groen 2017; Schuyt 2019; Schuyt 2014; Radder 2010; Bok 2003.

# 2 Omschrijving academisch ondernemerschap, achtergrond en actoren

*'De TU wordt commerciëler en dan moet je niet roomser dan de paus willen zijn'*
– Marco Waas, Decaan van de faculteit 3mE van de TU Delft tussen 2012 en 2014 *Delta*, 5 april 2007.[1]

## 2.1 INLEIDING

Universiteiten nemen steeds meer een ondernemend ethos aan. Ze nemen risico's, brengen verandering teweeg en innoveren.[2] Ondernemen is het herkennen van kansen en het (voorbereiden op het) exploiteren van deze kansen.[3] Een artikel in NRC met de titel 'De UvA is óók hotelbaas, vastgoedboer en een gym' liet zien dat de Universiteit van Amsterdam (UvA) van alles onderneemt: zij had spin-offs, vastgoed, een hotel en verleende advieswerk, vertaaldiensten en arbeidsbemiddeling.[4] De UvA is daarin geen uitzondering. Andere universiteiten zijn ook te typeren als parttime-ondernemingen. Een deel van dat ondernemerschap bestaat uit 'vermarkting van onderzoek', zoals de Minister van OCW de Staatssecretaris van OCW en de Minister van Economische Zaken dat noemen in de 'Wetenschapsvisie 2025: een keuze voor de toekomst'.[5] Soms wordt gesproken van academisch ondernemerschap. Zo blikt Universiteit Leiden in haar Instellingsplan 2015-2020 positief terug op haar inzet op 'het

1 Kleef, *Delta* 2007. Prof. Marco Waas was tussen april 2004 en april 2012 decaan van de faculteit 3mE van TU Delft. Als decaan heeft Marco Waas onder andere de Young Entrepreneurs Society Delft (YesDelft!) B.V. en de Delft Centre for Entrepreneurship opgericht, die ondernemende studenten ondersteunen. Ook speelde hij een sleutelrol in het opzetten van een biotechpark. Wegens de schijn van belangenverstrengeling is hij in juni 2011 negatief in de media gekomen (Dohmen, *NRC* 2011A en Dohmen, *NRC* 2011B). TU Delft heeft afstand genomen van het laatstgenoemde artikel (Van Uffelen, *Delta* 2011), dat onjuistheden zou bevatten en vooral uit een gedateerde opsomming bestaat van door de universiteit al eerder geconstateerde problemen.
2 Van Gelderen, Verduyn & Masurel 2012, p. 8.
3 Van der Sijde, Groen & Van Benthem 2004, p. 162.
4 Driessen & Sterk, *NRC* 2015.
5 *Kamerstukken II* 2014/15, 29338, nr. 141, p. 50.

vergroten van het academisch ondernemerschap', waaronder een betere ondersteuning van wetenschappers in marktgerelateerde activiteiten.[6]

Het beeld van de ivoren toren, waarin wetenschappers afgezonderd van de jachtige samenleving onderzoek doen, is dus op zijn best achterhaald.[7] Dat geldt evengoed voor het academisch ondernemerschap dat meerdere betrokkenen kent, zowel binnen als buiten de universiteit.

In dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag behandeld. Deze deelvraag luidt: 'wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren?'. Met het beantwoorden van deze deelvraag wordt inzicht verkregen in de context van de relevante regelgeving voor het academisch ondernemerschap, die in de volgende hoofdstukken centraal zullen staan.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. Als eerste volgt een uiteenzetting van het begrip 'academisch ondernemerschap' (paragraaf 2.2). In deze paragraaf worden verschillende vormen van academisch ondernemerschap behandeld. Daarnaast worden verwante begrippen aangestipt. Vervolgens wordt de opkomst van het fenomeen academisch ondernemerschap verklaard vanuit de beleidsgeschiedenis (paragraaf 2.3). Hierna volgt een bespreking van risico's (paragraaf 2.4) en een overzicht van de actoren bij het academisch ondernemerschap (paragraaf 2.5). Hierin wordt aangevangen met de universiteit en haar interne organen en worden daarna externe partijen besproken. Vervolgens wordt de rol van overheden, toezichthouders en adviesorganisaties behandeld. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 2.6).

## 2.2 Begripsomschrijving academisch ondernemerschap

### 2.2.1 Inleiding

Deze paragraaf licht het begrip academisch ondernemerschap nader toe aan de hand van de literatuur. Er wordt ingegaan op enkele vormen van dit ondernemerschap en op de daarbij horende faciliterende activiteiten. Het begrip wordt ook geplaatst in de context van verwante concepten, zoals de 'ondernemende universiteit', de 'hybride universiteit', de 'Third Generation University' en de 'neoliberale universiteit'.

6 Universiteit Leiden, Excelleren in vrijheid. Instellingsplan Universiteit Leiden 2015-2020, p.4<https://www.student.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/algemeen/over-ons/instellingsplan-complete-versie.pdf>.

7 Dat beeld wordt genuanceerd in Dorsman 2007, p. 9-37.

### 2.2.2 Academisch ondernemerschap

Academisch ondernemerschap is een diffuus begrip waarover in de literatuur geen overeenstemming is. Cantaragiu heeft de uiteenlopende beschrijvingen van academisch ondernemerschap in de literatuur getracht samen te brengen in de volgende werkdefinitie:

> 'Academisch ondernemerschap is een praktijk, verricht met de intentie om kennis over te dragen tussen de universiteit en de externe omgeving teneinde economische en sociale waarde te produceren voor zowel externe actoren als de leden van de academische gemeenschap, en waarbij in ieder geval één lid van de academische gemeenschap een primaire rol heeft'.[8]

In dit onderzoek wordt aangesloten bij deze definitie. Over het algemeen wordt met academisch ondernemerschap een fenomeen bedoeld waarin universiteiten technologie vercommercialiseren door bedrijven op te zetten en te kapitaliseren op marktkansen.[9] Er kan onderscheid worden gemaakt tussen bedrijven die door de universiteit worden opgezet en bedrijven die met resultaten uit universitair onderzoek door anderen worden opgezet.

Het opzetten van bedrijven hoeft echter niet altijd centraal te staan: er zijn niet alleen 'academische ondernemers', maar ook 'ondernemende academici'.[10] Dat zijn wetenschappelijke medewerkers van universiteiten die een ondernemende visie hebben en hun onderzoeksdoelstellingen ondersteunen door betrekkingen aan te gaan met commerciële partners.[11] Het begrip academisch ondernemerschap betreft ook de betrokkenheid van universiteiten en academici in commercieel relevante activiteiten.[12] Voorbeelden van die betrokkenheid zijn universitair onderzoek in samenwerking met het bedrijfsleven, de inzet van universitair durfkapitaal (ook wel: risicokapitaal), universitaire bedrijfswerkplaatsen als startplaatsen voor verzelfstandigde bedrijven, studentenstartups en nevenwerkzaamheden (bijvoorbeeld advieswerk) van wetenschappelijk personeel.[13]

Academisch ondernemerschap kan worden gezien als een mechanisme voor kennisvalorisatie. Het Ministerie van OCW definieert kennisvalorisatie als 'het proces van waardecreatie uit kennis, expertise en ander intellectueel

---

8 Cantaragiu, *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 687. De oorspronkelijke definitie luidt in het Engels: 'Academic entrepreneurship is a practice performed with the intention to transfer knowledge between the university and the external environment in order to produce economic and social value both for external actors and for members of the academia, and in which at least a member of academia maintains a primary role.'

9 Miller e.a., *International Journal of Technology Management* 2018, tabel 1.

10 *Ibid*. Zie ook Abreu & Grinevich, *Research Policy* 2013.

11 *Ibid*.

12 *Ibid*.

13 Cantaragiu, *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 686.

vermogen, door deze geschikt en/of beschikbaar te maken voor economische en/of maatschappelijke benutting'.[14] Het begrip valorisatie is door de Minister van OCW geïntroduceerd in het beleidsdocument Wetenschapsbudget 2004.[15] De Minister van OCW definieerde het begrip valorisatie daarin als 'het in economische waarde omzetten van de resultaten van onderzoek'. Onder invloed van de Tweede Kamer breidde deze minister het begrip uit naar het omzetten van onderzoeksresultaten in zowel economische als maatschappelijke waarde.[16]

Hoewel het woord 'academisch' ook betrekking kan hebben op andere kennisinstellingen, blijft het hier beperkt tot universiteiten, met eventueel bijhorende medische centra. Er kan dus ook worden gesproken van '*universitair* ondernemerschap'. Een groot deel van de resultaten van dit onderzoek zal overigens relevant zijn voor hogescholen en andere kennisinstellingen. Voor hogescholen gelden namelijk dezelfde juridische kaders uit het onderwijs(bekostigings)recht en het Europees staatssteunrecht, die in hoofdstukken 3 en 4 worden besproken. Voor ondernemende hogescholen en andere kennisinstellingen gelden de staatssteunrechtelijke kaders, aangezien die kaders gelden ten aanzien van elke onderneming als bedoeld in artikel 107 VWEU. Daarnaast geldt de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit ook voor hogescholen en de kennisinstellingen die de gedragscode onderschrijven.[17]

Zonder een uitputtende typologie te willen maken, worden hierna enkele vormen van academisch ondernemerschap besproken die passen binnen de definitie van Cantariagu.

---

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 32637, nr. 339, voetnoot 2. Zie over het gebruik van het woord valorisatie door universiteiten: Hladchenko, *International Journal of Educational Management* 2016 en A.A.Th.A. Cools, Presentatie Misverstanden over valorisatie', <http://ardcools.nl/documenten-3>.

15 *Kamerstukken II* 2003/04, 29338, nr. 1, p. 12.

16 *Kamerstukken II* 2004/05, 29338, nr. 30 (Ministerie van OCW, Valorisatie als taak van universiteiten en hogescholen, 27 januari 2005). In artikel 1 onder j van het Besluit experiment prestatiebekostiging 2012 (oud) werd voor het eerst het begrip valorisatie wettelijk verankerd en gedefinieerd. Valorisatie is daarin 'het proces van waardecreatie uit kennis binnen een instelling in verband met economische en maatschappelijke benutting van die kennis'. Dit begrip was relevant voor de prestatieafspraken die universiteiten met de Minister van OCW hebben gemaakt. De Reviewcommissie Hoger Onderwijs adviseert de minister over de prestatieafspraken die met de instellingen zijn gemaakt. Zie ook De Jong 2015, p. 11-12. Vgl. OECD 2018, hoofdstuk 1 (onder *Policy initiatives to stimulate valorisation of scientific knowledge)* en OECD 2014 p. 150.

17 De gedragscode wordt onderschreven door KNAW, NFU, NWO, de TO2-federatie, de Vereniging Hogescholen en VSNU. De TO2-federatie bestaat uit Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO), de Stichting Deltares, de Stichting Wageningen Research (DLO), de Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland, de Stichting Maritiem Research Instituut Nederland (MARIN) of de Stichting Nationaal Lucht- en Ruimtevaartlaboratorium (NLR).

### 2.2.3 Vormen van academisch ondernemerschap

De universiteit maakt gebruik van verschillende manieren om technologie en kennis te vercommercialiseren.[18] Hierna worden de volgende manieren besproken:

- universitaire spin-offs, start-ups en technologieoverdracht;
- contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening;
- faciliteren van ondernemerschap via kennistransferoffices, ondernemerswerkplaatsen, wetenschapsparken en durfkapitaal.

Het is overigens lastig om de verschillende vormen van academisch ondernemerschap in Nederland te kwantificeren. De bestuursverslagen leggen afzonderlijk verantwoording af over valorisatie. Uniforme indicatoren zijn er niet: elke instelling legt nadruk op wat zij belangrijk vindt. Dat maakt dat een vergelijking van het aantal door universitaire medewerkers gemelde vindingen, octrooiaanvragen, afgegeven licenties, verkochte octrooirechten en opgerichte spin-offs of start-ups niet goed mogelijk is. Hetzelfde geldt voor de baten uit contractonderzoek. In de jaarrekeningen wordt het deel van de inkomsten uit contractonderzoek, afkomstig van nationale overheden, niet duidelijk uitgesplitst in subsidiebaten en baten uit het verrichten van opdrachten. Over de overheids- en bedrijfsuitgaven aan contractonderzoek zijn statistische gegevens opvraagbaar bij het CBS. In 2017 hebben overheden 779 miljoen euro en bedrijven 594 miljoen euro besteed aan contractonderzoek in het wetenschappelijk onderwijs.

Toch zijn er pogingen gedaan ten aanzien van octrooiaanvragen door Nederlandse universiteiten.[19] Naar Nederlands recht is de wettelijke term *octrooi*, maar men gebruikt vaak als synoniem de in Nederland niet-officiële term *patent*. Patenten kunnen door de universiteit, door de betrokken universitaire medewerker of door samenwerkingspartijen worden aangevraagd, hetgeen onzuivere tellingen oplevert. Er is een *name game*, waarbij een lijst met mogelij-

18 Zie voor een overzicht hiervan: Miller e.a., *International Journal of Technology Management* 2018; Alexander & Childe, *Production Planning & Control* 2013 , Grimaldi, Kenney & Siegel, *Research Policy* 2011, Rothermel, Agung & Jiang, *Industrial and Corporate Change* 200 en Philpott e.a., *Technovation* 2011, figuur 1.

19 Zie o.a. Van Dongen, Winnink & Tijssen, *World Patent Information* 2014, p. 27-32. Volgens Van Dongen, Winnink & Tijssen zijn er, tussen 2000 en 2010, 952 patentaanvragen gedaan door negen door hun geselecteerde Nederlandse universiteiten (met inbegrip van de medische centra). Dat is een gemiddelde van 9,6 aanvragen per universiteit met een spreiding tussen 0 en 40 aanvragen per instelling. De meeste aanvragen werden gedaan door technische universiteiten of brede universiteiten met een grote bèta-faculteit. Er zijn 1946 patentaanvragen gedaan voor vindingen die zijn gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek van de negen universiteiten. Het gaat hier om wetenschappers die als uitvinder zijn genoemd in de aanvragen van bedrijven. Dat is een gemiddelde van 19.7 universitaire uitvinders per jaar, met een spreiding tussen 1 en 80 per instelling.

ke partijnamen en alle verschrijvingsvarianten wordt *gematcht* met een patentdatabase. Daarbij moeten dan dezelfde patenten gegroepeerd worden.[20] Horlings, Gurney, Deuten en Van Drooge van het Rathenau Instituut hebben op een vergelijkbare systematische wijze inzicht gegeven in het aantal octrooiaanvragen door universiteiten en hun medische centra tussen 1980 en 2009.[21] In de periode 1980-1984 hebben algemene universiteiten 27, universitair medische centra 3 en technische universiteiten 12 octrooiaanvragen gedaan. De grootste absolute stijging is te zien tussen de periode 1990-1994, gezamenlijk 193 aanvragen, en 1995-1999, gezamenlijk 394 aanvragen. In de periode 2005-2009 hebben algemene universiteiten 258, universitair medisch centra 308 en technische universiteiten 289 octrooiaanvragen ingediend. In 2021 publiceerde het Rathenau Instituut op zijn website data van aanvragen bij de European Patent Office.[22] Ook daarin is een stijging van aanvragen door universiteiten te zien, waarbij de meeste aanvragen zijn gedaan door TU Delft.[23]

#### *2.2.3.1 Universitaire spin-off, start-ups en technologieoverdracht*

In Nederland zijn er naar schatting meer dan 5.500 start-ups.[24] Het ministerie van EZK schat op basis van cijfers van OESO in dat 13% van de Nederlandse start-ups, academische start-ups zijn. Geschat wordt dat 4% daarvan is opgericht door een onderzoeker. Ongeveer 9% van de start-ups zijn opgericht door een student.

De academische ondernemer kan buiten de universiteit om een start-up beginnen of binnen de universiteit een spin-off oprichten. Een spin-off is een nieuw bedrijf, opgericht door een persoon of groep personen die, al dan niet gedeeltelijk, de moederorganisatie verlaat. Dat bedrijf wordt opgericht met kennis, competenties of middelen van de moederorganisatie, in dit geval de universiteit.[25] Het vercommercialiseren van technologie kan ook verlopen via overdracht van intellectuele eigendomsrechten aan nieuwe of bestaande ondernemingen; een nevenvorm daarvan is verlening van licenties. Domeinen waarop we vaak spin-offs zien ontstaan zijn de levenswetenschappen, de biotechnologie, de natuurwetenschappen, de techniek en de ict.[26]

Ondernemerschap kan ook plaatsvinden in een *joint venture*. In zo'n contractueel samenwerkingsverband kunnen universiteiten en andere zelfstandige

20 Horlings, Gurney, Deuten & Van Drooge 2013, p. 27. Voor zover bekend zijn geen recentere cijfers voorhanden uit onderzoek met de beschreven methode.

21 *Ibid*.

22 Rathenau Instituut, 'European patent applications (patent families) by university', <https://www.rathenau.nl/en/science-figures/output/patents/european-patent-applications-patent-families-university>

23 *Ibid*.

24 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/19, 2995, 13 juni 2019.

25 Braaksma, De Jong & Stam 2005, p. 9.

26 Pitsakis, Souitaris & Nicolaou, *Journal of Management Studies* 2015, p. 321-353.

partijen middelen inbrengen om een bepaald doel te bereiken, bijvoorbeeld het (door)ontwikkelen van een bepaalde technologie. Universiteiten kunnen ook met commerciële partners optrekken om te investeren in onderzoeksinfrastructuur en -uitrusting. Gedacht kan worden aan laboratoria of *clean rooms*.

#### *2.2.3.2 Contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening*

Universiteiten ondernemen onder andere ook door het aanbieden van particulier onderwijs aan studenten en professionals. Binnen de juridische beroepsgroep is bijvoorbeeld de postacademische specialisatieopleiding van de Grotius Academie bekend, die onderdeel is van het Centrum voor Postacademisch Onderwijs van Radboud Universiteit. Een ander voorbeeld is de postinitiële opleiding Advanced Master in European and International Human Rights Law van de Universiteit Leiden. Daarnaast kan vrijwel aan elke universiteit een geïnteresseerde tegen betaling aanschuiven en een examen in een vak doen. Regelmatig bieden universiteiten ook maatwerktrajecten aan bedrijven en overheden. Er kan ook gedacht worden aan het volledig aanbieden van opleidingen in het buitenland.

Universiteiten kunnen dus allerlei commerciële vormen van onderwijs aanbieden naast het initieel onderwijs.[27] Het gaat dan bijvoorbeeld om:
- aanschuifonderwijs bij het initieel onderwijs;
- postinitiële opleidingen (ook wel *executive masters* of *advanced masters*)
- postacademische cursussen of *incompany* onderwijs; of
- (commerciële) seminars of conferenties.

Ook kunnen *Massive Open Online Courses* als commerciële vorm van onderwijs worden beschouwd, aangezien voor het ontvangen van een certificaat veelal een betaling wordt vereist.

Bij het aanbieden van cursussen naast het initiële onderwijs kan er altijd sprake zijn van maatwerk. Dat moet worden onderscheiden van het bieden van maatwerk binnen een bekostigde opleiding. Een voorbeeld van het eerste is dat de Rijksuniversiteit Groningen en haar medisch centrum op verzoek van het Ministerie van Hoger Onderwijs in Saoedi-Arabië een programma aanbieden voor het opleiden van Saoedische medische studenten.[28] Dit programma maakt geen onderdeel uit van een (reguliere) initiële, door de overheid bekostigde opleiding in de zin van de Nederlandse wet (hierna: bekostigde opleiding[29]), maar bereidt de studenten wel op een dergelijke opleiding voor. De studenten betalen voor dit voorbereidend programma 32.000 euro per jaar,

27 Initieel onderwijs bestaat in het wetenschappelijk onderwijs uit bacheloropleidingen en masteropleidingen volgend op deze bacheloropleidingen (art. 7.3a lid 1 WHW).
28 Bestuursverslag Rijksuniversiteit Groningen 2018.
29 Formeel-juridisch worden de instellingen bekostigd uit 's Rijks kas en niet de individuele opleidingen.

evenals voor de opleiding waarvoor de voorbereiding is bedoeld. Een voorbeeld van maatwerk binnen een initiële opleiding is het maatwerktraject van de TU Eindhoven 'Designing with and for multiple stakeholders' voor het bedrijf Nexmosphere, waar 50 studenten bij betrokken waren. Dit traject maakte onderdeel uit van een 'reguliere' opleiding.

Bij academisch ondernemerschap hoeven we niet alleen aan onderwijs te denken. Er zijn ook andere activiteiten die onder het bredere begrip academisch ondernemerschap vallen. We noemen hier onderzoek in samenwerking, contractonderzoek en adviseringspraktijken. Soms zijn de activiteiten vrijwel niet commercieel van aard. Het gaat dan om het plaatsen van studenten of afgestudeerden in een bedrijf. Of het gezamenlijk met iemand uit het bedrijfsleven verrichten van activiteiten als het begeleiden van onderzoek en het gezamenlijk publiceren van stukken.

Andere vormen van academisch ondernemerschap in bredere zin zijn het houden van conferenties voor zowel academici als professionals en het gezamenlijk netwerken. Soms worden die activiteiten geschaard onder de noemer *university-business cooperation* of *university-industry engagement*.[30]
Die kunnen onder de werkdefinitie van academisch ondernemerschap vallen als er sprake is van het produceren van economische waarde. Cantiaguru merkt terecht op dat sommige activiteiten die in de literatuur worden genoemd, zoals onderzoek in samenwerking, gewoonweg bij de kerntaken van de universiteit kunnen horen.[31] Dat is per geval afhankelijk van de wettelijke doelstellingen van de universiteit en de heersende opvattingen in de maatschappij. In hoofdstuk 3 worden deze wettelijke doelstellingen besproken.

Opgemerkt moet worden dat de universiteit niet alleen aan het bedrijfsleven, maar vooral ook aan overheden of maatschappelijke organisaties commerciële diensten verleent. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek blijkt dat de overheid in de periode 2001-2019 meer geld uitgaf aan contractonderzoek bij universiteiten dan het Nederlandse bedrijfsleven.[32] Dit strookt niet met het populaire beeld dat de zogenoemde 'derde geldstroom' van universiteiten gelezen moet worden als inkomsten uit het bedrijfsleven.[33]

#### *2.2.3.3 Faciliterende activiteiten: kennistransferoffices, ondernemerswerkplaatsen, wetenschapsparken en durfkapitaal*

De voornoemde activiteiten maken ook onderdeel uit van het zogenoemde ijsbergmodel van de OESO.[34] Het is een ijsbergmodel, omdat onder de opper-

30 Zie bijv. Davey e.a. 2018 en Perkmann e.a., *Research Policy* 2013.
31 Cantaragiu, *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 697.
32 Opendata.cbs.nl (Onderwijs; uitgaven aan onderwijs en CBS/OESO indicatoren). Zie voor een historisch overzicht van derde-geldstroominkomsten van universiteiten Van den Broek-Honingh, Schel & Vennekens 2020, hoofdstuk 1.
33 Von der Dunk, *de Volkskrant* 2013.
34 Jongbloed & Zomer 2012, hoofdstuk 6.

vlakte veel wordt ondernomen qua kennisuitwisseling dat niet zichtbaar is in de vormen van octrooien, bedrijven of contracten.[35] Het model bevat een typologie voor de (zichtbare en minder zichtbare) interactie tussen universiteiten en het bedrijfsleven.

Bij de hiervoor genoemde vormen van academisch ondernemerschap noemt het model ook faciliterende mechanismen. Voor het intellectueel eigendom, de spin-offs en de *joint ventures* zijn dat: *technology transfer offices*, incubators, het ondernemerschapsonderwijs en business- en scienceparken (wetenschapsparken). Voor de contractactiviteiten zijn dat: subsidies, collaboratieve onderzoeksprogramma's, publiek gefinancierde onderzoeksinstituten en prikkels in de onderwijsbekostiging. Hierna worden de faciliterende activiteiten genoemd die door de universiteiten kunnen worden aangeboden.

*Technology transfer offices* (TTO's) of kennistransferoffices (KTO's) vormen een tussenschakel tussen de wetenschap en het bedrijfsleven. De ondersteunende diensten van deze transferpunten zijn onder andere 'het schrijven van een businessplan, het vinden van partners, het zoeken naar financiering en het beschermen van intellectuele eigendom'.[36] Universiteiten verstrekken in voorkomende gevallen zelf financiering vanuit een holding of een aparte rechtspersoon waaraan zij deelnemen. Zowel algemene als technische universiteiten hebben TTO's of vergelijkbare ondersteunende afdelingen of centra.[37] TTO's zijn geen recent verschijnsel. In de Innovatienota uit 1979 nam de Minister zonder portefeuille voor Wetenschapsbeleid Van Trier (CDA) zich voor om transferpunten bij de Rijksuniversiteit Groningen en bij drie (destijds) technische hogescholen in Delft, Eindhoven en Twente op te richten en te subsidiëren. De genoemde technische hogescholen hadden al voorzieningen die voorlopers waren van de transferpunten.[38] Al snel zijn er meer transferpunten bijgekomen, namelijk in Tilburg en in Nijmegen.[39] Andere universiteiten hadden contactpersonen voor kennistransfer aangewezen. Een voorbeeld van een transferpunt is het valorisatiecentrum Innovation Exchange Amsterdam (van de Universiteit van Amsterdam, de Vrije Universiteit, het Amsterdam UMC en de Hogeschool van Amsterdam) dat onderzoekers ondersteunt bij de omzetting van hun idee naar een concrete toepassing.

35 *Ibid.*

36 Ministerie van OCW, Wetenschap van impact, 19 januari 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 31288, nr. 574.

37 TU/e Innovation Lab, TU Delft Valorisatiecentrum, Innovation Exchange Amsterdam, Utrecht Holdings, Erasmus MC TTO, WUR TTO, LURIS, Rijksuniversiteit Groningen (informeel).

38 Colleges van bestuur Technische Hogescholen Delft, Eindhoven en Twente, Brief aan de Tweede Kamer d.d. 7 februari 1980 met commentaar op de nota Technologische Innovatie, *Kamerstukken II* 1979/80, 15855, nr. 2.

39 *Kamerstukken II* 1984/85, 18736, nr. 1. Zie ook Albeda, *Christen-Democratische Verkenningen* 1987, p. 11.

Incubators of ondernemingswerkplaatsen bieden toegang tot faciliteiten of huisvesting om de groei van 'hoogwaardige start-ups naar succesvolle ondernemingen' te versnellen.[40] Ook verzorgen zij ondersteunende diensten, kennis van de markt, juridische ondersteuning en toegang tot financiering.[41] Daarnaast kunnen bedrijfsplancompetities worden uitgeschreven om studenten te stimuleren na te denken over marktkansen.[42]

Bij ondernemerschapsonderwijs gaat het om het zich eigen maken van bedrijfskundige en managementcompetenties.[43]

Wetenschapsparken zijn terreinen waarin kruisbestuiving kan voorkomen tussen de daarin gevestigde onderzoeksfaciliteiten en private ondernemingen. Het idee van wetenschapsparken is dat door de fysiek korte afstand tussen bedrijven die daarin zijn gevestigd en de universiteit meer informele kennisuitwisseling plaatsvindt en een vertrouwelijke omgeving wordt gecreëerd, waarin allianties en formele afspraken kansen krijgen.[44] Men kan hier van het campuseffect spreken.

In 2018 heeft Buck Consultants International (BCI) op verzoek van het Ministerie van EZK en het Netwerk Kennissteden Nederland een inventarisatie gemaakt van campussen in Nederland.[45] In de definitie die BCI hanteert is er sprake van een campus wanneer de volgende vier voorwaarden zijn vervuld:

- de focus ligt op onderzoek en ontwikkeling (*Research & Development*, kortweg R&D) en/of op technologiegedreven activiteiten van bedrijven;
- er is een fysieke locatie met hoogwaardige vestigingsmogelijkheden en onderzoeksfaciliteiten voor bedrijven;
- er zijn manifeste kennisdragers aanwezig (bijvoorbeeld een universiteit, een onderzoeksinstituut of een R&D-afdeling van een groot internationaal opererend bedrijf); en
- er is een actief open innovatieproces in wisselwerking tussen kennisbron(nen) en bedrijven.

Van 82 initiatieven die worden geprofileerd als campus, distilleerde BCI er 35 als 'echte' campussen die corresponderen met de voornoemde vier elementen. Daarvan kunnen 18 campussen worden geclassificeerd als een sciencepark. Het begrip 'sciencepark' ziet volgens BCI hier op '(parkachtige) bedrijventerrei-

40 *Ibid*.
41 Mian, Lamine & Fayolle, *Technovation* 2016, par. 2.
42 Hayter, Nelson, Zayed & O'Conor, *The Journal of Technology Transfer* 2018, p. 1065.
43 EC 12 februari 2006, Mededeling Implementatie van de Lissabonstrategie van de Europese Gemeenschap: ondernemingszin bevorderen door onderwijs en leren, p. 11.
44 Díez-Vial & Montoro-Sánchez, *Technovation* 2016, p. 41. Zie ook: Kooij, *Planning Theory* 2015, p. 346-350.
45 Buck Consultants International, Inventarisatie en meerwaarde van campussen in Nederland. Uitgevoerd in opdracht van: Ministerie van Economische Zaken en Klimaat & Netwerk Kennissteden Nederland, Den Haag, 5 juni 2018, p. 10-11 <https://extranet.bciglobal.com/documents/Inventarisatie%20en%20meerwaarde%20van%20campussen%20in%20Nederland%20-%205%20juni%202018.pdf>.

nen gerelateerd aan een universiteit/universitair medisch centrum, waar R&D plaatsvindt door universiteiten, academische medische centra, onderzoeksinstituten en bedrijven'. Voorbeelden zijn Campus Groningen, Kennispark Twente en Leiden BioScience Park. BCI identificeert meerdere uitdagingen voor campussen in het algemeen. Een daarvan is dat het Rijk te weinig investeert in (fundamentele) kennisontwikkeling: er is behoefte aan meer geld voor fundamenteel en toegepast onderzoek. Daarnaast is er sprake van een onrendabele top (leegstand) vanwege een doelgroep die weinig eigen vermogen heeft (start-ups) en wordt de eis vanuit projectontwikkelaars om voor 70% te verhuren in de praktijk als lastig ervaren. Verder loopt het gebruik van faciliteiten soms te veel via relaties tussen onderzoekers. Bij scienceparken speelt nog dat er een spanningsveld is tussen de universiteitgerelateerde activiteiten en de commerciële ontwikkeling van de campus. Campussen halen hun verdienvermogen uit gronduitgifte, vastgoedexploitatie, organiseren van programma's waaronder incubatie, deelnemen in start-ups en andere initiatieven, gebruik van overheidssubsidies en verlenen van diensten.

Bouwkundige Ng maakt in zijn proefschrift over het al dan niet gehuisvest zijn op campussen van organisaties onderscheid tussen incubatorlocaties, onderzoekslocaties en samenwerkingslocaties.[46] In hoofdlijnen kan onderscheid worden gemaakt tussen de 'hardware', *vastgoed* dat door de open inrichting samenwerking stimuleert, en de 'software', *programmering* voor het creëren van een 'ecosysteem'. Zo'n ecosysteem kan gecreëerd worden door netwerkbijeenkomsten te organiseren en samenwerkingen aan te jagen. Volgens Ng is de nabijheid van een universiteit de belangrijkste overweging voor het zich vestigen op een sciencepark.

Een laatste faciliterend mechanisme dat in deze paragraaf moet worden genoemd is durfkapitaal.[47] Durfkapitaal is kapitaal 'dat buiten de beurs om in ondernemingen wordt belegd' en 'zich richt op bedrijven met een hoog groeipotentieel in een vroeg stadium'.[48] Universiteiten kunnen financiële middelen verlenen aan commerciële projecten, al dan niet in samenwerking met andere universiteiten, decentrale overheden, regionale ontwikkelingsmaatschappen, banken of bedrijven. (Oud)-studenten en wetenschappelijk medewerkers die kennis, voorkomend uit universitair onderzoek, willen vercommercialiseren door een onderneming te starten hebben financiering nodig. Aangezien zij bij aanvang hun producten of diensten veelal eerst nog verder ontwikkelen, hebben zij geen geldstromen uit bijvoorbeeld de verkoop van deze producten of diensten.[49] Daarom zijn zij genoodzaakt externe financiering te zoeken. Academische starters hebben niet altijd toegang tot deze financie-

46 Ng 2020, p. 54
47 Zie voor een typologie van financieringsinstrumenten: Bernthal, *BYU Law Review* 2018, 4.
48 Mazzucato 2017, p. 76.
49 Rasmussen & Sørheim 2012, *Technology Analysis & Strategic Management*, p. 665. Zie ook Mazzucato 2017, p. 77.

ring. Er is een potentiële kloof tussen ondernemingen die zijn gestart vanuit publieke onderzoeksorganisaties en investeerders.[50] Deze financieringskloof heeft te maken met de onzekerheden over de uitkomsten van het project, informatie-asymmetrie (moeizame vertaling wetenschappelijke bevindingen naar marktwaarde), hoge kosten, weinig vooruitzichten op inkomsten op de korte termijn en een gebrek aan exit-mogelijkheden.[51] Investeerders financieren daarom liever ondernemingen die al verder zijn ontwikkeld.[52] Academische starters zijn veelal ook niet 'investment ready': in het begin ontbreken managementvaardigheden, er is geen strategische focus, de marketing is niet op orde, de financiële projecties zijn gebrekkig en er zijn (nog) weinig groeimogelijkheden.[53] Goed wetenschap kunnen bedrijven betekent nog niet dat er goed ondernomen kan worden. Wetenschappers kunnen een kenniskloof hebben wat betreft managementvaardigheden.[54] Er is ook een communicatiekloof tussen wetenschappers en investeerders, die beiden ander jargon gebruiken.[55] De zogenoemde 'valley of death' ziet op de hiervoor genoemde financieringskloof tussen de vraag van ondernemers (van publieke onderzoeksorganisaties) en het aanbod van kapitaal daarvoor.[56]

Deze financieringskloof heeft ertoe geleid dat overheden zich actief opstellen in het verstrekken van kapitaal en garanties aan deze ondernemingen.[57] Ondernemingen hebben in verschillende fasen van hun bestaan financiering nodig.[58] In de eerste ontwikkelingsfase van een onderneming is financiering nodig voor onder andere onderzoek en ontwikkeling, octrooieren van vindingen, het schrijven van een businessplan, het onderzoeken van de haalbaarheid van de technologie en het onderzoeken of er een markt voor bestaat. In deze fase wordt ook wel gesproken van proof-of-conceptfinanciering voor het onderzoeken van de technische haalbaarheid van een technologie en preseedfinanciering voor de versterking van het management en de organisatie. Men is dan nog niet toe aan de start-upfase waarbij seed-financiering nodig is voor eventuele prototypes, vaste activa en werkkapitaal, en het starten van de onderneming.

Het doorgroeien van start-ups is een knelpunt.[59] Hierbij wijst AWTI op de invloed van kennisinstellingen, zoals universiteiten, die andere belangen hebben dan de start-up bij het maken van afspraken over intellectueel eigen-

50 Rasmussen & Sørheim 2012, p. 664-665; Munari, Sobrero & Toschi, *Technology Analysis & Strategic Management* 2017, p. 234-236.
51 *Ibid.*
52 Sobrero & Toschi, *Technology Analysis & Strategic Management* 2017, p. 234-236.
53 *Ibid.*
54 *Ibid.*
55 *Ibid.*
56 Rasmussen & Sørheim, *Technology Analysis & Strategic Management* 2012, p. 665.
57 *Ibid.*, p. 665.
58 Ontleend aan Rasmussen & Sørheim 2012, p. 671-674.
59 AWTI 2020, p. 27-28.

dom en bij het nemen van een belang als aandeelhouder.[60] Er gaat invloed uit van de (passieve) opstelling van kennisinstellingen als aandeelhouder op latere investeerders.[61] Het verstrekken van publiek durfkapitaal aan starters is dan ook niet zonder risico's. Clarysse e.a. onderzochten 135 spin-offs van publieke onderzoeksorganisaties in vijf Europese landen.[62] Een bevinding die zij noemen is dat het verstrekken van publiek kapitaal en de betrokkenheid van publieke onderzoeksorganisaties leidt tot een overwaardering van het intellectueel eigendom van de start-up (dat is terug te zien in het kapitaal waarmee het bedrijf wordt opgezet). Dit heeft geen positieve invloed op de hoeveelheid kapitaal dat op korte termijn is opgehaald na de oprichting van de onderneming. Daarnaast blijken onderhandelingen over intellectueel eigendom langdurig en moeilijk te zijn, en zijn deze vaak gebaseerd op historische onderzoekskosten in plaats van de marktwaarde. Hoewel semi-private fondsen zijn opgericht om de eerdergenoemde financieringskloof te dichten, verschuift deze financieringskloof vanwege overwaardering naar een latere fase van de onderneming. Dit kan mijns inziens in het achterhoofd worden gehouden bij te rigide juridische opvattingen over kostenberekening en waarderingen van intellectuele eigendomsrechten.

### 2.2.4 Verwante begrippen

In de literatuur zijn legio begrippen te vinden die aan het academisch ondernemerschap verwant zijn. Op het universiteitsniveau hanteert men de termen ondernemende universiteit, hybride universiteit en Third Generation University. Deze begrippen zien op de organisatorische eigenschappen van de universiteit waarbinnen het academisch ondernemerschap eventueel tot uiting kan komen. Verwant aan deze begrippen is 'commodificatie' dat ziet op de verhandelbaarheid van kennis.

#### *2.2.4.1 Ondernemende universiteit*

Een ondernemende universiteit heeft volgens Sánchez-Barrioluengo en Benneworth een focus op de vercommercialisering van kennis via octrooien, licenties en spin-offs.[63] De ondernemende universiteit heeft een aantal karakteristieke

60 *Ibid.*

61 Dit is volgens AWTI anders als een kennisinstelling 'een zeer sterke reputatie heeft met betrekking tot het neerzetten van een startup en het faciliteren van de doorgroei, zonder daarbij vervolginvesteerders in de weg te zitten. Zo'n reputatie moet wel opgebouwd worden'. *Ibid.*, p. 28.

62 Clarysse e.a., *Industrial and Corporate Change* 2007, p. 633.

63 Sánchez-Barrioluengo & Benneworth, *Technological Forecasting and Social Change* 2019, p. 207 met verwijzing naar Clark 1998. Sánchez-Barrioluengo & Benneworth onderscheiden de ondernemende Universiteit van de geëngageerde universiteit die is gericht op onderzoek

eigenschappen. Dat zijn (1) een versterkte centrale sturingscapaciteit (die nodig is om prikkels en beloningsstructuren te implementeren, een ondernemingsvriendelijke academische cultuur te creëren en faciliterende structuren zoals KTO's op te zetten),[64] (2) administratieve mechanismen (zoals meldingsplichten voor vindingen van werknemers en beloningsregelingen), (3) een kerngroep van academici die het ondernemen vanzelfsprekend vinden terwijl anderen vinden dat het legitiem is om dat te doen en (4) een interne koppeling tussen de kern (onderwijs en onderzoek) en de periferie (ondernemerschap) van universitaire activiteiten. Die koppeling komt bijvoorbeeld tot stand via een KTO dat de bevoegdheid heeft om octrooien aan te vragen.[65]

#### *2.2.4.2 Hybride universiteit*

Onder anderen Mouwen en Bijsterveld duiden met de term hybride universiteit een universiteit aan die zowel een marktorganisatie als een taakorganisatie is. Vanuit het klassieke overheidsbeeld wordt verwacht dat publiek gefinancierde universiteiten taakorganisaties zijn: zij moeten wettelijke taken vervullen en houden bovendien bepaalde waarden hoog.[66] Dit zijn waarden als rechtmatig optreden, procedures volgen, (democratische) verantwoording afleggen en streven naar openbaarheid.[67] Maar universiteiten zijn ook deels marktorganisaties,[68] waarvan wordt verwacht dat zij zich kunnen aanpassen aan marktontwikkelingen, geld kunnen investeren in risicovolle projecten, winst kunnen maken, vrij kunnen concurreren in de markt en hun kennis kunnen beschermen. Aanpassen, risico's nemen, winst maken, concurreren en kennis geheimhouden zijn waarden van de koopman.[69]

Organisaties die opereren in dit spanningsveld tussen het vervullen van wettelijke taken en het opereren op de markt worden in de bestuurskunde getypeerd als hybride organisaties.[70] In dit geval is dus sprake van een hybride universiteit.

---

in samenwerking, contractonderzoek of advisering en de regionale geëngageerde universiteit die dit met een regionale focus doet. Zie voor een overzicht van verschillende definities van de 'ondernemende universiteit': Europese Commissie & OESO 2012, p. 43; Vgl. de discours-analyse in Mautner, *Critical Discourse Studies* 2005.

64 Sánchez-Barrioluengo & Benneworth, *Technological Forecasting and Social Change* 2019, p. 208.

65 *Ibid.*

66 Mouwen & Van Bijsterveld 2000, p. 48. Zie hierover ook Brandsen, Van de Donk & Kenis 2006; Simon 1989 en Jacobs 1994 (zie daarover Mouwen & Van Bijsterveld 2000, p. 89-91).

67 Mouwen & Van Bijsterveld 2000, p. 90. Dat geldt in zekere zin ook voor bijzondere universiteiten. Die universiteiten gaan weliswaar uit van een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid stichting of vereniging, maar hebben wettelijke doelstellingen en zijn grotendeels afhankelijk van publieke geldmiddelen

68 Zie over hybride organisaties ook: In 't Veld 1997. Zie vanuit juridisch perspectief: Van Nuland & Franssen 2013.

69 Mouwen & Bijsterveld 2000, p. 90.

70 Brandsen & Karré, *Bestuurswetenschappen* 2010, p. 71.

#### *2.2.4.3 Third Generation University*

Wissema hanteert de term Third Generation University om de moderne universiteit aan te duiden.[71] Hij schetst een ontwikkeling waarbij de universiteit drie fasen doormaakte: (a) de middeleeuwse universiteit was gericht op het behoud en de overdracht van kennis; (b) in de 19de eeuw veranderde de universiteit in een onderzoeksuniversiteit (model Humboldt), waarna (c) sinds de jaren 80 van de vorige eeuw de taken van de universiteiten uitgebreid zijn met economische en maatschappelijke dienstverlening – een natuurlijk verlengstuk van het doen van onderzoek.[72]

#### *2.2.4.4 Commodificatie*

'Commodificatie' van kennis is het verschijnsel dat allerlei soorten (wetenschappelijke) activiteiten en resultaten voornamelijk worden geïnterpreteerd en geëvalueerd aan de hand van economische criteria. Hieronder valt het vercommercialiseren van onderzoek, bijvoorbeeld de verkoop van kennis en expertise door academische instituties, maar ook het rendementsdenken.[73] In dat kader wordt ook gesproken over economisering, dat evenals onder andere juridisering en politisering een vorm is van het rationaliseren, oftewel het onttoveren, van de maatschappij.[74] De huidige maatschappij, waarin kennis centraal staat, wordt in de sociologie gekenmerkt als een kennissamenleving. In de economie wordt echter het begrip 'kenniseconomie' gehanteerd.[75] Dit relatief jonge begrip duidt op een economie waarin kennis de belangrijkste productiefactor vormt, belangrijker dan de productiefactoren kapitaal, arbeid en natuur. In een kenniseconomie is kennis vooral als privaat goed verhandelbaar.[76] Dit staat naast het idee dat de universiteit publieke kennis zou moeten verzorgen, dat wil zeggen kennis die vrij beschikbaar is, gedeeld wordt en niet exclusief is.[77]

### 2.2.5 Tussenconclusie

In het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat het academisch ondernemerschap betrekking heeft op het (1) octrooieren, licentiëren en opzetten van spin-offs door universiteiten, (2) een breed palet van andere activiteiten die zien op kennisbenutting, zoals onderzoek in samenwerking met het be-

71 Wissema 2009; als besproken door Sarwas, *Wissenschaftmanagement* 2010.
72 *Ibid.*
73 Radder 2010, p. 4.
74 Grit 2000, p. 13.
75 OECD 1996.
76 Debackere 2006, p. 277-317.
77 Schinkel, *Beleid en Maatschappij* 2015, p. 53.

drijfsleven, contractonderwijs en contractonderzoek en (3) het faciliteren van universitaire kennisbenutting, waarbij die facilitering kan plaatsvinden door *technology transfer offices*, incubators en scienceparken, en het toekennen van financiële middelen.

In de volgende paragraaf wordt de opkomst van het academisch ondernemerschap besproken.

## 2.3 Opkomst van het academisch ondernemerschap

### 2.3.1 Algemeen

De opkomst van het academisch ondernemerschap kan op meerdere manieren worden verklaard. Hier wordt gefocust op de invloed vanuit recht en beleid. Achtereenvolgens worden de volgende perspectieven geboden: de invloed vanuit de Amerikaanse wetgeving, veranderde octrooiregelgeving in Nederland en veranderd onderwijs- en innovatiebeleid in Nederland. De Amerikaanse wetgeving wordt hier besproken, omdat deze heeft geleid 'tot een zeer actief kennisbeschermings- en kennisexploitatiebeleid bij Amerikaanse kennisinstellingen, waardoor veel additionele inkomsten worden gegenereerd.'[78] In Nederland is de invoering van een Bayh-Dole Act twintig jaar geleden onderzocht, maar hiervoor is uiteindelijk niet gekozen.[79] Reden is de grotere omvang van 'schaalvoordelen en de interne markt' in de Verenigde Staten, waar bovendien meer durfkapitaal aanwezig is en de maatschappij een 'ondernemender' karakter heeft.[80] Ook was er geen draagvlak bij de universiteiten voor nieuwe regelgeving.[81] Aangezien deze omstandigheden aan verandering onderhevig zijn, is het interessant om kennis te nemen van deze buitenlandse wetgeving. Deze wetgeving wordt behandeld aan de aan de hand van studies van Mowery e.a. en Mowery & Sampat, die de ontwikkeling van het octrooieren van universitaire uitvindingen uitgebreid in kaart hebben gebracht.[82]

### 2.3.2 Invloed vanuit Amerikaanse wetgeving

#### *2.3.2.1 De Bayh-Dole Act*

De meeste literatuur over het academisch ondernemerschap begint met het noemen van de Amerikaanse University and Small Business Patent Procedures

78 *Kamerstukken II* 2000/01, 26682, nr. 4.
79 *Ibid.*
80 *Ibid.*
81 *Ibid.*
82 Mowery e.a., *Research* Policy 2001; Mowery & Sampat, *Industrial and Corporate Change* 2001A en 2001B.

Act 1980 (Bayh-Dole Act).[83] Deze wet werd in 1980 ingevoerd met brede steun van het 95ste Congres, waarin de Democraten de meerderheid hadden. Met de Bayh-Dole Act kwam een einde aan het weerbarstige octrooibeleid voor universiteiten. Voor die tijd onderhandelden federale financiers namelijk *ad hoc* met universiteiten. Aan het einde van de jaren 60 van de vorige eeuw werden allerlei *Institutional Patent Agreements* vastgesteld, waarin afspraken stonden over intellectuele eigendomsrechten.[84] De Bayh-Dole Act voorziet in een standaardregeling voor onderzoek op basis van federale financieringsovereenkomsten. Kort gezegd kunnen onder andere universiteiten het octrooirecht over die vindingen in eigendom houden terwijl de federale overheid een niet-exclusieve licentie kan verkrijgen.

Na de invoering van deze wet is het universitair octrooibeheer in de Verenigde Staten toegenomen.[85] Het aantal octrooiaanvragen en opgezette spin-offs door universiteiten is explosief gegroeid.[86] Volgens Mowery en Sampat heeft de toename ook te maken met het opzetten van het Hof van Beroep voor het Federale Circuit als hoogste rechter voor octrooizaken in 1982.[87] Ook opende de Supreme Court-uitspraak *Diamond versus Chakrabarty* over genetisch gemodificeerde organismen uit 1980 de deur voor commercieel interessante octrooiaanvragen binnen de biotechnologie.[88]

Na de Bayh-Dole Act is ook de wetgeving buiten de Verenigde Staten veranderd.[89] In het eerste decennium van deze eeuw schaften Denemarken, Duitsland, Oostenrijk, Noorwegen en Finland het zogenoemde *professor's privilege* af.[90] Het gaat hier om het privilege voor hoogleraren om octrooirechten zelf te houden. Zweden is een land dat het *professors' privilege* heeft behouden. In Nederland is overwogen om een Bayh-Dole Act in te voeren, maar

83 Pub. L. 96-517, December 12, 1980; 35 U.S. Code Chapter 18 – Patent rights in inventions made with federal assistance.

84 Mowery & Sampat, *Industrial and Corporate Change* 2001A, p. 347. Zie ook de bespreking over de aanloop naar de Bayh Dole Act als proces van institutionalisering van octrooiering door universiteiten: Berman, *Social Studies of Science* 2008, p. 835-871. Zie voor een overzicht van de Bayh Dole Act: OECD 2003, p. 34.

85 Bekkers, Gilsing & Van der Steen, *The Journal of Technology Transfer* 2006.

86 Wright 2007.

87 Mowery & Sampat, *Journal of Technology Transfer* 2005, p. 119. Zie voor een overzicht van andere wijzigingen die leidden tot een '*propatent era*': Fagerberg, Mowery & Nelson 2006, p. 275-277.

88 In mei 2018 is de Bayh-Dole Act verhelderd en op bepaalde punten, zoals afschaffing van de 60 dagen-termijn voor het gebruik van *march in rights* voor de federale overheid die geoctrooieerde technologie wil gebruiken voor het algemeen belang (Supreme Court 16 juni 1980, 447 U.S. 303). Zie Berman 2012, p. 157.

89 Granstrand, *Industrial and Corporate Change* 2013. Zie ook Schriftelijke vraag P-0959/02 van Astrid Thors (ELDR) aan de Europese Commissie. De rechten van onderzoekers op uitvindingen. Publicatieblad Nr. 229 E van 26/09/2002 p. 0165-0166.

90 Martínez & Sterzi, *Industry and Innovation* 2020.

zoals gezegd: dit bleek niet nodig of wenselijk te zijn.[91] In Nederland gold het *professors' privilege* niet. In de Rijksoctrooiwet 1995 is geregeld dat octrooirechten in principe worden toegekend aan de universiteit, hogeschool of onderzoeksinstelling met een vergoeding voor de werknemer voor het gemis aan octrooi. Aanleiding hiervoor was een amendement van Van der Hoeven (CDA) en Witteveen-Hevinga (PvdA) dat door de Tweede Kamer is aanvaard en dat heeft geresulteerd in het derde lid van artikel 12 Rijksoctrooiwet.[92] Het amendement strekte tot het verduidelijken van de positie van universiteiten, hbo-instellingen en onderzoeksinstellingen. Uit navraag van de indieners was gebleken dat de universiteiten geen uniforme regeling hadden over octrooiaanspraken; een dergelijke regeling zou in hun ogen moeten overeenstemmen met hetgeen zij voorstelden, namelijk het uitgangspunt van de rechtentoekenning aan de instelling en niet aan de hoogleraar. Rijlaarsdam bekritiseert dit wetgevingsproces in zijn proefschrift over octrooirechten en dienstbetrekking:

> 'De Kamerleden hadden bij de voorbereiding uitsluitend naar de cvb's geluisterd, maar vergaten de andere partij te horen en maakten zodoende geen bewuste afweging van de belangen.'[93]

Opvallenderwijs bestaat het idee dat volgens de Bayh-Dole Act het octrooirechtseigendom (automatisch) berust bij onderzoeksinstellingen.[94] In de zaak *Stanford versus Roche* uit 2011 bepaalde de meerderheid van het Supreme Court echter dat het octrooirecht niet automatisch wordt gevestigd bij universiteiten: het ligt volgens een fundamenteel principe van het Amerikaans recht bij de uitvinder. In de wet is ook geen verplichting opgenomen om als werknemer deze rechten over te dragen aan de universiteit.[95] De wet regelt wel dat de overgedragen rechten door de universiteit kunnen worden behouden. In de genoemde zaak kon Stanford University geen aanspraak maken op een octrooirecht op een uitvinding van haar werknemer Holodniy. Deze werknemer had weliswaar een overeenkomst met Stanford getekend, inhoudende dat hij octrooirechten zou overdragen aan de universiteit, maar daarin stond nog geen concrete verplichting. Holodniy, die ervaring wilde opdoen bij het bedrijf Celtus, had later een geheimhoudingsovereenkomst getekend met dat bedrijf.

91 *Kamerstukken II* 2000/01, 26628 nr. 4; *Aanhangsel Handelingen II* 2007/8, 151 en *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 833.
92 *Kamerstukken II* 1993/1994, 22604, nr. 22. Zie ook CRvB 8 juli 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AQ2117, r.o. 4.2.2.2.
93 Rijlaarsdam 2005, p. 122.
94 Bijv.: KNAW 2014, p. 31.
95 AAUP 2014, p. 48. Rechtspraak is ook behandeld in Hayter & Rooksby 2015, p. 4-8.

Daarin stond dat hij zijn intellectuele eigendomsrechten 'zal en hierbij doet' toekennen aan het bedrijf.[96] De universiteit viste hiermee achter het net.

*2.3.2.2 Een veranderde tijdsgeest: pre-Bayh-Dole-Act*

In de Verenigde Staten deden universiteiten al vanaf het begin van de vorige eeuw ervaring op met het octrooieren van vindingen.[97] De Bayh-Dole Act markeerde dus niet het begin van het academisch ondernemerschap. Het voert hier te ver om deze universitaire octrooigeschiedenis in detail te beschrijven; zij is uitgebreid gedocumenteerd door Mowery en Sampat en door Shane.[98] Toch is het relevant enige hoofdpunten te noemen, om te illustreren hoe de tijdsgeest in de loop van de eeuw is veranderd: van een afkeurenswaardige praktijk naar een normalisatie.

Tot 1930 werd het octrooieren van vindingen vooral gezien als een privézaak van de wetenschappelijke medewerker, met terughoudendheid als gevolg. Octrooieren door wetenschappers werd namelijk gezien als onethisch of ongepast. Het zou geheimhouding, competitie of persoonlijke jaloezieën stimuleren of het zou de wetenschapper afwenden van fundamenteel onderzoek.[99] In 1917 schonk hoogleraar Brailsford Robertson een octrooirecht op de groeistimulans Tethalin aan zijn werkgever University of California; John Hopkins University heeft hem wegens dit voorval afgewezen voor een leerstoel.[100] Een ander bekend voorbeeld van ondernemerschap is professor Harry Steenbock (Wisconsin University). Hij vroeg in 1924 een octrooi aan voor een werkwijze om met bestraling vitamine D in voeding, drank en medicijnen te verbeteren. Ook hij wilde het octrooirecht aan zijn instelling schenken, maar vanuit de academische gemeenschap was hiertegen weerstand. Hoewel hij van Quaker Oats een aanbod kreeg van een miljoen dollar voor het octrooi, besloot hij dat het geld ten goede moest komen aan onderzoek. Daarom besloot

96 Supreme Court 6 juni 2011, 563 U.S. (2011), (Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University, Petitioner v. Roche Molecular Systems Inc., et. Al.). In 2018 is in een 'implementing regulation' onder de Bayh-Dole Act geregeld dat werknemers gevraagd worden hun rechten ten aanzien van de vinding af te staan (par. 401.14 onder f sub 2).

97 McKusic, *Journal of the Franklin Institute* 1948, p. 193-225. Hij verwijst naar de destijds schaarse literatuur op dit gebied: Palmer, *Journal of the Patent Office Society* 1934, p. 96-131 en Potter, *Science* 1934, p. 96-131.

98 Mowery & Sampat, *Industrial and Corporate Change* 2001B, p. 317-354. Shane 2004, p. 40 e.v. met verwijzing naar Bok 2003, p. 139. Zie ook Apple, *The History of Science Society* 1989, p. 374-394.; Jansens 1996, p. 173. Bok 2003, p. 139. Loeb (Rockefeller Institute): '*if the institutions of pure science hold into handling patents I am afraid pure science will be doomed*', aangehaald in Bok 2003, p. 139 en Jansens 1996, p. 173. Zie verder Robertson, *Science* 1917, p. 371-379. Eerder vroeg Frederick Cortell (University of California) in 1907 op persoonlijke titel een octrooi aan voor de eerste elektrostatische vliegasfilter. Zie ook McKusic, *Journal of the Franklin Institute* 1948. Zie verder de gepubliceerde masterscriptie Gotkin 2012.

99 Zie McKusic, *Journal of the Franklin Institute* 1948.

100 Bok 2003, p. 139.

hij in 1925 samen met alumni een aparte stichting op te zetten waarin het octrooi kon worden geëxploiteerd.[101] Het succes van het octrooi van Steenbock werd later kritisch gevolgd door de anti-kartelafdeling van het Ministerie van Justitie. Het Hof van Beroep van het district vernietigde het octrooi in 1944 wegens schending van het kartelrecht.[102]

Vanaf 1930 kregen universiteiten in de Verenigde Staten interesse in het vaststellen van octrooibeleid.[103] Dit kwam deels door de crisis van de jaren 30 en het wegvallen van publieke inkomsten en schenkingen. Ook groeide het aantal universiteitslaboratoria. Daarnaast werden in die tijd grote uitvindingen gedaan op campussen, onder werktijd en met universitaire faciliteiten. Verder nam privaat gefinancierd onderzoek toe. Langzaam groeide het geloof dat het publiek via de universiteit voordelen uit het onderzoek moest krijgen. Sommige universiteiten hadden een stichting opgezet voor octrooien. Andere universiteiten, opvallend genoeg juist de particuliere instellingen zoals Harvard en Yale, waren nog altijd gekant tegen het octrooieren van de universiteit.[104] Wanneer de vinding betrekking had op therapie of volksgezondheid, mochten wetenschappelijke medewerkers van de universiteiten die positief tegenover octrooieren stonden geen octrooi aanvragen, omdat concurrentie tussen de instellingen vanwege octrooien onwenselijk werd geacht en het met het oog op de publieke relaties niet goed stond als de universiteit winsten genereerde uit de tegenslagen van mensen.[105]

De 'American Association for the Advancement of Science' (AAAS) bracht in 1933 een rapport uit over het 'octrooiprobleem'. Daarin werden argumenten vóór het octrooieren genoemd die later ook in een publicatie van McKusic voorkwamen.[106] Het vrij weggeven van universitaire vindingen ging nogal eens gepaard met het ongebruikt laten ervan, terwijl een octrooi er nu juist voor kon zorgen dat het financieel aantrekkelijk werd de vinding verder te ontwikkelen, waardoor deze praktisch nut kon hebben voor de samenleving. Verder, aldus McKusic, maakte een octrooilicentie het mogelijk om controle uit te oefenen op de productiekwaliteit. Dit was in die tijd nuttig voor de universitaire uitvinding van insuline, waarvoor nog geen kwaliteitseisen ter bescherming van de volksgezondheid in de wetgeving waren vastgelegd. Bovendien mochten in de visie van McKusic wetenschappers geen voedingsbodem creëren voor octrooipiraten, die nieuwe literatuur afstruinen en vindingen claimen. McKusic vond dat universiteiten zich in een betere positie bevonden om vindingen te octrooieren, ontwikkelen en beschermen dan wetenschap-

101 Apple, *The History of Science Society* 1989, p. 374-394.
102 Naar Mcusik, *Journal of the Franklin Institute* 1948.
103 Shane 2004, p. 44. Mowery & Sampat, *Industrial and Corporate Change* 2001B, p. 783.
104 McKusic, *Journal of the Franklin Institute* 1948, p. 217-218.
105 *Ibid.* Daarentegen noemt McKusic voorbeelden van universiteiten die wel 'public health patents' hebben en merkt hij op dat 'tegenwoordig' (in 1948) een minderheid van de universiteiten inkomsten uit zulke patenten als ongepast ziet.
106 *Ibid.*

pelijke medewerkers. Ze konden zich immers beter meten met rijke concerns, die octrooirechten van individuen konden dwarsbomen. In de ogen van McKusic konden inkomsten uit octrooien goed worden gebruikt voor onderwijs en onderzoek. Excellente wetenschappers, die universiteiten vaak kwijtraakten aan de industrie, konden gemotiveerd worden om te blijven, door hen te laten deelnemen in royalty-inkomsten. Het laatste argument in deze opsomming was dat met de openbaarmaking van de octrooispecificaties een belangrijke bijdrage werd geleverd aan de verspreiding van nieuwe ideeën.

De AAAS voerde tegen de rol van de universiteit als beheerster van octrooien ook bezwaren aan. De wetenschappelijke vooruitgang zou immers kunnen worden belemmerd, als het gebruik van de vinding erop voortbouwend onderzoek in de weg stond. Dit probleem speelde met name bij onderzoeksinstrumenten. Universiteiten zouden bij de bescherming van hun octrooien daar vrij mee om moeten springen. Ook kon octrooieren naar de mening van de AAAS worden gezien als onethisch en kon het wetenschappers weghouden van fundamenteel onderzoek. De AAAS toonde zich geen voorstandster van de universiteit als beheerster van octrooien. Zij gaf de voorkeur aan uitbesteding aan bestaande organisaties.

Na de Tweede Wereldoorlog kwam meer belastinggeld vrij voor wetenschappelijk onderzoek en begonnen meer universiteiten octrooibeleid vast te stellen. Een invloedrijk document was *Science, The Endless Frontier* van presidentiële adviseur Vannevar Bush, die ijverde voor meer geld voor fundamenteel onderzoek. Met name het Ministerie van Defensie gaf daaraan in de naoorlogse periode veel geld uit. In die tijd werd de octrooikwestie in het algemeen overgelaten aan de wetenschapper en werd octrooibeheer en -exploitatie uitbesteed aan externe partijen als de Research Corporation. Bestuurskundige Mowery citeert in zijn historisch overzicht van het Amerikaans octrooibeleid de positie van Columbia University hierin: 'it is not deemed within the sphere of the University's scholarly objectives'.[107] Alleen in uitzonderlijke gevallen, ter bescherming van het publieke belang, kon een octrooiaanvraag worden gedaan. Het belang van de Research Corporation groeide bij deze houding dan ook gestaag. Deze had octrooibeheerovereenkomsten met 6 instituten in 1946, met 103 instituten in 1958 en tegen het einde van haar bestaan met 279 instituten in 1979.[108]

Tussen 1960 en 1980 kwam er meer federale financiering voor fundamenteel universitair onderzoek. De bekostiging hiervoor is tussen 1968 en 1980 verzevenvoudigd, waarbij met name aandacht was voor biomedisch onderzoek. In de jaren 70 van de vorige eeuw werd het zaadje geplant voor octrooiexploitatie door universiteiten. Wegens financiële tekorten hielp de Research Corporation universiteiten zelf de capaciteit voor de vroege fase van technologieoverdracht, zoals vindingenscreening en evaluatie, te ontwikkelen. Met het

107 Mowery & Sampat, *Industrial and Corporate Change* 2001B, p. 791.
108 *Ibid.*, tabel 2, p. 792.

succes hiervan heeft de Research Corporation zichzelf uiteindelijk overbodig gemaakt. Bovendien hebben de federale investeringen in fundamenteel biomedisch wetenschappelijk onderzoek geleid tot de ontwikkeling van moleculaire biologie die commercieel kon worden toegepast. De groeiafname van federale inkomsten voor onderzoek kon worden gecompenseerd met royaltyinkomsten uit licenties voor biomedische octrooien. Universiteiten begonnen de vindingen intern te beheren in plaats van ze uit te besteden aan de Research Corporation. Federale subsidieverstrekkers hadden echter geen eenduidig octrooibeleid: *ad hoc* werd onderhandeld met de universiteiten. Aan het einde van de jaren 60 van de vorige eeuw werden allerlei *Institutional Patent Agreements* vastgesteld waarin de mogelijkheden stonden voor het exclusief en niet-exclusief licentiëren van octrooien door universiteiten.

De periode vanaf 1980 werd gezien als een *game changer*. In 1980 kwam met de Bayh-Dole Act een einde aan het weerbarstige octrooibeleid.

### 2.3.3 Veranderd octrooibeleid in Nederland

De Bayh-Dole Act is belangrijk geweest voor de toename in octrooien en universitaire spin-offs in de Verenigde Staten, een praktijk die al gaande was aan het begin van de vorige eeuw. De beschikbare informatie over de Verenigde Staten laat de worsteling van universiteiten zien met betrekking tot de wenselijkheid van het octrooieren van vindingen uit wetenschappelijk onderzoek. Voor zover bekend is de ontwikkeling in Nederland niet in dezelfde mate gedocumenteerd. De les die uit de Amerikaanse geschiedenis getrokken kan worden is dat beleid over het vermarkten van kennis ook in de Verenigde Staten geen vanzelfsprekendheid is geweest.

In Nederland is er een andere, doch vergelijkbare ontwikkeling geweest. Volgens de KNAW was er vóór 1980 slechts een enkele instelling actief in het octrooieren van kennis.[109] Uit cijfers van het Rathenau Instituut blijkt dat in de periode tussen 1980-1984 door universiteiten en medische centra 42 octrooiaanvragen zijn gedaan. Dat is sindsdien toegenomen tot 855 in de periode 2005-2009.[110] Rathenau schrijft dat de toename van het octrooigebruik door kennisinstellingen in het algemeen kan worden toegeschreven aan 'veranderingen in regelgeving rond het patent' onder invloed van de Verenigde Staten en internationale afspraken.[111] Deze toename vindt ook haar oorzaak in de opkomst van de kenniseconomie, waarin immateriële activa belangrijker worden: niet alleen om technologieën over te dragen, maar ook om de concurrentiepositie te beschermen.

109 KNAW 2014, p. 31 met verwijzing naar Horlings, Gurney, Deuten & Van Drooge 2013.
110 Horlings, Gurney, Deuten & Van Drooge 2013.
111 Horlings, Gurney, Deuten & Van Drooge 2013, p. 4.

De Rijksoctrooiwet 1910, de voorloper van de huidige Rijksoctrooiwet 1995, werd ingevoerd na een liberaal geïnspireerde octrooirechtloze periode vanaf 1869.[112] Een saillant detail is dat de wetenschapper Huèt van de Polytechnische School in Delft (thans Technische Universiteit Delft (TU Delft)) de Vereeniging van Voorstanders eener Nederlandsche Octrooiwet in 1887 mede heeft opgericht.[113]

Contacten tussen universiteiten en het bedrijfsleven waren in het begin van de twintigste eeuw niet onbekend.[114] De mogelijkheid voor nevenactiviteiten werd in 1905 met de Wet op het Hooger Onderwijs verbreed, door bijzondere leerstoelen aan openbare universiteiten mogelijk te maken die eventueel door het bedrijfsleven kunnen worden gefinancierd. In de praktijk kwam advisering door wetenschappers voor. Bijvoorbeeld, Koninklijke Shell, die vanaf 1906 een laboratorium had, vroeg regelmatig om advies van Delftse hoogleraren. Utrechtse natuurkundige Ornstein gaf advies en leverde studenten aan Natlab van Philips. Verder sponsorde in 1925 onder andere Stork de fysicus professor Michels voor apparatuur en de inrichting van een laboratorium.[115] Ook financierden bedrijven in 1925 leerstoelen indologie aan de Universiteit Utrecht, 'de oliefaculteit', omdat zij tegenover de indologen op de Universiteit Leiden stond, die kritisch waren op de kolonie.[116] De Technische Hogeschool Delft, oftewel TU Delft, werkte bovendien samen met bedrijven en de overheid in publieke laboratoria.[117] De laboratoria hadden voornamelijk een onderwijskundige rol voor studenten en de industrie had geschoold personeel nodig.

Net als in de Verenigde Staten steeg na de Tweede Wereldoorlog in Nederland het publieke budget voor onderzoek. De periode tussen 1957 en 1970 staat bekend als 'de vette jaren'.[118] In 1959 was het grootste ministerie gemeten naar budget dat van Minister Cals van OCW.[119] Vergelijkbaar met de nota van Vannevar Bush (1945) adviseerde de commissie-Casimir in 1958 om 'zuiver onderzoek' zonder al te veel inmenging te ondersteunen.[120] Voor scholing van onderzoekers werden twee technische universiteiten in Eindhoven

112 Zie ook het vlammend betoog over de afschaffing van octrooiwetgeving, die vooral het buitenland ten goede kwam, 'Een dringend woord over een niet-politieke hervorming', *De Economist* 1868, p. 1-16.
113 Gerzon, *De Industriële Eigendom* 1983.
114 Zie uitgebreid: Dorsman & Knegtmans 2007.
115 Huijnen 2007, p. 25. Zie ook Schot e.a. 2003, p. 160.
116 Feddema & Van den Muijzenberg, *Amsterdam sociologisch tijdschrift* 1977.
117 De Rijksrubberdienst (1910), de Rijksvezeldienst (1918) en het Nederlands Scheepsbouwkundig Proefstation (1929). Zie Lintsen & Velzing 2012, p. 13. Vanuit de overheid werd in 1930 een organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO) opgericht, die later ook een coördinerende taak zou hebben voor universitaire, industriële en overheidslaboratoria.
118 Baneke, *Studium* 2012.
119 *Ibid.*, p. 110.
120 *Ibid.*, p. 111.

(1956) en Twente (1961) opgericht. Phillips en Shell schonken geld aan laboratoria in Leiden en Delft.[121] Het aantal leerstoelen in de natuurwetenschappen moest verdrievoudigd worden; in de praktijk was er in 1970 een verdubbeling ten opzichte van 1957.[122]

Vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw begonnen technische hogescholen en universiteiten zelf octrooien aan te vragen.[123] In 1963 merkte de accountantsdienst van het Ministerie van OCW op dat het gewenst was om in de bestuursreglementen van hogescholen en universiteiten te regelen aan wie octrooirechten en royalty's toekwamen.[124] De Algemene Rekenkamer vroeg in 1967 om de zienswijze van de Minister van OCW over het voorstel van curatoren om eenheid in opvatting te bereiken over intellectuele eigendomsrechten. De minister gaf aan dat hij bereid was coördinerend op te treden en dat hij aandacht aan dit onderwerp zou blijven besteden.[125]

Toen een hoogleraar van de Technische Hogeschool in Enschede, thans Universiteit van Twente, een octrooi aanvroeg voor een vinding met betrekking tot een bandtransporteur die onder zijn leiding was ontwikkeld, leidde dat tot kamervragen.[126] De Twentse hoogleraar had exclusieve licentierechten toegekend aan een machinefabriek in Nederland, die de bandtransporteur zou vervaardigen en verkopen. Kamerleden Geurtsen en Tuijnman van de VVD hadden hier bedenkingen bij. Zij vielen als liberalen vooral over het gebrek aan een gelijk speelveld bij de licentiëring.[127] Ministers Langman (Economische Zaken) en De Brauw (zonder portefeuille) antwoordden dat het niet duidelijk was of en in hoeverre een uitvinding was gedaan met gemeenschapstijd en -geld. Was dit wel duidelijk geweest, dan zou, aldus de ministers, alsnog niet vaststaan dat de uitvinding niet op de naam van de hoogleraar zou mogen worden geoctrooieerd. Artikel 10 van de destijds geldende Rijksoctrooiwet 1910 – vergelijkbaar met het vigerende artikel 12 Rijksoctrooiwet 1995 – kende de werkgever de aanspraak op het octrooi en de uitvinder een aanspraak op een vergoeding toe. De ministers vervolgden met de constatering dat de toepassing van die wettelijke bepaling op hoogleraren onduidelijk was.

Na aanhoudende onduidelijkheid over de vraag of de octrooien toekwamen aan de hoogleraar of aan de universiteit, publiceerde Cohen Jehoram in 1977 een artikel waarin hij stelde dat geen sprake is van een gezagsverhouding

121 *Ibid.*, p. 113.
122 *Ibid.*, p. 111.
123 Zie bijv. Octrooi nr. 129726 (NL129726 (C)), Octrooiraad 16 september 1970.
124 *Kamerstukken II* 1971/72, 11835, nr.2, p. 69 en *Handelingen II*, Vaste commissie EZ, 18 juni 1984. Hierover zijn ook rapporten verschenen van o.a. de Adviesraad voor wetenschap, technologie en innovatie (AWTI 2001) en de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen (KNAW 2003).
125 *Kamerstukken II* 1971/72, 11835, nr. 2, p. 69.
126 *Aanhangsel Handelingen II* 1971-1972, nr. 945. Zie uitgebreid hierover: Dokter 1989, p. 59.
127 Vragen van de heren Geurtsen (V.V.D.) en Tuijnman (V.V.D.) betreffende de octrooirechten op een aerobelt luchtsysteem. (ingezonden 14 juni 1971). Vermeld in Polak 1972 en Dokter, *Bijblad Industriële Eigendom* 1989.

tussen de hoogleraar en de werkgever vanwege de ongeschreven vrijheid van onderzoek; in 1986 is deze overigens gecodificeerd in de Wet op het wetenschappelijk onderwijs (WWO).[128] Cohen Jehoram toonde zich er bevreesd voor dat uitvindingen van wetenschappelijk personeel in latere jurisprudentie toch zouden blijken toe te komen aan de universiteit, hetgeen volgens hem negatief zou uitpakken voor de vrijheid van onderzoek. Naar zijn mening miste de universiteit het commercieel inzicht en de mogelijkheden om zich met octrooipolitiek te bemoeien. Hij schreef hierover:

> 'Ook bij ons bestaat zoiets als een (uiteraard wel aan financiële beperkingen onderworpen) vrijheid van onderzoek, zij het dan dat deze niet is neergelegd in zo'n keurige Grondwet als de Westduitsers zich kort na de Tweede Wereldoorlog gegeven hebben: zij wisten toen waartegen zij zich af te zetten hadden. Deze in Nederland ongeschreven vrijheid van onderzoek verzet er zich m.i. tegen om aan te nemen dat het universitaire onderzoek plaats vindt in een gezagsverhouding tot de werkgever, het criterium voor de dienstbetrekking van art. 10 Rijks-octrooiwet. Intussen ben ik mij ervan bewust dat dit niet meer is dan *een* interpretatie van de wet. Het blijft onzeker hoe de rechter de wet in een gegeven geval zou uitleggen. Er is alle aanleiding toe om deze onzekerheid op te heffen door aanvulling van art. 10 Rijksoctrooiwet.'
> (...)
> 'De conclusie uit dit alles is dat de grenzen van art. 10 Rijksoctrooiwet lang niet zeker zijn, maar dat er gerede vrees kan bestaan voor in ieder geval de, m.i. ongewenste, rechterlijke uitleg dat de universiteit aanspraak heeft op het octrooi t.a.v. een door haar wetenschappelijk personeel gedane uitvinding. Ik acht dit ongewenst om de implicaties die dit kan hebben voor de vrijheid van onderzoek. Daarnaast lijken mij octrooien in handen van universiteiten tamelijk absurd. Wel hebben de T.H. Eindhoven en een met de TH-Delft verbonden stichting in het recente verleden enkele octrooien aangevraagd, maar de Universiteit van Amsterdam heeft in het boven beschreven geval deze beker wijselijk aan zich voorbij laten gaan. Octrooien zijn commerciële instrumenten. Het ontbreekt universiteiten en hogescholen (en de Rijksoverheid) ten enenmale aan commercieel inzicht en mogelijkheden om zich op het spiegelgladde ijs van de octrooipolitiek te begeven. Welke universiteit kan in redelijkheid zeg f 20.000 (en nog veel hogere sommen als de aanvrage op oppositie stuit) uit haar onderzoekscrediet bestemmen per uitvinding die ieder moment technisch achterhaald of commercieel onbelangrijk kan zijn geworden?'[129]

In 1979 bracht de door de Minister van Economische Zaken ingestelde Commissie-Van Weel een rapport uit over het vraagstuk aan wie octrooien toekomen bij universiteiten en hogescholen.[130] De conclusie van het rapport was dat de octrooien toekomen aan het personeel van de instellingen en dat

128 Cohen Jehoram *Bijblad Industriële Eigendom* 1977; Zie ook Kabel, Hugenholtz, Alberdink Thijm & Bosscher 2001, p. 74.
129 Cohen Jehoram *Bijblad Industriële Eigendom* 1977, p. 157.
130 Als besproken in Dokter, *Bijblad Industriële Eigendom* 1989, p. 60.

voor contractonderzoek nadere maatregelen nodig zijn. In 1981 stuurde de Minister van Onderwijs en Wetenschappen Pais de nota Contractonderzoek naar de Tweede Kamer, waarin het uitgangspunt was geformuleerd dat het octrooi bij contractonderzoek aan de instelling toekomt.[131]

Toen de Minister van Economische Zaken in 1984 in de Tweede Kamer werd geconfronteerd met de opmerking dat de discussie met de Algemene Rekenkamer over de octrooibescherming voor universiteiten al zestien jaar duurt, antwoordde hij dit 'geen lichtend voorbeeld' te vinden.[132] Wel constateerde hij dat een praktijk met octrooien was gegroeid. Interessant zijn in dit verband ideeën over hoe het octrooibeleid eruit zou moeten zien:[133]

> 'Een octrooi moet bij een geïnteresseerd bedrijf ondergebracht worden. Daarbij moeten afspraken worden gemaakt over vergoedingen voor de groep die onderzoek verricht. Eventueel moet de verplichting bestaan licenties te verlenen en octrooirechten terug te laten vloeien als het bedrijf er geen gebruik van maakt. Als uitzondering moet het octrooi liggen bij de universiteit of hogeschool. Men moet ook geen octrooidiensten hebben. Men moet gebruik maken van commerciële organisaties of bij voorbeeld van TNO.'

In 1986 werd een ontwerp Rechtspositiereglement Wetenschappelijk Onderwijs naar de Raad van State gestuurd waarin stond dat octrooien en auteursrechten toekomen aan de instelling. De Raad van State adviseerde dat de bepalingen omtrent de auteursrechten 'niet zelden onverenigbaar zullen blijven met de vrijheid van drukpers zoals verwoord in artikel 7 van de Grondwet.'[134] Ook het feit dat dit in een algemene maatregel van bestuur werd geregeld, stuitte op bezwaren van de Raad van State. De bepalingen werden niet ingevoerd.

In datzelfde jaar werd de WWO 1986 ingevoerd, waarbij de hoogleraar van een rijksuniversiteit niet meer door de Kroon werd benoemd, maar door het college van bestuur. Dokter merkt in zijn artikel op dat de hiervoor genoemde antwoorden op de kamervragen anders hadden kunnen luiden, nu veel duidelijker sprake is van een dienstbetrekking met de instelling. Ook de praktische bezwaren van Cohen Jehoram wegens het gebrek aan expertise over octrooien bij de universiteit konden worden beantwoord met het wijzen op de 'meer optredende verschijnselen van contractresearch, transferpunten, innovatiegerichte onderzoeksprogramma's en dergelijke.'[135]

De discussie over wie het octrooirecht toekomt, zwol weer aan na de invoering van de Rijksoctrooiwet 1995. Daarin stond het uitgangspunt dat de (auteurs)rechten bij de instelling en niet bij de hoogleraar berusten. Rijlaarsdam

131 *Ibid.*, p. 60.
132 Vaste Commissie voor Economische Zaken, Beleidsplan technologiebeleid, 18 juni 1984, 112, p. 52.
133 *Ibid.*
134 Geciteerd en behandeld door Dokter, *Bijblad Industriële Eigendom* 1989, p. 61.
135 Dokter, *Bijblad Industriële Eigendom* 1989, p. 62.

betoogde in *Bijblad Industriële Eigendom* dat de bepalingen over universiteiten in strijd zouden zijn met artikel 15 IVESCR.[136] De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft echter later, in 2007, geoordeeld dat artikel 15 IVESCR geen 'een ieder verbindende bepaling is' en dus niet rechtstreekse werking heeft in de Nederlandse rechtsorde.[137] Burgers kunnen zich dus niet met succes op enige schending beroepen bij de rechter. Of de voornoemde bepalingen materieel in strijd zijn met de artikel 15 IVESCR is tegen deze achtergrond geen uitgemaakte zaak.

Met de nieuwe bepalingen is uiteindelijk gekozen voor het toekennen van de octrooirechten aan de universiteit, hogeschool of onderzoeksinstelling met een vergoeding voor de werknemer voor het gemis aan octrooi. Hierna zijn enkele rapporten over deze materie verschenen.[138] In het meest recente rapport concludeert de KNAW dat octrooien juist worden benut, maar dat sommige ongebruikt worden gelaten, terwijl de investeringen hoog zijn. Voorgesteld wordt te werken met landelijke in plaats van universitaire kennistransferoffices.[139] In 2021 presenteerden TNO, VSNU en NFU een plan voor een landelijke aanpak voor valorisatie, verenigd in KTO-Nederland.[140]

### 2.3.4 Veranderd onderwijs- en innovatiebeleid in Nederland

In het onderwijsbeleid is in de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw aandacht gekomen voor contractonderwijs en contractonderzoek. In de jaren 60 van de vorige eeuw bracht de OESO een rapport uit over samenwerking van universiteiten met de industrie.[141] Cals schreef in 1963 naar aanleiding van kamervragen over dit rapport dat uitbreiding van het contractonderzoek niet onwelkom was, mits universiteiten en hogescholen over een zodanige uitrusting zouden kunnen beschikken, dat zij niet afhankelijk van het bedrijfsleven hoefden te zijn.[142] Schade aan wetenschappelijk onderzoek was volgens hem een reëel gevaar. Hij schreef eerder over de taak van wetenschappelijk onderzoek, dat er 'steeds voor [zal] dienen te waken, dat niet wordt toegegeven aan de neiging wetenschap en wetenschappelijk onderwijs ondergeschikt dienstbaar te maken aan de maatschappelijke behoeften.'[143] Dit was ook de visie van de Leidse

136 Rijlaarsdam 2000.
137 ABRvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882.
138 Ministerie van Economische Zaken 2001 en AWTI 2001.
139 KNAW 2014.
140 'Naar een valorisatie-ecosysteem met een stevig fundament', 1 november 2021.
141 Eindverslag van de commissie van rapporteurs voor het ontwerp van wet tot vaststelling van hoofdstuk VIII (Departement van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen) der rijksbegroting voor het dienstjaar 1963, p. 14. Verwezen wordt naar het Wilgress Report, van de voorganger van OESO (Organisatie voor Europese Economische Samenwerking).
142 *Ibid.*
143 *Kamerstukken I* 1962/63, 6900, nr. 79b, p. 14.

indoloog en rechtswetenschapper Piekaar, die in een college op 2 februari 1963 de wens uitsprak om contractonderzoek te stimuleren, mits er de nodige waarborgen waren voor de vrijheid van het wetenschappelijk onderzoek.[144] Piekaar was destijds directeur-generaal Wetenschapsbeleid van het onderwijsministerie.[145] Cals stemde in met de visie van Piekaar, al bleek (wat betreft wetgeving) tien jaar later niet veel te zijn veranderd. Toch bestond sinds 1956 de wettelijke mogelijkheid voor technische hogescholen onderzoek open in opdracht te doen, zij het na toestemming van de minister.[146] In de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs 1960 kregen rijksuniversiteiten rechtspersoonlijkheid en maakte de wetgever het mogelijk voor universiteiten inkomsten te verkrijgen uit 'bewezen diensten'.[147] Universiteiten konden ook 'zelfstandig bouwprojecten uitvoeren'.[148]

In de eerste nota Wetenschapsbeleid uit 1974 constateerde de Minister voor Wetenschapsbeleid Trip (PPR) dat 'de sector van de contractresearch niet optimaal functioneert'.[149] De eerste specifieke beleidsnota over contractonderzoek verscheen pas in 1981 en was van de hand van onderwijsminster Pais (VVD).[150] Het geformuleerde beleid in de nota Contractonderzoek strekte ertoe de universiteiten te stimuleren het universitaire onderzoek mede te richten op de behoeften van de samenleving. Nadien is geregeld dat universiteiten deze inkomsten mochten houden en niet dienden te verrekenen met de te ontvangen rijksbijdrage.[151] Dit was een impuls voor de zelfstandigheid en de uitvoering van de derde taak van universiteiten. Het postacademisch ondernemerschap was in 1985 voor universiteiten een wettelijke taak, die zij zelf zelfstandig moesten financieren en die overigens inmiddels wegens deregulering een vrije taak is geworden.[152]

De nota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit uit 1985 legde meer nadruk op de financiële onafhankelijkheid van de universiteiten. Deze nota legde de basis voor de WHW.

Samenwerking met het bedrijfsleven werd ook gestimuleerd met Innovatiegerichte Onderzoeksprogramma's (1981-2010), waarvoor extra financiering ter beschikking werd gesteld. Die programma's hadden als kenmerk dat zij

144 *Kamerstukken II* 1963/64, 7400, nr. 15, p. 10.
145 <https://www.parlement.com/id/vg09llybsu02/a_j_piekaar>.
146 Art. 45 lid 9, *Stb.* 1956, nr. 310 (Wet op de wijziging op de hoger onderwijswet betreffende het technisch hoger onderwijs).
147 Art. 100 lid 1 WWO 1960. Zie daarover ook Van der Meer & Spieksma 199, hoofdstuk 3.
148 Baneke, *Studium* 2012, p. 124.
149 *Kamerstukken II* 1974/75, 13221, nr. 2, p. 108.
150 Nota Contractonderzoek 1981. Zie eerder passages in Nota Technologische Innovatie uit 1980 (*Kamerstukken II* 1979/80, 15855, nr. 2) en de BUOZ-nota 1979 (*Kamerstukken II* 1979/80, 15825, nr. 2).
151 Regeling bestemming eigen inkomsten. Eerder: *Stcrt.* 1981, 183, Besluit bestemming eigen inkomsten (ex art. 100 lid 2 WWO) en *Kamerstukken II* 1986/87, 19788, nr. 1-2, p. 40-41.
152 Art. 2 lid 3 WWO 1985. Zie over de geschiedenis van de wettelijke taken ook Foppen, *Tijdschrift voor hoger onderwijs* 1989.

een kader vormden voor samenhangende projecten en de uitvoering van die projecten coördineerden.[153] Hiermee werd beoogd 'deskundigheid op te bouwen op gebieden die voor de ontwikkeling van het Nederlandse bedrijfsleven belangrijk geacht worden.'[154] Vanaf de jaren 90 van de vorige eeuw werden mede met aardgasbaten verschillende programma's opgezet die publiek-private samenwerking stimuleerden.[155]

De nota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit uit 1985, die zoals gezegd de basis vormde voor de huidige WHW, legde de nadruk op meer zelfregulering en financiële onafhankelijkheid van de universiteiten. De terugtred van de overheid die hier tot uiting komt had ook te maken met een krimp in het onderwijsbudget en de invoering van voorwaardelijke financiering voor het onderzoek in 1983.[156] Dit gegeven in combinatie met een stijging van het aantal studenten dat bediend moest worden, oftewel massificatie, zorgde ervoor dat hogeronderwijsinstellingen efficiënter te werk moesten gaan en via nieuwe wegen financiële middelen moesten aanboren.

Verder kan worden gewezen op het beleid waarin de universiteit moet bijdragen aan de kenniseconomie.[157] Dit begrip duidt op een economie waarin kennis de belangrijkste productiefactor vormt, belangrijker dan de productiefactoren kapitaal, arbeid en natuur. In een kenniseconomie is kennis als privaat goed verhandelbaar.[158] Het creëren van kennis of technologische vooruitgang vormt de motor van deze economie. Europa zou in vergelijking tot de Verenigde Staten achterlopen op het vlak van innovatie, ondanks de hogere investeringen in kennis en kennisproductie, oftewel publicaties.[159] Dit wordt door de Europese Commissie de Europese Paradox genoemd.[160] De versterking van de Europese kenniseconomie is daarom een speerpunt van de Europa-2020-strategie en de daaraan voorafgegane Lissabonstrategie 2000.[161] De Europese Unie streeft naar een innovatie-unie waarin samenwerking tussen universiteiten, onderzoekscentra en ondernemingen wordt aangemoedigd.[162]

153 Innovatienota 1980 (*Kamerstukken II* 1979/80, 15855, nr. 2).
154 *Ibid*.
155 Hessels & Deuten 2012.
156 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 649, nr. 2 (Nota Taakverdeling en concentratie in het w.o.) Zie kritisch over de terugtred van de overheid: Lorenz 2005, p. 165-196.
157 OECD 1996, p. 26
158 Debackere 2006, p. 277-317.
159 Dosi e.a., *Research Policy* 2006, p. 1453.
160 Europese Commissie, Green Paper on Innovation, december 1995, p. 5. Mazzucato 2017, p. 83. Het bestaan van een dergelijk paradox (sterke wetenschap, weinig technologie) is niet onomstreden: Rodríguez-Navarro & Narin, *Science and Public Policy* 2018 betoogt dat publicaties van Europese universiteiten over het algemeen minder worden geciteerd dan publicaties van Amerikaanse universiteiten.
161 Mededeling van de Commissie, Europa 2020. Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 maart 2010. Europese Raad, 23 en 24 maart 2000 < https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm>.
162 Zie ook WRR 2013, p. 212

Sinds het kabinet-Rutte I[163] is publiek-private samenwerking vooral ingezet via het topsectorenbeleid. In het regeerakkoord van dat kabinet is te lezen dat het onderzoek in samenwerking tussen het bedrijfsleven, de overheid en de universiteiten moet worden bevorderd, evenals het opzetten van bedrijven bij universiteiten. Het topsectorenbeleid valt onder een breder bedrijvenbeleid waarin Nederland de ambitie heeft om tot de mondiale top vijf van de kenniseconomie te gaan behoren en 2,5% van het bruto binnenlands product aan onderzoek en ontwikkeling uit te geven. Daarbij richt men zich op de samenwerking tussen bedrijven, kennisinstellingen en de overheid, die 'de gouden driehoek' of *Triple Helix* wordt genoemd, in negen economische aandachtsgebieden. Het streven is dat in kennisintensieve en exportgerichte topsectoren veel wordt samengewerkt tussen ondernemers en kennisinstellingen, opdat bijgedragen kan worden aan oplossingen voor maatschappelijke vraagstukken. Vanaf 2018 is de aandacht van de sectoren verschoven naar missiegedreven innovatiebeleid waarin ingezet wordt op sleuteltechnologieën.[164] Het topsectorenbeleid is doorgezet in de Kennis- en Innovatieagenda 2018-2021. Universiteiten hebben het Kennis- en Innovatieconvenant 2020-2023 getekend, waarin zij zich in financieel kader en in-kind committeren aan het bijdragen aan bepaalde thema's. Bovendien bestaan subsidies in de vorm van garanties en geldleningen voor start-ups, waaronder die van zogenoemde academische innovatieve starters en hbo-innovatieve starters, samenwerkingsverbanden met het midden- en kleinbedrijf en het thematische technologytransferprogramma.[165]

### 2.3.5 Tussenconclusie

Het academisch ondernemerschap heeft in de Verenigde Staten een hoge vlucht genomen door onder andere veranderde opvattingen over de commerciële rol die universiteiten zich mogen aanmeten, met als gevolg onder meer veranderde octrooiregelgeving. In Nederland is geen sprake geweest van specifieke veranderingen in octrooiregelgeving om het academisch ondernemerschap te faciliteren. Wel is er vanuit het rijksoverheidsbeleid in de jaren 60 van de vorige eeuw meer aandacht gekomen voor bijvoorbeeld contractonderzoek en meer recentelijk voor valorisatie. Het valorisatiebeleid van de overheid kan in samenhang worden gezien met de wens van de Europese Commissie om wat betreft octrooistatistieken in de pas met de Verenigde Staten te lopen.

163 *Kamerstukken II* 2010/11, 23637, nr. 1.

164 Ministerie van EZK, 'Missiegedreven Topsectoren- en Innovatiebeleid', 26 april 2019 (*Kamerstukken II* 2018/19, 33009, nr. 70).

165 Titel 3.22 Regeling nationale EZ-subsidies.

## 2.4 Risico's van het academisch ondernemerschap

### 2.4.1 Inleiding

De Onderwijsinspectie noemt in haar onderzoeksrapport *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen. Rapportage over een inventariserend veldonderzoek in 2012* allerlei risico's van 'private activiteiten' van bekostigde onderwijsinstellingen. De Onderwijsinspectie hanteert het begrip private activiteiten voor 'alle activiteiten die niet alleen dienen voor de uitvoering van de bekostigde wettelijke taken' van het onderwijs en onderzoek.

De risico's bij het verrichten van deze activiteiten zijn op basis van het rapport van de Onderwijsinspectie in ieder geval:
- het weglekken van publieke middelen naar private activiteiten;
- concurrentievervalsing (of: oneerlijke mededinging); en
- aantasting van de wetenschappelijke integriteit.

De risico's die in het rapport worden genoemd, zullen hierna worden besproken, aangevuld met enige context.

### 2.4.2 Weglekken van publieke middelen

Universiteiten zijn hybride organisaties. Enerzijds ontvangen, beheren en besteden zij publieke middelen en voeren zij hun publieke taken uit. Anderzijds ontvangen, beheren en besteden zij private middelen en verrichten zij private activiteiten. Zonder goede waarborgen kunnen publieke middelen weglekken ten behoeve van deze private activiteiten. Dat kan betekenen dat hoger onderwijsinstellingen verliezen op de private activiteiten compenseren met publieke middelen.[166] Een voorbeeld van het 'weglekken' van publieke middelen zijn de 1 miljoen euro aan uitgaven van Hogeschool Stenden (Stenden University) voor commerciële opleidingen in Bangkok, Bali, Qatar en Port Alfred.[167] In 2019 is Stenden University weer in de media in opspraak gekomen vanwege vermeende kwaliteits- en integriteitsgebreken.

Naar aanleiding van de oprichting van de Chinese Campus in Yantai door de Rijksuniversiteit Groningen drong de wetgever bij het mogelijk maken van internationale opleidingen er dan ook op aan om geen publieke middelen in te zetten voor deze private activiteiten.[168] Het project is niet doorgegaan. Een universiteitsraadslid uit de studentgeleding heeft door middel van een Wob-verzoek achterhaald dat er, via het herclassificeren van gelden in het jaarverslag, mogelijk miljoenen publieke gelden zijn omgezet naar private

166 Algemene Rekenkamer 2012.
167 Inspectie van het Onderwijs, *Incidenteel Onderzoek Stenden*, Utrecht, februari 2012.
168 *Kamerstukken II* 2016/17, 34355, nr. 8.

gelden.[169] Dit terwijl er volgens de Minister van OCW geen publieke gelden naar deze commerciële campus mocht gaan. Het herclassificeren van publieke middelen naar private middelen is in strijd met de Regeling jaarverslaggeving onderwijs en de Richtlijnen Jaarverslaggeving Onderwijs waarin geregeld is dat ook winsten met publieke middelen publieke gelden blijven.[170] Vanwege de gebrekkige scheiding van publieke middelen en private activiteiten zal de universiteit waarschijnlijk 669.000 euro aan belastinggeld terug moeten betalen.[171]

De Onderwijsinspectie constateert dat er in de praktijk vooral een gebrek is aan transparantie. De meeste bekostigde instellingen verantwoorden hun private activiteiten onvoldoende in het jaarverslag. Ook constateert de Onderwijsinspectie dat de huidige regels over private activiteiten onduidelijk zijn.[172] De hiervoor genoemde risico's waren overigens al langer bekend. De Algemene Rekenkamer heeft in 1986,[173] 2005[174] en in 2012[175] gewezen op vergelijkbare risico's.

De belangrijkste juridische kaders om deze risico's tegen te gaan, zijn de regels over de *checks & balances* tussen het bestuur, de raad van toezicht, de instellingsaccountant en medezeggenschapsorganen. Ook moet er aandacht blijven voor de publieke waarden van de universiteit en mag deze niet verder gaan dan haar doelstellingen.

De wettelijke kaders die het weglekken van publieke middelen regelen, zijn te vinden in het onderwijs(bekostigings)recht, in het bijzonder in het Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (zie ook hierna onder oneerlijke mededinging).

### 2.4.3 Oneerlijke mededinging

De aanwezigheid van universiteiten of hogescholen op de markt impliceert dat zij daarop de concurrentie aangaan. Vanuit private kennisproducerende ondernemingen of particuliere onderwijsorganisaties kunnen vraagtekens rijzen

169 Van der Boon, *FD* 2018.
170 Zie daarover hoofdstuk 3.
171 Verdult e.a. 2019.
172 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 28753, nr. 37.
173 *Kamerstukken II* 1986/87, 19788, nr. 2, p. 41 ('De minister heeft aanbevolen voor de contractresearch een tariefstelling te hanteren met een integrale kostprijs. De meeste instellingen hebben daar problemen mee en realiseren deze aanbeveling in de praktijk zelden'.)
174 *Kamerstukken II* 2004/5, 3022, nr. 1-2. Zie ook Auditdienst OCW, 18 juli 2007, Themaonderzoek besteding van publieke middelen aan private activiteiten in het Hoger Onderwijs. Zie ook Auditdienst OCW, 25 oktober 2011, 'Bewegen door verbinden, sluiting van de cyclus beleid-toezicht publiek-privaat'.
175 *Kamerstukken II* 2011/12, 30220, nr. 1-2, Algemene Rekenkamer 2012.

over concurrentievervalsing[176] als universiteiten of hogescholen publieke middelen inzetten voor private activiteiten. Daarmee zouden zij immers de diensten voor lagere prijzen kunnen aanbieden dan de particuliere concurrenten. Ecorys schrijft in het evaluatierapport over de Wet markt en overheid dat de 'ervaren hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen' het grootste is in de onderwijssector.[177] Bekostigde onderwijsinstellingen zijn uitgezonderd van de Wet markt en overheid, omdat er vergelijkbare sectorspecifieke regels zijn. Die waren tot voor kort vastgesteld in de beleidsregel Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (notitie Helderheid), die de visie bevat van de Minister van OCW over de betekenis van het vereiste van 'een doelmatige besteding van publieke middelen' in de WHW.[178] Dat is tegenwoordig de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten. Ook is het Europese staatssteunrecht van toepassing.

In de onderwijssector hebben LOI en NTI tot aan de hoogste bestuursrechter geprocedeerd tegen de Open Universiteit, omdat deze met publieke middelen de concurrentie zou aangaan met een hbo-master in de vorm van afstandsonderwijs.[179] Ook procedeerde een softwarebedrijf tegen de Europese Commissie bij het Gerecht van Eerste Aanleg omdat deze niet erkende dat een spinoff van TU Delft een te goedkope licentie kreeg voor bepaalde scheepsbouwsoftware.[180] Verder procedeerde een Belgisch bedrijf, dat Niet Invasieve Prenatale Testen aanbiedt, tegen de Minister van VWS. Volgens het bedrijf verstoorde de minister de markt door het subsidiëren van academische ziekenhuizen zodat de ziekenhuizen deze testen voor een lage prijs op de markt kunnen zetten.[181] Dit zijn voorbeelden van ervaren concurrentievervalsing die leiden tot juridische procedures.

### 2.4.4 Aantasting academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit

Geregeld trekken Kamerleden objectiviteit van onderzoek dat geheel of gedeeltelijk door de markt wordt gefinancierd in twijfel.[182] De heersende opvatting (zoals steeds wordt verwoord door de minister die deze vragen beantwoord)

176 *Kamerstukken II* 1984/85, 18736, nr. 1. Dit risico is in 1994 gesignaleerd door Backx in zijn proefschrift *Het particulier onderwijs*, p. 97. Vgl. Ministerie van EZ, Visie op het toegepast onderzoek, 5 juli 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 32637, nr. 68, p. 1 ('Kern van deze gedragsregels is dat de instituten met de overheidssubsidie pre-competitief onderzoek uitvoeren en geen onderzoek doen dat door marktpartijen al met voldoende diepgang wordt gedaan').

177 Zie ook PwC & Van Doorne 2005.

178 Art. 2.9 WHW.

179 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, *AB* 2014, 344, m.nt. Barkhuysen & Claessens.

180 Gerecht EU 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:497.

181 Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278.

182 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2021/22, vraag 2022Z09721 (Vragen van de leden Kwint en Jasper van Dijk (beiden SP) aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over het be-

is dat private investeringen en samenwerking met het bedrijfsleven geen probleem opleveren, mits onderzoekers transparant maken wie de geldschieter is.[183]

Wetenschappelijke integriteit raak ook aan governancevraagstukken. In Rotterdam bracht de onderzoekscommissie Overeenkomsten RSM-Bedrijfsleven onlangs haar rapport uit.[184] Daarin staat dat in de bedrijfskundige faculteit omstandigheden zijn gevonden waardoor de integriteit op het spel staat. Zo kunnen werknemers advieswerk verrichten via een aparte rechtspersoon en buiten toezicht van de universiteit. De hoeveelheid besloten vennootschappen blijkt voor de universiteit zelf al onoverzichtelijk. Bovendien is er geen duidelijk overzicht van gesloten contracten en nevenwerkzaamheden van werknemers.

Ook is wetenschappelijke integriteit in sommige gevallen moeilijk bespreekbaar. De Universiteit Leiden stopte in 2019 met het aanbieden van een geaccrediteerde masteropleiding in het International Tax Centre, dat een privaat initiatief was van een hoogleraar waarvoor veel autonomie was bedongen, zodat er dus nauwelijks toezicht op bestond vanuit de universiteit.[185]

De realisering van de drie hiervoor genoemde risico's kan volgens de Onderwijsinspectie invloed hebben op de kwaliteit van de wettelijke kerntaken onderwijs en onderzoek. Bestuurskundige In 't Veld duidt het proces van de verwaarlozing van publieke taken aan de hand van de wet van Gresham *good money drives out bad money*.[186] Focus op diensten en bijhorende faciliteiten die geld binnenbrengen, kan gepaard gaan met verloedering van taken en faciliteiten die afhankelijk zijn van publieke middelen. Dit kan ook interne spanningen veroorzaken tussen degenen die veel private gelden verdienen vanwege een voor de markt interessante onderzoeksgebied en degenen die meer afhankelijk zijn van subsidies, vooral wanneer beslissingen over het maken van promotie worden bepaald door de mate van ontplooide ondernemende activiteiten.

Volgens de Onderwijsinspectie kan er ook invloed zijn op de richting van onderwijs en onderzoek waarbij fundamenteel onderzoek en breed toegankelijk publiceren worden bemoeilijkt. Het breed en toegankelijk publiceren wordt in de praktijk bovendien beperkt door bedrijven die met universiteiten tijdelijke publicatieverboden bij gesponsord onderzoek overeenkomen, om de nieuwheid

---

richt dat de Universiteit Leiden sponsoring hoogleraar door Belastingdienst verzweeg (ingezonden 18 mei 2022)).

183 Zie bijv. *Aanhangsel van de Handelingen* 2012/13, 822, 18 december 2012 (Kamervragen over het door Red Bull gesponsord onderzoek aan de Universiteit Utrecht).

184 Zeemeijer, *FD* 2018. Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 21288, nr. 640.

185 Simons, *Leidsch Dagblad* 2018. Zie ook: ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:143, r.o. 3.

186 In 't Veld 1995, p. 44, hierin: 'marktransacties verdrijven taakgeoriënteerde processen'. In 't Veld verzorgde ook de presentatie 'Ondernemerschap binnen en door universiteiten' (17 juni 2016) tijdens Leergang Ondernemerschap in Alfa- en Gamma Wetenschappen van Science Works.

van eventuele vindingen te waarborgen zodat hiervoor octrooirechten kunnen worden aangevraagd.

Vannevar Bush benoemde het risico dat toegepaste wetenschap de zuivere wetenschap uitdrijft in de Amerikaanse wetenschapsnota *Science, The Endless Frontier* uit 1945:[187]

> 'The distinction between applied and pure research is not a hard and fast one, and industrial scientists may tackle specific problems from broad fundamental viewpoints. But it is important to emphasize that there is a perverse law governing research: Under the pressure for immediate results, and unless deliberate policies are set up to guard against this, applied research invariably drives out pure. The moral is clear: It is pure research which deserves and requires special protection and specially assured support.'

Tegenwoordig doen academische wetenschappers nog steeds zowel aan zuivere wetenschap als aan toegepaste wetenschap en verschilt de balans hierin tussen verschillende disciplines. In Nederland zijn er nog altijd meer academici die aan zuiver onderzoek doen dan aan toegepast onderzoek, wat uitzonderlijk is vergeleken met de situatie in landen zoals Duitsland, Finland en het Verenigd Koninkrijk.[188] Het pleidooi van Bush voor de bescherming van zuivere wetenschap zou een actueel antidotum zijn in een tijd waarin voornamelijk aandacht lijkt te zijn voor sturing op wetenschappelijke output en het valoriseren van kennis. De marktlogica die in dat discours wordt gehanteerd, impliceert dat wetenschap op zichzelf niet waardevol is, of in ieder geval zonder toepassing in de praktijk *minder* waardevol.[189]

In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op de vraagstukken die spelen rondom de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit.

### 2.4.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf zijn risico's genoemd die aan het academisch ondernemerschap verbonden zijn, met name het weglekken van publieke middelen naar

187 Bush 1945, p. 77. Zie ook Bok 2011, p. 149.

188 Bentley, Gulbrandsen & Kyvik, *Higher* Education, p. 700, 704.

189 Naar Berman, *Social Studies of Science* 2012, p. 157 over de uitbreiding van de marktlogica in de wetenschap in de tweede helft van de jaren 80 van de vorige eeuw ('To some extent the expansion of market logic displaced the use of science logic. The mission of technology transfer implied that science was not valuable for its own sake, or at least not nearly as valuable as it would be if it were applied in the outside world.'). Zij ziet daarin een verschil tussen nog altijd sterke 'wetenschapslogica' binnen de universiteit waar bijvoorbeeld interessant wetenschappelijk werk wordt gewaardeerd en peer review de gouden standaard blijft enerzijds en het naar buiten toe rechtvaardigen (van de wetenschap) als motor voor de economie, anderzijds.

private activiteiten, oneerlijke mededinging, en de aantasting van wetenschappelijke integriteit.

Hierna worden de actoren bij het academisch ondernemerschap besproken, met het bijbehorend juridisch kader.

## 2.5 Actoren uit het speelveld en bijbehorende regelgeving

### 2.5.1 Algemeen

In deze paragraaf worden de betrokkenen bij het academisch ondernemerschap besproken. Die betrokkenen of anders gezegd actoren maken onderdeel uit van een breder nationaal innovatiesysteem, dat wel wordt omschreven als 'een set van publieke en private actoren die betrokken zijn bij het exploiteren en vercommercialiseren van nieuwe kennis afkomstig uit een wetenschappelijke basis, technologische basis of uit een interactie daartussen'.[190] De te bespreken actoren zijn hoofdzakelijk universiteiten en andere kennisinstellingen, individuele ondernemers, jonge midden- en kleinbedrijven, publieke en private financiers en overheden als financiers en beleidsmakers.[191] De juridische status van deze actoren, met bijbehorende regelgeving wordt hierna in hoofdlijnen behandeld, waarbij eerst wordt ingegaan op de universiteiten en de betrokkenen daarbinnen (paragraaf 2.5.2), om vervolgens aandacht te besteden aan externe betrokkenen (paragraaf 2.5.3).

### 2.5.2 Universiteiten en interne betrokkenen

#### *2.5.2.1 Overzicht*

Binnen de universiteit zijn in de eerste instantie het ondernemend wetenschappelijk personeel, ondernemende studenten en het valorisatiecentrum of kennistransferoffice (KTO) betrokken bij ondernemerschap. Daarnaast is het bestuur van de universiteit relevant en is het medezeggenschapsorgaan relevant voor de invloed op de ondernemende koers die de universiteit vaart. Voorts hebben de instellingsaccountant en de raad van toezicht intern ten opzichte van de universiteitshuishouding een controlerende rol. Ten slotte kan in geval van integriteitsschendingen de commissie of functionaris wetenschappelijke integriteit een rol spelen bij het adviseren van het universiteitsbestuur over het te nemen besluit.

De juridische status van en het juridisch kader voor deze actoren worden in de hierna volgende subparagrafen behandeld.

190 Granierie & Renda 2012, p. 33.
191 *Ibid.*

### *2.5.2.2 Universiteiten*

De Bijlage bij de WHW somt de bekostigde universiteiten op.[192]

Momenteel bestaan er, naast de Open Universiteit, tien openbare universiteiten. Artikel 23, derde lid, Grondwet draagt de wetgever op openbaar onderwijs te regelen. Openbare universiteiten hebben een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid.[193] Artikel 23, tweede en zevende lid, Grondwet waarborgt ook de vrijheid van het onderwijs en schrijft de bekostiging van het bijzonder onderwijs voor. Naast openbare universiteiten, kent Nederland drie bekostigde bijzondere universiteiten en vier bekostigde bijzondere levensbeschouwelijke universiteiten. Zo'n universiteit gaat uit van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Openbare en bijzondere universiteiten ontvangen rijksbekostiging op grond van artikel 1.9 WHW.

Er zijn ook onbekostigde onderwijsinstellingen, die in de wet worden geregeld als 'rechtspersonen voor het hoger onderwijs'. Nyenrode Business Universiteit en Tias Business School zijn op grond van het overgangsrecht 'aangewezen instellingen', maar de regels voor rechtspersonen voor het hoger onderwijs zijn op hen van toepassing.[194] Anders dan andere rechtspersonen voor het hoger onderwijs mogen zij de naam universiteit voeren.[195] De transnationale Universiteit Limburg is ook een 'aangewezen instelling', maar wordt wel publiek gefinancierd.[196]

De WHW bepaalt de wettelijke doelstellingen van universiteiten.[197] Openbare en bijzondere universiteiten verzorgen wetenschappelijk onderwijs en verrichten wetenschappelijk onderzoek. Volgens de WHW verzorgen zij in ieder geval initiële opleidingen[198] in het wetenschappelijk onderwijs, verrichten zij wetenschappelijk onderzoek en voorzien zij in de opleiding tot wetenschappelijk onderzoeker of technologisch ontwerper. Zij dragen ook kennis over ten behoeve van de maatschappij.[199] Levensbeschouwelijke universiteiten verzorgen onderwijs voor een levensbeschouwelijk ambt of beroep, verrichten onderzoek op levensbeschouwelijk terrein, voorzien in de opleiding tot wetenschappelijk onderzoeker en dragen kennis over ten behoeve van de maatschappij.[200] De Open Universiteit verzorgt wetenschappelijk onderwijs en hoger

192 Art. 1.8 WHW jo. Sub i Bijlage behorende bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, sub a-j. Zie voor een toelichting op de WHW: Zoontjens 2021.
193 Art. 1.8 lid 2 WHW.
194 Art. 18.75 lid 3 WHW.
195 Art. 1.22 lid 1 WHW.
196 Art 2.5 lid 1 WHW. Zie ook art. 5 en 7 uit Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Vlaamse Gemeenschap van België inzake de transnationale Universiteit Limburg (*Trb*. 2001, 38).
197 Art. 1.3 WHW.
198 Dat wil zeggen bacheloropleidingen en masteropleidingen volgend op bacheloropleidingen (art. 7.3a WHW).
199 Art. 1.3 lid 1 WHW.
200 Art. 1.3 lid 2 WHW.

beroepsonderwijs, verricht wetenschappelijk onderzoek en onderzoek, gericht op de beroepspraktijk, en levert een bijdrage aan vernieuwing in het hoger onderwijs. Zij verzorgt in ieder geval initiële opleidingen in de vorm van afstandsonderwijs.[201] De Open Universiteit is in 1984 door de wetgever ingesteld ter facilitering van het onderwijs langs de 'tweede weg', oftewel het in een latere levensfase kunnen studeren dan als twintiger.[202]

Sinds 1 juni 2018 is het mogelijk om na toestemming van de minister een volledig zelfstandige geaccrediteerde opleiding in het buitenland te verzorgen en daarvoor toch Nederlandse graden te verstrekken.[203] Dat was daarvoor slechts beperkt mogelijk: een kwart van de opleiding moest in Nederland worden gevolgd.[204] Wel bestond toen de mogelijkheid om gezamenlijk met een buitenlandse hogeronderwijsinstelling graden te verlenen.[205] Ook bestaan in het buitenland instituten van individuele universiteiten en samenwerkingsverbanden tussen universiteiten. Maastricht heeft bijvoorbeeld een Campus Brussels; die campus heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid. Ook zijn er Nederlandse Wetenschappelijke Instituten in het Buitenland, die gezamenlijk door universiteiten en buitenlandse instituten van individuele universiteiten worden beheerd.

Volgens artikel 1.9, eerste lid, WHW hebben universiteiten voor het verzorgen van initieel onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek aanspraak op rijksbekostiging. Er is geen (expliciete) aanspraak op de rijksbekostiging voor het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij.

De WHW kent het begrip 'private activiteiten' ten behoeve van onderwijs en onderzoek uit artikel 2.7a van de WHW. Dit artikel kent een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten ten behoeve van onderwijs en onderzoek. Die grondslag is evenwel niet benut. De randvoorwaarden voor private activiteiten zijn te vinden in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.[206] Het gaat volgens de voorloper van deze beleidsregel, de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs,[207] om 'investeringen van een instelling in commerciële activiteiten voor of in samenwerking met derden, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht.'[208] In de huidige beleidsregel

201 Art. 1.3 lid 4 WHW.
202 *Kamerstukken II* 1976/77, 14400, nr. 102; *Kamerstukken II* 1983/84, 18227, nr. 3.
203 Art. 1.19 WHW.
204 Rapport Inspectie van het Onderwijs, Incidenteel onderzoek Stenden Hogeschool, februari 2012.
205 Art. 7.3c WHW.
206 *Stcrt.* 2021,18237.
207 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukken* II 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2, pag. 23; Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukke*n II 2004/05, 28 248, nr. 72) en Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84.
208 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs, thema 2.

zijn private activiteiten 'alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover deze activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.'[209] Het begrip private activiteiten wordt in hoofdstuk 3 behandeld.

Er zijn verschillen in de juridische status van openbare en bijzondere universiteiten. Eén verschil betreft de gebondenheid van de organen van openbare universiteiten aan bestuursrechtelijke wetten, zoals de Awb en de Wet open overheid. Deze wetten zijn van toepassing op bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 van de Awb. Voor bijzondere universiteiten geldt dat zij in beginsel geen bestuursorgaan zijn. Een uitzondering betreft de verklaring van het instellingsbestuur die ertoe strekt dat het getuigschrift kan worden afgegeven.[210] In de Wet open overheid was aanvankelijk in artikel 2.3 eerst de mogelijkheid voor de regering gecreëerd om semi-publieke sectoren (waar bijzondere universiteiten onder vallen) onder de reikwijdte van de wet te laten vallen. Door de Wijzigingswet Woo verviel deze mogelijkheid.[211] De Ambtenarenwet 2017 heeft dit onderscheid tussen openbare en bijzondere universiteiten anders geregeld. Daar is geen verschil tussen openbare en bijzondere universiteiten in de toepasselijkheid van de wet. Daarin is namelijk geregeld dat openbare universiteiten geen overheidswerkgever zijn.[212]

De huidige situatie in de WHW heeft tot gevolg dat instellingsbesturen van openbare universiteiten meer rekening moeten houden met de belangen van concurrenten dan bijzondere universiteiten, vanwege de gebondenheid aan het ongeschreven gelijkheidsbeginsel. De toepassing van dit gelijkheidsbeginsel is in de jurisprudentie aanzienlijk uitgebreid. De Hoge Raad heeft in het *Didam*-arrest geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel – dat strekt tot het bieden van gelijke kansen – voortvloeit dat een overheidslichaam bij het verkopen van een onroerende zaak mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden. Die verplichting bestaat wanneer er meer gegadigden zijn voor de aankoop of als dat redelijkerwijs te verwachten is (schaarste).[213] De kopers dienen te worden geselecteerd aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Het overheidslichaam moet dan ook een 'passende mate van openbaarheid […] verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen

209 *Stcrt.* 2021,18237

210 ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273, r.o. 2.4.5. Zie ook Rb. Roermond 19 februari 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BC6872; Rb. Leeuwarden 10 juli 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BD7123. Zie over de raad van bestuur van de WUR (een personele unie van de colleges van bestuur van Wageningen Universiteit, Stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek en Stichting Van Hall Larenstein: Rb. Arnhem 26 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL7287.

211 *Stb*. 2021, 500.

212 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

213 *Ibid*., r.o. 3.1.5.

selectiecriteria'.[214] Hierover moet voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid worden geschapen door 'informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.'[215] Onduidelijk is nog wat de impact is van deze uitspraak op universiteiten en of deze uitspraak alleen op de verkoop van onroerende zaken ziet. Denkbaar is dat de verhuur van ruimten voor ondernemers of de overdracht van intellectuele eigendomsrechten ook onder de reikwijdte van deze zogenoemde mededingingsnorm zal vallen.

Het is verder opvallend dat de WHW geen transparante procedure kent voor nieuwe instellingen om toegang te krijgen tot rijksbekostiging. Er is in die zin geen stimulerend klimaat voor nieuwe initiatieven, al dan niet geïnitieerd door buitenlandse instellingen, om zich in Nederland te vestigen.

#### *2.5.2.3 Universitair medische centra*

Bij een aantal bekostigde universiteiten hoort een universitair medisch centrum (UMC). Een UMC is een gezamenlijke organisatie van een academisch ziekenhuis en een medische faculteit van een universiteit. Academische ziekenhuizen zijn ziekenhuizen die horen bij de bekostigde universiteiten die een opleiding voor het beroep van arts verzorgen.[216] De academische ziekenhuizen zijn werkzaam op het gebied van de patiëntenzorg en staan mede in dienst van het wetenschappelijk geneeskundig onderwijs en onderzoek aan de universiteit waaraan zij verbonden zijn. Ze vervullen topklinische functies en topreferentiefuncties[217] in de gezondheidszorg. Zij verlenen ook medewerking aan de opleiding tot medisch specialist. Een andere taak van academische ziekenhuizen is het zorgdragen voor een educatieve voorziening voor de onderwijsondersteuning aan leerlingen die zijn opgenomen in het academisch ziekenhuis en aan personeel van een schoolbegeleidingsdienst.[218]

De academische ziekenhuizen die horen bij een openbare universiteit hebben een eigen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid.[219] De academische ziekenhuizen die horen bij een bijzondere universiteit gaan uit van de rechtspersoon die de bijzondere universiteit in stand houdt. Een UMC wordt voor openbare universiteiten (die ook een eigen rechtspersoonlijkheid hebben)

214 *Ibid.*
215 *Ibid.*
216 Art. 1.8 lid 2 jo. 1.13 lid 1 WHW jo. Bijlage behorende bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek sub j. Deze academische ziekenhuizen werken samen met medische faculteiten in een universitair medisch centrum. Dat zijn de LUMC, UMC Groningen, AMC, VUMC, UMC Utrecht, Erasmus MC, Maastricht UMC+ en Radboudumc.
217 Volgens de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra is topreferente zorg zeer specialistische zorg waarvoor geen doorverwijzing meer mogelijk is. Het kan dan gaan om een zeldzame aandoening, een complexe aandoening of behandeling of een uitzonderlijk verloop van een veelvoorkomende aandoening <nfu.nl/trf>.
218 Art. 1.4 lid 2-4 WHW.
219 Art. 1.8 lid 2 en 1.13 lid 2 WHW.

georganiseerd door middel van een gemeenschappelijke regeling waarin een gemeenschappelijk beleidsorgaan moet worden opgericht.[220] Dit gemeenschappelijk beleidsorgaan heeft tot taak doelmatige samenwerking op het terrein van het wetenschappelijk geneeskundig onderwijs en onderzoek tussen de universiteit en het academisch ziekenhuis te bevorderen.[221] Ook bij bijzondere universiteiten moet voldoende onderlinge afstemming bestaan tussen de universiteit en het academisch ziekenhuis,[222] wat in principe bereikt kan worden door middel van een structuurregeling van een overkoepelende rechtspersoon.[223]

#### *2.5.2.4 Personeel*

De WHW kent een verplichting voor het bestuur om de rechtspositie van het personeel te regelen.[224] Hierbij moet door of namens het bestuur overleg worden gevoerd met daarvoor in aanmerking komende werknemersverenigingen, op een met deze schriftelijk overeengekomen wijze.[225] Dat geldt overigens ook voor 'andere aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van het personeel'.[226]

Personeelsleden van openbare universiteiten zijn geen ambtenaren meer. Deze openbare instellingen zijn geen overheidswerkgever in de zin van de Ambtenarenwet 2017.[227]

Voorheen bestond een onderscheid tussen de rechtspositie van werknemers van openbare universiteiten en werknemers van bijzondere universiteiten, maar dit onderscheid is weggenomen. Daarmee gelden de bepalingen over onder andere integriteit, nevenwerkzaamheden en de grondrechtenbeperking in de Ambtenarenwet 2017 niet. De memorie van toelichting bij de Ambtenarenwet 2017 verwijst naar de eigen cao, die beter zou zijn toegesneden op de onderwijspraktijk.[228]

De belangrijkste regeling is de eigen cao, de Cao Nederlandse Universiteiten.[229] Paragraaf 3 daarvan gaat over intellectuele eigendomsrechten. In artikel 1.21 staat dat de werknemer in bepaalde gevallen een schriftelijke meldingsplicht heeft:

220 Art. 12.19 jo. art. 12.20 WHW.
221 Art. 12.19 lid 2 WHW.
222 *Kamerstukken II* 1988/89, 20889, nr. 3, p. 16. Art. 2.18 WHW.
223 Art. 2.18 WHW.
224 Art 4.5 WHW.
225 Art 4.5 WHW.
226 Art. 4.5 WHW.
227 *Stb.* 2019, 395.
228 *Kamerstukken II* 2018/19, 35089, nr. 3.
229 CAO Nederlandse Universiteiten, 1 januari 2021 tot en met 31 maart 2022.

> '1. De werknemer die tijdens of anderszins in samenhang met de uitoefening van zijn functie een mogelijk octrooieerbare uitvinding doet dan wel door kweekarbeid een ras wint, waarop mogelijk kwekersrecht kan worden verkregen, is verplicht daarvan schriftelijk mededeling te doen aan de werkgever onder overlegging van zodanige gegevens dat de werkgever zich een oordeel kan vormen over de aard van de uitvinding respectievelijk het ras.
> 2. De verplichting in lid 1 ontstaat op het moment dat de werknemer redelijkerwijze tot het oordeel heeft kunnen komen, dat er van een zodanige uitvinding of van een zodanig ras sprake kan zijn. De werknemer wordt in ieder geval geacht tot een dergelijk oordeel te kunnen komen op het moment dat de uitvinding is voltooid respectievelijk het ras is gewonnen.
> 3. Het in dit artikel bepaalde is zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing ingeval de werknemer een auteursrechtelijk beschermd werk vervaardigt, indien en voor zover de werkgever niet anders heeft bepaald.'[230]

In gevallen waarin de werknemer de zojuist beschreven meldingsplicht heeft, kunnen rechten ontstaan. Voor zover het niet om zogenoemde persoonlijkheidsrechten gaat, dient volgens de cao de werknemer op een daartoe strekkend verzoek die rechten geheel of gedeeltelijk over te dragen, teneinde de werkgever in staat te stellen binnen een 'nader te bepalen termijn' van die rechten 'in het kader van de vervulling van zijn wettelijke taken' gebruik te maken.[231] Die wettelijke taken van universiteiten zijn in het voorafgaande genoemd en omvatten kort gezegd onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht ten behoeve van de maatschappij. De desbetreffende cao-bepaling vangt aan met een 'onverminderd'-clausule waarin verwezen wordt naar de artikelen 12 Rijksoctrooiwet, 51 Zaaizaad- en Plantgoedwet en 7 Auteurswet. Daarin wordt geregeld dat de desbetreffende rechten toekomen aan de werkgever. De cao beoogt dus niet de rechten in principe toe te kennen aan de werknemer, waarna een eventuele overdracht aan de werkgever plaatsvindt.

Als de werkgever geen gebruik heeft gemaakt van de overgedragen rechten, is de werknemer na deze niet gespecificeerde termijn gerechtigd om de rechten terug te vorderen. Exploiteert de werknemer de rechten, dan kan de werkgever bepalen dat de door de werkgever gemaakte kosten voor rekening van de werknemer komen. Dat gaat om de geïnvesteerde kosten, inclusief loonkosten, kosten van ter beschikking gestelde faciliteiten, voor zover deze direct verband houden met de totstandkoming van de rechten, en samengestelde interest. Het akkoord geeft het recht aan de werknemer om niet aan het verzoek tot overdragen van de rechten te voldoen, behoudens gevallen waarin 'zwaarwegende belangen van de universiteit zich daartegen verzetten'.[232] Daaronder worden in ieder geval belangen verstaan die voortvloeien uit overeenkomsten aangegaan met derden door of namens de werkgever. Ook in dit geval kan

230 Art. 1.21 CAO Nederlandse Universiteiten.
231 Art. 1.22 CAO Nederlandse Universiteiten.
232 Art. 1.22 CAO Nederlandse Universiteiten.

de werkgever bepalen dat de geïnvesteerde kosten voor de rekening van de werknemer komen.

Het is overigens dwingend recht dat de werknemer een billijke vergoeding krijgt voor het doen van de vinding.[233] De cao bevestigt dit. Daarbij wordt rekening gehouden met het 'geldelijk belang' van de werkgever bij de overgedragen rechten en de 'omstandigheden waaronder het resultaat is behaald'.[234] Er is niets vermeld over de potentiële waarde van de vinding. Bij de overdracht van de rechten komt de werknemer wel in aanmerking voor de vergoeding van de door hem persoonlijk gedragen kosten, die aantoonbaar rechtsreeks verbonden zijn met het doen van de vinding, het kweken van het ras of het vervaardigen van het werk. Elke universiteit houdt haar eigen beloningsbeleid aan, maar meestal is geregeld dat de werknemer een derde van de gegenereerde bruto-inkomsten verwerft.

De Vereniging voor Samenwerkende Universiteiten (VSNU), een coördinerend verband van de besturen van de Nederlandse universiteiten, heeft daarnaast ook niet-bindende richtlijnen vastgesteld voor de contractuele omgang met intellectueel eigendom,[235] voortgekomen uit onderzoek van werknemers, al dan niet in samenwerking met externen, en voor de omgang met aandelenbelang in een spin-off[236] van de universiteit en haar werknemers. Deze zijn voor zover bekend niet vastgesteld in overleg met de daarvoor in aanmerking komende werknemersverenigingen.

#### *2.5.2.5 Studenten*

Universiteiten kunnen betrokken zijn bij ondernemerschap door studenten via kennis die is opgedaan aan de universiteit. Ingeschreven studenten hebben het recht aan het initieel onderwijs deel te nemen en gebruik te maken van de voorzieningen voor studenten. Informatie over de rechten en plichten van studenten staat in het Studentenstatuut.[237] Ook mag niet meer dan het wettelijk collegegeld of het instellingscollegegeld verlangd worden, zonder dat daartegenover een volwaardig alternatief bestaat.[238] Tot voor kort kwam het voor dat een student zich niet kon aanmelden voor een studie zonder een verplicht vinkje te geven op Studielink, waarin de student zich verbindt aan

233 Art. 12 lid 6 Rijksoctrooiwet 1995.
234 Art. 1.23 CAO Nederlandse Universiteiten.
235 Richtsnoer omgang met intellectuele eigendomsrechten (IER) 2016 en Richtsnoer omgang met aandelenbelang Nederlandse Knowledge Transfer Offices 2018.
236 Richtsnoer omgang met aandelenbelang Nederlandse Knowledge Transfer Offices 2018.
237 Art. 7.59 WHW.
238 Inspectie van het Onderwijs, Inspectieonderzoek naar additionele kosten verbonden aan masteropleidingen van de Erasmus Universiteit Rotterdam, maart 2019.

het overdragen van alle intellectuele eigendomsrechten aan de universiteit.[239] Sindsdien is binnen de VSNU gewerkt aan een richtlijn voor de omgang van intellectueel eigendom bij studentenstart-ups en is deze praktijk verlaten.[240]

*2.5.2.6 Universiteitsraad*

De universiteitsraad wordt voor de helft door de personeelsleden en voor de andere helft door studenten gekozen. De universiteitsraad heeft bij diverse vaststellings- of wijzigingsbesluiten van het universiteitsbestuur instemmingsrecht. Het gaat dan om besluitvorming omtrent het instellingsplan, de kwaliteitszorgsysteemvormgeving (visitatie), het studentenstatuut, het bestuurs- en beheersreglement van de universiteit, de regels op het gebied van arbeidsomstandigheden, de eventuele keuze voor het al dan niet inrichten van de medezeggenschapsorganisatie volgens de Wet op de ondernemingsraden en het beleid omtrent de profileringsfondsen.[241] Openbare universiteiten kunnen KTO's in bestuurs- en beheersreglementen als 'centrale diensten' aanwijzen. Sinds 2015 heeft de universiteitsraad ook instemmingsrecht op de hoofdlijnen van de begroting en sinds 2018 op beslissingen omtrent het aanbieden van studies in het buitenland.[242]

*2.5.2.7 Universiteitsbestuur*

Het college van bestuur is verantwoordelijk voor het bestuur en beheer van de universiteit in haar geheel.[243] Het universiteitsbestuur gaat formeel over de beslissingen over het academisch ondernemerschap, waarbij de voorzitter de universiteit in en buiten rechte vertegenwoordigt. Het universiteitsbestuur kan in een bestuurs- en beheersreglement mandaat of volmacht verlenen voor ondertekening van of beslissingen omtrent het aangaan van overeenkomsten.[244] In een bestuurs- en beheersreglement kunnen de bevoegdheden staan die voorbehouden zijn aan het universiteitsbestuur, bijvoorbeeld het aangaan van overeenkomsten waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is, en de bevoegdheden waarvoor mandaat en volmacht kan worden verleend. Mandaat en volmacht kunnen onder andere worden verleend aan de decaan van een

239 De regeling Octrooien en vindingen van de TU Eindhoven van 4 september 2008 schrijft zelfs voor dat studenten die nog geen verklaring hebben ondertekend bij de inschrijving als student, dit 'dienen' te doen alvorens zij worden betrokken bij een project. Studenten 'verplichten zich de auteursrechten aan de TU/e over te dragen op door hen in opdracht van de TU/e gemaakte werken'.

240 VSNU en NFU, 'Addendum Richtsnoer IER en Studenten', September 2020. Rutgers 2017, p. 5.

241 Art. 9.33 WHW.

242 Art. 9.33 WHW.

243 Art. 9.2 WHW.

244 Voor de openbare universiteiten: Art. 10:3 jo. 10:12 Awb. Zie ook VSNU & NFU, Richtsnoer mandatering Nederlandse Knowledge Transfer Offices, oktober 2017.

faculteit. Binnen de faculteit kan het voorkomen dat een directeur bedrijfsvoering specifieke bevoegdheden kan uitoefenen op grond van mandaat of volmacht.

Mandaat is ook mogelijk aan 'niet-ondergeschikten'. Daarvoor geldt als eis dat de gemandateerde toestemming geeft voor de mandaatverlening door het bestuursorgaan, in dit geval het college van bestuur.[245] Het mandaatbesluit moet worden gepubliceerd. Over vertegenwoordigingsbeslissingen moet het college van bestuur desgevraagd inlichtingen geven aan de raad van toezicht. VSNU en Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) hebben richtsnoeren vastgesteld met betrekking tot het helder maken van het mandaat aan KTO's. Het college van bestuur moet voor het doen van een investering in zogenoemde private activiteiten overleggen met de raad van toezicht, de instellingsaccountant, de universiteitsraad en stakeholders.[246]

Het college van bestuur is verplicht zich jaarlijks in het bestuursverslag te verantwoorden over de rechtmatige en doelmatige besteding van middelen.[247] Bovendien vereist de WHW dat het bestuur de middelen van de instelling op zodanige wijze beheert, dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling zijn verzekerd (art. 2.17 WHW).

Het bestuur van de *bijzondere* universiteiten wordt geregeld in de statuten van de rechtspersoon die de universiteit in stand houdt. Bij elke wijziging van deze statuten moet de Minister van OCW in kennis worden gesteld.[248] Het college van bestuur moet op grond van de WHW regels vaststellen over het bestuur en de inrichting van de universiteit en de medezeggenschap daarbinnen. Daarbij moet het college zoveel mogelijk de eerder in de wet genoemde regels voor openbare universiteiten in acht nemen, voor zover de aard van de privaatrechtelijke rechtspersoon zich daartegen niet verzet, zoals bij de hiervoor genoemde regels over interbestuurlijk toezicht.[249] In de inrichtingsregels moet ook staan welke faculteiten de universiteit omvat.

Bestuurders en toezichthouders[250] onderschrijven de VSNU Code goed bestuur universiteiten van 22 november 2019.[251] Daarin zijn negen algemene

245 Art. 10:4 Awb.

246 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84.

247 Art. 1.9 WHW.

248 Art. 9.51 WHW.

249 Art. 9.51 WHW.

250 Onder bestuurders valt ook het faculteitsbestuur. Zie over toezichthouders hierna par. 2.5.2.10.

251 Voor een branchecode is in artikel 2.9 WHW geregeld dat in het jaarverslag de verantwoording wordt afgelegd 'over de wijze waarop van een branchecode voor goed bestuur is afgeweken, voor zover een zodanige code overeenkomstig artikel 2.14 is aangewezen.' Van die aanwijzingsbevoegdheid uit artikel 2.14 WHW heeft de Minister van OCW nog geen gebruik gemaakt. De consultatiereacties en de reactie hierop zijn te raadplegen via: <https://www.universiteitenvannederland.nl/publieke-consultatie-code-goed-bestuur-universiteiten.html>. In de consultatiereacties komt o.a. de reactie terug dat 'het nadrukkelijk noemen

principes van goed bestuur opgenomen met uitwerkingen per principe. Een aantal daarvan is in het bijzonder relevant in de context van het academisch ondernemerschap. In het eerste principe wordt de maatschappelijke opdracht van universiteiten geformuleerd:

> 'De maatschappelijke opdracht van de universiteit is het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs, het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en het in nauwe interactie met de samenleving ontwikkelen en delen van wetenschappelijke kennis. Elke universiteit geeft hier in lijn met haar eigen karakter en eigen identiteit invulling aan en legt daarover verantwoording af.'

Met 'in nauwe interactie met de samenleving ontwikkelen en delen van wetenschappelijke kennis' geeft de code een eigen invulling aan de wettelijke doelstelling van het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij. In de uitwerking van dit principe staat onder meer dat bestuurders en de raad van toezicht bij het uitvoeren van de maatschappelijke opdracht zorgvuldig omgaan met verschillende belangen.

Een ander principe is dat '[b]estuurders en toezichthouders […] er zorg voor [dragen] dat elke vorm van persoonlijk tegenstrijdig belang wordt vermeden, inclusief de schijn daarvan' (7e principe). In de uitwerking van dit principe staat dat 'zij zelf elke vorm of schijn van een persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de universiteit, inbegrepen gelieerde instellingen vermijden'. Het college van bestuur dient te zorgen voor een regeling hiervoor en de raad van toezicht ziet toe op de naleving hiervan. Ook verstrekt de universiteit aan hen 'geen persoonlijke leningen of andersoortige financiële diensten.' De uitwerking bevat voorts overwegingen over toestemming voor nevenfuncties, het melden van mogelijk optredend persoonlijk belang, het niet deelnemen aan beraadslagingen en besluitvorming bij een tegenstrijdig belang, transparantie hierover in het jaarverslag, incompabiliteiten voor de leden van de raad van toezicht en het geen financieel belang mogen hebben in een aan de universiteit gelieerde vennootschap of andere rechtspersoon (dus ook universitaire spin-offs). Het college van bestuur moet erop sturen 'dat medewerkers melding maken van een mogelijk optredend persoonlijk belang, dat tegenstrijdig is met het belang van de universiteit, inbegrepen gelieerde instelling', waarbij in ieder geval de sectorale regeling nevenwerkzaamheden wordt uitgevoerd. Opvallend is dat steeds wordt gesproken van tegenstrijdige belangen, zoals dat ook wordt gedaan in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,[252] en niet van persoonlijke belangen die eventueel parallel lopen met het belang van de universiteit. Dat is omdat de belangen niet continu parallel hoeven te lopen en er op enig moment de schijn kan bestaan dat het handelen van

van 'scheiding van publieke en private middelen' (...) een plaats verdient onder principe 9, omdat vermenging van beide types grote risico's oplevert.'

252 Zie bijv. voor stichtingen en verenigingen art. 2:44 lid 4 en 2:291 lid 6 BW.

de bestuurder niet alleen wordt geleid door het belang van de universiteit of gelieerde instellingen.[253]

Ook relevant voor het academisch ondernemerschap is het principe '[d]e universiteit beschikt over een adequate en deugdelijke governance voor samenwerkingen en verbindingen, waaronder die met universitair medische centra' (8e principe). In de uitwerking van dit principe staat onder meer dat het college van bestuur er zorg voor draagt dat duidelijk is hoe 'het aangaan van financiële en/of bestuurlijke betrokkenheid bij een rechtspersoon en/of samenwerkingsverband' bijdraagt aan de uitvoering van de strategie van de universiteit. Het college van bestuur draagt er ook zorg vorm dat deze bijdrage periodiek wordt geëvalueerd. Daarnaast staat in de uitwerking dat het college van bestuur richtlijnen opstelt 'voor het aangaan van en de omgang met contractuele samenwerkingsverbanden'. Daarin staat ten minste hoe het college van bestuur op dit punt verantwoording aflegt aan de raad van bestuur.

Ten slotte is relevant het principe '[d]e universiteit beschikt over professionele interne risicobeheersings- en controlesystemen'. In de uitwerking is als onderdeel van de systemen genoemd de 'systematische beheersing van risico's in alle investerings- en innovatieprojecten'. Hierbij wordt de 'besluitvorming, inclusief de daarbij gehanteerde adviesnotities' vastgelegd.

#### *2.5.2.8 Instellingsaccountant*

De instellingsaccountant is een belangrijke spil in het controleren of de uitgaven die door de instelling zijn gedaan, wel rechtmatig en doelmatig zijn. Voor deze audit voorziet de WHW in een accountantsprotocol. Er zijn in de wet geen incompatibiliteiten geregeld met betrekking tot het zijn van een instellingsaccountant en het besturen van een organisatie van een universiteit, zoals een universitaire holding.

#### *2.5.2.9 Functionaris of Commissie Wetenschappelijke Integriteit*

De WHW regelt dat de academische vrijheid aan hogeronderwijsinstellingen en academische ziekenhuizen in acht moet worden genomen. Zij regelt echter niets over de wetenschappelijke integriteit. Er is een Nederlandse gedragscode Wetenschappelijke Integriteit 2018, die wordt onderschreven door de KNAW, de NFU, NWO, de TO2-federatie, de Vereniging Hogescholen en de VSNU. Daarin staat dat een klacht over veronderstelde schendingen van de wetenschappelijke integriteit moeten kunnen worden ingediend bij een door de instelling aangewezen commissie of functionaris. De instelling moet uit eigen beweging

253 Vgl. HR 26 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, r.o. 3.4-4.5 en Rb. Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4902, r.o. 4.1.

zorgdragen voor een zorgvuldige en eerlijke procedure voor de behandeling van de klachten of onderzoeken en de daaropvolgende besluitvorming.[254]

*2.5.2.10 Raad van toezicht*

Openbare universiteiten hebben een raad van toezicht.[255] De raad houdt toezicht op de uitvoering van werkzaamheden en de bevoegdhedenuitoefening door het college van bestuur en staat het college van bestuur bij met raad.[256] De raad is in dat verband belast met een aantal taken, waaronder de goedkeuring van het bestuurs- en beheersreglement, de begroting, de jaarrekening, het bestuursverslag en het instellingsplan. Ook ziet de raad van toezicht toe op de rechtmatige verwerving en op de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de rijksbijdrage.[257]

Een toezichtsorgaan is voor bijzondere instellingen niet verplicht. Bijzondere instellingen kunnen in plaats van voor een afzonderlijke raad van toezicht ook kiezen voor een functionele scheiding van bestuur en toezicht, wat wil zeggen dat binnen het bestuur personen zitting hebben, die uitsluitend een toezichtstaak hebben.[258] In dat geval moet in de statuten de functionele scheiding tussen toezicht en bestuur worden gewaarborgd.

De raad van toezicht is verantwoording verschuldigd aan de Minister van OCW en verstrekt de minister de gevraagde inlichtingen over zijn handelen.[259] Bij wanbeheer[260] van een of meer bestuurders of leden van de raad van toezicht heeft de minister de bevoegdheid om een aanwijzing met te nemen maatregelen aan de raad van toezicht te geven.[261] Het college van bestuur kan ingrijpen bij taakverwaarlozing door het bestuur van de faculteit: repressief toezicht.[262] Ook zijn de leden van het college van bestuur onder bepaalde omstandigheden persoonlijk aansprakelijk voor de schade, voortvloeiende uit uitgaven die in strijd met de wet zijn gedaan.[263]

254 Art. 5.4 van de code.
255 Art. 9.8, in het bijzonder lid 1 sub f WHW (het toezien op de rechtmatige verwerving en op de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de middelen verkregen op grond van de artikelen 2.5 en 2.6).
256 Art. 9.8 lid 1 WHW.
257 Art. 9.8 WHW.
258 Art. 9.51 WHW.
259 Art. 9.9 WHW.
260 Art. 9.9a lid 2 WHW: Financieel wanbeleid, ernstige nalatigheid m.b.t. de kwaliteit en continuïteit van het onderwijs, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatig handelen door het verkrijgen van een financieel voordeel of intimidatie/bedreiging.
261 Art. 9.9a WHW.
262 Art. 9.24.
263 Art. 2.9 lid 5 WHW.

### *2.5.2.11 KTO*

Een KTO of valorisatiecentrum wordt in de WHW niet genoemd. Wood beschrijft de interactie van wetenschappelijk personeel met KTO's in het geval van intellectuele eigendomsrechten.[264] Zoals hiervoor is genoemd, vereist de cao dat eerst een melding wordt gedaan bij de werkgever.

Een KTO onderzoekt of sprake is van een octrooieerbare vinding en of het de tijd, moeite en kosten waard is een octrooi aan te vragen.[265] De vinding moet volgens de Rijksoctrooiwet 1995 nieuw, inventief en industrieel toepasbaar zijn.[266]

Het is mogelijk dat een octrooiaanvraag wordt gefinancierd uit de lopende middelen, oftewel de eerste geldstroom. Het kan zijn dat een deel van de kosten specifiek door de onderzoeksgroep wordt gedragen.

Er zijn verschillende manieren om een octrooirecht aan te vragen. De Leidse KTO LURIS legt in haar voorlichtingsmateriaal uit dat zij kiest voor de zogenoemde internationale route. Deze kan gestart worden met een zogenoemde prioriteitsaanvraag. Na deze aanvraag kunnen de onderzoeksresultaten worden gepubliceerd, zonder dat dit afdoet aan het vereiste van nieuwheid van de vinding. Binnen twaalf maanden moet worden besloten om een zogenoemde PCT-aanvraag (*Patent Cooperation Treaty*) te doen bij het Octrooicentrum Nederland. Deze procedure duurt achttien maanden, waarna de vinding wordt gepubliceerd. Vanaf dit moment kan binnen 31 maanden nationale bescherming gezocht worden. Hier wordt een mede-investeerder wenselijk, aangezien de kosten oplopen. Bij inschakeling van zo'n mede-investeerder worden afspraken gemaakt over eigendom van het octrooirecht en de vergoeding ervan.

Na het verwerven van het octrooi begint de volgende stap van het proces.[267] Als er geen partner is, zoekt het KTO in deze stap geschikte partners met de juiste deskundigheid en middelen die de vinding verder kunnen ontwikkelen naar een commercieel product of dienst. Het voordeel van vastgelegde octrooirechten is dat wanneer deze eenmaal zijn verworven vrijuit met eventuele investeerders over de businesscase kan worden gesproken.[268] Het KTO treedt hier extern op namens de universiteit en sluit een overeenkomst met de partner(s) en eventueel de wetenschapper(s).

Vervolgens kiezen de belanghebbenden de manier waarop de vinding zal worden vercommercialiseerd. Zo kunnen universiteiten een licentie uitgeven aan een externe partij in ruil voor een vast bedrag of periodieke royalty's. Hieraan kan worden toegevoegd dat universiteiten de octrooirechten kunnen overdragen aan een externe partij of kunnen kiezen voor gezamenlijk eigendom

264 Wood, *Business Horizons* 2011, p. 153-161.
265 Wood *Business Horizons* 2011, p. 155.
266 Art. 2 Rijksoctrooiwet 1995.
267 Wood, *Business Horizons* 2011.
268 CPB 2015.

van het octrooi. Ook kan een universiteit een optieovereenkomst aangaan met een bedrijf, dat het recht heeft om als eerste te overwegen of het interesse heeft in een octrooi.[269]

Het alternatief is het opzetten van een spin-off die geheel of gedeeltelijk eigendom is van de universiteit.[270] In dit geval moeten in ieder geval de rechtsvorm, de verdeling van aandelen en stemrechten, de bestuursvorm en de verhoudingen tot de universiteit of de holding worden bepaald. Het kan zijn dat bepaalde aandelen in een Stichting Administratiekantoor worden ondergebracht, zodat aan de medewerker – ter voorkoming van belangenverstrengeling – geen vergaderrechten toekomen.[271] Ook het 'doorschuiven' van intellectuele eigendomsrechten en *know how* naar de nieuwe rechtsvorm moet conform het Europees staatssteunrecht geschieden. Daarnaast spelen hierbij fiscale overwegingen een rol. Alles wat in natura wordt ingebracht, moet om fiscale redenen worden gewaardeerd. In deze fase moeten statuten worden vastgesteld en moeten aandeelhoudersovereenkomsten en een directieovereenkomst worden gesloten. Bijkomende overeenkomsten kunnen startersleningen, het gebruik van (incubatie)ruimten van de universiteit of toegang tot het universiteitsnetwerk betreffen. De VSNU, de NFU, de KNAW, Het Nederlands Kankerinstituut en NWO hebben in april 2018 een gezamenlijk richtsnoer uitgebracht over de omgang met aandelenbelangen van kennisinstellingen en medewerkers in academische start-ups.

### 2.5.3 Externe betrokkenen

Naast interne betrokkenen zijn er ook externe betrokkenen. Hierna wordt een overzicht gegeven; hierbij moet opgemerkt worden dat dit geen uitputtende lijst is. Onder andere belangenbehartigers als Universiteiten van Nederland en coördinerende organisaties als Techleap.nl worden niet genoemd. Zij staan vanuit het oogpunt van regelgeving in een te ver verwijderd verband van degenen die de regelgeving moeten naleven of handhaven.

#### *2.5.3.1 Start-ups*

Start-ups zijn midden- en kleinbedrijven (mkb's). Mkb's zijn kernspelers binnen het innovatiebeleid van overheden. Zij worden gezien als de 'motor van de

269 Zoals de Leidse KTO LURIS op zijn website aangeeft (www.luris.nl).
270 Wood, *Business Horizons* 2011, p. 158.
271 VSNU, NFU, KNAW, NKI en NWO, Richtsnoer omgang met aandelenbelangen van kennisinstellingen en medewerkers in academische startups, p. 8.

moderne economieën',[272] hoewel het verband tussen banengroei en omvang van bedrijven in de economische literatuur omstreden is.[273]

Een kleine, middelgrote en micro-onderneming is een onderneming waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet maximaal 50 miljoen euro is, of waarvan het jaarlijks balanstotaal maximaal 43 miljoen euro is.[274] Een kleine onderneming is een onderneming waar minder dan 50 personen werkzaam zijn en die een maximale jaaromzet of jaarlijks balanstotaal heeft van 10 miljoen euro.[275] Een micro-onderneming is een onderneming waar minder dan 10 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet of het jaarlijkse balanstotaal 2 miljoen euro niet overschrijdt.[276] Een onderneming is elke entiteit die een economische activiteit uitvoert, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[277]

Een beginnend bedrijf volgt over het algemeen zes fasen, waarbij *venture capital* of durfkapitaal zich richt op de eerste drie fasen:[278]

1. De ontwikkelingsfase, waarbij financiering nodig is voor onderzoek en ontwikkeling, octrooieren, en het businessplan.
2. De start-upfase, waarbij financiering nodig is voor een eventueel prototype, vaste activa, werkkapitaal, en het daadwerkelijk starten van de onderneming, waarbij goederen en diensten aangeboden worden.
3. De vroege groeifase, waarbij financiering nodig om de verkoop of dienstverlening draaiende te houden.
4. De uitbreidingsfase, waarbij financiering nodig is voor interne (organische) groei van de onderneming en externe groei door middel van fusies en overnames.
5. De doorgroei- of consolidatiefase, waarbij financiering nodig is ter vervanging van de aandeelhouders.
6. Reorganisatie of balansversterking, waarbij financiering nodig is voor herstructurering of om activa uit faillissement van het bedrijf op te kopen.

De eerste twee fasen staan het dichtst bij de rol van de universiteit als oprichter en financier van spin-offs of ondersteuner van start-ups. Financiering in deze

272 Granieri & A. Renda 2012, p. 31.
273 Mazzucato 2017, p. 74.
274 Artikel 1 Regeling nationale EZK en LNV-subsidies met verwijzing naar Algemene groepsvrijstellingsverordening (artikel 2 van Bijlage I van de Algemene groepsvrijstellingsverordening). Zie met betrekking tot het begrip overheidsinstantie in deze bijlage: HvJ EU 27 september 2020, ECLI:EU:C:2020:754 (*NMI*).
275 *Ibid*.
276 *Ibid*.
277 HvJ EU 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/ Elliniko Dimosio*), r.o. 21.
278 Universitˆ Bocconi, 'Private Equity Clusters: Through the Fund's Life Cycle', in: 'Private Equity and Venture Capital', Coursera; Mazzucato 2017, p. 77; *Kamerstukken II* 2018/19, 32637, nr. 344, p. 6.

fasen komt voornamelijk van de *founders, friends, families* (mogelijk ook *fans*), *business angels* die eigen kapitaal investeren, prijzen en mogelijk crowdfunding. *Founders*, waaronder universitair personeel en studenten, kunnen soms een persoonlijke lening afsluiten bij een bank. Universiteiten kennen voor deze fase ook fondsen of vouchers toe; soms nemen ze participaties in een nieuwe onderneming. Daarnaast zijn er subsidies voor bijvoorbeeld haalbaarheidsstudies of kunnen ondernemingen meedoen aan (pre-)commerciële aanbestedingen van overheden. Het is ook een mogelijkheid om geld op te halen bij particuliere durfkapitalisten; dit zijn entiteiten die bestaan uit investeerders, een fonds en een vermogensbeheerder. Deze entiteiten richten zich op de eerste drie fasen van de start-up van een bedrijf. Toch blijkt dat in de praktijk tegen te vallen. De Europese Unie financiert deze particuliere durfkapitalisten via het Europees Investeringsfonds. Er zijn ook fondsen met een duidelijker publiek of publiek-privaat profiel, waarin geld zit van universiteiten, provincies, regionale ontwikkelingsmaatschappijen, ministeries en de Europese Unie.

Hierna zal een beknopt beeld worden gegeven van de huidige publieke financieringsmogelijkheden. Dit overzicht is niet uitputtend, maar bevat de hoofdlijnen op het niveau van de universiteit, gemeente en provincie, ministeries en Europese Unie.

#### *2.5.3.2 Universiteit in relatie tot externen*

Op het niveau van de universiteit zijn er fondsen die startende studenten en medewerkers ondersteunen met converteerbare leningen en deelnemingen in de spin-off door de universitaire holding.[279] Een voorbeeld is de TU Delft die via Delft Enterprises B.V. durfkapitaal en start-upvouchers verstrekt. Andere middelen zijn blijkens de bestuursverslagen van de universiteiten uit 2018 afkomstig uit Enterprise Leiden Fund, Twente Technology Fund, UvA Ventures Holding, Nord Tech Venture Cv en RUG Houdstermaatschappij, EUR Holding, TU/e Holding, Kennis Transfer Fonds (Maastricht), UtrechtInc Cv en UU Holding, VU Holding, en Wageningen University Holding. Enkele universiteiten hebben ook deelnemingen in fondsen, waaronder fondsen die worden beheerd door regionale ontwikkelingsmaatschappijen (ROM's). Ook spin-offs en start-ups kunnen geld krijgen uit deze fondsen. De TU Delft heeft bijvoorbeeld, net als het Universiteit Leiden Erasmus MC, een deelneming in de regionale ontwikkelingsmaatschappij Innovation Quarter die het innovatiefonds UNIIQ beheert.

De verstrekking van de financiële middelen door een universitaire holding gebeurt niet op basis van een wettelijke regeling. Wel kennen universiteiten soms interne, niet juridisch bindende regels over het participeren in spin-offs teneinde deze spin-offs gelijk of gelijker te behandelen. Universiteiten kennen

279 Zeemeijer, *FD* 2016B-2016D.

bovendien een Richtsnoer omgang met aandelenbelangen van kennisinstellingen en medewerkers in academische start-ups, in aanvulling op het eerder verschenen Richtsnoer omgang met intellectuele eigendomsrechten (EIR).

Een bijzondere vermelding verdient de pre-seed financiering uit het Brabant Startup Fonds door Bravanture BV, een samenwerkingsverband tussen Brabantse universiteiten, hogescholen, vijf regionale ontwikkelingsmaatschappijen en de Brabantse ontwikkelingsmaatschappij. Het investeringsreglement van het Brabant Startup Fonds, dat is vastgesteld door de algemene aandeelhoudersvergadering, is als 'beleidsregel' gepubliceerd in het Provinciaal blad en titel 4.2 van de Awb is erop van toepassing verklaard.[280] Voor zover bekend is het Brabant Startup Fonds het enige fonds waarop publiekrechtelijke normen van toepassing zijn verklaard.[281]

### *2.5.3.3 Gemeente en provincie*

Op gemeentelijk niveau staan niet veel subsidies of andere financieringsmogelijkheden open voor academisch ondernemerschap. Een van de weinige voorbeelden is de Subsidieregeling economische ontwikkeling en innovatie 2018 van de gemeente Amsterdam voor samenwerkingen tussen kennisinstellingen en het bedrijfsleven. De gemeente Leiden kent een begrotingssubsidie voor LUMC/Universiteit Leiden en ondernemers van Bio Science Park. Op provinciaal niveau zijn er de subsidies onder de aanduiding mkb-innovatiestimulering topsectoren (MIT-subsidies), waarbij een mkb subsidie kan ontvangen voor onder andere innovatieadviesprojecten. Dat zijn projecten waarbij een kennisinstelling, met inbegrip van universiteiten, adviseert over innovatie. Op rijksniveau bestaat een gelijknamige subsidie die is bedoeld voor ondernemingen die niet in aanmerking komen voor de provinciale variant.

De regionale financieringsinstrumenten beperken zich niet tot subsidies; verschillende fondsen worden beheerd door regionale ontwikkelingsmaatschappijen (ROM's). Deze ROM's doen aan bedrijfsontwikkeling, acquisitie en het verstrekken van risicokapitaal. De Nederlandse Staat heeft participaties in zes ROM's. Eerder is reeds genoemd dat ook universiteiten deelnemingen hebben in ROM's of dat er fondsen zijn die ROM's beheren.

Een eerdergenoemd voorbeeld waaraan meerdere universiteiten deelnemen is Innovation Quarter in Zuid-Holland die het revolverend fonds UNIIQ beheert. Een deel van de gelden is afkomstig uit het Europees Fonds voor Regionale

280 *Provinciaal blad* Noord-Brabant 2018, 4958 (art. 2 lid 1). Recenter: *Provinciaal Blad* Noord-Brabant 2020, 9119 waarin de expliciete toepasselijkheid van titel 4.2 Awb niet meer voorkomt.

281 *Ibid.*

Ontwikkeling (de EFRO-subsidie).[282] Dit fonds is onderdeel van de Europese Structuur- en Investeringsfondsen (ESI).[283] Financiering uit dit fonds wordt verstrekt in gedeeld beheer van de Europese Commissie en de lidstaten.[284] In Nederland zijn voor EFRO vier operationele programma's (OP's) vastgesteld, waaronder Kansen voor West III (2022-2029) voor de provincies Noord-Holland, Zuid-Holland, Flevoland en Utrecht. Binnen het OP wordt ingezet op de innovatie,[285] waaronder valorisatie. Het is echter niet zo dat EFRO het enige relevante Europese instrument is. De Europese Commissie verstrekt ook rechtstreeks financieringsinstrumenten. Deze zullen aangestipt worden na de bespreking van de instrumenten op het niveau van de rijksoverheid.

Een ander voorbeeld van een samenwerking tussen universiteiten is het fonds Innovation Industries, dat een investering ontving van het Europese Investeringsfonds (EIF). Het fonds Innovation Industries beoogt de kennis van technische universiteiten, de Nederlandse organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO) en Energieonderzoek Centrum Nederland (ECN) om te zetten in succesvolle bedrijven. Investeerders zijn onder andere de TU Eindhoven, de Universiteit Twente, de Wageningen Universiteit & Research, TNO, ECN, ROM Oost-NL, de Provincie Gelderland, de Provincie Overijssel en het private pensioenfonds Metalektro. Het EIF kent verschillende financieringsproducten. In dit geval viel de door EIF beheerde financiering onder het 'InnovFin EU Finance for Innovators'-programma van de Europese Commissie en de Europese Investeringsbank Groep (EIB-Groep) en valt het

282 Verordening (EU) nr. 1301/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 betreffende het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling en specifieke bepalingen met betrekking tot de doelstelling "Investeren in groei en werkgelegenheid", en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1080/2006.

283 Art. 4 lid 7 Verordening (EU) Nr. 1303/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 houdende gemeenschappelijke bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds, het Cohesiefonds, het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling en het Europees Fonds voor maritieme zaken en visserij en algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds, het Cohesiefonds en het Europees Fonds voor maritieme zaken en visserij, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad.

284 Art. 4 leden 7 en 8 Verordening (EU) Nr. 1303/2013 en art. 63 Verordening 2018/1046. Voor hen gelden de beginselen van 'goed financieel beheer, transparantie en non-discriminatie'. Op grond van Verordening 2018/1046 moeten lidstaten controles uitvoeren, onterecht betaalde bedragen terugvorderen en indien daarin is voorzien in sectorspecifieke regelgeving of nationaal recht 'doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige sancties' opleggen. Zie ook Gedelegeerde Verordening 240/2014.

285 Art. 2 sub 3 Vo. 1303/2013: in de nationale of regionale innovatiestrategieën waarin prioriteiten worden vastgesteld om een concurrentievoordeel op te bouwen door de sterke punten van onderzoek en innovatie te ontwikkelen en aan te laten sluiten bij de behoeften van het bedrijfsleven om op samenhangende wijze in te spelen op opkomende mogelijkheden en marktontwikkelingen en tegelijkertijd dubbel werk en versnippering van initiatieven te voorkomen; een strategie voor slimme specialisatie kan de vorm aannemen van of opgenomen worden in een nationaal of regionaal strategisch beleidskader voor onderzoek en innovatie (O&I).

programma binnen de kaders van het kaderprogramma voor onderzoek en innovatie Horizon 2020 (Horizon 2020).[286]

### *2.5.3.4 Ministeries*

Op rijksniveau worden de subsidies hoofdzakelijk verstrekt door NWO, de Minister van OCW en de Minister van EZK. Voor academische start-ups is take-off het belangrijkste instrument. Dit instrument is bedoeld om de vermarkting van wetenschappelijk onderzoek te subsidiëren. NWO verstrekt deze subsidie namens de Minister van EZK.[287] In de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies heet het programma Vroegefasefinanciering;[288] dit programma maakt onderdeel uit van het Toekomstfonds van het Ministerie van EZK.[289] Het Toekomstfonds kent meerdere instrumenten die de levenscyclus van een onderneming volgen.[290] De take-offsubsidie is bedoeld voor de ontwikkelingsfase vóór het starten van de onderneming (fase 1) en de start-upfase (fase 2, het opstarten van de onderneming, vóór de eerste omzetten). Dit programma is gericht op een zachte lening voor de start-ups.

Naast de Vroegefasefinanciering wordt valorisatie van kennis tussen kennisinstellingen en andere organisaties gestimuleerd via andere beleidsinstrumenten. Een samenwerking met het mkb wordt onder andere gestimuleerd met de MIT-kennisvoucher; deze vouchers hebben een maximale waarde van 3.750 euro en worden verstrekt aan een mkb-onderneming die een MIT-kennisoverdrachtsproject wil laten uitvoeren waarvan de resultaten ten goede komen aan de activiteiten die de ondernemer in Nederland verricht.[291] Bij een kennisoverdrachtsproject wordt een toepassingsgerichte innovatieve kennisvraag van een ondernemer beantwoord door een kennisinstelling.

In april 2019 is de grondslag voor een subsidie voor de Thematische Technology Transfer vastgesteld voor gezamenlijke kennisoverdrachtactiviteiten rondom een bepaald thema, en voor geldleningen aan een thematisch technologytransferfonds. Deze mogelijkheid is gekomen na de suggestie van de KNAW

286 De verplichtingen voor de eindontvangers van de Horizon 2020-gelden zijn opgenomen in deze Verordening nr. 1290/2013.

287 Call for proposals Take-off fase 2 – Vroegefasetrajecten WO, HBO & TO2, Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek. Richtlijnen voor het aanvragen van een lening voor een vroegefasetraject voortkomend uit wetenschappelijk of toegepast onderzoek, *Stcrt.* 2021, 50634; Call for proposals Take-off fase 1 – Haalbaarheidsstudies WO, Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek. Richtlijnen voor het aanvragen van financiering voor een haalbaarheidsstudie voor bedrijvigheid van innovatieve starters voortkomend uit universitair wetenschappelijk onderzoek, *Stcrt. 2021, 50633.*

288 Titel 3.1.6 Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies. Zie de evaluatie: Lieftink e.a. 2018.

289 Zie voor een overzicht: Beleidsartikel 3 (Toekomstfonds) van de begroting van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 2022, <https://www.rijksfinancien.nl/memorie-van-toelichting/2022/OWB/XIII> (*Kamerstukken II* 2021/22, 35925-XIII, nr. 2).

290 Tot 2017 was er ook Toekomstfonds Onderzoeksfaciliteiten.

291 Art. 3.4.8 Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

voor het landelijk coördineren van de *technology transfer offices* in haar rapport 'Benutting van octrooien op resultaten van wetenschappelijk onderzoek'.[292] Het Oncode Institute is een pilot voor een dergelijke landelijke thematische *technology transfer office*.

Naast subsidies zijn er enkele gunstige fiscale regelingen voor startende innovatiebedrijven te noemen. Zo bestaat de mogelijkheid tot de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk uit de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie.[293] Daarnaast is er de Innovatiebox bij het afdragen van vennootschapsbelasting, waarbij de mogelijkheid bestaat om kwalificerende voordelen, verkregen uit speur- en ontwikkelingswerk, te belasten met een effectief vennootschapsbelastingtarief van 9%.[294]

Het verstrekken van publieke gelden aan ondernemingen gebeurt, ook buiten de ministeries om, in InvestNL.[295] Het doel van InvestNL is 'om, indien de markt hierin onvoldoende voorziet, bij te dragen aan het financieren en realiseren van maatschappelijke transitieopgaven door ondernemingen en aan het bieden van toegang tot ondernemingsfinanciering.'[296] InvestNL heeft een ontwikkeltaak[297] en een investeringstaak.[298] De memorie van toelichting bij de Machtigingswet oprichting Invest-NL noemt drie denkbare vormen van risicokapitaal: equity financiering, mezzanine (voornamelijk achtergestelde leningen) en garanties.[299] Ook wordt (zeer) langlopend vreemd vermogen als optie gezien.[300] InvestNL kan dit risicokapitaal direct, of via fondsen investeren. Een voorbeeld is de investering in het Europese Circulaire Bio-economie Fonds, die onder meer investeert in het bedrijf InOvo dat in hoofdstuk 1 is genoemd.[301] Een andere taak van InvestNL is het namens de Minister van

292 KNAW 2014.

293 Hoofdstuk VIII. S&O-afdrachtvermindering en Regeling S&O-afdrachtvermindering. Zie ook de Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 28 oktober 2019, nr. WJZ/ 19200370, omtrent de uitleg van het begrip 'technisch wetenschappelijk onderzoek' bij de behandeling van aanvragen van een S&O-verklaring (*Stcrt.* 2019, 60660-n1).

294 Afdeling 2.3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969. *Kamerstukken II* 2020/21, 35572, nr. 3 (Belastingplan 2021), p. 18 (verhoging effectief tarief naar 9%).

295 Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2018, p. 1572-1577. InvestNL is een 'nationale stimuleringsinstelling in de zin van artikel 2, onder 3, van Verordening (EU) 2015/1017 (de EFSI-verordening)' (*Kamerstukken II* 2018/19, 35123, nr. 3, par. 8.4). Vgl. Machtigingswet oprichting International.

296 Art. 3 Machtigingswet oprichting Invest-NL. Zie ook EC 6 juni 2019, Steunmaatregel SA.47821 (2019/N) – Nederland – Invest-NL, par. 2.2

297 Art. 4 lid 1 onder a Machtigingswet oprichting Invest-NL. De memorie van toelichting noemt een aantal categorieën voor de ontwikkeltaak (*Kamerstukken II* 2018/19, 35123, nr. 3, par. 6.2.2.1).

298 Art. 4 lid 1 onder b Machtigingswet oprichting Invest-NL. *Kamerstukken II* 2018/19, 35123, nr. 3, par. 6.2.2.2.

299 *Ibid.*

300 *Ibid.*

301 Van der Boon, *FD* 1 maart 2022.

EZK uitvoeren van 'subsidieregelingen of subsidiebesluiten die marktconforme financieringen betreffen, en daarmee samenhangende werkzaamheden'.[302]

### *2.5.3.5 Europese Unie*

Op het gebied van onderzoek, technologische ontwikkeling en de zogenoemde ruimte heeft de Europese Unie een gedeelde bevoegdheid om op te treden.[303] Het begin van een coherent onderzoeksbeleid was er in 1984 met het Eerste Kaderprogramma voor onderzoek (FP1). In dit kader werden verschillende vormen van onderzoeksbeleid georganiseerd en met dit programma konden voor meerdere jaren een budget en een strategie worden vastgesteld. De kaderprogramma's kregen in 1987 een grondslag in titel VI van de Europese Akte en later in artikelen 130f tot 130g van het Verdrag van Maastricht. In het huidige recht hebben de kaderprogramma's een grondslag in Titel XIX van het Werkingsverdrag.

Volgens artikel 179 van het Werkingsverdrag heeft de Unie tot doel haar wetenschappelijke en technologische grondslagen te versterken door de totstandbrenging van een 'Europese onderzoeksruimte' waarbinnen onderzoekers, wetenschappelijke kennis en technologieën vrij circuleren. Een doel is eveneens om aan de ontwikkeling van het concurrentievermogen van de Unie en van haar industrie bij te dragen en de nodig geachte onderzoeksactiviteiten te bevorderen. De ontwikkeling van een Europese onderzoeksruimte was voorgenomen in de Lissabon-agenda uit 2000, waarin het doel werd gesteld om tegen 2010 de meest dynamische en competitieve kenniseconomie te zijn.[304] De huidige Europa 2020-strategie streeft als kerninitiatief naar een zogenoemde Innovatie Unie, waar de Europese onderzoeksruimte deel van uitmaakt. De Innovatie Unie moet 'de randvoorwaarden en de toegang tot financiering voor onderzoek en innovatie verbeteren zodat innovatieve ideeën worden omgezet in producten en diensten die groei en banen opleveren'.[305] Binnen de Innovatie Unie zijn er naast het voltooien van de Europese onderzoeksruimte ook andere pilaren:

- het versterken van het agentschap Europees Instituut voor Innovatie en Technologie dat kennis- en innovatiegemeenschappen in stand houdt;
- het versterken van het Europese Investeringsfonds (EIF) en toegang tot kapitaal;
- sociale innovatie;
- Europese innovatiepartnerschappen;

302 Art. 4 lid 1 onder c Machtigingswet oprichting Invest-NL.
303 Art. 4 lid 3 VWEU.
304 Zie ook Mededeling EC 16 oktober 2002, The European research area. Providing new momentum. COM(2002)565 final.
305 EC 3 maart 2010, COM(2010) 2020 definitief, p. 5.

– open innovatie;
– het realiseren van een EU-octrooi.

Gelden uit het EFRO, dat hierboven al is aangeduid, worden in gedeeld beheer verstrekt. Er worden echter ook gelden verstrekt in de vorm van financiële instrumenten en in de vorm van leningen en garanties die worden beheerd door de Europese Investeringsbank en verstrekt door het Europese Investeringsfonds.[306] In het financieel reglement van de EU wordt een financieringsinstrument gedefinieerd als: 'een met begrotingsmiddelen bekostigde en voor één of meer specifieke beleidsdoelen van de Unie bestemde financiële steunmaatregel van de Unie die de vorm kunnen aannemen van investeringen in eigen vermogen, investeringen in quasi-eigenvermogen, leningen, garanties, of andere risicodelingsinstrumenten, en mogen, in voorkomend geval, worden gecombineerd met andere vormen van financiële steun of met middelen in gedeeld beheer of middelen van het Europees Ontwikkelingsfonds.'[307]

Deze instrumenten worden gebruikt in het Kaderprogramma voor onderzoek en innovatie Horizon 2020[308] (Horizon 2020, waaronder European Innovation Council Pilot en het InnovFin Programma), maar ook in de Competitiveness of Small and Medium-Sized Enterprises (COSME), het Programma voor Werkgelegenheid en Sociale Innovatie (EaSI) en het Europees Fonds voor strategische investeringen (EFSI).[309] De Europese Commissie is verantwoordelijk voor deze instrumenten, maar de Europese Investeringsbank en het Europese Investeringsfonds (samen de EIB-Groep) hebben gedelegeerde bevoegdheden in het beheer van middelen.[310]

De European Innovation Council Pilot is onderdeel van het Horizon 2020 Werkprogramma 2018-2020. Hieronder vallen meerdere instrumenten: het mkb-instrument voor onder andere de financiering van een concept- en haalbaarheidsstudie; Fast Track to Innovation, voor technologieën die dichtbij de markt staan en waarbij de aanvraag moet komen van drie tot vijf rechtspersonen uit verschillende EU-landen; Future and Emerging Technologies[311] voor interdisciplinair onderzoek van consortia bestaande uit minimaal drie entiteiten; en EIC Horizon prijsvragen.

306 Granieri & Renda 2012, par. 2.3.
307 Artikel 2 lid 29 FR. Zie over nieuwe vormen van financiële instrumenten voor onderzoek en innovatie: Jackimowicz e.a. 2017.
308 De opvolger is Horizon Europe: Verordening (EU) 2021/695 van het Europees Parlement en de Raad van 28 april 2021 tot vaststelling van Horizon Europa – het kaderprogramma voor onderzoek en innovatie, tot vaststelling van de regels voor deelname en verspreiding en tot intrekking van Verordeningen (EU) nr. 1290/2013 en (EU) nr. 1291/2013.
309 Vanaf 2021 de opvolger InvestEU: Verordening (EU) 2021/523 van het Europees Parlement en de Raad van 24 maart 2021 tot vaststelling van het InvestEU-programma en tot wijziging van Verordening (EU) 2015/1017.
310 Er is op grond van artikel 58 van het Financieel Reglement sprake van 'indirect beheer'.
311 Dit instrument Future and Emerging Technologies keert niet terug in het nieuwe Horizon Europe 2021-2027 programma.

De InnovFin mkb-garantie (Horizon 2020) is bedoeld voor garanties en tegengaranties voor leningen door financiële intermediairs aan mkb's tussen de 25.000 en 7.5 miljoen euro. De Loan Guarantee Facility van COSME heeft ook het doel garanties en tegengaranties van financiële intermediairs te ondersteunen om meer leningen aan het mkb te kunnen verstrekken.

#### *2.5.3.6 Inspectie van het Onderwijs*

Nadat de instelling zich heeft verantwoord in het financieel jaar- en bestuursverslag, voeren de onderwijsminister en de Inspectie van het Onderwijs het externe toezicht uit door deze verslagen te toetsen aan de doelmatigheid van de uitgaven.[312] Verder voert de Inspectie steekproeven en themaonderzoeken uit en kan zij signalen van onrechtmatige en ondoelmatige bestedingen van de rijksbijdrage direct onderzoeken.[313]

Als de uitgaven van de rijksbijdrage in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet zijn besteed, als de werkzaamheden waarvoor de rijksbijdrage is verleend niet behoorlijk zijn uitgevoerd, of als de rijksbijdrage ondoelmatig is besteed, kan de Minister van OCW bepalen dat de daarmee gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de rijksbijdrage.[314] Ook kan er sprake zijn van een herstelsanctie op grond van artikel 15.1 WHW. De rijksbekostiging kan op grond van artikel 15.1 WHW geheel of gedeeltelijk door de minister worden ingehouden, dan wel worden opgeschort. De Inspectie van het Onderwijs kan het mandaat krijgen om de bekostiging voor ten hoogste vijftien procent in te houden of geheel of gedeeltelijk op te schorten.[315] De bevoegdheden uit de artikelen 5:12-5:17 en 5:20 Awb zijn voor de Inspectie van het Onderwijs van toepassing.

De bekostiging kan ook worden teruggevorderd op grond van artikelen 4:49 en 4:57 Awb.[316] De terugvorderingstermijn van artikel 4:57 Awb bedraagt vijf jaar. Dit is langer dan de termijn van een jaar die in artikel 2.9, derde lid WHW is bepaald. Ook hoeft bij terugvordering op grond van artikel 4:57 Awb, anders dan terugvordering op grond van artikel 15.1 WHW, geen sprake te zijn van het herstellen van een voortdurende overtreding van de WHW.

Bij het opleggen van een herstelsanctie op grond van de WHW hanteert de minister de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde hogeronderwijsinstellingen. Daarin is als uitgangspunt opgenomen dat onrechtmatig verkregen of bestede bekostiging volledig wordt teruggevorderd, tenzij een strikte toepas-

312 Art. 12 lid 1 Wet op het onderwijstoezicht (WOT).
313 Art. 9 WOT.
314 Art. 2.9 lid 3 WHW.
315 Art. 3 lid 3 onder a WHW.
316 Nu de Awb op grond van artikel 4:21, vierde lid, Awb van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs, kunnen de bedragen ook op grond van artikelen 4:49 jo. 4:57 Awb teruggevorderd worden (Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, par. 2.7.3).

sing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. De minister zal de bekostiging tevens inhouden bij herhaaldelijk verkeerd verkregen of bestede subsidies. Leeft een bekostigde instelling een wettelijk voorschrift niet na, dan schort de minister maandelijks 15% van een twaalfde op van de bekostiging voor het desbetreffende jaar. Is het college van bestuur na drie maanden nog steeds in verzuim dan houdt de minister maandelijks 15% (of hoger bij stelselmatige oregelmatigheden) van de bekostiging in. De minister neemt dit sanctiebesluit pas als hij of zij de instelling een redelijke termijn heeft gegeven om de situatie te herstellen.[317]

#### *2.5.3.7 LOWI*

Op grond van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit voor 2018 mogen wetenschappers zich niet laten leiden door buitenwetenschappelijke overwegingen zoals overwegingen van commerciële of politieke aard. Wel moet 'binnen de grenzen van het redelijke' rekening gehouden worden met de legitieme belangen van eventuele opdrachtgevers en financiers.[318] Een concrete norm voor onderzoek in opdracht is dat altijd duidelijk moet worden gemaakt wie de opdrachtgever en/of financier is.[319] Een andere norm is dat openheid betracht moet worden over de rol van externe belanghebbenden en mogelijke belangenconflicten.[320] Dat geldt ook voor de relevante nevenwerkzaamheden.[321] Bij onderzoek met externe afspraken moeten heldere schriftelijke afspraken worden gemaakt over zaken die de wetenschappelijke integriteit betreffen en zaken die daaraan kunnen raken zoals het intellectueel eigendomsrecht.[322] Er geldt ook een verplichting om alleen onderzoeksopdrachten aan te nemen die volgens de normen uit de gedragscode kunnen worden uitgevoerd.[323] Bij gezamenlijk onderzoek moet in ieder geval het eigen aandeel van het onderzoek kunnen worden uitgevoerd overeenkomstig de gedragscode.[324] Bovendien moeten bij de keuze van de methode, de data-analyse, de beoordeling van de resultaten of de weging van mogelijke verklaringen buitenwetenschappelijke belangen, argumenten of voorkeuren worden vermeden.[325] In geval van *peer review* mag bij twijfel over de eigen onafhankelijkheid, bijvoorbeeld vanwege mogelijke zakelijke of financiële belangen, geen beoordeling worden gegeven.[326] Er is ook een norm over een andere vorm

317 Art. 6 Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen.
318 Principe 5 (verantwoordelijkheid), p. 13.
319 Norm 6.
320 Norm 8.
321 Norm 44.
322 Norm 9.
323 Norm 14.
324 Reikwijdte en overgangsbepalingen, p. 10.
325 Norm 18.
326 Norm 49.

van integriteitsschending in deze code opgenomen, namelijk het oneigenlijk gebruik van onderzoeksfondsen.[327]

De instelling dient ervoor te zorgen dat in de overeenkomsten met opdrachtgevers en financiers eerlijke afspraken worden gemaakt over het al dan niet openbaar en toegankelijk maken van data en onderzoeksmateriaal.[328] Op dat punt is een zorgplicht opgenomen.

Vermeende integriteitsschendingen kunnen aan het bestuur van de universiteit worden voorgelegd, dat zich voor zijn besluit laat adviseren door de commissie of functionaris wetenschappelijke integriteit van de universiteit.[329] Na een voorlopig besluit kan een klager naar het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit (LOWI) dat het college van bestuur van de universiteit bij zijn definitieve beslissing adviseert. Het LOWI is opgericht door KNAW, NWO en VSNU.[330] Het LOWI is geen bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.[331] Het neemt dus geen besluiten in de zin van deze wet.

### 2.5.4 Tussenconclusie

Er zijn verschillende actoren relevant, met name de ondernemer en zijn of haar mkb-bedrijf, de universiteit als ondernemer, facilitator of financier, de financierende overheden en fondsen, en de Europese Unie. De regelgeving die daarbij hoort is een nogal weerbarstig geheel. Er zijn cao's die in acht moeten worden genomen, er zijn richtlijnen van de VSNU waar de werknemer en de universiteit rekening mee moeten houden, er is de WHW die de grenzen van de doelstellingen van de universiteiten bepaalt en interne *checks en balances* tussen verschillende organen regelt, er zijn grenzen die bepaald worden door het EU-staatssteunrecht en er zijn regelingen die horen bij verschillende financieringsbronnen. De in het voorafgaande geïnventariseerde regelingen staan in dit onderzoek centraal.

## 2.6 Conclusie

Om de context te schetsen van het onderwerp van studie zijn in dit hoofdstuk de volgende aspecten belicht:

– de omschrijving van het begrip academisch ondernemerschap (par. 2.2);

327 Norm 61.
328 Zorgplichten van de instelling, p. 21.
329 Zorgplichten van de instelling, p. 22.
330 Rb. Amsterdam 17 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4472, r.o. 5.2.
331 Ibid.; Rb. Overijssel 27 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1798.

– de opkomst van het fenomeen academisch ondernemerschap, in het bijzonder de invloed vanuit de Amerikaanse wetgeving en de veranderde octrooien onderwijswetgeving in Nederland (par. 2.3);
– risico's van het academisch ondernemerschap (par. 2.4);
– de betrokkenen bij het academisch ondernemerschap, namelijk de universiteit met haar interne betrokkenen, alsmede externe actoren (par. 2.5).

Bij de omschrijving van het begrip academisch ondernemerschap in paragraaf 2.2 is gesignaleerd dat er over dit begrip geen consensus bestaat in de literatuur. In de wetgeving komt dit begrip evenmin terug.

In de literatuur wordt met de term academisch ondernemerschap in de eerste instantie (a) het vercommercialiseren van technologie bedoeld. Dit kan door middel van het exploiteren van intellectuele eigendomsrechten in een nieuw bedrijf waarin de universiteit deelneemt, in een academische spin-off, of in een bestaand bedrijf door een licentie uit te geven.

Daarnaast kan het begrip academisch ondernemerschap betrekking hebben op (b) de betrokkenheid van universiteiten en academici in commercieel relevante activiteiten. Dat kan bijvoorbeeld gaan over samenwerking met het bedrijfsleven, contractonderzoek, contractonderwijs en het verrichten van nevenactiviteiten.

De processen in dit verband worden gefaciliteerd vanuit de universiteit. Dit kan gebeuren door (i) een zogenoemd kennistransferoffice, dat namens de universiteit als schakel dient tussen wetenschappers en bedrijven. De universiteit verschaft daarnaast (ii) durfkapitaal aan jonge ondernemingen. Dat geschiedt ofwel direct, ofwel indirect door met andere universiteiten en met overheden deel te nemen in fondsen. Voorts wordt ondersteuning in (iii) zogenoemde ondernemerswerkplaatsen geboden. De universiteit biedt hier diensten aan voor jonge ondernemingen, bijvoorbeeld in de vorm van huisvesting of het verschaffen van toegang tot faciliteiten. Ook wordt samenwerking en kruisbestuiving bevorderd door onderzoekers en ondernemingen dichtbij te huisvesten in (iv) wetenschapsparken.

De mate van aanwezigheid van deze vormen van academisch ondernemerschap, inclusief de faciliterende activiteiten zijn in de literatuur onderwerp van studie.

In het Nederlands onderwijsbeleid komt het begrip valorisatie in de buurt van academisch ondernemerschap. Valorisatie wordt in Kamerstukken gedefinieerd als 'het proces van waardecreatie uit kennis binnen een instelling in verband met de economische en maatschappelijke benutting van deze kennis.' Dat is een breed begrip dat allerlei activiteiten omvat, waaronder alle activiteiten die hiervoor zijn genoemd. Het begrip is evenwel breder en kan naast commerciële activiteiten ook gaan over het breed verspreiden van kennis door middel van weblogs.

Bij de bespreking van de opkomst van het fenomeen van het academisch ondernemerschap in paragraaf 2.3 is aandacht geschonken het biomedisch

onderzoek vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw en de mogelijkheden om in deze context intellectuele eigendomsrechten veilig te stellen, en aan de invloed van de Amerikaanse Bayh-Dole Act die in 1980 werd geïntroduceerd. De Bayh-Dole Act maakte het voor universiteiten mogelijk om federaal gefinancierd onderzoek exclusief te licentiëren.

In Nederland speelde de discussie over het octrooibeleid van universiteiten in dezelfde periode. Dat geldt ook voor de toenemende (parlementaire) aandacht voor contractonderzoek. Opvallend is dat er discussie is geweest over de vraag aan wie octrooirechten zouden moeten toekomen: de wetenschappelijke medewerker die een vinding doet of de universiteit. In de Rijksoctrooiwet 1995 is als uitgangspunt voor de universiteit gekozen. Daarbij rijst de vraag of dit in strijd zou zijn met de vrijheid van wetenschap uit artikel 15 IVESCR. Deze vraag wordt door de rechter niet inhoudelijk getoetst, omdat dit artikel niet het een ieder verbindende karakter heeft dat volgens artikel 93 van de Grondwet rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Dit geeft aanleiding om in hoofdstuk 5 nader in te gaan op de relatie tussen de academische vrijheid en het academisch ondernemerschap.

De risico's die in dit hoofdstuk zijn besproken zijn het weglekken van publieke middelen voor ondernemende activiteiten, oneerlijke mededinging met particuliere ondernemers, en de aantasting van de wetenschappelijke vrijheid en wetenschappelijke integriteit. Ook zijn er risico's omtrent de continuïteit van het onderwijs en onderzoek mogelijk en verschuiving van focus naar deze activiteiten. Daarbij kan het gaan om risico's voor financiële continuïteit van universiteiten (vanwege verliezen) en het risico op verwaarlozing van de taken die commercieel minder interessant zijn. Bovendien kan de verdeling van aandacht en private inkomsten leiden tot onderlinge spanningen binnen de universiteit.[332]

Bij de bespreking van de betrokkenen bij het academisch ondernemerschap in paragraaf 2.5 is eerst beschreven wat de universiteit in juridische zin is en welke actoren binnen die universiteit bij het academisch ondernemerschap een rol spelen.

Binnen een universiteit zijn er allerlei actoren actief. Een deel daarvan is in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek opgenomen, zoals het bestuur, het personeel, de studenten, de universiteitsraad en de raad van toezicht. De inrichting van de universiteit is te vinden in het eigen bestuurs- en beheersreglement, dat wordt vastgesteld door het college van bestuur. Op facultair niveau hebben we te maken met het faculteitsreglement, dat wordt vastgesteld door de decaan.

---

332 Vgl. Philpott e.a., *Technovation* 2011, p. 166: 'Often cited risks include the loss of time for teaching and basic research, increased requirement for secrecy, conflicts of interest, intensification of internal conflict and even possible monetary losses' met verwijzing naar Slaughter & Leslie 1999.

Het kennistransferoffice is niet in de wet opgenomen, maar is wel een relevante actor in de context van het academisch ondernemerschap. In Leiden bijvoorbeeld is het kennistransferoffice Leiden university research & innovation services (LURIS) als centrale dienst geregeld in artikel 20, eerste lid, onderdeel e, van het Bestuurs- en beheersreglement 2019.

Daarnaast zijn in dit hoofdstuk externe actoren geïnventariseerd. Met name is aandacht besteed aan organisaties waarmee wordt samengewerkt, waarvoor diensten worden geleverd en waarin wordt geïnvesteerd. Vooral wanneer het gaat over investeringen blijkt de universiteit in voorkomende geval in fondsen (bedoeld voor start-ups en scale-ups) samen te werken met gemeenten, provincies en ministeries (alsmede met regionale ontwikkelingsmaatschappijen waarin universiteiten ook deelnemen). Een voorbeeld van een dergelijke fonds is UNIIQ, waarin onder andere TU Delft en Universiteit Leiden deelnemen. Deze investeringen vallen mogelijk onder het begrip 'private activiteiten', dat in hoofdstuk 3 zal worden besproken.

In dit hoofdstuk is aangestipt dat er onderscheid is tussen openbare en bijzondere universiteiten. Dat onderscheid is onder andere relevant voor de vraag of het algemeen bestuursrecht, in het bijzonder de Algemene wet bestuursrecht en de Wet openbaarheid van bestuur/de Wet open overheid, van toepassing is. Voor openbare universiteiten wordt die vraag positief beantwoord, zodat bij het beslissen over privaatrechtelijke rechtshandelingen beginselen als het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel van toepassing zijn. Met name het *Didam*-arrest dat in paragraaf 2.5.2.2 is besproken, kan impact hebben op openbare universiteiten. Dan moet rekening worden gehouden met het gelijk speelveld voor de afnemers van vastgoed. Voor bijzondere universiteiten is de toepassing van het algemeen bestuursrecht slechts voor een deel relevant, namelijk bij het beslissen omtrent het uitreiken van een getuigschrift. Zij hoeven dan ook niet te voldoen aan het gelijkheidsbeginsel.

In de hierna volgende hoofdstukken 3 en 4 wordt de juridische vertaling van het academisch ondernemerschap nader geanalyseerd. Daarbij is met name relevant wanneer de universiteit de publieke taak uitvoert en wanneer zij 'private activiteiten' uitvoert of handelt als een onderneming. Deze exercitie is van belang voor de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek, de vraag naar de geldende normen voor het academisch ondernemerschap en naar de mate van duidelijkheid van deze normen (zoals uitgewerkt in par. 1.4.1).

In het nu volgende hoofdstuk, hoofdstuk 3, zal het juridische kader van het onderwijs- en onderwijsbekostigingsrecht centraal staan. Dat kader regelt de publieke taken van universiteiten, bepaalt waarvoor zij bekostiging ontvangen, omschrijft waar deze bekostiging aan mag worden besteed en stelt vast onder welke voorwaarden deze publieke gelden mogen worden ingezet voor zogenoemde private activiteiten. In hoofdstuk 3 wordt de duidelijkheid en consistentie van genoemd kader onder de loep genomen.

# 3 Onderwijs(bekostigings)recht

*'Ik geloof niet dat het in de bedoeling van de Staat ligt, dat dergelijke rijksambtenaren neringdoenden concurrentie aandoen, gesterkt door hun staatsinkomen, waarvoor deze neringdoenden mee hunne belasting opbrengen. Hier ligt bepaald eene onbillijkheid in!'*

– Instrumentmaker A.H. Becker, Klachtbrief 'het handeldrijven door rijksambtenaren speciaal amanuensissen der Universiteit-Laboratoria' aan de Minister van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen
Groningen, 11 oktober 1918.[1]

## 3.1 Inleiding

Op 22 maart 2021 stelde de Minister van OCW (hierna: de minister) de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten (hierna: de beleidsregel) vast.[2] In deze beleidsregel, die met ingang van 15 april 2021 in werking is getreden, legt de minister uit onder welke voorwaarden mbo- of ho-instellingen publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. Gedacht kan worden aan postacademisch onderwijs, onderzoek in opdracht of ondersteuning van start-ups.

Achtergrond van deze beleidsregel is de aankondiging van de minister om de regels over de verhouding publiek-privaat te verduidelijken.[3] Deze aankondiging was gedaan in reactie op het kritische rapport 'Private activiteiten van bekostigde instellingen' van de Inspectie van het Onderwijs (kortweg de Onderwijsinspectie).[4] De Onderwijsinspectie adviseerde onder andere om de regelgeving op dit gebied te verduidelijken.[5] Na dit advies liet het Ministerie van OCW het onderzoeksadviesbureau Berenschot onderzoek verrichten naar casuïstiek en praktische vragen in relatie tot het geldend recht.[6] Er bleken, zoals ook is beschreven in paragraaf 1.3, basale vragen te zijn[7] die erop wezen

1 KB, Algemeen Rijksarchief, Tweede afdeling, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Hoger onderwijs 1875-1918, nr. 430.
2 *Stcr*. 2021, 18237.
3 *Kamerstukken II* 2014/15, 28753, nr. 37, p. 4.
4 Inspectie van het onderwijs 2015.
5 Inspectie van het onderwijs 2015, p. 29-30.
6 De Zwart, Broeks & Boot 2016.
7 De Zwart, Broeks & Boot 2016, p. 11.

dat de juridische kaders onduidelijk waren. De Vereniging van Nederlandse Universiteiten (VSNU) heeft de hand in eigen boezem gestoken en op basis van het geldend recht een handreiking opgesteld. De VSNU schrijft in haar eigen handreiking 'Publiek-private activiteiten in het wo' van april 2019 dat er 'niet altijd een heldere opdracht' is vanuit de politiek.[8] Zo bepaalt de WHW dat kennisoverdracht ten behoeve van de maatschappij een (bekostigde) taak van het hoger onderwijs is, maar dat geldt niet voor kennisvalorisatie.[9]

Dit hoofdstuk gaat over de deelvraag in hoeverre universiteiten publieke middelen mogen investeren in het academisch ondernemerschap en hoe universiteiten zich dienen te verhouden tot andere ondernemers. Ook wordt ingegaan op de deelvraag in hoeverre de normering van investeringen met publieke middelen duidelijk is: is de normering zodanig geformuleerd dat betrokken actoren binnen universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht? Dit hoofdstuk beperkt zich op dit punt tot de voornoemde beleidsregel.

Bij de behandeling van deze deelvragen zal eerst in hoofdlijnen de ontwikkeling in de richting van de huidige juridische kaders worden geschetst (par. 3.2). Vervolgens zal de inhoud van de beleidsregel worden beschreven (par. 3.3). Bezien wordt daarna in hoeverre deze beleidsregel aan universiteiten duidelijkheid biedt (par. 3.4).

## 3.2 VOORGESCHIEDENIS

### 3.2.1 Nota contractonderzoek

Zoals in hoofdstuk 2 is beschreven verscheen de eerste beleidsnota over contractonderzoek in 1981.[10]

Met de nota 'Contractonderzoek aan de Nederlandse Universiteiten en Hogescholen' van januari 1981 (hierna nota Contractonderzoek) is voor het eerst specifiek landelijk beleid vastgesteld voor contractactiviteiten.[11] Dat

8 VSNU 2019, p. 5.

9 Art. 1.3 en 1.9 WHW.

10 Nationaal Archief, Discussienota inzake het contractonderzoek aan de Nederlandse universiteiten en hogescholen, 7.23 (januari 1981); hierna: Nota Contractonderzoek 1981. Hiervan is geen Kamerstuk-nr. openbaar. Zie eerder passages Nota Technologie Innovatie uit 1980 (*Kamerstukken II* 1979/80, 15855, nr. 2) en de BUOZ-nota 1979 (*Kamerstukken II* 1979/80, 15825, nr. 2), par. 4.1.4. Vgl. Nota Wetenschapsbeleid (*Kamerstukken* II 1974/75, 13221, nr. 2, p. 108). Vgl. voor het postacademisch onderwijs *Kamerstukken II* 1981, 17015, nr. 2 (Nota van de Minister van Onderwijs en Wetenschappen betreffende de stand van zaken en de te verwachten ontwikkelingen op het terrein van het postacademisch onderwijs). De archiefstukken bevatten ook een programma van een symposium op 18 juni 1981 over de Nota Contractonderzoek 1981. De organisator is de Dienst Sociaal Wetenschappelijk Onderwijs van de Faculteit Sociale Wetenschappen van Rijksuniversiteit Leiden.

11 *Ibid.*

beleid sluit aan bij de Beleidsnota Universitair Onderzoek uit 1979.[12] Uit de in de Koninklijke Bibliotheek (KB) gearchiveerde reacties van universiteiten en technische hogescholen (hierna: instellingen) op de nota blijkt dat deze zelf interne richtlijnen voor contractonderzoek hadden vastgesteld.[13] Hierna wordt de inhoud van de nota Contractonderzoek 1981 beschreven

Contractonderzoek is 'het verrichten van wetenschappelijk onderzoek aan universiteiten en hogescholen in opdracht van of eventueel in samenwerking met derden, waarbij sprake is van wederzijdse verplichtingen op basis van een daartoe gesloten overeenkomst'.[14] Op deze definitie in de nota is in de reacties kritiek geuit, omdat zij zowel betrekking heeft op onderzoek in opdracht als op onderzoek in samenwerking.[15]

De nota Contractonderzoek formuleert als doelstellingen (1) het stimuleren van contractonderzoek aan instellingen van het wetenschappelijk onderwijs om het universitair onderzoek mede te richten op de behoeften van de samenleving en (2) het opnemen van contractonderzoek in de organisatie- en financieringsstructuur van het universitair onderzoek.[16] Het contractonderzoek wordt als het goed is gestimuleerd en zichtbaarder gemaakt. Het stimuleren gebeurt volgens de nota door de hogeronderwijsinstellingen meer te betrekken bij overheidsuitgaven aan contractonderzoek, de waardering voor contractonderzoek binnen de instellingen van het wetenschappelijk onderwijs te vergroten en mee te werken aan het oplossen van bij contractonderzoek optredende knelpunten.[17] Contractonderzoek wordt onder andere zichtbaarder door het opnemen ervan in de begroting, de jaarrekening en het wetenschappelijk verslag.[18]

In de nota Contractonderzoek worden drie criteria voor het aanvaarden van contractonderzoek geformuleerd.[19] Ten eerste moet het project passen in of aansluiten bij het onderzoeksprogramma van de relevante vakgroep en het onderzoeksbeleid van de instelling. Ten tweede mag het de uitvoering van andere taken van de vakgroep niet onmogelijk maken. Nauwe verwevenheid met de hoofdtaken van de vakgroep wordt juist wel aangeraden, maar de continuïteit van de hoofdtaken mag niet van contracten afhankelijk zijn. Ten derde mag er geen verplichting bestaan tot onbeperkte geheimhouding van de onderzoeksresultaten. De criteria zijn vooral van belang voor grote onderzoekscontracten, met een looptijd van langer dan een jaar of een inzet van meer dan een – toen nog aangeduid als – 'manjaar' in een korte tijd.[20]

12 *Kamerstukken II* 1979/80, 15825, nr. 2.
13 Nota Contractonderzoek 1981, par. 6.1.
14 Nota Contractonderzoek 1981, par. 2.1.
15 Zie o.a. Academische Raad, kenmerk A.R. – 1054, 22 mei 1981, p. 4.
16 Nota Contractonderzoek 1981, samenvatting en par. 3.3.
17 Nota Contractonderzoek 1981, par. 4.1.
18 Nota Contractonderzoek 1981, par. 4.2.
19 Nota Contractonderzoek 1981, par. 4.3.
20 *Ibid.*

Bij kleinere projecten kunnen deze criteria volgens de nota soepeler worden gehanteerd; zulke projecten passen sneller in de onderzoeksruimte en het is mogelijk dat een vakgroep een programma bijstelt om meer aan te sluiten bij maatschappelijke behoeften.[21]

De beslissingsbevoegdheid over de contracten ligt bij het college van bestuur.[22] Bij kleinere contracten van minder dan een 'manjaar' kan een machtiging worden afgegeven aan de beheerder van de faculteit.[23] De nota spoort de instellingen voor hoger onderwijs aan om, voor zover daar al geen sprake van is, hiervoor regelingen op te stellen, zodat de procedure voor interne en externe partijen duidelijk is.[24]

De nota bevat verder enkele overwegingen over een goede planning, projectmanagement en inzet van extra personeel en studenten.[25] Ter sprake komt ook het niet verrekenen van inkomsten met de rijksbijdrage. Pas in 1988 is wettelijk geregeld dat universiteiten de hier bedoelde inkomsten mochten houden en niet dienden te verrekenen met de te ontvangen rijksbijdrage.[26] Wanneer een student wordt ingeschakeld, dan kan dat alleen op vrijwillige basis.[27] Ook moet de universiteit een overeenkomst met deze student sluiten zodat deze dezelfde rechten en plichten heeft als het aan het project deelnemende personeel.[28]

Wat betreft de financiële aspecten zijn de kostprijsberekening en tariefstelling, de bestemming van inkomsten en de verantwoording in de begroting en jaarrekening relevant.[29] De nota sluit aan bij een brief van de Minister van Financiën, die de verschillen in de kostprijsberekeningen tussen de rijksdiensten beoogde te uniformeren met richtlijnen.[30] Hierin wordt uitgegaan van de *integrale kostprijs* op basis van vervangingswaarde. Een lager tarief dan de integrale kostprijs moet in de regel gemotiveerd worden.[31] Hierbij moet rekening worden gehouden met concurrentievervalsing ten opzichte van bijvoorbeeld ingenieursbureaus of andere onderzoeksorganisaties.[32] In de reactie van Hogeschool Twente wordt vermeld dat commerciële partijen begrip

21 *Ibid.*
22 Nota Contractonderzoek 1981, par. 4.4.
23 *Ibid.*
24 Zie bijv. Rijksuniversiteit Leiden, Regeling Beheer Derde Geldstroom (aangeboden aan de Universiteitsraad op 3 februari 1984). De regeling kent onder andere een 'kostprijscalculatieformulier' en calculatietarieven.
25 Nota Contractonderzoek 1981, hoofdstuk 5.
26 Besluit bestemming eigen inkomsten (ex. art. 100 lid 2 WWO). Zie voor de nuancering: *Kamerstukken II* 1986/87, 19788, nr. 1-2, p. 40-41.
27 Nota Contractonderzoek 1981, par. 5.3.
28 *Ibid.*
29 Nota Contractonderzoek 1981, hoofdstuk 6.
30 Nota Contractonderzoek 1981 verwijst naar Minister van Financiën, 'Tarieven voor aan derden bewezen diensten en voorlopige cijfers', nr. A 72/6852, 8 mei 1972 (geen Kamerstuknr. beschikbaar).
31 Nota Contractonderzoek 1981, par. 6.1.
32 *Ibid.*

hebben voor de eis van een tariefstelling die de integrale kosten dekt, maar dat sommige ministeries daar als opdrachtgever meer moeite mee hebben.[33]

De integrale kostprijs bestaat uit directe kosten, overheadkosten en een opslag (voor overige projectkosten en een vergoeding voor de ontwikkeling van kennis).[34]

In uitzonderlijke gevallen kunnen de kosten maar deels doorberekend worden, namelijk als personeel is gedetacheerd en de personeelskosten voor rekening van de afnemer komen maar de overige kosten voor rekening van de instelling.[35] Een alternatief is het in rekening brengen van de kosten van een deelaspect van bekostigd onderzoek waarin een derde geïnteresseerd is.[36]

De inkomsten van extra taken en de exploitatie van intellectueel eigendom zouden, aldus nog steeds de nota Contractonderzoek, niet meer verrekend hoeven te worden met de rijksbijdragen.[37] Het voorstel is om deze te laten storten in een bestemmingsfonds, waaruit bestedingen voor wetenschappelijk onderzoek en postacademisch onderwijs gedaan kunnen worden.[38] Vanwege de opkomende rol van transferpunten en het octrooieren, verwacht de minister een verdeelsleutel tussen de vakgroepen en het college van bestuur, waarbij kan worden gedacht aan een redelijke toekenning van 75% aan de vakgroep. Inkomsten uit de inzet van 'overcapaciteit', zoals de verhuur van onbenutte ruimtes die bekostigd zijn, worden wel verrekend. Dat geldt ook voor een eventueel surplus na het verrichten van diensten op basis van goedgekeurde tarieven.[39]

De verantwoording moet inzichtelijk worden gemaakt in de begroting en de jaarrekening van de instelling.[40]

Eventuele octrooirechten komen volgens de onderwijsminister in zijn nota conform de octrooiregelgeving toe aan de universiteit.[41] Een octrooirecht kan contractueel overgedragen worden of behouden worden met afgifte van een licentie. De uitvinder moet wel worden vermeld in het octrooi en krijgt een extra vergoeding wegens het gemis van het recht op octrooi. De kosten voor octrooiaanvragen en octrooibeheer moeten niet van de rijksbijdrage worden betaald.[42] In de nota stelt de onderwijsminister in dit verband een Stichting Kennisexploitatie voor. Dit voorstel, oorspronkelijk afkomstig van TNO, houdt

33 Commentaar op de nota Contractonderzoek, kenmerk 68697, 26 maart 1981, paragraaf 6.1.
34 Nota Contractonderzoek 1981, par. 6.1.
35 *Ibid.*
36 *Ibid.*
37 Nota Contractonderzoek 1981, par. 6.2.
38 *Ibid.*
39 *Ibid.*
40 Nota Contractonderzoek 1981, par. 6.3.
41 Nota Contractonderzoek 1981, par. 7.3.
42 *Ibid.*

in dat er een afzonderlijke organisatie is die optreedt als octrooigemachtigde en die intermediaire activiteiten verricht.[43]

Wat zegt de nota Contractonderzoek vervolgens over publicatie en geheimhouding?[44] Zodra de octrooiaanvraag is ingediend, moet de instelling zo snel mogelijk publiceren. Als er geen sprake is van geheimhouding wegens een octrooiaanvraag (maar wel vanuit concurrentieoverwegingen), mag de termijn niet langer zijn dan in het geval van een octrooiaanvraag. Bij auteursrechten zou er geen belang bestaan bij de opdrachtgever voor auteursrechtelijke aanspraken op de resultaten van het onderzoek. Wel kunnen afspraken worden gemaakt omtrent de overdracht van de rechten, al zouden deze beperkt moeten worden tot aan de opdrachtgever uitgebrachte resultaten, zoals de rapportage en modellen.

De nota beveelt de volgende onderwerpen aan die onderdeel zouden moeten zijn van de schriftelijke overeenkomst inzake het contractonderzoek: onderwerp van onderzoek, termijn waarbinnen het onderzoek plaatsvindt, bekostiging van het onderzoek, personele en materiële inzet ten behoeve van het onderzoek, voortgangsrapportage en publicatie van onderzoeksresultaten, voorwaarden en termijnen ten aanzien van opschortingen van publicatie of geheimhouding, rechten op het intellectuele eigendom van onderzoeksresultaten, aansprakelijkheid bij niet-nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst, en arbitrage met betrekking tot geschillen omtrent de uitvoering van de overeenkomst en/of de resultaten van het onderzoek.[45]

De uitgangspunten in deze nota Contractonderzoek vormen het fundament van de huidige juridische kaders die in de volgende paragrafen zullen worden beschreven.

Overigens deed de Algemene Rekenkamer in 1988 onderzoek naar contractonderzoek bij universiteiten. Zeven jaar na de nota Contractonderzoek constateerde de Algemene Rekenkamer dat de meeste instellingen moeite hebben met de aanbevolen tariefstelling van een integrale kostprijs. Zij 'realiseren deze aanbeveling in de praktijk zelden'.[46]

Sinds 1981 is de inzet van de capaciteit voor contractonderzoek en de omzet hieruit aanzienlijk gestegen.[47] Uit het verslag van de Algemene Rekenkamer over het jaar 1988 blijkt dat de contractprijs bij veel faculteiten hoger dan of gelijk aan de integrale kostprijs is.[48] Waar dat niet het geval is, gaat het veelal om faculteiten in de cluster Technisch en in mindere mate de clusters Medisch en Bèta.[49] De kostprijs is bij de meeste faculteiten opgebouwd uit 'project-

43 *Ibid.*
44 *Ibid.*
45 Nota Contractonderzoek 1981, par. 7.5.
46 *Kamerstukken II* 1986/87, 19788, nr. 2 (Bestuurlijke informatievoorziening van universiteiten), p. 41.
47 *Kamerstukken II* 1988/89, 21080, nr. 1-2, p. 249.
48 *Kamerstukken II* 1988/89, 21080, nr. 1-2, par. 3.8.3.
49 *Ibid.*

gebonden personele en materiële kosten, aanschafkosten van apparatuur en kosten van universitaire overhead' en bij veel faculteiten ook een facultaire overhead.[50] Waar een dergelijke overhead niet in rekening wordt gebracht, gaat het vooral om de clusters Alfa en Medisch.[51] In weinig faculteiten komt het voor dat een opslag voor risico en winst in rekening wordt gebracht. De meeste faculteiten stellen een eindafrekening op na afloop van een project, maar 'slechts ongeveer een kwart van de faculteiten neemt bij de nacalculatie de integrale kostprijs als uitgangspunt'.[52] Bij ongeveer 10% van de faculteiten is er sprake van een eindafrekening die is voorzien van een accountantsverklaring. De helft van de projectdossiers bevatten 'andere bescheiden, zoals declaraties en rekeningen, correspondentie, juridische adviezen, overzicht van apparatuurinzet en inhoudelijke voortgangsrapportages'.[53] Opvallend is dat slechts bij een kwart van de faculteiten overzichten waren van tijdsbesteding en dat bij slechts 20% een systeem bestond van tijdschrijven.[54] De Algemene Rekenkamer drong er daarom bij alle betrokkenen op aan aandacht te besteden aan het verbeteren van de administratieve systemen.[55]

### 3.2.2 HOAK-nota en de WHW

De nota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit uit 1985 legde meer nadruk op zelfregulering en financiële onafhankelijkheid van de universiteiten.[56] Deze nota legde de basis voor de WHW.

Bij de voorbereiding van de WHW is de 'derde missie' van de universiteit geïntroduceerd: het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij).[57] De wetgever had deze doelstelling voor universiteiten al vastgesteld in de voorganger van die wet, de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs 1985 (WWO 1985). Dit naar aanleiding van een door de Tweede Kamer aangenomen amendement van VVD-Kamerlid Greetje den Ouden-Dekkers.[58] Uit de toelichting bij het amendement van Den Ouden-Dekkers blijkt dat zij bij kennisoverdracht ten behoeve van de maatschappij dacht aan toen opgekomen

50 *Ibid.*
51 *Ibid.*
52 *Ibid.*
53 *Ibid.*
54 *Ibid.*
55 *Ibid.*
56 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 2, par. 4.1.
57 Artikel 1.3 WHW. Zie in het algemeen over de ontwikkeling richting de derde missie: Sam & Van der Sijde, *Higher Education* 2014, p. 899-900
58 Art. 2 lid 2 WWO 1985, Stb. 1985, 562; *Kamerstukken II* 1984/85, 16802, nr. 38. Onderwijsminister Arie Pais (VVD) had zich eerder in de Beleidsnota Universitair Onderzoek (BUOZ) uitgesproken voor 'maatschappelijke dienstverlening' door universiteiten (*Kamerstukken II* 1979/80, 15825, nr. 2).

vormen van maatschappelijke dienstverlening,[59] zoals wetenschapswinkels[60] en transferpunten ter bevordering van contractonderzoek.

De WHW trad in 1993 in werking en regelt 'het bestel van voorzieningen op het gebied van hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek' (hierna: het bestel).[61] De publieke belangen die met dit bestel gemoeid zijn, betreffen (i) het voorzien in hoogwaardig onderwijs en onderzoek dat betrekking heeft op de individuele behoefte aan initieel onderwijs, (ii) de maatschappelijke vraag naar de onderscheiden typen van hoger opgeleiden en (iii) de maatschappelijke behoefte aan wetenschappelijke kennis en inzichten, met name waar het gaat om kennisvermeerdering als doel op zichzelf.[62] De WHW regelt hoofdzakelijk de bestuurlijke relatie tussen de rijksoverheid en de instellingen die onderdeel uitmaken van dit bestel. Welke instellingen dat zijn, is besproken in paragraaf 2.5.2.2. De genoemde bestuurlijke relatie wordt gekenmerkt door het begrip autonomie. Het gaat hierbij 'met name om een vergroting van de beleidsruimte op het niveau van de instellingen en een terugtreden van de centrale overheid, vooral op het gebied van de sturing vooraf'.[63] Deze zelfstandigheid of autonomie wordt bereikt door veel zaken niet (meer) wettelijk te regelen, maar alleen de wettelijke randvoorwaarden te scheppen en de gedetailleerde regels aan het bestuur van de instelling over te laten. Dit wordt ook wel voorwaardelijke zelfregulering genoemd.[64]

Voor de wetgever was een argument voor meer autonomie van de instellingen de vaststelling dat de contacten van de instellingen met het bedrijfsleven en andere instanties waren geïntensiveerd.[65] Hogeronderwijsinstellingen

59 De oorspronkelijke memorie van toelichting bij de WWO 1985 vond het voorstel van de Academische Raad om 'maatschappelijke dienstverlening' als wettelijke taak te verankeren onwenselijk omdat de universiteit zou worden 'gelegitimeerd tot tal van activiteiten die nauwelijks of zelfs in het geheel niet in relatie staan met onderwijs en onderzoek. Daarmede zou de universiteit haar typische karakter van instelling van wetenschappelijk onderwijs verliezen.' De regering is van mening dat 'maatschappelijke dienstverlening' 'niet los mag worden gezien van onderwijs en onderzoek'. *Kamerstukken II* 1980/81, 16802, nr. 3 (MvT). Vgl. Louw 2011, p. 41.

60 Wetenschapswinkels, waarvan de eerste in 1972 in Utrecht is opgericht, ontstonden naar aanleiding van de democratiseringsbeweging in de jaren 70 van de vorige eeuw. Bij wetenschapswinkels kunnen kansarme en minder draagkrachtige (groepen) burgers of organisaties aankloppen met onderzoeksvragen, waar studenten of onderzoekers mee aan de slag gaan. Het gaat om onderzoeksvragen die niet het commercieel belang dienen. De wetenschapswinkel functioneert als een loket voor dergelijke vragen. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19200, nr. 67, p. 12; Weerdenburg 1987.

61 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 19.

62 *Ibid.*, p. 19.

63 *Ibid.*, p. 23. Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 1-2 (HOAK-nota), p. 88 (Volgens de Academische Raad moet de wet aan de instellingen middelen geven waarmee zij hun eigen autonomie kunnen handhaven, zowel tegenover de overheid als tegenover andere maatschappelijke instellingen en krachten).

64 Bokhorst 2014, p. 120.

65 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 32.

moeten in dat kader meer markgericht en flexibel kunnen handelen.[66] De veronderstelling is dat sturing van bovenaf trager is dan decentrale besluitvorming. Een meer terughoudende sturing vanuit de overheid draagt bij aan de mogelijkheid tot flexibel en marktgericht handelen door de instellingen.

Deze zelfstandigheid of autonomie was ook nodig, aangezien de opvattingen van de rol van de overheid ten tijde van de ontwerp-WHW waren veranderd. Er kwam een groeiend besef dat meer verantwoordelijkheid (voor het bepalen van inhoud en vorm van het onderwijs en onderzoek) aan de instellingen moest worden overgelaten.[67] Daarvoor is een sturingsfilosofie nodig waarbij de overheid minder centraal stuurt (met name sturing vooraf), meer achteraf en globaal stuurt, en meer ruimte laat voor zelfregulering.[68] Het uitgangspunt is dat de overheid alleen ingrijpt als zelfsturing tot onaanvaardbare effecten dreigt te leiden, als het ingrijpen bestaat uit het achteraf corrigeren van onvolkomenheden in het bestel en als het vooraf ingrijpen wordt gekenmerkt door globaliteit.[69] Deze uitgangspunten passen in het wetgevingskader van de Commissie voor toetsing van wetgevingsprojecten (1987-1995), dat uitgaat van een terughoudende rol voor de overheid:[70]

> '[d]e centrale overheid dient zich zoveel mogelijk te beperken tot het scheppen van de noodzakelijke randvoorwaarden, het stellen van minimumeisen, het ondersteunen van maatschappelijke processen door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden en het waken (bij voorbeeld via gespecialiseerde inspecties) tegen ongewenste of ontoereikende resultaten.'[71]

Vanwege het uitgangspunt van (voorwaardelijke) zelfregulering kent de WHW vaak randvoorwaarden die de instellingen zelf nader moeten invullen met interne regels.[72]

De WHW regelt in artikel 2.9 de verslaglegging door het instellingsbestuur. De jaarverslaggeving moet vergezeld zijn van een verklaring van de instellingsaccountant.[73] De Regeling accountantsprotocol geeft voor de accountant toelichting op wet- en regelgeving met betrekking tot het referentiekader, het accountantsonderzoek en de gewenste accountantsproducten. Kort gezegd is de accountant belast met de controle van de jaarstukken op onder meer financiële rechtmatigheid.[74] 'De instellingsaccountant moet controleren of

66 *Ibid.*
67 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3 (MvT).
68 *Ibid.*
69 *Ibid.*, p. 32.
70 Zie voor het advies van de Commissie voor toetsing van wetgevingsprojecten over de ontwerp-WHW in *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, p. 178 e.v.
71 Bokhorst 2014, p. 177.
72 Zoontjens 2021, p. 20.
73 'Aangewezen registeraccountant', *Stb.* 1992, 593.
74 Financiële rechtmatigheid in het algemeen houdt in dat een financiële transactie betrekking hebbende op publieke middelen waarvan de uitkomst in de jaarrekening dient te worden

de rijksbijdrage rechtmatig is verkregen (onderzoek bekostigingsverantwoording) en besteed (controle jaarrekening).'[75]

### 3.2.3 Nogmaals kritiek van de Algemene Rekenkamer

In 1995 kwam de Algemene Rekenkamer met het rapport 'Derde-geldstroomactiviteiten bij universiteiten'.[76] Bij de meerderheid van de universiteiten bleek het financieel beheer tekort te schieten.[77] Twaalf universiteiten hadden niets geregeld met betrekking tot de verhouding tussen de universiteiten en de daaraan gelieerde stichtingen voor contractonderzoek.[78] Bij zeven universiteiten ontbraken volledige registers van derde-geldstroomprojecten.[79] Universiteiten hadden geen tijdsverantwoordingssysteem en aan de drie belangrijkste categorieën opdrachtgevers (ministeries, EU en collectebusfondsen) werd in de meeste gevallen minder dan de integrale kostprijs in rekening gebracht. Bij tien colleges van bestuur was er geen zekerheid dat zij tijdig werden geïnformeerd over knelpunten bij afzonderlijke projecten, en vijf colleges van bestuur hadden 'geen mogelijkheid corrigerende maatregelen te treffen tegen aan de universiteit gelieerde stichtingen'.[80] De Algemene Rekenkamer was ook kritisch op het Ministerie van OCW. Dit stelde wel strikte voorwaarden voor derde-geldstroomactiviteiten, maar regelde geen rapportageplicht.[81] Het ministerie kon ook geen zekerheid krijgen over de juistheid en volledigheid van de financiële informatie over de derde geldstroom. Bovendien was de minister 'zeer terughoudend' in het nemen van corrigerende maatregelen.[82]

De Algemene Rekenkamer presenteerde in haar rapport een 'Handreiking bij het financieel beheer van derde-geldstroomactiviteiten'.[83] Deze bevatte aandachtspunten omtrent de (universitaire) regelgeving ten aanzien van derde-geldstroomactiviteiten, de registratie, voorbereiding, uitvoering en afwikkeling van derde-geldstroomactiviteiten, de informatievoorziening voor het college van bestuur inzake activiteiten in eigen beheer en bij afzonderlijke rechtspersonen ondergebrachte activiteiten, en de sturing van uitvoering van derde-geldstroomactiviteiten. Het voert hier te ver om deze aandachtspunten afzonderlijk te bespreken. In de reactie op het rapport vond de VSNU de handreiking

verantwoord in overeenstemming is met de wet- en regelgeving (Onderwijsaccountantsprotocol 2021, par. 1.2.4).

75 Zoontjens 2021, p. 20.
76 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 100, nr. 2.
77 *Kamerstukken II* 1994/95, 24100, nr. 2, p. 4.
78 *Ibid.*
79 *Ibid.*
80 *Ibid.*, p. 13.
81 *Ibid.*, p. 16.
82 *Ibid.*
83 *Ibid.*, p. 23.

nuttig, maar plaatste zij enkele kanttekeningen. Zo werd een nacalculatie voor elk afzonderlijk project ondoelmatig gevonden.[84]

Aanvankelijk reageerde de Minister van OCW met de stelling dat de bestedingsvrijheid ertoe leidt dat het niet ondoelmatig en onrechtmatig is om de rijksbijdrage voor andere activiteiten dan de primaire taken te gebruiken.[85] Ook als derde-geldstroomactiviteiten niet kostendekkend zijn, kan de universiteit er baat bij hebben.[86] Soms is kostendekkendheid zelfs onwenselijk: het als 'harde eis' stellen dat de universiteiten alle kosten van contractactiviteiten integraal doorberekenen, zou ertoe leiden dat de universiteiten volledig uit de markt worden geprijsd.[87] Tijdens het Algemeen Overleg over het rapport van de Algemene Rekenkamer heeft de Minister van OCW zijn woorden aangescherpt. Hij benadrukte dat derde-geldstroomactiviteiten niet ten koste mogen gaan van de rijksbijdrage.[88] Op individueel projectniveau kan er sprake zijn van een niet-kostendekkende prijs, maar de tekorten moeten wel gedekt worden uit andere derde-geldstroomactiviteiten.[89] Opvallend is dat de Minister van OCW wel begrip heeft voor het feit dat universiteiten meer het accent legden op het verwerven van een derde geldstroom dan op het beheer ervan:

> 'Het beleid ten aanzien van de derde geldstroom is tot stand gekomen in het kader van bezuinigingen op het hoger onderwijs. De universiteiten raakten daardoor in een moeilijke positie en in 1982 heeft de regering hen in overweging gegeven hierin verbetering te brengen door diensten voor derden in rekening te brengen (…) Dit maakt de verantwoording over de besteding van het budget dringender.'[90]

Het rapport van de Algemene Rekenkamer gaf aanleiding om verantwoording over de kosten en opbrengsten te regelen in de Richtlijn voor de inrichting van de begroting en het verslag[91] en in het accountantsprotocol. De Minister van OCW was er in zijn reactie geen voorstander van het totale financiële beheer, inclusief de derde geldstroom, te beoordelen.[92] Inzicht in de derde geldstroom wordt alleen verlangd om na te gaan of er sprake is van kruissubsidiëring met publieke middelen.[93] Hoewel de toen net ingevoerde WHW handhavinginstrumenten biedt, verwachtte de minister deze niet snel in te hoeven zetten.[94]

---

84 *Ibid.*, p. 17.
85 *Ibid.*, par. 7
86 *Ibid.*
87 *Ibid.*
88 *Kamerstukken II* 1994/95, 24100, nr. 4.
89 *Ibid.*
90 *Ibid.*
91 Op basis van artikel 2.14 WHV. In 2005 was dit opgenomen in art. 34 lid 3 Richtlijn jaarverslaglegging hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (oud).
92 *Kamerstukken II* 1994/95, 24100, nr. 4, p. 3.
93 *Ibid.*, p. 6.
94 *Ibid.*, p. 6.

### 3.2.4 Wet Korte Klap en vervolg

Vanaf 2001 kwam de zogenoemde hbo-fraude aan het licht die aanleiding gaf tot verscherping van de bekostigingsregelgeving met de 'Wet Korte Klap'.[95] Het gaat hier om hogere rijksbijdragen die werden verkregen door niet-studenten in te schrijven als student. De Minister van OCW gaf in 2001 de accountantsdienst van het ministerie opdracht om bij zeven hogescholen onderzoek te doen. Dit leidde vervolgens in 2002 tot een 'zelfreinigend onderzoek' bij andere instellingen. De resultaten hiervan zijn gepubliceerd in het rapport Ruimte voor Rekenschap.[96]

Tijdens de voorbereiding van Korte Klap is als bijlage de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs opgenomen, met een variant voor de sector beroepsonderwijs en volwasseneducatie.[97] Die notities uit 2003 hebben volgens de Minister van OCW de status van wetsinterpreterende beleidsregels en bieden voorlichting.[98] De notities zijn gepubliceerd na een bekostigingsoverleg met instellingen en koepelorganisaties waarin de Minister van OCW richtinggevende uitspraken deed over de interpretatie en toepassing van de bekostigingsregels. Thema 2 van de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs gaat over het investeren van publieke middelen in private activiteiten.

De Commissie Vervolgonderzoek Rekenschap (de Commissie-Schutte) onderzocht ondertussen bij alle hogeronderwijsinstellingen of de bekostigingsregels juist waren toegepast. In het rapport Eerlijk Delen van 1 april 2004 beveelt de commissie aan een administratieve scheiding van publieke en private baten en lasten voor te schrijven.[99] Deze aanbeveling neemt de Minister van OCW vervolgens niet over, maar de (bestaande) eis van transparantie wordt wel onderkend.[100] De minister wil niet voorschrijven hoe deze transparantie (intern) moet worden vormgegeven.[101] In de brief 'Verantwoording van publieke middelen' scherpt de staatssecretaris van OCW wel de helderheidsnotities aan. De notitie Helderheid en de aanvullende documenten bestaan dan – voor het deel dat over het hoger onderwijs gaat – uit de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs 2003, de brief aan de Tweede

95 *Stb.* 177, 2004.
96 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 248, nr. 22. Zie ook de review van de Algemene Rekenkamer: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 248, nr. 24.
97 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (bijlage bij *Kamerstukken* II 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2).
98 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 817, nr. 5.
99 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 248, nr. 47, p. 29 en p. 92.
100 *Kamerstukken II* 2004/05, 284248, nr. 84, p. 5.
101 *Kamerstukken II* 2004/05, 284248, nr. 84.

Kamer van 2 november 2004 en de brief aan Tweede Kamer van 20 juli 2005.[102] Over de administratieve scheiding schrijft de staatssecretaris:[103]

> 'De inrichting van de administratieve organisatie, de interne controle, of de inrichting van de boekhouding wordt bij deze integrale verantwoording niet voorgeschreven door OCW. Of de noodzakelijke transparantie vereist dat overgegaan moet worden tot een vorm van tijdschrijven, of dat toerekenregels en projectadministraties daartoe kunnen volstaan, is ter beoordeling aan het instellingsbestuur.'

De brief maakt ook melding van een onderzoek door de Auditdienst van OCW naar private activiteiten door hogescholen. De auditdienst heeft ook in andere jaren het thema van publiek-privaat onderzocht.[104] De notities zijn ook meegenomen in latere onderzoeken van de Algemene Rekenkamer naar publiek-private arrangementen.[105]

Vanaf 2012 is toezicht op het thema publiek-privaat bij de Inspectie van het Onderwijs neergelegd. De Inspectie van het Onderwijs kreeg namelijk vanaf 1 juli 2012 een nieuwe taak: het houden van toezicht op de financiële rechtmatigheid van het financieel beheer van de bekostigde onderwijsinstellingen, waaronder de rechtmatigheid van de bestedingen.[106] Het personeel van de afdeling Rekenschap binnen het Ministerie van OCW ging in verband hiermee over naar de Inspectie.[107]

De Inspectie kwam in 2015 met het rapport 'Private activiteiten van bekostigde instellingen', waaruit onder andere blijkt dat de juridische kaders nog niet duidelijk waren.[108] In opdracht van het Ministerie van OCW is voorts een rapport uitgebracht over rode draden in de casuïstiek inzake private activiteiten.[109] Ook bracht de VSNU in april 2019 een eigen handreiking uit onder de titel 'Publiek-private activiteiten in het wo'.[110]

Naar aanleiding van het voornoemd onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs heeft de Minister van OCW een verduidelijking van de regels over publiek-private activiteiten aangekondigd.[111] Op 22 maart 2021 is in dat ver-

---

102 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (bijlage bij *Kamerstukken* II 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2, pag. 23; Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukke*n II 2004/05, 28 248, nr. 72) en Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84.

103 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 4248, nr. 84.

104 Auditdienst OCW, 18 juli 2007, Themaonderzoek besteding van publieke middelen aan private activiteiten in het Hoger Onderwijs. Auditdienst OCW, 25 oktober 2011, Bewegen door verbinden, sluiting van de cyclus-beleid-toezicht publiek-privaat, *Kamerstukken II* 2011/12, 30 220, nr. 1-2. Genoemd in Inspectie van het Onderwijs 2015.

105 Algemene Rekenkamer 2012.

106 *Stb.* 2012, 118.

107 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 193, nr. 3.

108 Inspectie van het onderwijs 2015.

109 De Zwart, Broeks & Boot 2016.

110 VSNU 2019.

111 *Kamerstukken II* 2014/15, 28753, nr. 37.

band een nieuwe beleidsregel vastgesteld: Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.[112] Deze zal worden besproken in paragraaf 3.3 en wordt daar afgezet tegen de oudere notitie Helderheid.

### 3.2.5 Voorbeeld toepassing regelgeving: University of Groningen Yantai

Het onderzoeksrapport van de Inspectie van het Onderwijs over University of Groningen Yantai (UGY) uit 2019 is illustratief voor wat er mis kan gaan bij de interpretatie van de regels voor private activiteiten uit de WHW.[113] Aan dit rapport ging een traject vooraf, dat te herleiden is op basis van stukken uit dit dossier die openbaar beschikbaar zijn.[114]

#### *3.2.5.1 Voortraject*

In november 2016 rezen bij de Rijksuniversiteit Groningen (RUG) vragen over een aspect van de toelaatbaarheid van de financiering van UGY. Een deel van die financiering zou mogelijk gemaakt zijn door de verkoop van een dochteronderneming. In het accountantsrapport van PricewaterhouseCoopers (PwC) staat dat de RUG een dividenduitkering heeft gedaan vanuit UOCG BV (100% deelneming) aan de RUG zelf. Deze winsten uit de verkoop van examentrainingen zijn tot 2014 in de geconsolideerde jaarrekening verantwoord als publieke middelen, maar ze zijn in 2015 als private middelen verantwoord. PwC wist niet of dit mocht, maar heeft dit aspect niet juridisch getoetst, omdat het onder de standaardrapportagetolerantie van 0,1% (uit het accountantscontroleprotocol OCW 2015) van de totale publieke middelen valt. 'Mag deze transactie van publiek naar privaat vermogen?', mailt de RUG aan de Inspectie van het Onderwijs. De Inspectie van het Onderwijs schrijft dan terug dat dit 'laveren tussen de klippen door' was. 'Als eenmaal gelden zijn geclassificeerd als publiek dan kunnen ze een tijdje later niet worden overgeboekt en van kleur verschieten naar privaat'. De inspecteur in kwestie was niet onder de indruk van het argument van de tolerantiegrens. Het voorstel was om dit voor te leggen aan de beleidsdirectie van OCW.

In december 2016 startte de Inspectie van het Onderwijs haar jaarlijkse steekproefsgewijze *review* op de controledossiers van accountants. In dat kader wilde zij meer inzicht in de onderbouwing van de veranderde classificatie van publiek naar privaat vermogen en zou zij op basis daarvan besluiten of nader onderzoek nodig was.

112 *Stcrt*. 2021, 18237.
113 Inspectie van het Onderwijs 2019.
114 Ministerie van OCW, Wob-besluit over het onderzoek naar private activiteiten van de RuG, 7 juni 2018; Verdult e.a. 2019 en Inspectie van het Onderwijs 2019.

Op 11 januari 2017 concludeerde de Inspectie van het Onderwijs dat de financiering onvoldoende inzichtelijk was. De Inspectie maakte op die dag en op 28 februari 2017 met de RUG uitgebreide afspraken over het aanleveren van informatie waaruit moest blijken in hoeverre UOCG daadwerkelijk private gelden had. 'Als er sprake is van een positieve waarde van de inbreng van RUG (publiek) bij de oprichting moet die waarde aan RUG (publiek) worden vergoed, en is die vergoeding een publieke bate', oordeelde de Inspectie.

Uit de antwoorden van de RUG blijkt dat de bv in kwestie bij de oprichting geen waarde meekreeg vanuit de publieke RUG. Sinds de oprichting ervan werd, aldus deze antwoorden, door de universitaire holding aan de RUG betaald voor de licentie die bij de RUG ligt. Dit antwoord bleek na nadere correspondentie en overleg voor de Inspectie van het Onderwijs bevredigend te zijn.

In het voorjaar van 2018 kreeg de Inspectie van het Onderwijs signalen over een gebrekkige urenregistratie. In augustus van dat jaar verschenen hierover berichten in de media. Op 13 september besloot zij een onderzoek te starten op grond van artikel 12a WOT.

### *3.2.5.2 Het rapport van de Inspectie van het Onderwijs*

In juni 2019 publiceerde de Inspectie van het Onderwijs haar rapport, waarin stond dat de universiteit zich over het investeren van publieke middelen in het project onvoldoende had verantwoord. Het ging om een totaalbedrag van 1.063.971 euro. De aandacht ging in de eerste plaats uit naar een niet aan de UGY doorberekend bedrag van 682.046 euro aan voorbereidingskosten die tussen 2015 en 2017 waren gemaakt door medewerkers van de RUG. Daarmee kwam de Inspectie van het Onderwijs tot dezelfde conclusie als het bureau Ecorys in een extern onderzoek dat in opdracht van de raad van toezicht is verricht, zij het dat er sprake is van verschillende bedragen: Ecorys komt tot 669.000 euro.[115] Het externe onderzoek is vooraf afgestemd met de Inspectie, en de conclusie is in ieder geval dat de kosten voor niet-geregistreerde uren (overwerk) maximaal 682.046 euro bedroegen. De materiële kosten bleken hier voldoende te zijn verantwoord, maar de personele kosten niet. De RUG had de uren van het personeel onvolledig verantwoord: ze hadden ten laste van de private bestemmingsreserve gebracht moeten worden. De totale aanloopkosten van 1.809.366 euro bedroegen daarmee 2.491.412 euro.

De grondslag voor deze benadering is de integrale kostprijsregel uit de notities Helderheid. De *integrale kostprijs* moet volgens die notities alle kosten bevatten, al wordt daarbij niet duidelijk hoe deze kosten moeten worden

115 Verdult e.a. 2019, p. 52. Volgens de Inspectie van het Onderwijs gebruikt het extern onderzoek een verkeerd bedrag voor het jaar 2017 en maakt het geen gebruik van de gegevens uit de door de instellingsaccount gewaarmerkte jaarrekening met het bestuursverslag voor 2017.

bepaald. De urenregistratie kan volgens Ecorys op een partiële, sluitende of integrale bijschrijving geschieden. De partiële urenregistratie betreft 'alleen de gewerkte uren', de sluitende urenregistratie ziet op 'alle uren ter grootte van zijn/haar aanstelling' en de integrale urenregistratie betreft de registratie van meerdere activiteiten (projecten, vakantie, ziekte et cetera), die getoetst worden op juistheid en volledigheid aan de hand van een plannings- en budgetsysteem, waarmee afwijkingen verklaard of bijgestuurd moeten worden. Ecorys merkt in haar rapport op dat dit laatste systeem niet is gebruikt, terwijl de hantering ervan gelet op het universitaire document 'Extern gefinancierde projecten van de RUG' wel voor de hand lag. Dit verklaart de discrepantie in uren.

Het door de Inspectie gesignaleerde onvoldoende verantwoorden van het investeren van publieke middelen in het UGY-project had in de tweede plaats betrekking op toevoegingen aan de private reserves, op drie manieren. Er zijn (1) dividenduitkeringen gedaan vanuit UOCG B.V. (100% deelneming) aan de RUG. Bovendien zijn (2) schenkingen gedaan aan 100% dochter Stichting Academisch Onderwijs Groningen. Verder is (3) UOCG BV overgedragen aan de 100% dochter RUG Houdstermaatschappij en is boekwinst gemaakt. Hoewel deze overige bedragen niet rechtstreeks betrekking hebben op het project UGY, zijn deze wel relevant geweest in de aanloop naar en ter financiering van dit project. Daarom zijn deze meegenomen in het onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs over de financiering van UGY.

Hier zijn enkele dingen misgegaan. Bij de dividenduitkering in 2016 is er een bedrag van 110.000 euro opnieuw inbegrepen in het bedrag van de uitkering in 2017. Daarnaast is bij de verkoop van UOCG Market BV – die een cijferregistratiesysteem exploiteert – aan de universitaire holding een boekwinst (de prijs was hoger dan de boekwaarde) gemaakt van 271.925 euro. Aangezien de holding uit publieke middelen wordt gefinancierd, had de winst die is gemaakt uit publieke middelen ook als publiek geld moeten worden verantwoord.

Dividenden van UOCG die aan de RUG ten goede zijn gekomen, zijn geherclassificeerd van *publiek* in het jaarverslag van 2014 naar *privaat* in het jaarverslag van 2015. Uit onderliggende correspondentie tussen de Inspectie van het Onderwijs en de RUG blijkt dat het bijna een jaar duurde om de Inspectie te overtuigen dat de herkomst van de gelden privaat was. De RUG heeft namelijk de IE-rechten op een studentencijferregistratiesysteem, en heeft bij het oprichten van UOCG geen geld ingebracht maar juist een (marktconforme) vergoeding voor de licentie gevraagd.

Op basis van hetgeen is misgegaan met betrekking tot de urenregistratie en de toevoegingen aan de private reserve concludeert de Inspectie van het Onderwijs dat publieke gelden aan private activiteiten zijn besteed. Het gaat om 1.063.971 euro.

#### *3.2.5.3 Knelpunten*

Deze casus laat de onduidelijkheid van de notitie Helderheid zien. Er kon niet worden voorzien op welke manier een urenregistratie moest worden uitgevoerd. Ecorys leidt een methodiek af uit een document van de universiteit over gesubsidieerd onderzoek. Deze methode sluit ook aan bij de handhaving door de ACM van de Wet markt en overheid, die geen nacalculatie verplicht stelt, maar in een dergelijk geval wel een realistische raming verwacht.[116] In die raming moet het uurtarief integraal zijn, dus inclusief 'opslag voor huisvestingskosten, automatiseringskosten en overige overheadkosten en rekening houdend met daadwerkelijk inzetbare uren'.[117] De notitie Helderheid was op dit punt onvoldoende concreet.

Daarnaast blijkt uit de correspondentie die door een Wob-verzoek openbaar is gemaakt,[118] dat de Inspectie van het Onderwijs aanvankelijk restrictief stond tegenover de vraag van de RUG of de dividenden die eerder als publiek waren verantwoord, toch als privaat mochten worden verantwoord. Onderdeel van de reactie was dat de inspecteur 'geen scheidsrechter wil spelen', terwijl de Inspectie toch een belangrijke taak op het gebied van *compliance assistance* behoort te hebben. Vervolgens is er steekproefsgewijs onderzoek gedaan naar de gestelde vraag zelf. Deze vorm van handhaven is op zijn minst merkwaardig te noemen. Uiteindelijk bleek de herclassificatie in het rapport van de Inspectie geen probleem te zijn.

Bij bestudering van deze casus blijft het verder nog onduidelijk of winsten die deels met investeringen met publieke middelen zijn behaald *als geheel* publiek moeten worden verantwoord of *slechts voor een redelijk deel*. De Inspectie van het Onderwijs betrekt de stelling dat de holding vrijwel geheel publiek is gefinancierd, terwijl de RUG dit in haar reactie op het rapport betwist. De koppeling met de regels uit de Richtlijnen voor het Jaarverslag Onderwijs over dit punt, wordt door de Inspectie niet expliciet gemaakt.

### 3.2.6 Tussenconclusie

Uit de bespreking van deze voorgeschiedenis blijkt dat de volgende uitgangspunten in het discours belangrijk zijn of waren:

– vrijheid van het wetenschappelijk onderzoek; en geen onbeperkte geheimhouding;

116 ACM 29 oktober 2015, 15.0333.19; Rb. Rotterdam 22 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4648.
117 ACM 29 oktober 2015, 15.0333.19.
118 O.a. Ministerie van OCW, Wob-besluit over het onderzoek naar private activiteiten van de RuG, 7 juni 2018. Zie hierover uitgebreid: 'Hoe de Rijksuniversiteit Groningen haar plannen voor een Chinese campus financierde', <https://democratischeacademie.com/nl/yantaipapers/>

- een meerwaarde voor het bestaande onderzoek (aansluiting bij onderzoeksprogramma's of -beleid);
- geen verdringing van andere taken en continuïteit;
- transparante verantwoording;
- geen oneerlijke concurrentie en een integrale kostenberekening.

## 3.3 De Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten

### 3.3.1 Inleiding

Hierna wordt de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten beschreven (de beleidsregel). Eerst wordt op het doel, de reikwijdte en de juridische status van de beleidsregel ingegaan (par. 3.3.2). Vervolgens worden de begripsbepalingen en de inhoudelijke voorwaarden voor bekostigde onderwijsinstellingen om te investeren in private activiteiten behandeld (par. 3.3.3). Bij de bespreking van deze voorwaarden wordt ook gewezen op eventuele verschillen met de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs en de aanvullende Tweede Kamerbrief 20 juli 2005. In paragaaf 3.4 zal de beleidsregel worden geanalyseerd langs de maatstaf van het rechtszekerheidsbeginsel.

### 3.3.2 Doel, reikwijdte en juridische status van de beleidsregel

#### *3.3.2.1 Doel van de beleidsregel*

De beleidsregel geeft blijkens de toelichting 'uitleg over en inzicht in de voorwaarden waaronder het bevoegd gezag van een bekostigde mbo- of ho-instelling publieke middelen mag investeren in private activiteiten.'[119] Hiermee wordt enerzijds 'houvast geboden bij het ontwikkelen van publiek/private activiteiten' en wordt anderzijds 'beoogd te voorkomen dat de rijksbijdrage onrechtmatig wordt besteed'.[120] Een onrechtmatige besteding is bijvoorbeeld het geval als een 'bekostigde instelling bij activiteiten die niet behoren tot de bekostigde wettelijke taak niet de integrale kostprijs in rekening brengt of anderszins oneerlijk concurreert'.[121]

Deze beleidsregel vervangt 'thema 2' over het investeren van publieke middelen in private activiteiten van de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (notitie Helderheid). Deze beleidsregel vervangt ook

119 *Stcrt.* 2021, 18237 (toelichting).
120 *Ibid.*
121 *Ibid.*, voetnoot 14.

de brieven die de minister aan de Tweede Kamer heeft gestuurd, waarin de notitie Helderheid nader wordt uitgelegd en uitgewerkt (gezamenlijk notities Helderheid). De in 2011 vastgestelde Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen van het Ministerie van OCW wordt met deze beleidsregel eveneens ingetrokken. Kennelijk worden de andere thema's van de notitie Helderheid niet vervangen, zoals thema 1 (uitbesteding), thema 4 (bekostiging van buitenlandse studenten), thema 6 (het volgen van modules) en thema 8 (bekostiging van maatwerktrajecten).[122]

In de toelichting wordt aangegeven dat de 'strekking van de voorwaarden' inhoudelijk niet is veranderd ten opzichte van de notitie Helderheid. Begrippen worden gedefinieerd en er wordt meer toelichting gegeven.

*3.3.2.2 Juridische status en verhouding tot de WHW*

Net als de notitie Helderheid is dit een interpretatieve beleidsregel. Waar de notitie Helderheid niet duidelijk maakt welke wettelijke bepalingen worden geïnterpreteerd, is dat voor de beleidsregel wel het geval. In de beleidsregel wordt in de aanhef – voor zover relevant voor de universiteiten – verwezen naar artikelen 1.9, eerste lid, en 15.1, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Ook wordt verwezen naar artikel 4, vijfde lid, van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs. De beleidsregel heeft dus inhoudelijk betrekking op deze bepalingen.

In artikel 1.9, eerste lid, van de WHW wordt de aanspraak van de bekostigde hoger onderwijsinstellingen op de rijksbekostiging geregeld. Universiteiten krijgen dit geld – kort gezegd – voor het verzorgen van initiële opleidingen en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. De bekostiging ziet niet op alle wettelijke doelstellingen van universiteiten die in artikel 1.3 van de WHW zijn genoemd. De doelstelling van het overdragen van kennis aan de maatschappij wordt in artikel 1.9, eerste lid, van de WHW niet vermeld.

In artikel 15.1, eerste lid, van de WHW wordt de bevoegdheid van de minister geregeld om de rijksbijdrage geheel of gedeeltelijk in te houden of op te schorten, onder andere als in strijd wordt gehandeld met het bepaalde bij of krachtens de WHW.

Artikel 4, vijfde lid, van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs bevat de plicht voor een bekostigde instelling om zich te verantwoorden over het gevoerde beleid zoals aangegeven in de notitie Helderheid en de aanvullingen hierop. Langs deze weg zijn de beleidsregels rechtstreeks bindend voor de universiteiten. De Regeling jaarverslaggeving onderwijs is recent aangepast (*Stcrt*. 2022, 5140). In deze aanpassing is in artikel 4, vijfde lid, de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten opgenomen. Ook is

122 Zie in het kader van 'uitbesteding' in strijd met de bekostigingsregelgeving voor regionaal opleidingscentra: Rb. Amsterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH6937.

de verwijzing naar de Tweede Kamerbrief van 20 juli 2005 met aanvullingen op de helderheidsnotitie vervallen (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84).

Voor context kan in dit kader worden gewezen op de artikelen 2.9, derde lid, en 2.17, eerste lid, van de WHW, die niet worden genoemd in de aanhef van de beleidsregel.

Artikel 2.19 van de WHW betreft de verantwoording in de jaarverslaggeving. Het derde lid regelt de bevoegdheid van de minister om bedragen in mindering te brengen op de rijksbijdrage 'indien uitgaven zijn geschied in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet, dan wel indien werkzaamheden ten behoeve waarvan de rijksbijdrage is verleend, niet behoorlijk zijn uitgevoerd of de rijksbijdrage ondoelmatig is aangewend'. De notitie Helderheid betrof in feite een interpretatie van deze bevoegdheid.

In artikel 2.17, eerste lid, van de WHW is de plicht voor het instellingsbestuur geregeld om de middelen van de instelling op een zodanige wijze te beheren dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling zijn verzekerd. Op grond van het tweede lid van artikel 2.17 van de WHW kan de minister regels stellen over het uitzetten van gelden, het aangaan van geldleningen en het aangaan van verbintenissen voor financiële producten. Deze regels zijn vastgesteld in de Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016. De relatie van deze regeling met de beleidsregel wordt verderop uitgebreider besproken. We hebben hier te maken met beperkingen van de zogenoemde bestedingsvrijheid van de instellingen die een 'lumpsum'-bekostiging ontvangen in plaats van geoormerkte bedragen voor onderwijs of onderzoek.

Op deze plaats past nog de opmerking dat Kwikkers de verantwoordingsplicht in het jaarverslag breder opvat en van mening is dat deze zowel voor publieke als private middelen geldt. Bij valorisatie en contractactiviteiten die met private gelden zijn bekostigd, voert de instelling haar wettelijke taak uit als deze activiteiten in het kader van de wettelijke taak van kennisoverdracht zijn verricht. De instelling kan integraal failliet gaan. Kwikkers verwijst in dit verband naar artikel 2.17 WHW waarin voor het instellingsbestuur de verplichting is opgenomen om de middelen van een instelling op een zodanige wijze te beheren dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling zijn verzekerd.[123] Louw daarentegen, zo meldt Kwikkers ook, vindt dat over private gelden geen zeggenschap bestaat voor de overheid. Kwikkers zet in het algemeen vraagtekens bij het bestaan van privaat eigen vermogen van universiteiten.[124]

In de Regeling beleggen, lenen en derivaten worden publieke middelen als volgt gedefinieerd:[125]'gelden verkregen ten laste van de rijksbegroting of anderszins uit hoofde van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen

123 Kwikkers 2019.
124 Kwikkers 2019.
125 RJ 2021/660.0. Deze definitie is vastgesteld in art. 1 Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016 waarin niet van gelden, maar van middelen wordt gesproken.

verkregen gelden, alsmede de opbrengsten daarvan, waarover een instelling de beschikking heeft gekregen om de wettelijke taak te verrichten'.[126]

Baten uit de rijksbijdrage, wettelijke retributies zoals het wettelijk collegegeld en het instellingscollegegeld, en subsidies verkregen van bijvoorbeeld NWO, zijn dus publieke middelen. De private middelen zijn: 'alle gelden waarover een instelling beschikt, niet zijnde publieke middelen en voor zover niet op een adequate wijze afgescheiden van de publieke middelen'.[127] Een voorbeeld hiervan vormen baten uit sponsorgelden. Voor een helder onderscheid tussen baten uit dienstverlenging en subsidiebaten is het verwarrend dat subsidies en bijdragen samen worden genomen in de staat van baten en lasten. Daarin moeten in ieder geval internationale organisaties, nationale overheden (met NWO en KNAW afzonderlijk zichtbaar), overige non-profitorganisaties en bedrijven worden onderscheiden.

De Richtlijnen Jaarverslaggeving Onderwijs kennen als hoofdregel dat het eigen vermogen gesegmenteerd moet worden in publieke en private middelen. Het uitgangspunt is dat het vermogen publiek is, tenzij de private herkomst kan worden aangetoond.[128]

Rentebaten verkregen op publieke middelen, worden als publieke middelen aangemerkt. Het is onduidelijk of álle vruchten van publieke middelen als publieke middelen moeten worden verantwoord. De vraag is dan of de baten uit bijvoorbeeld de verkoop van octrooirechten (private activiteit), die zijn geregistreerd en verkregen middels de inzet van publieke middelen (publieke middelen), private of publieke middelen zijn. Volgens de hiervoor genoemde definitie van publieke middelen, gaat het om opbrengsten verkregen uit publieke middelen. De bedoelde baten zijn dus publieke middelen. De opbrengst boven op de integrale kostprijs, inclusief kapitaalkosten, kan dus niet worden gezien als privaat geld. Bij een gedeeltelijke publieke investering in de private activiteit, ligt het voor de hand om de opbrengsten naar rato te verdelen tussen publiek en privaat. Daarvoor kiest de beleidsregel evenwel niet (zie par. 3.3.3).

#### *3.3.2.3 Reikwijdte en relatie met andere regelgeving*

Artikel 2 van de beleidsregel regelt de reikwijdte. Blijkens het eerste lid heeft de beleidsregel betrekking op de voorwaarden waaronder bekostigde ho- en mbo-instellingen met publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. In paragraaf 3.3.3.1 wordt ingegaan op de omschrijving hiervan. Het tweede en het derde lid van artikel 2 van de beleidsregel bepalen dat twee

126 Zie ook Minister van OCW, 'Brochure Richtlijn Jaarverslag Onderwijs. Toelichtende Brochure bij de Regeling Jaarverslag Onderwijs', 17 december 2018 en Minister van OCW, 'Handreiking bestuursverslag', 17 december 2018.

127 RJ 2021/660. Zie ook art. 1 Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016.

128 RJ 2021/660.303.

typen activiteiten buiten de reikwijdte vallen: activiteiten, genoemd in de Regeling beleggen, belenen en derivaten 2016, vanwege de voorschriften die in die regeling al worden gesteld en de besteding van subsidies, omdat deze een eigen wettelijk kader en verantwoordingssystematiek kennen.

*3.3.2.3.1 Regeling beleggen, lenen en derivaten 2016*

Het tweede lid van het zojuist genoemde artikel 2 regelt dat de beleidsregel en de voorwaarden niet van toepassing zijn op activiteiten, genoemd in de Regeling, beleggen, belenen en derivaten OCW 2016. Dat is hier met name relevant voor het verstrekken van leningen aan start-ups en voor het nemen van aandelen hierin of in organisaties die revolverende fondsen, gericht op start-ups, beheren. Dit soort activiteiten vallen dus buiten de reikwijdte van de beleidsregel.

Die Regeling, beleggen, lenen en derivaten OCW 2016 kent in artikel 2 als algemeen uitgangspunt: het financiële beleid en het beheer van de instellingen zijn dienstbaar aan het realiseren van de publieke doelstellingen, en zijn daartoe op transparante wijze gericht op financiële continuïteit. Een instelling is op grond van artikel 3 van deze regeling verplicht om in een treasurystatuut een aantal zaken te regelen, zoals de administratieve organisatie en het interne toezicht, de toegestane beleggings- en leningsvormen, een informatievoorziening, en de manier waarop onderscheid wordt gemaakt tussen publieke middelen en overige middelen enerzijds en niet-publieke middelen anderzijds.

Beleggingen, leningen en derivaten mogen blijkens artikel 4, eerste lid, van de regeling alleen worden aangetrokken of uitgezet bij financiële ondernemingen als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, die zijn gevestigd in een EU-lidstaat en minstens een single A-rating hebben die is afgegeven door ten minste twee van de drie ratingbureau's Moody's, Standard and Poor's en Fitch.

Artikel 6 van deze regeling bevat het verbod voor onderwijsinstellingen om te beleggen in achtergestelde spaarrekeningen en achtergestelde deposito's of in aandelen of vergelijkbare producten, tenzij deze van toepassing zijn voor de uitvoering van de wettelijke taak van de instelling. Volgens de toelichting van de regeling kan bij de uitvoering van de wettelijke taak 'gedacht worden aan de valorisatietaak van een universiteit'. De Minister van OCW schrijft in de toelichting dat bij de invulling van de valorisatietaak een lening aan een start-up kan worden verstrekt maar ook aandelen van een start-up kunnen worden gekocht. Deze activiteiten zullen niet als financiële onderneming gelden en vallen blijkens de toelichting niet onder de beperking van artikel 4 van de regeling.

In artikel 7 van deze regeling is bepaald dat het voor onderwijsinstellingen niet toegestaan is leningen uit te geven 'aan derden, noch aan personeel, noch aan andere instellingen of organisaties'. Hierbij geldt een uitzondering voor een lening die 'van toepassing is voor de uitvoering van de wettelijke taak van de instelling en binnen het doel van de organisatie past'. In de toelichting vermeldt de Minister van OCW dat op deze wijze voor de universiteiten bijvoor-

beeld de mogelijkheid blijft bestaan om een lening te geven aan een andere instelling, ter uitvoering van de valorisatietaak.

In artikel 10 van de regeling is de externe verantwoording geregeld. De instelling is verplicht jaarlijks verslag te doen in de jaarverslaggeving. Hier moet verantwoording worden afgelegd over 'het beleid ten aanzien van de beleggingen en leningen, de uitvoering van het beleid in de praktijk, de uitstaande beleggingen en leningen, de aangetrokken leningen en afgesloten derivatenovereenkomsten'. De instellingsaccountant controleert op basis van het accountantsprotocol de naleving hiervan.

Artikel 11 regelt het externe toezicht door de Minister van OCW en de Inspectie van het onderwijs. De Inspectie van het Onderwijs is een toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht. De Inspectie heeft op grond van artikel 3, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op het onderwijstoezicht de taak van:

> 'het toezien op en bevorderen van de financiële rechtmatigheid door in ieder geval het verrichten van onderzoek naar de rechtmatige verkrijging van de bekostiging, naar de controlerapporten van de door het bestuur aangewezen accountant, naar de rechtmatigheid van de bestedingen en naar de rechtmatigheid van het financieel beheer, alsmede het toezien op en bevorderen van de financiële doelmatigheid en de financiële continuïteit van de bekostigde instellingen, de samenwerkingsverbanden en de Samenwerkingsorganisatie beroepsonderwijs bedrijfsleven'.

Blijkens de toelichting van de Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016 controleert de Inspectie, aan de hand van de jaarverslagen die met het rapport van de accountant worden aangeleverd bij de Dienst uitvoering onderwijs (DUO), minstens een keer per jaar of een instelling de verplichtingen naleeft. Volgens het tweede lid van artikel 11 kan de toezichthouder 'gepaste actie' ondernemen. Volgens de toelichting kan dit variëren van 'het onder aangepast financieel toezicht stellen van de instelling, tot het maken van afspraken op welke manier de tekortkoming of het risico kan worden beperkt dan wel worden opgelost.'

*3.3.2.3.2 Subsidies*

Het derde lid van artikel 2 van de in deze paragraaf 3.3 besproken beleidsregel regelt dat de beleidsregel en de daarin opgenomen voorwaarden niet van toepassing zijn op de besteding van subsidies als bedoeld in artikel 4:21 van de Awb. Hoewel subsidies ook publieke middelen zijn, hebben zij een eigen wettelijk kader en een verantwoordingsystematiek die losstaat van de bekostigingsvoorschriften.

De beleidsregel gaat niet expliciet in op de vraag of deze regel van toepassing is bij de *verstrekking* van een subsidie door de onderwijsinstelling zelf. Immers ook bij het verstrekken van de subsidie kan sprake zijn van een investering in een private activiteit. Deze verstrekking, met name de subsidie

*à fonds perdu*, valt niet zonder meer onder de hiervoor genoemde uitzondering voor de activiteiten die zijn genoemd in de Regeling beleggen, lenen en derivaten 2016. Dat lijkt daarentegen wel het geval voor bijvoorbeeld het verstrekken van zachte leningen of vormen van subsidies die weer terugvloeien en vallen onder de brede omschrijving van het begrip beleggingen in artikel 1 van de Regeling beleggen belenen en derivaten 2016 (uitzettingen van middelen die tijdelijk niet benodigd zijn om aan lopende financiële verplichtingen te voldoen, met uitzondering van financiële derivaten).

Hierna wordt kort ingegaan op (a) het begrip subsidies, enkele (b) voorbeelden van nationale subsidieregelingen en (c) subsidies in Europeesrechtelijke zin.

*a) Subsidiebegrip*

Een subsidie is volgens artikel 4:21 van de Awb 'de aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'. Dit begrip kent een aantal elementen waarop hierna wordt ingegaan.

Het eerste element van deze definitie is de 'aanspraak op financiële middelen'. Bij het begrip 'aanspraak' gaat het om een recht op het ontvangen van financiële middelen, en daarmee een verplichting van het bestuursorgaan deze middelen te verstrekken. De aanspraak ontstaat bij de beslissing om te subsidiëren en voordat er daadwerkelijke een geldoverdracht plaatsvindt. Er bestaat ook een aanspraak op de subsidie als deze onder opschortende voorwaarden wordt verleend. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het bestuursorgaan beslist om garant te staan voor de rente en aflossing van een door een derde verstrekt krediet. Als de garantie niet wordt ingeroepen, is er nog altijd sprake van een subsidie.

Het begrip 'financiële middelen' sluit zogenoemde 'subsidies in natura' uit van het subsidiebegrip.[129] Bij subsidies in natura gaat het om het aanbieden van goederen of diensten onder de markt- of kostprijs om maatschappelijk gewenste activiteiten te stimuleren.[130] Hierbij kan worden gedacht aan het onder de kostprijs verhuren van bedrijfsruimten door het college van bestuur van een universiteit aan startende ondernemers. In dat geval verkrijgen de ondernemers weliswaar een 'op geld waardeerbaar' voordeel, maar hebben zij geen aanspraak op financiële middelen. Zij hebben aanspraak op de nakoming van de huurovereenkomst; dat is hier het kunnen huren van de ruimten voor de overeengekomen bepaalde prijs. De regulering van deze subsidies in natura is te vinden in Hoofdstuk 4B van de Mededingingswet (ingevoegd door de Wet markt en overheid). Naast giften die onder voorwaarden worden

129 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3 (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht).
130 *Ibid.*

verstrekt, worden onder het begrip financiële middelen ook kredieten en garanties verstaan.

Het tweede element van de Awb-subsidiedefinitie is het bestuursorgaanbegrip. Het begrip bestuursorgaan is gedefinieerd in artikel 1:1, eerste lid, Awb. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen bestuursorganen zoals bedoeld onder a (a-organen) en onder b (b-organen). Onder a-organen vallen de organen van publiekrechtelijke rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:1 BW. De personen of organisatieonderdelen die onder de publiekrechtelijke rechtspersoon vallen en een zelfstandige plaats en functie hebben in een wettelijk voorschrift zijn bestuursorganen. Een voorbeeld hiervan is het college van bestuur van een openbare universiteit, dat een zelfstandige plaats en functie heeft in artikel 9.2 WHW, terwijl zo'n openbare universiteit op grond van art. 1.8, tweede lid, WHW en 2:1 lid 2 BW een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft. Onder een b-orgaan wordt verstaan een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. Het kan hier gaan om een privaatrechtelijke rechtspersoon (of een natuurlijke persoon) *die bij of krachtens de wet* bevoegd is om *eenzijdig* de rechten en plichten, dan wel de juridische status, van een persoon of zaak te veranderen of vast te stellen (het uitoefenen van openbaar gezag). Bijzondere universiteiten, die uitgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon, oefenen bij het verstrekken van financiële middelen aan bijvoorbeeld een start-up geen openbaar gezag uit. Het gaat bij het verstrekken van kredieten onder gunstige voorwaarden immers om een meerzijdige rechtshandeling en niet het uitoefenen van openbaar gezag. Ook het verstrekken van een schenking is geen uitoefening van openbaar gezag omdat deze gift kan worden aanvaard of verworpen; het gaat ook hier om een meerzijdige rechtshandeling.[131] Het college van bestuur van een publiekrechtelijke universiteit is daarentegen een a-orgaan voor al het handelen, ook privaatrechtelijk handelen.

Het kan voorkomen dat een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals een stichting die een privaat fonds beheert, openbaar gezag uitoefent zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag is. In dat geval kan de stichting toch worden aangemerkt als bestuursorgaan. Het gaat hier dan om een privaatrechtelijke rechtspersoon (hier: een stichting) die geldelijke uitkeringen of voorzieningen verstrekt die (i) in overwegende mate, dat wil zeggen voor twee derden of meer, door een of meer a-organen worden gefinancierd (het zogenoemde financiële vereiste) én (ii) waarvan de inhoudelijke criteria voor de verstrekking van de uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer a-organen (het zogenoemde inhoudelijke vereiste).[132] Bij het inhoudelijke vereiste is de zeggenschap over de verdeling van de publieke middelen in abstracto relevant en niet zozeer de zeggenschap van een of meer a-organen in een concreet individueel geval. De rechtbank Overijssel oordeelde

131 Art. 7:115 BW.

132 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. Peters; Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, *AB* 2015/124, m.nt. Den Ouden.

dat de regionale ontwikkelingsmaatschappij Oost-NL – die regionaal economisch beleid uitvoert in opdracht van het Ministerie van EZK – dat in Oost NL een meerderheidsbelang heeft – geen bestuursorgaan is.[133] De criteria voor het verstrekken door Oost-NL van leningen of aandelenkapitaal aan ondernemingen worden immers niet in beslissende mate bepaald door een of meer a-bestuursorganen. De verstrekkingen van leningen of aandelenkapitaal worden gefinancierd met opbrengsten, verkregen uit de opbrengsten van de participatieactiviteiten. Aangetoond is dat Oost NL niet in overwegende mate door één of meer a-organen wordt gefinancierd.[134]

Het derde element van het subsidiebegrip van artikel 4:21 Awb is 'met oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager'. Er is volgens de memorie van toelichting sprake van een subsidie als de verstrekking gebeurt met oog op 'bepaalde, min of meer welomschreven activiteiten' van de ontvanger.[135] Het gaat dus om een gebonden overdracht van financiële middelen. Dat kan gericht zijn op het doen (of nalaten) van eenmalige activiteiten zoals een concreet onderzoeksproject of van voortdurende activiteiten, zoals de instandhouding van een onderwijsinstelling.[136] Prijzen, inclusief wetenschapsprijzen, zijn in beginsel geen subsidies als zij worden gegeven 'als eerbetoon aan een persoon, voor zijn gehele oeuvre of voor een bepaald prestatie'.[137] De wetgever liet echter de mogelijkheid open dat er sprake kan zijn van een subsidie, bijvoorbeeld bij het verlenen van een prijs die door een inschrijving vooraf is gegaan en waarbij de te verrichten activiteiten vooraf zijn omschreven.[138] Er is in zo'n geval al snel sprake van een subsidieverlening of een overeenkomst van opdracht. Het betalen van schadevergoedingen ter compensatie van veroorzaakte schade daarentegen is geen subsidie.[139] Voor het academisch ondernemerschap is van belang of deelnemingen in een (door de kennisinstelling zelf opgerichte) rechtspersoon op het verstrekken van subsidie neerkomen. Volgens het kabinet is aandelenkapitaal 'per definitie niet met het oog op bepaalde activiteiten verstrekt, maar met het oog op alle huidige en toekomstige activiteiten van de vennootschap'. Deelnemingen vallen dus niet onder het subsidiebegrip uit de Awb.

Het vierde element van het subsidiebegrip is 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan verleende goederen of diensten'.[140] De Minister van OCW die een opdracht laat uitvoeren door een onderwijsinstelling verleent

133 Noot van Van den Brink en Van Waarde bij Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772 in AB 2020/426.
134 Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, m.nt. Van den Brink en Van Waarde.
135 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3 (Derde Tranche Algemene wet bestuursrecht).
136 *Ibid*.
137 *Ibid*.
138 *Ibid*.
139 CBb 9 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, *AB* 2008/340, m.nt. Van Angeren. Drahmann 2015, par. 7.3.1.
140 Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, par. 261.

geen subsidie, maar voert een commerciële transactie uit. Dat is ook het geval als een openbare universiteit een betaling doet voor uitbesteed onderzoek aan een onderaannemer. De universiteit kan verder private organisaties zoals start-ups sponsoren. In plaats van een subsidierelatie is er in zo een geval sprake van een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW. Het is ook mogelijk dat er sprake is van een overheidsopdracht in aanbestedingsrechtelijke zin.[141] Voor de vraag of sprake is van een subsidie of van een overeenkomst van opdracht zijn de omstandigheden van het concrete geval relevant. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft hiervoor in de zaak *SenterNovem* enkele gezichtspunten aangereikt.[142] Het eerste gezichtspunt is de aanwezigheid van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het gaat dan om een overeenkomst waaruit wederzijds verplichtingen voortvloeien terwijl deze verplichtingen uit reële tegenprestaties bestaan. Bij een subsidieverlening is er geen sprake van een wederzijdse verplichting. De subsidieontvanger heeft een aanspraak op de subsidie voor zover hij aan de subsidieverplichtingen voldoet. De ontvanger heeft geen plicht om de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk te realiseren. Bij een subsidie-uitvoeringsovereenkomst zijn er wel wederzijdse verplichtingen, maar kan de realisering van de activiteiten niet in rechte worden afgedwongen; de overeenkomst kan wel worden ontbonden.[143] Het tweede gezichtspunt is de vraag wie de initiatiefnemer is. Bij een subsidie formuleert in principe de subsidieontvanger de activiteiten bij de aanvraag voor een subsidie. Bij opdrachtgeverschap zal het bestuursorgaan nauwkeurig de opdracht formuleren waarbij opdrachtnemers zich aansluiten. Het derde gezichtspunt is het doel van de activiteit, met de daarmee te dienen belangen. Als het bestuursorgaan financiële middelen verstrekt voor activiteiten die het algemeen belang dienen, dan is er eerder sprake van een subsidie dan wanneer het bestuursorgaan deze middelen verstrekt om te voorzien in een eigen behoefte voor de organisatie. In dat laatste geval zal er eerder sprake zijn van opdrachtgeverschap. Het vierde en laatste gezichtspunt dat het CBb aanreikt, is de vraag of er sprake is van commerciële activiteiten. Hierbij is de prijs van belang. Verstrekt het bestuursorgaan financiële middelen die slechts een deel van de kosten van de activiteiten dekken of hoogstens de kostprijs, dan zal er eerder sprake zijn van een subsidie dan wanneer het bestuursorgaan geldmiddelen verstrekt ter hoogte van de marktprijs (kostprijs met winstopslag).[144]

Is er sprake van een subsidie, dan is de subsidietitel 4.2 van de Awb van toepassing, evenals de overige eisen uit de Algemene wet bestuursrecht. Bij

141 Art. 1 lid 2 onder a Richtlijn 2004/18.

142 Zie noot 138. Vgl. de situatie andersom (subsidie blijkt geen subsidie maar uitbetalingsovereenkomst) ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803, *AB* 2016/286, m.nt. Drahmann.

143 Drahmann 2011, *Gst.* 2011.

144 CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, *AB* 2008, 340, m.nt. J.R. van Angeren.

de voorbereiding van het besluit is de verstrekker dan gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en voor de ontvanger staat dan bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Dat betekent onder andere dat de besluitvorming omtrent de subsidieverlening en/of subsidievaststelling conform zorgvuldigheidsnormen moet plaatsvinden.[145] Er moet kennis omtrent de relevante feiten en omstandigheden en omtrent de af te wegen belangen worden vergaard. Bovendien moet juiste informatie over belanghebbenden (inclusief concurrenten) in de besluitvorming worden meegewogen, evenals de gevolgen die het te nemen besluit voor die concurrenten kan hebben. Dit zorgvuldigheidsvereiste geldt in het geval van a-organen ook voor de besluitvorming buiten de subsidietitel en voor het feitelijk en privaatrechtelijk handelen.

De Awb zondert enkele vormen van aanspraken of verplichtingen uit van het hiervoor behandelde subsidiebegrip. Het gaat dan om aanspraken of verplichtingen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift inzake belastingen, om de heffing van premie dan wel premievervangende belastingen of om de heffing van inkomensafhankelijke bijdragen dan wel bijdragevervangende belasting op grond van de Zorgverzekeringswet (artikel 4:21, tweede lid, Awb). Voor kennisinstellingen is vooral relevant dat fiscale stimuleringsmaatregelen niet onder de Awb vallen, maar onder de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Een voorbeeld is het verlaagde effectieve vennootschapsbelastingtarief van 5% voor winsten en verliezen uit immateriële activa waarvoor een octrooi of een speur- en ontwikkelingsverklaring is verkregen (Innovatiebox).

Het woord subsidies blijkt in economische zin soms te worden gebruikt voor rechtsfiguren die niet onder het subsidiebegrip uit de Awb vallen: gedacht moet hier worden aan kruissubsidies, subsidies in natura en subsidies die bestaan uit het wettelijk reguleren van de marktprijs. Wel onder dit subsidiebegrip vallen de typen 'exploitatiesubsidies, output- of productsubsidies, instellingssubsidies, duursubsidies, projectsubsidies, incidentele subsidies, waarderings-, stimulerings- of aanmoedingssubsidies, contractsubsidies, subsidies *à fonds perdu*, kredietsubsidies en garantiesubsidies'.[146]

*b) Voorbeelden van subsidieregelingen*

De hoofdregel in artikel 4:23 van de Awb is dat subsidieverstrekkingen berusten op een wettelijke grondslag. Incidentele subsidies zijn uitgezonderd van dit vereiste. Een voorbeeld van een incidentele subsidie is de tijdelijke financiering van de leerstoel Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam door het Ministerie van Defensie.

Er zijn vier kaderwetten relevant voor de subsidiëring van onderwijs en onderzoek: de Kaderwet Overige BZK-subsidies, de Kaderwet subsidies I en M,

145 Art. 3:2 Awb. Rb. 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9797 en Rb. 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591, *JG* 2013, 68, m.nt. Al Khatib & Barkhuysen.

146 Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, par. 2.8.

de Wet overige OCW-subsidies en de Kaderwet EZK en LNV-subsidies. Hierna worden enkele voorschriften genoemd die bij of krachtens deze wetten zijn vastgesteld en die raken aan hetgeen ook de in deze paragraaf 3.3 behandelde beleidsregel beoogt te adresseren.

Een verplichting tot administratieve scheiding is te vinden in artikel 21 van het Kaderbesluit BZK-subsidies. De subsidieontvanger moet voor de gesubsidieerde activiteiten en voor overige activiteiten een gescheiden administratie voeren. Volgens de nota van toelichting bij het Kaderbesluit is deze regel er 'om te voorkomen dat de subsidie direct of indirect ten goede komt aan marktactiviteiten'. De bewaartermijn voor deze administratie is vijf jaar. In de Awb wordt dezelfde termijn gehanteerd voor het tijdvak waarbinnen de subsidievaststelling kan worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger kan worden gewijzigd (terugvordering van de subsidie).[147]

Mede op basis van de Wet overige OCW-subsidies is de Kaderregeling subsidies OCW, SZW en VWS vastgesteld. Voor wat betreft de besteding van de subsidie moeten volgens deze regeling de activiteiten zodanig worden uitgevoerd dat de subsidie op een *doelmatige* wijze wordt gebruikt voor de doeleinden waarvoor deze wordt verstrekt en moeten de voor de gesubsidieerde activiteiten benodigde middelen (dus niet alleen de subsidies) op een verantwoorde wijze worden beheerd.[148] Ook is de verplichting vastgesteld dat de subsidieontvanger die aan derden zaken ter beschikking stelt of voor derden diensten verricht daarvoor een vergoeding in rekening moet brengen die ten minste kostendekkend is. Met kostendekkend wordt volgens de nota van toelichting bij deze kaderregeling gedoeld op zowel de extra variabele kosten als een redelijk deel van de overheadkosten. Deze kostprijsregel geldt, tenzij het derden betreft voor wie de gesubsidieerde activiteiten bestemd zijn.

Een andere relevante subsidieverplichting volgens de Kaderregeling subsidies OCW, SZW en VWS is dat wanneer een gesubsidieerde activiteit leidt tot een publicatie, de subsidieontvanger ervoor zorgt dat bij de publicatie wordt aangegeven wie de subsidieverstrekker van de activiteit is geweest.[149] De subsidieontvanger moet er ook voor zorgen dat hij of zij auteursrechthebbende is van een tot stand gekomen werk in de zin van artikel 10, eerste lid, sub 1 Auteurswet. Het gaat hier om boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en andere geschriften. Er is een potentieel spanningsveld met de Auteurswet, die in artikel 7 bepaalt dat in principe de maker en niet diens werk- of opdrachtgever rechthebbende is op werken van letterkunde, wetenschap of kunst; partijen kunnen afspraken in andere zin maken, bijvoorbeeld via een collectieve arbeidsovereenkomst. Een subsidieontvanger zou eigenlijk gedwongen zijn om een dergelijke afspraak met de aangestelde wetenschappers te maken. De nota van toelichting bij deze kaderregeling voorziet nog een ander spannings-

147 Art. 4:49 Awb.
148 Art. 5.1 Kaderregeling subsidies OCW, SZW en VWS.
149 Art. 5.8 Kaderregeling subsidies OCW, SZW en VWS.

veld met het auteursrecht. Een gesubsidieerde kennisinstelling kan werken uitbesteden aan derden, bijvoorbeeld aan een onderzoeksbureau. Deze derden kunnen een beroep kunnen doen op hun auteursrecht. De gesubsidieerde kennisinstelling moet volgens de subsidieregeling in zo'n geval uitdrukkelijk overeenkomen dat het auteursrecht komt te berusten bij de opdrachtgever (hier: de subsidieontvanger).

Verder kent de Kaderregeling OCW, SZW en VWS de subsidieverplichting dat de subsidieontvanger moet meewerken aan de totstandkoming van een overeenkomst indien het naar het oordeel van de minister noodzakelijk is intellectuele eigendomsrechten ter zake van de gesubsidieerde activiteiten aan de betrokken minister over te dragen.[150] De nota van toelichting weidt over deze subsidieverplichting niet uit. Denkbaar is dat de gesubsidieerde onderzoeksactiviteiten, bijvoorbeeld in de medische sector, zodanig van algemeen belang zijn, dat de exclusieve exploitatie ervan door de kennisinstelling of een bedrijf niet wenselijk is vanwege de hogere verkoopprijzen van de producten die een dergelijk monopolie met zich meebrengen. Het geheel moeten overdragen van de intellectuele eigendomsrechten aan de minister (strikt genomen de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat) is niet de enige manier om het algemeen belang te borgen. Andere instrumenten zijn het voorkeursrecht en dwanglicenties. Het voorkeursrecht houdt in dat wanneer de kennisinstelling de intellectuele eigendomsrechten wil overdragen of een exclusieve licentie wil verlenen, zij deze eerst aan de Staat moet aanbieden. Van een dwanglicentie is sprake als de rijksoverheid gebruik maakt van haar recht om de exclusiviteit van een door gesubsidieerd onderzoek ontstaan intellectueel eigendomsrecht te negeren en een licentie aan anderen te verstrekken. Het dwanglicentierecht is geregeld in artikel 57, eerste lid, Rijksoctrooiwet 1995. De daar bedoelde minister kan zijn bevoegdheid tot het verlenen van dwanglicentie gebruiken 'indien het algemeen belang dit naar zijn oordeel vordert'. Voor de farmaceutische sector is voorzien in een Europese verordening nr. 816/2006 'betreffende de verlening van dwanglicenties voor octrooien inzake de vervaardiging van farmaceutische producten voor uitvoer naar landen met volksgezondheidsproblemen'.[151]

De Minister van EZK verstrekt subsidies op het gebied van ondernemerschap en innovatie. De Kaderwet EZK en LNV-subsidies vormt de grondslag voor subsidieverstrekkingen op deze gebieden. Het Kaderbesluit nationale EZK- en LNV-subsidies bevat procedurele en materiële standaardbepalingen, bijvoorbeeld voor de berekening van de subsidiabele kosten. De Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies vervolgens is een omvangrijke subsidieregeling voor subsidies op onder andere het terrein van Innovatie en Ondernemerschap (hoofdstuk 3). Titel 3.16 regelt de subsidie Vroegefasefinanciering. Aan acade-

150 Art. 5.9 Kaderregeling subsidies OCW, SZW en VWS.

151 Zie verder Ministerie van EZK, 'De inzet van dwanglicenties bij hoge prijzen van medicijnen', 2 juli 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 29577, nr. 659.

mische en hbo-innovatieve starters kan een geldlening worden verstrekt voor de financiering van een vroegefasetraject. Onder een academische innovatieve starter wordt verstaan een innovatieve onderneming waarvan de economische activiteiten rechtstreeks en onmiddellijk voortkomen uit onderzoek van een universiteit, een academisch ziekenhuis, de KNAW, NWO, het Nederlands Kanker Instituut, het Max Planck Instituut voor Psycholinguïstiek, onderzoekers van de Dub-bundellijn bij de European Sychrotron Radiation Facility (Grenoble), het Naturalis Biodiversity Center of het Advanced Research Centre for Nono-Lithography. Dit zou moeten blijken uit een overeenkomst die is gesloten tussen de innovatieve starter en de desbetreffende kennisinstelling. Een hbo-innovatieve starter heeft een soortgelijke definitie, maar het onderzoek komt dan voort uit een bekostigde of onbekostigde hbo-instelling.

*c) Europese subsidies*

Op het gebied van onderzoek, technologische ontwikkeling en de Europese onderzoeksruimte heeft de Europese Unie een gedeelde bevoegdheid om op te treden.[152]

Het begin van een coherent onderzoeksbeleid ligt in 1984, toen het Eerste Kaderprogramma voor onderzoek (FP1) tot stand kwam. In dit 'kader' werden verschillende vormen van onderzoeksbeleid georganiseerd en met dit 'programma' konden voor meerdere jaren een budget en een strategie worden vastgesteld. De kaderprogramma's kregen in 1987 een grondslag in titel VI van de Europese Akte en later in de artikelen 130f tot 130g van het Verdrag van Maastricht. Zoals in paragraaf 2.5.3.5 is uiteengezet heeft de Unie tot doel (1) haar wetenschappelijke en technologische grondslagen te versterken door de totstandbrenging van een Europese onderzoeksruimte waarbinnen onderzoekers, wetenschappelijke kennis en technologieën vrij circuleren, (2) tot de ontwikkeling van het concurrentievermogen van de Unie en van haar industrie bij te dragen en (3) de nodig geachte onderzoeksactiviteiten te bevorderen.

Om het in artikel 179 beschreven doel van het Werkingsverdrag te realiseren, stimuleert de Europese Unie ondernemingen, waaronder de kleine en middelgrote ondernemingen, onderzoekscentra en universiteiten, bij onderzoek en hoogwaardige technologische ontwikkeling.[153] De Unie ondersteunt deze entiteiten in hun onderlinge samenwerking, ook over de grenzen heen, mede om de mogelijkheden van de interne markt ten volle te benutten. Daarbij gaat aandacht uit naar de 'openstelling van de nationale overheidsopdrachten, vaststelling van gemeenschappelijke normen en opheffing van de wettelijke en fiscale belemmeringen welke die samenwerking in de weg staan'.[154]

152 Art. 4 lid 3 VWEU.
153 Art. 179 lid 2 VWEU.
154 *Ibid.*

Concreet betekent dit alles dat de Europese Unie (kader)programma's ten uitvoer legt voor onderzoek, technologische ontwikkeling en demonstratie, waarbij samenwerking met en tussen ondernemingen, onderzoekscentra en universiteiten wordt bevorderd. Ook bevordert de Europese Unie de samenwerking met derde landen en internationale organisaties, de verspreiding en exploitatie van onderzoeksresultaten en de opleiding en mobiliteit van onderzoekers binnen de Europese Unie.[155]

Instrument is daarbij het programma Horizon Europe, opvolger van het Kaderprogramma voor onderzoek en ontwikkeling Horizon 2020.[156] Horizon Europe kent drie pijlers die nader onderverdeeld zijn in componenten: wetenschappelijke excellentie, wereldwijde uitdagingen, Europees industrieel concurrentievermogen en Innovatief Europa. Subsidies zijn hierin de belangrijkste vorm van steun.

Een subsidie is volgens het Financieel Reglement (FR) een financiële bijdrage bij wijze van schenking.[157] Subsidies die in direct beheer van een EU-instelling worden verstrekt vallen onder Titel VIII van het Financieel Reglement. Verstrekkingen van Europese gelden door nationale publiekrechtelijke of privaatrechtelijke organen worden in gedeeld of indirect beheer uitgevoerd en vallen hier dus niet onder.[158]

In Titel VIII van het Financieel Reglement staan onder andere enkele beginselen en regels omtrent de procedure voor het toekennen van subsidies. Deze beginselen zijn het beginsel van gelijke behandeling, het transparantiebeginsel (o.a. het bekendmaken van de oproep tot het indienen van voorstelen), het medefinancieringsbeginsel (subsidies gaan gepaard met medefinanciering), het beginsel van niet-cumuleerbaarheid en het verbod op dubbele financiering (in principe één subsidie voor eenzelfde actie of één exploitatiesubsidie per begrotingsjaar), het verbod op terugwerkende kracht (subsidies worden in beginsel niet met terugwerkende kracht toegekend; er zijn enkele uitzonderingen voor begonnen acties), en het winstverbod (subsidies mogen niet tot doel of gevolg hebben dat de ontvanger binnen het kader van de actie of het werkprogramma winst maakt).

155 Art. 180 VWEU.

156 Verordening (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 28 april 2021 tot vaststelling van Horizon Europa – het kaderprogramma voor onderzoek en innovatie, tot vaststelling van de regels voor deelname en verspreiding en tot intrekking van Verordeningen (EU) nr. 1290/2013 en (EU) nr. 1291/2013.

157 Art. 2 van de Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en Besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van Verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012.

158 Art. 58 FR.

Voor subsidies kent Horizon Europe zelfstandige bepalingen omtrent rechten op resultaten, de exploitatie en verspreiding van resultaten en overdracht/licentieverlening.[159]

Horizon Europe regelt naast subsidies ook andere financieringsvormen dan subsidies, die in overeenstemming moeten zijn met andere relevante delen van het Financieel Reglement of het InvestEU-programma.[160]

Hoewel EU-subsidies niet expliciet zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de in deze paragraaf 3.3 besproken beleidsregel, zullen deze snel vallen onder de uitzondering voor de besteding van subsidies in de zin van artikel 4:21 van de Awb. Het Europees subsidiebegrip is immers nauwer omschreven. Het ligt in de rede om deze uitzondering extensief te interpreteren voor eventuele andere nationale of Europese financieringsvormen waarbij ook een specifiek juridisch kader geldt (mede vanwege de status van de nationale beleidsregel).

### 3.3.3 Inhoud van de beleidsregel: begrippen en voorwaarden

Hierna wordt beschreven hoe de beleidsregel omgaat met begrippen als private activiteiten, publieke middelen en integrale kostprijs. Ook wordt beschreven welke voorwaarden de beleidsregel stelt aan investeringen in private activiteiten. Hiertegenover worden ook de oude voorwaarden uit de notitie Helderheid en de aanvulling van de Minister van OCW uit 2015 gezet.[161]

#### *3.3.3.1 Begripsbepalingen*

##### *3.3.3.1.1 Private activiteiten*

De beleidsregel vangt aan met een omvangrijk artikel met begripsbepalingen, waarbij het opvalt dat 'private activiteiten' en 'investeringen in private activiteiten' anders worden omschreven dan in de notitie Helderheid.

In de notitie Helderheid ging het hierbij om de rijksbijdrage die wordt gebruikt in een privaatrechtelijke rechtspersoon (bijvoorbeeld een contractstichting), voor voorzieningen voor studenten (bijvoorbeeld huisvesting of sportfaciliteiten), voor het doen van investeringen in gebouwen in het buitenland, of voor de ontwikkeling van onbekostigd onderwijs. Het ging hier volgens de

159 Art. 38-40 van de Verordening tot de vaststelling van Horizon 2020.

160 Verordening (EU) 2021/523 van het Europees Parlement en de Raad van 24 maart 2021 tot vaststelling van het InvestEU-programma en tot wijziging van Verordening (Eu) 2015/1017.

161 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (bijlage bij *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2, pag. 23; Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 72) (deze gaat niet over het thema investeren met publieke middelen in private activiteiten) en de Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84.

notitie 'uitdrukkelijk niet om investeringen die de instelling normaal doet in verband met het beheer en bestuur van de instelling (schoonmaak, huisvesting, catering, leveranciers etc).' De notitie beperkte zich tot:

> 'investeringen van een instelling in commerciële activiteiten voor of in samenwerking met derde, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht.'

De Onderwijsinspectie nam deze omschrijving in haar eerdergenoemd rapport niet over. Zij omschreef private activiteiten als 'activiteiten die niet alleen dienen voor de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak'.

De nieuwe beleidsregel lijkt hierbij aan te sluiten. Private activiteiten wordt omgeschreven als:

> 'alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover deze activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.'

Het bevoegd gezag is hier het instellingsbestuur. Met het woord 'mede' worden ook publiek-private samenwerkingsverbanden betrokken in de omschrijving.

De crux zit in de vraag of de activiteit op meer is gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak. De beleidsregel omschrijft de bekostigde wettelijke taak als 'de taak waarvoor de onderwijsinstelling op grond van de onderwijswetgeving wordt bekostigd'; de taken waarvoor universiteiten volgens artikel 2.9, eerste lid, van de WHW bekostiging krijgen zijn het verzorgen van initieel onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. Niet in een wettelijk voorschrift voorgeschreven activiteiten of voorzieningen die de toegankelijkheid en de kwaliteit van het bekostigde onderwijs bevorderen kunnen ook tot de bekostigde wettelijke taak worden gerekend. In de begripsomschrijving zit de voorwaarde opgenomen dat die activiteiten of voorzieningen gericht zijn op de studenten die aan het bekostigd onderwijs deelnemen. Die moeten 'vrijwillig, kosteloos of tegen een geringe niet-kostendekkende vergoeding, van die activiteiten of voorzieningen gebruik kunnen maken'. Voorbeelden die worden genoemd zijn honours-programma's, studium generale en een bibliotheekvoorziening.

De beleidsregel voegt aan de omschrijving van het begrip private activiteiten toe dat niet-bekostigd onderwijs dat is verzorgd door een bekostigde onderwijsinstelling, een private activiteit is. Een uitzondering daarop is het onderwijs waarvoor een student op grond van artikel 7.46 van de WHW het instellingscollegeld verschuldigd is. Dit betreft het initiële onderwijs. Als specificatie vermeldt de beleidsregel: 'Ook wanneer een deelnemer aan bekostigd onderwijs daarnaast (extra) niet-bekostigd onderwijs afneemt, bijvoorbeeld op verzoek van een werkgever, is er voor wat betreft dat extra niet-bekostigde onderwijs sprake van een private activiteit.' Ook uitgezonderd is het overdra-

gen van kennis ten behoeve van de maatschappij. Denkbaar is dat hier open lezingen onder zouden kunnen vallen. Cursussen onder de noemer van Hoger Onderwijs voor Ouderen zijn volgens de Inspectie van het Onderwijs echter wel private activiteiten (onder de notitie Helderheid).[162] Aangezien de nieuwe beleidsregel verduidelijkingen beoogt aan te brengen, kan ervan worden uitgegaan dat dit ook hier niet anders is.

De beleidsregel maakt verder kenbaar dat activiteiten en voorzieningen ten behoeve van beroepspraktijkvorming (BPV) ook als private activiteiten moeten worden aangemerkt 'wanneer uit die activiteiten ook economische voordelen voor derden kunnen voortvloeien'. Voorbeelden die worden genoemd zijn 'de reparatiewerkplaats, de kapsalon en de horecavoorziening waar ook anderen dan de docent of student binnen het kader van de bekostigde opleiding gebruik van kunnen maken.'

Naast onderwijsgerelateerde private activiteiten noemt de beleidsregel onderzoek in opdracht of op verzoek van derden. De beleidsregel somt een lijst op – met de uitdrukkelijke kanttekening niet volledig te willen zijn – van private activiteiten:

- Voorzieningen voor medewerkers en onderwijsdeelnemers, zoals huisvesting/logies; reisbureau; boekwinkel; horeca/catering; kopieer/printvoorziening. Daarbij kan het ook gaan om het ter beschikking stellen van ruimte voor een onderneming van een derde die de betreffende voorziening tegen een vergoeding mag exploiteren.
- Dienstverlening aan derden door de bekostigde instelling, zoals detachering, verhuur, laboratoriumdiensten, financiële diensten, ICT-diensten, reisbureau, HRM-diensten.
- Abeidsbemiddeling, ondersteuning van start-ups (o.a. door middel van zogenoemde incubators), kennisexploitatie, valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken, maar in het verlengde daarvan, bij voorbeeld voor oud-studenten die hun bekostigde opleiding al hebben afgerond en/of oud-medewerkers, en waarbij veelal de betreffende oud-student of oud-medewerker dan wel een andere specifieke derde een economisch voordeel verkrijgt.

Incubators worden in de beleidsregel omschreven als organisaties die 'een (incubatie-)proces realiseren om de versnelde groei van hoogwaardige starters naar succesvolle ondernemingen mogelijk te maken door een geïntegreerd pakket diensten aan te bieden zoals werkruimte, services, cultuur, coaching, netwerk, (toegang tot) kapitaal, et cetera.'

Bij 'valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken' plaatst de beleidsregel de kanttekening: 'voor zover universiteiten en hogescholen zich richten op het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij,

162 Inspectie van het Onderwijs 2018.

is er sprake van het uitvoeren van een bekostigde wettelijke taak (artikel 1.3, eerste en derde lid, van de WHW).'

*3.3.3.1.2 Publieke middelen*
Investeren van publieke middelen in private activiteiten wordt gedefinieerd als 'het gebruiken van publieke middelen of mede met publieke middelen gefinancierde voorzieningen voor private activiteiten.' Publieke middelen zijn:

> 'de middelen verkregen ten laste van de rijksbegroting (zoals de rijksbijdrage of lumpsum) of anderszins uit hoofde van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen verkregen middelen (zoals het lesgeld of het collegegeld), en de opbrengsten daarvan (zoals rente over op spaarrekeningen aangehouden publieke middelen), waarover een instelling de beschikking heeft gekregen om de bekostigde wettelijke taak te verrichten'.

Deze definitie van publieke middelen is gelijk aan die van artikel 1 van de Regeling beleggen, lenen en derivaten OCW 2016 en de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (RJ 2021/940). In de notitie Helderheid en aanvullende brieven werden de termen rijksbekostiging en publieke middelen door elkaar gebruikt.

*3.3.3.1.3 Integrale kostprijs*
Voor private activiteiten waarin publieke middelen worden geïnvesteerd, geldt de voorwaarde dat de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht.[163] In de notitie Helderheid ontbrak het aan een nadere invulling van de integrale kostprijs.

De integrale kostprijs is in de beleidsregel de integrale kostprijs in de zin van de Wet markt en overheid (Hoofdstuk 4B van de Mededingingswet (Mw)). Openbare onderwijsinstellingen zijn op grond van artikel 25h van de Mw uitgezonderd van deze wet (en bijzondere onderwijsinstellingen handelen niet als bestuursorgaan en vallen dus niet binnen de reikwijdte van deze wet). Op

163 Deze voorwaarde is, in het kader van aanbestedingszaken rondom het inburgeringsonderwijs dat bij de invoering van de Wet inburgering 2021 door gemeenten wordt ingekocht, in drie zaken ter sprake gekomen met als argument dat bij de prijsstelling rekening moet worden gehouden met het moeten voldoen aan de eisen uit de beleidsregel (de sectorale uitvoeringswerkelijkheid). In de eerste twee zaken hebben Friesland College en Friese Poort '[...] niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat – rekening houdend met de in de Beleidsregel genoemde kosten – voor hen als bekostigde onderwijsinstellingen de integrale kostprijs voor de te leveren diensten hoger ligt dan de door de gemeenten vastgestelde minimum- en/of maximumprijs waarvoor zij mogen inschrijven.' (Rb. Noord-Nederland 1 december 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5093 en ECLI:NL:RBNNE:2021:5094, r.o. 4.15). In de derde zaak is de beleidsregel aangehaald door Deltion, dat geen bekostigde onderwijsinstelling is. Bovendien is verder niet gesteld of gebleken dat Deltion c.s. de activiteit zou moeten of gaan financieren met publieke middelen (Rb. 1 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:279, r.o. 3.17).

grond van artikel 25i, eerste lid, van de Mededingingswet geldt de plicht voor een bestuursorgaan dat een economische activiteit verricht om de integrale kostprijs van een product of dienst in rekening te brengen. Volgens artikel 5 van het Besluit markt en overheid worden in ieder geval de operationele kosten (personeelskosten, huisvestingskosten, automatiseringskosten, materiaal, overhead), de afschrijvings- en onderhoudskosten (inschatting levensduur en waardevermindering activa, kosten verlengen levensduur machines) en de vermogenskosten (gewogen gemiddelde kosten van kapitaal) in rekening gebracht. Daarbij worden de (groepen van vergelijkbare) economische activiteiten geïdentificeerd, wordt pro rata bepaald in welke mate de kosten toe te rekenen zijn aan de economische activiteit en worden deze kosten doorberekend.

De beleidsregel benadrukt dat het 'gaat […] om álle kosten die samenhangen met de private activiteit.' Daarbij wordt – onder verwijzing naar het Besluit markt en overheid – een niet-limitatieve lijst gegeven:

'- Ontwikkelkosten van de private activiteit, zoals de ontwikkelkosten van een niet-bekostigde opleiding, of van daarvan afgeleide varianten, al dan niet in modules;
- Personeelskosten;
- Kosten van dienstverlening door derden;
- Huisvestingskosten;
- Afschrijvings- en onderhoudskosten;
- Kostprijsverhogende belastingen, zoals btw en loonbelasting;
- Vermogenskosten vreemd vermogen, indien ten behoeve van de activiteit investeringen zijn gefinancierd met vreemd vermogen;
- Indirecte kosten;
- Een risico-opslag'

De risico-opslag (vermogenskosten) wordt in de beleidsregel omschreven als 'een vergoeding [die] voor het gebruik van het publieke eigen vermogen in rekening [wordt] gebracht.' Deze vergoeding is volgens de beleidsregel 'een compensatie voor de ongelijkheid die er is tussen bekostigde onderwijsinstellingen en private ondernemingen'.
Daarom wordt toegevoegd:

> 'Private ondernemingen die op een markt opereren lopen allerlei soorten risico's en ze kunnen eventueel failliet gaan. Wanneer zij voor het doen van investeringen afhankelijk zijn van een lening, zullen kapitaalverschaffers daarom een bepaald rendement eisen op hun belegging (de lening die zij verstrekken). Het opnemen van een risico-opslag in de kostprijs heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bekostigde onderwijsinstellingen als aanbieder van private diensten aan derden en andere, niet-bekostigde onderwijsinstellingen die gelijksoortige diensten aanbiedt.'

*3.3.3.2 Inhoudelijke voorwaarden*

In artikel 3 van de beleidsregel zijn zeven cumulatieve voorwaarden opgenomen waaronder bekostigde ho- en mbo-instellingen met publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. Per artikellid, zoals hieronder cursief geciteerd, is steeds een voorwaarde opgenomen, met daaronder een toelichting.

– *De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling*

Toegelicht wordt dat de instelling dit desgevraagd kan 'aantonen op basis van bijvoorbeeld een projectplan waaruit blijkt dat de private activiteit op enigerlei wijze aansluit op of in verband staat met het onderwijs of het onderzoek waarvoor het bevoegd gezag bekostiging ontvangt.'

De notitie Helderheid kende deze voorwaarde als volgt:

> 'de activiteit is in lijn met de werkzaamheden waarvoor de universiteit of hogeschool een rijksbijdrage van de overheid ontvangt. Als activiteiten worden uitbesteed aan een private rechtspersoon, blijft de universiteit of hogeschool verantwoordelijk voor de kwaliteit van de uitgevoerde activiteiten. Uitgangspunt bij investeringen in private activiteiten is dat deze aansluiten op vastgestelde onderwijscurricula en onderzoekslijnen en deze ondersteunen'.

In de Tweede Kamerbrief van 20 juli 2005[164] staat: 'de doelstelling van de niet gesubsidieerde of niet bekostigde activiteit moet in lijn zijn met de kerntaken waarvoor de instelling rijksbijdrage of subsidie ontvangt. Dit betekent dat de instelling desgevraagd moet kunnen aantonen op basis van een projectplan of bijvoorbeeld de statuten dat dit daadwerkelijk ook het geval is'.

– *De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak*

In de beleidsregel lezen we:

> 'Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een private activiteit waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, tot gevolg heeft dat een onderwijsinstelling zijn relatie met werkgevers in de regio kan versterken, waardoor er meer stageplaatsen en/of leerwerkplaatsen beschikbaar komen. Een intensievere samenwerking met werkgevers in de regio kan ook leiden tot meer en beter inzicht in de behoeften van werkgevers zodat het onderwijs daarop kan worden aangepast. Contractonderwijs, in welke vorm dan ook, kan leiden tot een grotere deskundigheid van docenten, en wanneer die deskundigheid ook voor de bekostigde wettelijke taak kan worden benut, is er sprake van meerwaarde. Het is aan het bevoegd gezag dat met publieke

164 *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 248, nr. 84.

> middelen wil investeren in private activiteiten de gevraagde meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak te onderbouwen. Wanneer de investering louter is gericht op financieel gewin is er geen sprake van meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.'

Volgens de toelichting bij de publicatie van de beleidsregel[165] is het toegestaan om onder cumulatieve voorwaarden publieke middelen te investeren in private activiteiten. De reden hiervoor is dat 'het wenselijk is dat private activiteiten kunnen worden verricht die een meerwaarde hebben voor de kwaliteit van het bekostigde onderwijs en onderzoek'. Het doel van de in de beleidsregel omschreven voorwaarden is, aldus de toelichting, het voorkomen dat 'private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen die mede met publieke middelen zijn gefinancierd (hierna: publiek/private activiteiten) leiden tot concurrentievervalsing of marktverstoring'.

In de oorspronkelijke notitie Helderheid stond dat het investeren in een private activiteit moet bijdragen aan:

> 'de kwaliteitsverhoging van het onderwijs en/of het onderzoek; en/of
> de kennisoverdracht aan de maatschappij; en/of
> de doelmatigheid of toegankelijkheid van het onderwijs.'

Dat is in de hiervoor genoemde Tweede Kamerbrief uit 2005 geherformuleerd naar de volgende voorwaarden:

> 'de investering mag niet louter gericht zijn op financieel gewin, maar moet – in termen van kwaliteitsverhoging, doelmatigheid, toegankelijkheid, of kennisoverdracht aan de maatschappij – aantoonbaar meerwaarde hebben voor de kerntaak van de instelling. De baten van de investering met publiek geld moeten in deze termen door de instelling worden gespecificeerd'

en

> 'het aanbieden van voorzieningen voor studenten en deelnemers is toegestaan indien dit een functie vervult bij het tot stand brengen van sociale binding en een goed studieklimaat en langs die weg op positieve wijze het studierendement bevordert. Voorwaarde daarbij is dat de desbetreffende voorziening op positieve wijze bijdraagt aan het met succes volgen van de opleiding of behulpzaam is bij het doorlopen van het curriculum.'

– *Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard*

165 *Stcrt*. 2021, 18237.

Er moet sprake zijn van een realistische capaciteit voor de bekostigde wettelijke taak (personeel en materieel) die is afgestemd op die bekostigde wettelijke taak. Restcapaciteit, voortkomend uit de wettelijke taak, kan worden ingezet voor private activiteiten als ten minste de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht bij de afnemer. De restcapaciteit moet wel van tijdelijke aard zijn. Wanneer dat niet het geval is, dan moet deze – uiteraard voor zover mogelijk – worden afgestoten.[166]

Deze voorwaarde komt alleen terug in de aanvulling van de notitie Helderheid in de voornoemde Tweede Kamerbrief uit 2005. Daarin staat dat er sprake moet zijn van 'een realistische capaciteit (personeel en materieel) die is afgestemd op het primaire proces. Het inzetten van restcapaciteit die (mede) met publiek geld is gefinancierd voor private activiteiten is alleen toegestaan als tenminste de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht. Die restcapaciteit moet echter wel van tijdelijke aard zijn. Is dat niet het geval dan moet deze – uiteraard voor zover mogelijk – worden afgestoten'.

– *De investering is proportioneel*

De nieuwe beleidsregel vereist dat de investering – ook in de tijd – in een redelijke verhouding staat tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.

In de notitie Helderheid stond hierover dat de publieke investering in de private activiteit in redelijke verhouding moet staan met wat de uitvoerder moet doen. De nieuwe beleidsregel sluit ook aan op de versie hiervan in de voornoemde Tweede Kamerbrief uit 2005: 'de investering dient – ook in de tijd – in een redelijke verhouding te staan tot de verwachte baten in termen van doelmatigheid, kwaliteit, toegankelijkheid of kennisoverdracht van die investering'

– *De investering mag niet leiden tot oneerlijke concurrentie*

De beleidsregel vermeldt hierover dat het niet is toegestaan dat met het investeren van publieke middelen in private activiteiten de mededinging wordt verstoord. Daarom geldt 'in elk geval als voorwaarde dat de bekostigde onderwijsinstelling de afnemer van de private activiteit die mede door een investering met publieke middelen tot stand is gekomen, ten minste de integrale kostprijs in rekening brengt.'

De beleidsregel gaat ook in op de kosten die in rekening worden gebracht:

> 'Sommige kosten hangen volledig samen met de activiteit en dienen geheel te worden meegenomen. Kostenposten die voor een deel samenhangen met de activiteit worden naar rato doorberekend. De berekeningswijze dient volgens bedrijfseco-

166 *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 248, nr. 84.

nomische principes te worden opgesteld. De berekening dient onderbouwd en gemotiveerd zijn.
De integrale kostprijs wordt zowel vooraf (ex ante) als achteraf (ex post) berekend. De instelling berekent de zogenoemde voorcalculatorische kostprijs, gebaseerd op een realistische raming van de kosten en rekening houdend met prognoses inzake relevante ontwikkelingen betreffende de private activiteit en de effecten daarvan op de integrale kosten.
Het doel van nacalculatie is het beoordelen of de voorcalculatie juist is geweest. Als uit nacalculatie blijkt dat de voorcalculatie niet juist en/of niet volledig is geweest, geeft dat aanleiding de kostprijs aan te passen. Daarmee zijn niet alleen de efficiency en de doelmatigheid van de bedrijfsvoering gediend (een gezonde bedrijfsvoering), maar het voorkomt ook dat de mededinging blijvend wordt verstoord.'

In de notitie Helderheid stond dat er door de investering geen concurrentievervalsing mag ontstaan. Bij het onderdeel over proportionaliteit is tevens vermeld dat het de verantwoordelijkheid van de universiteit of hogeschool is om afspraken te maken die de kosten van de private partij dekken. Volgens de notitie mag door de investering geen concurrentievervalsing ontstaan. Dit is herhaald in de Tweede Kamerbrief uit 2005, waarbij tussen haakjes is vermeld: 'hierbij wordt aangesloten op de mededingingswetgeving en het EU-verdrag'. In de brief wordt verder opgemerkt:

'Eén van de voorwaarden bij de aanwending van publieke middelen is dat de investering een bijdrage moet leveren aan de verhoging van de kwaliteit van het bekostigde onderwijs of onderzoek, of aan de doelmatigheid of toegankelijkheid van het bekostigde onderwijs. Van het aanwenden van rijksbijdrage voor een niet-bekostigde opleiding kan geen sprake zijn. De hier bedoelde bijdrage dient beoordeeld te worden in het licht van de noodzakelijke investering met publieke middelen en over deze beoordeling dient door het instellingsbestuur – zo mogelijk gekwantificeerd – verantwoording afgelegd te worden in het jaarverslag. Met andere woorden: een kosten-batenanalyse in termen van kwaliteit, doelmatigheid, toegankelijkheid of kennisoverdracht is een minimumvereiste.'

– *Een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd*

Een positief resultaat van een private activiteit die 'geheel of gedeeltelijk met publieke middelen is gefinancierd', moet volgens de beleidsregel aan het publieke vermogen worden toegevoegd. Een negatief financieel resultaat mag daarentegen ten laste worden gebracht van het publieke deel van het eigen vermogen. Daarbij geldt, aldus de beleidsregel, 'onverminderd het uitgangspunt dat private activiteiten niet ten koste mogen gaan van de bekostigde wettelijke taak en dat bij een negatief resultaat de gehele private activiteit opnieuw tegen het licht van de in deze beleidsregel genoemde voorwaarden moet worden gehouden'. Het is ook niet 'toegestaan om publieke middelen

aan te wenden om risico's af te dekken, die voortkomen uit private activiteiten die geheel met private middelen zijn gefinancierd.'

In de notitie Helderheid is hierover niets geregeld. Het voorgaande vloeit wel voort uit de Regeling jaarverslaggeving onderwijs.

– *Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag* (artikel 3, zevende lid, van de beleidsregel; de zevende en laatste voorwaarde)

Het gaat hier om de verantwoording over de investeringen van publieke middelen in private activiteiten. In de beleidsregel worden aan de basisvoorwaarde uitgebreide nadere voorwaarden toegevoegd:

> 'Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor een rechtmatige en doelmatige besteding van de publieke middelen en heeft een verantwoordingsplicht. Omdat de financiële risico's van investeringen in private activiteiten groter zijn dan de risico's bij besteding van publieke middelen ten behoeve van de bekostigde wettelijke taak, is extra zorgvuldigheid geboden. Risico's die met private middelen zijn aangegaan, mogen immers geen negatieve invloed hebben op de bekostigde wettelijke taak. Van de instelling mag daarom worden verwacht dat zij volledig verantwoording aflegt en het intern toezicht zo organiseert dat zowel het college van bestuur als de raad van toezicht een duidelijke rol heeft bij het aangaan [van, toevoeging A.M.] en het toezicht houden op private activiteiten. Het bevoegd gezag kan ervoor kiezen om die private activiteiten in een aparte rechtspersoon onder te brengen, maar is daar niet toe verplicht, zolang de financiële verantwoording maar volledig en transparant is. De Inspectie kan eventueel onderzoeken of de instelling bij haar private activiteiten passende (risico-)beheersmaatregelen heeft getroffen en die ook adequaat toepast.
>
> De verantwoordingsplicht houdt in dat het bevoegd gezag in het bestuursverslag een overzicht geeft van de soort private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd.
>
> In het overzicht van de private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt per soort activiteit ten minste vermeld:
> - de omvang van de baten;
> - de omvang van de geïnvesteerde publieke middelen en de mutatie daarvan in het verslagjaar;
> - een beschrijving van het (risico-)beleid en beheer;
> - een beschrijving van de juridische en organisatorische inbedding van de soort private activiteit, inclusief een beschrijving van de verantwoordelijkheidstoebedeling;
> - een beschrijving van de meerwaarde van de soort private activiteit voor de bekostigde wettelijke taak.
>
> Het bevoegd gezag dient daarnaast op verzoek van de minister, dan wel op verzoek van de Inspectie van het Onderwijs, inzage te geven in álle specifieke private activiteiten, met name voor wat betreft de interne kostentoerekeningen (voor- en nacalculatie van de integrale kostprijs, inclusief een berekening van de risico-opslag

> op de geïnvesteerde publieke middelen). Dit onderdeel van de verantwoording hoeft niet te worden gepubliceerd in het bestuursverslag. In de nacalculatie wordt het resultaat op de private activiteit (zoals dat vervolgens wordt opgenomen in de jaarrekening) inzichtelijk gemaakt met een onderbouwing van de baten en (toegerekende) lasten.'

Deze zevende voorwaarde (inzake verantwoording) is eerst van toepassing over het verslagjaar 2021 na wijziging van artikel 4, vijfde lid, van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs per 1 januari 2022. De rest van de beleidsregel is direct na inwerkingtreding van toepassing.

In de Kamerbrief uit 2005 stond hierover: 'de instelling moet zich – zowel in de richting van het Ministerie van OCW als richting relevante stakeholders – over de publieke en private activiteiten en bijbehorende geldstromen transparant verantwoorden in het financieel jaarverslag en bestuursverslag'.

Ook hier werd een kosten- en batenbeschrijving verlangd:

> 'Eén van de voorwaarden bij de aanwending van publieke middelen is dat de investering een bijdrage moet leveren aan de verhoging van de kwaliteit van het bekostigde onderwijs of onderzoek, of aan de doelmatigheid of toegankelijkheid van het bekostigde onderwijs. Van het aanwenden van rijksbijdrage voor een niet-bekostigde opleiding kan geen sprake zijn. De hier bedoelde bijdrage dient beoordeeld te worden in het licht van de noodzakelijke investering met publieke middelen en over deze beoordeling dient door het instellingsbestuur – zo mogelijk gekwantificeerd – verantwoording afgelegd te worden in het jaarverslag. Met andere woorden: een kosten-batenanalyse in termen van kwaliteit, doelmatigheid, toegankelijkheid of kennisoverdracht is een minimumvereiste.'

De Kamerbrief gaat ook specifiek in op het issue van personele vermenging. De staatssecretaris van het Ministerie van OCW schrijft hierover:

> 'op het moment dat activiteiten van een onderwijsinstelling juridisch zijn afgesplitst, bijvoorbeeld in een stichting of vennootschap, vind ik het niet wenselijk dat vermenging plaatsvindt van bestuurlijke functies binnen deze gelieerde organisaties met toezichthoudende functies vanuit de onderwijsinstelling. Een dergelijke belangenvermenging acht ik in strijd met de uitgangspunten van good governance. Ik beraad mij nog om dit in nadere regelgeving vast te leggen.'

### 3.3.4 Tussenconclusie

De beleidsregel kent een andere omschrijving van het begrip private activiteiten dan de notitie Helderheid. De beleidsregel, die als beleidsarme verduidelijking is gepresenteerd, kent over het algemeen dezelfde voorwaarden als de notitie Helderheid. Deze behandelt de klassieke onderwerpen uit de nota Contractonderzoek 1981, met uitzondering van het onderwerp van de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek en geheimhouding.

## 3.4 Duidelijkheid in het onderwijs(bekostigings)recht

### 3.4.1 Inleiding

Hierna wordt gekeken in hoeverre er sprake is van duidelijke normering in het onderwijs(bekostigings)recht. Zoals toegelicht in hoofdstuk 1 (Inleiding) wordt gekeken naar de volgende kenmerken:
- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;
- de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
- het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;
- de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
- de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.

In het onderstaande zullen enkele van die kenmerken worden besproken, afzonderlijk of in combinatie met elkaar.

### 3.4.2 De specificatie van de normstelling en open normcondities

Er is in de WHW en onderliggende regelgeving geen normstelling die specifiek ziet op het academisch ondernemerschap. De specificering is te vinden in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

Valorisatie, academisch ondernemerschap of daarmee vergelijkbare activiteiten zijn geen bekostigde wettelijke taken. In artikel 1.9, eerste lid, WHW staat dat er aanspraak is 'op bekostiging uit 's Rijks kas' 'ten behoeve van het verzorgen van initieel onderwijs' en 'het verrichten van wetenschappelijk onderzoek'.

Uitgaven van universiteiten, ook aan academisch ondernemerschap, mogen niet onrechtmatig en ondoelmatig zijn. De taken waarvoor universiteiten bekostiging ontvangen mogen niet onbehoorlijk zijn uitgevoerd. In artikel 2.9, derde lid, van de WHW is de normstelling het doen van uitgaven in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet, dan wel het niet behoorlijk zijn uitgevoerd van de werkzaamheden ten behoeve waarvan de rijksbijdrage is verleend, of het ondoelmatig aanwenden van de rijksbijdrage.

Met doelmatigheid wordt gedoeld op kosteneffectiviteit van de uitgaven *aan* de instellingen (de verdeling van het geld op zo een efficiënt mogelijke manier) en van de uitgaven *door* de instellingen (de realisatie van 'producten' en de 'uitkomsten' hiervan). De verantwoordelijkheid voor de minister om te zorgen voor de rechtmatigheid en doelmatigheid van het financieel beheer vloeit voort uit de Comptabiliteitswet 2016.

Ook dient de continuïteit van de instelling te worden gewaarborgd. In artikel 2.17, eerste lid, van de WHW is de normstelling het beheren van de

middelen op zodanige wijze dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling zijn verzekerd.

In artikel 15.1, eerste lid, van de WHW is de normstelling voor een inhouding op de bekostiging 'het handelen in strijd met het bepaalde bij of krachtens deze wet'.

De meest specifieke normstelling is te vinden in artikel 4, vijfde lid, van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs. Daarin is opgenomen het verantwoorden in het bestuursverslag over het gevoerde beleid zoals aangegeven in de notities Helderheid. Hier wordt vanaf 2022 de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten bepalend.

In artikel 3 van de beleidsregel zijn een aantal voorwaarden genoemd voor het investeren van publieke middelen in private activiteiten, die in de voorgaande paragraaf zijn beschreven. Deze voorwaarden zijn specifiek toegelicht. Toch blijven een aantal onduidelijkheden bestaan:

- In de tweede voorwaarde staat dat de private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd aantoonbare meerwaarde moet opleveren voor de bekostigde wettelijke taak. Dit lijkt op een resultaatsverplichting, terwijl investeringen in private activiteiten risico's meebrengen.
- In de derde voorwaarde staat dat overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Overcapaciteit die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard. Er is niet gespecificeerd wat hier onder structureel en tijdelijk wordt verstaan.
- De vierde voorwaarde is proportionaliteit van de investering. Dat is het (ook in tijd) in redelijk verhouding staan tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak. Deze normstelling is hier niet nader gespecificeerd.
- De vijfde voorwaarde is dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. Dat wordt uitgelegd als het verstoren van de mededinging. De nader gespecificeerde norm houdt in dat ten minste de integrale kostprijs in rekening moet worden gebracht. Wat hieronder valt, formuleert de beleidsregel in een begripsomschrijving (artikel 1, aanhef en sub d) waarin voor de kostenberekening wordt aangesloten bij artikel 25i van de Wet markt en overheid (Hoofdstuk 4a Mededingingswet). Dit regime komt neer op een verzwaring ten opzichte van de notitie Helderheid, die bijvoorbeeld kapitaalkosten niet liet meerekenen. In de beleidsregel wordt anderzijds een voor- en nacalculatie van de integrale kostprijs vereist, terwijl de Wet markt en overheid, slechts een realistische raming (voorcalculatie) vereist. De beleidsregel maakt niet duidelijk dat deze vijfde voorwaarde neerkomt op een verzwaring ten opzichte van enerzijds de huidige situatie en anderzijds de Wet markt en overheid.
- In de zesde voorwaarde staat dat een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, aan het publieke eigen vermogen moet worden toegevoegd. In de toelichting blijkt dat andersom

een negatief resultaat ten laste mag worden gebracht van het publieke deel van het eigen vermogen. Risico's, voortkomend uit private activiteiten die volledig met private activiteiten zijn gefinancierd, mogen niet worden afgedekt met publieke middelen. Op welke manier van risicoafdekking dit ziet – zoals garanties – is niet gespecificeerd.
– In de zevende voorwaarde is omschreven wat er per private activiteit in het bestuursverslag moet worden vermeld. Daarnaast dient op verzoek aan de Minister van OCW of de Onderwijsinspectie inzage te worden gegeven in alle specifieke private activiteiten, met name de kostentoerekeningen. Hier is niet gespecificeerd of dit alleen ziet op de private activiteiten binnen de reikwijdte van de beleidsregel.

Verder kan worden genoemd dat investeringen van publieke middelen in het contractonderwijs zijn toegestaan. Hiervoor gold echter in de notitie Helderheid dat investeringen in contractonderwijs altijd als ondoelmatig golden. Dit is een inhoudelijke wijziging die niet kenbaar is gemaakt in de (toelichting op de) beleidsregel, terwijl deze als (beleidsarme) verduidelijking wordt gepresenteerd.

Opvallend is dat er ook voorwaarden zijn besloten in de begripsomschrijvingen. Het gaat dan onder meer om activiteiten en voorzieningen die de toegankelijkheid en de kwaliteit van het bekostigde onderwijs bevorderen. Deze kunnen tot de bekostigde wettelijke taak worden gerekend, maar de studenten 'moeten' dan vrijwillig, kosteloos of tegen een geringe niet-kostendekkende vergoeding van die activiteiten gebruik kunnen maken. Als voorbeeld noemt de beleidsregel een bibliotheekvoorziening.[167] Voor sportvoorzieningen, waar in de regel een hogere, maar niet altijd een kostendekkende, vergoeding aan studenten wordt gevraagd, is niet gespecificeerd wanneer de te betalen vergoeding buiten de reikwijdte van 'gering' valt.

### 3.4.3 Vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen

Het kernbegrip 'private activiteiten' is in de beleidsregel verduidelijkt ten opzichte van de omschrijving in de notitie Helderheid. Ook zijn er voorbeelden genoemd. Toch blijft er enige onduidelijkheid bestaan.

Private activiteiten zijn volgens de beleidsregel 'alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover die activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.' Deze begripsomschrijving heeft een zekere mate van vaagheid. Dat geldt ook voor enkele open formuleringen in de tekst die op de zojuist letterlijk weergegeven begripsomschrijving volgt. In de eerste plaats zou bij de woorden 'mede onder

167 Zie art. 1, aanhef en sub b, van de beleidsregel.

de verantwoordelijkheid van' de vraag kunnen worden gesteld: wanneer valt iets nu precies onder de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag als een wetenschappelijke medewerker zelfstandig werkzaamheden verricht uit naam van de universiteit? In de tweede plaats kan de formulering 'op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak' tot de opmerking leiden dat er vrijwel altijd wel extra doelstellingen bij het verrichten van activiteiten zijn. Belangrijker in dit verband echter is het element 'de bekostigde wettelijke taak', dat in de zojuist geciteerde begripsomschrijving voorkomt. Hiermee wordt gedoeld op de taken waarvoor aanspraak op rijksbekostiging bestaat op grond van artikel 1.9 van de WHW: het initiële onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek. In de alinea onder de zojuist geciteerde begripsomschrijving wordt verduidelijkt dat onderwijs waarvoor het instellingscollegegeld in rekening wordt gebracht, binnen de wettelijk bekostigde taak valt. Dat geldt ook voor het 'overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij', hetgeen een wettelijke doelstelling van universiteiten maar geen wettelijk bekostigde taak is.

Bij de voorbeelden die ter toelichting op de begripsomschrijving worden genoemd, staat 'valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken'. Dit wordt toegelicht in de voetnoot met 'voor zover universiteiten en hogescholen zich richten op het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij, is er sprake van het uitvoeren van een bekostigde wettelijke taak (artikel 1.3, eerste en derde lid, van de WHW)'. Dat artikel gaat evenwel niet over de aanspraak op de rijksbekostiging maar over de wettelijke doelstellingen van universiteiten. In de tekst van de beleidsregel c.a. blijft in het midden wanneer sprake is van valorisatie als onderdeel van de wettelijke taak en wanneer sprake is van valorisatie als private activiteit.

Tekstueel is het duidelijk dat valorisatie of verspreiding van kennis ten behoeve van de maatschappij geen wettelijke bekostigde taak is in de zin van artikel 1.9 WHW.[168] Er is evenwel een andere interpretatie mogelijk. Valorisatie

168 Zie anders: *Aanhangsel van de Handelingen*, 20013/04, 284: ('Tijdens de Innovatie Conferentie van woensdag 24 september 2003 heb ik aangegeven, dat het óók een taak van de universiteiten is om te werken aan nieuwe bedrijvigheid voortvloeiend uit universitair onderzoek en onderwijs. Eén voorbeeld om dit vorm te geven is het door universiteiten (mede)financieren van startende bedrijven van studenten, afgestudeerden of onderzoekers. (...) Het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij kan op vele manieren worden vormgegeven. Mijn gedachten gaan uit naar een verheldering van het bedoelde wetsartikel op dit punt, in die zin dat duidelijk is dat tot de kennisoverdracht in ieder geval ook behoort hetgeen ik in mijn speech heb aangeduid als 'valorisatie' van wetenschappelijk onderzoek. Daartoe reken ik activiteiten zoals een universitair octrooibeleid, het ondersteunen van de omzetting van kennis in nieuwe bedrijvigheid maar ook het verzorgen van onderwijs in ondernemerschap. (...) Zoals beschreven in het antwoord op vraag 2 is de rijksbijdrage bedoeld voor een aantal taken, waaronder het overdragen van kennis aan de maatschappij. De eerste geldstroom wordt dus niet uitsluitend ten behoeve van onderwijs en onderzoek verstrekt.').

wordt namelijk ook wel onder de wettelijke taak van onderzoek begrepen.[169] Hoe de beleidsregel de verhouding tussen de bekostigde wettelijke taak en valorisatie ziet, blijft onduidelijk.

### 3.4.4 Inconsistenties

Naast de zekere mate van vaagheid van het begrip 'private activiteiten' is er ook een inconsistentie. Wie de toelichting op de Regeling beleggen en belenen leest, ziet dat financiering van start-ups onder deze regeling valt. Artikel 6, vijfde lid, van de regeling is blijkens de toelichting van toepassing op leningen aan of beleggingen in start-ups in het kader van de valorisatietaak van de universiteit. Met andere woorden: financiële ondersteuning van start-ups is een wettelijke taak volgens de toelichting op de Regeling beleggen en belenen, terwijl 'ondersteuning' een private activiteit is volgens de beleidsregel.

De relatie tussen deze twee regelingen bij ondersteuning van start-ups maakt de beleidsregel niet duidelijk. Het lijkt erop dat bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van bedrijfsruimte valt onder de beleidsregel ('ruimte voor een onderneming van een derde die de betreffende voorziening tegen een vergoeding mag exploiteren'), maar het verstrekken van een lening niet.

Intern is er ook een inconsistentie. Risico's van private investeringen die volledig met private middelen worden gefinancierd mogen niet worden afgedekt met publieke middelen. Eigenlijk is er dan ook geen sprake van volledige financiering met private middelen. Ook mogen verliezen ten laste komen van het publieke deel van het eigen vermogen als er deels publiek vermogen is geïnvesteerd. Dat verdraagt zich slecht met de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. Deze mogelijkheid hebben particuliere marktdeelnemers immers niet.

### 3.4.5 Aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg

In de beleidsregel zijn zeven voorwaarden genoemd die duidelijk maken in welke gevallen het niet goed verantwoorden van het gevoerd beleid zou leiden tot het niet voldoen aan artikel 4 van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs. Er kan sprake zijn van ondoelmatige en onrechtmatige besteding van de rijksbekostiging. Het rechtsgevolg hiervan is in de beleidsregel niet expliciet gemaakt.

Als uitgaven zijn geschied in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet, als de werkzaamheden waarvoor de rijksbijdrage is verleend niet behoor-

169 *Kamerstukken II* 2014/15, 34003, nr. 3 (Wetsvoorstel modernisering Vpb), par. 6.2 (Consultatiegesprekken): 'Valorisatie (kennisdeling) behoort tot de wettelijke taak "onderzoek" en zou zodoende mee moeten lopen in de vrijstelling voor academische ziekenhuizen'.

lijk zijn uitgevoerd of als de rijksbijdrage ondoelmatig is besteed, kan de Minister van OCW bepalen dat de daarmee gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de rijksbijdrage.[170] Ook kan sprake zijn van een herstelsanctie op grond van artikel 15.1 WHW. De rijksbekostiging kan op grond van 15.1 WHW geheel of gedeeltelijk door de minister worden ingehouden, dan wel worden opgeschort. De Inspectie van het Onderwijs kan het mandaat krijgen om de bekostiging voor ten hoogste 15% in te houden of (geheel of gedeeltelijk) op te schorten.[171] De bevoegdheden uit de artikelen 5:12-5:17 en 5:20 Awb zijn voor de Inspectie van het Onderwijs van toepassing.

De bekostiging kan ook worden teruggevorderd op grond van artikelen 4:49 en 4:57 Awb.[172] De terugvorderingstermijn van artikel 4:57 Awb bedraagt vijf jaar. Dit is langer dan de termijn van een jaar die in artikel 2.9, derde lid, WHW is bepaald. Ook hoeft bij terugvordering op grond van artikel 4:57 Awb, anders dan bij terugvordering op grond van artikel 15.1 WHW, geen sprake te zijn van het herstellen van een voortdurende overtreding van de WHW.

Bij het opleggen van een herstelsanctie op grond van de WHW hanteert de minister de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde hogeronderwijsinstellingen. Daarin is als uitgangspunt opgenomen dat onrechtmatig verkregen of bestede bekostiging volledig wordt teruggevorderd, tenzij een strikte toepassing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. De minister zal pas bij herhaaldelijke verkeerd verkregen of bestede subsidies tevens de bekostiging inhouden. Leeft een bekostigde instelling een wettelijk voorschrift niet na, dan schort de minister maandelijks 15% op een twaalfde van de bekostiging voor het desbetreffende jaar op. Is het college van bestuur na drie maanden nog steeds in verzuim, dan houdt de minister maandelijks 15% (of hoger bij stelselmatige onregelmatigheden) van de bekostiging in. Het sanctiebesluit neemt de minister pas als hij de instelling 'een redelijke termijn' heeft gegeven om de situatie te herstellen.

### 3.4.6 Delegatie van de wettelijke bevoegdheid

De grondslag voor het regelen van de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten (niet alle publieke gelden in het algemeen) is artikel 2.7a van de WHW. Van deze grondslag is nog geen gebruik gemaakt. In plaats daarvan zijn de voorwaarden opgenomen in een beleidsregel die wettelijke bepalingen interpreteert en is de binding voor universiteiten om zich te verant-

170 Art. 2.9 WHW.

171 Art. 3 lid 3 onder a WHW.

172 Nu de Awb op grond van artikel 4:21, vierde lid, Awb van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs, kunnen de bedragen ook op grond van artikelen 4:49 jo. 4:57 Awb teruggevorderd worden.

woorden over deze voorwaarden opgenomen in de Regeling jaarverslaggeving onderwijs. Dit maakt de regelgeving enigszins onoverzichtelijk.

### 3.4.7 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er nog op punten onduidelijkheden bestaan. Met name de normstelling is niet altijd duidelijk en er is een zekere mate van vaagheid in het begrip private activiteiten. Ook springen inconsistenties in het oog, met name met betrekking tot het begrip valorisatie en de mogelijkheid om verliezen ten laste te brengen van het publiek eigen vermogen.

## 3.5 Conclusie

Dit hoofdstuk ging over de deelvraag in hoeverre universiteiten publieke middelen mogen investeren in het academisch ondernemerschap en hoe universiteiten zich dienen te verhouden tot andere ondernemers. Ook ging dit hoofdstuk over de deelvraag of de desbetreffende normering zodanig is geformuleerd dat betrokken actoren binnen universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht. Dit hoofdstuk beperkte zich daarin tot de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

Vanuit het oogpunt van het onderwijs(bekostigings)recht kan deze vraagstelling als volgt worden beantwoord. Universiteiten mogen publieke middelen investeren in private activiteiten, waar academisch ondernemerschap onder kan vallen. Er zijn evenwel voorwaarden opgenomen in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten. De universiteit dient zich volgens de Regeling jaarverslaggeving onderwijs te verantwoorden over het gevoerd beleid zoals aangegeven in de beleidsregel. Een belangrijke voorwaarde is het in rekening brengen van de integrale kostprijs aan de afnemers van de private activiteit, met voor- en nacalculatie. Het voorbeeld van University of Groningen Yantai laat zien dat het bij de concrete toepassing van een dergelijke voorwaarde al snel kan misgaan, met name bij het registreren van uren en het duidelijk scheiden van publieke en private middelen. De destijds geldende notitie Helderheid, voorloper van de voornoemde beleidsregel, en de *compliance assistence*-praktijk eromheen bood weinig handvatten voor de Rijksuniversiteit Groningen om de gemaakte fouten tegen te gaan. De nieuwe beleidsregel brengt daarin verbetering door het begrip integrale kostprijs uit te werken en aan te sluiten bij de Wet markt en overheid.

# 4 Europees staatssteunrecht

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

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

## 4.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6 Art. 107 lid 1 VWEU.

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

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

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

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

## 4.2 OVERZICHT

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

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

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

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

Artikel 107, eerste lid, VWEU bestaat uit de volgende cumulatieve bestanddelen:
- het bestaan van een onderneming;
- de toerekenbaarheid van de steunmaatregel aan de staat; de bekostiging ervan bestaat uit staatsmiddelen;
- het verlenen van een (economisch) voordeel;
- het selectieve karakter van de steunmaatregel;
- de gevolgen ervan voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten.

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

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

### 4.2.1 De-minimisverordening

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

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

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

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

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

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

### 4.2.2 Algemene groepsvrijstellingsverordening

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

14 Art. 6 Verordening 1407/2013.

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

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

17 Knook 2018, par. 3.2.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

27 Art. 11 Verordening 1407/2013.

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

29 Artikel 11 onder b Verordening 1407/2013

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

31 Art. 108 VWEU.

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

33 *Ibid.*, par. 4.

34 *Ibid.*, par. 6.

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

### 4.2.3 Diensten van algemeen economisch belang

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

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

---

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

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

37 Knook 2018, par. 5.1.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

43 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (2012/C 8/02).
44 HvJ EG 24 juli 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans GmbH)*, r.o. 87.
45 *Ibid.*, r.o. 89-93.
46 *Provinciaal blad* Noord-Brabant, 1754, 11 maart 2019.
47 Art. 2 lid 1 onder b DAEB-vrijstellingsbesluit.
48 Art. 4 DAEB-vrijstellingsbesluit.

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

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

## 4.3 Het bestaan van een onderneming

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

### 4.3.1 Economische activiteiten

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

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

bepaalde markt'.[54] Een leidend beginsel uit de jurisprudentie is dat het gaat om 'activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden'.[55] Het uitoefenen van typisch overheidsgezag is geen economische activiteit.[56] Het gaat hier om de kerntaken van de staat of de activiteiten die wegens hun aard, doel en regels waaraan zij zijn onderworpen, met die kerntaken verband houden. Dat geldt ook voor de situatie waarbij een economische activiteit wordt verricht die niet van de uitoefening van het overheidsgezag kan worden gescheiden, zoals het vragen van een vergoeding voor het ter beschikking stellen van gegevens.[57]

Een tussencategorie bestaat uit 'activiteiten die van zuiver sociale aard zijn'.[58] In de jurisprudentie over verzekeringsstelsels die activiteiten uitvoeren die uitsluitend van zuiver sociale aard zijn, zijn de volgende elementen van belang: (a) het gaat om een wettelijk stelsel; (b) het stelsel heeft een sociaal doel; (c) het stelsel berust op het solidariteitsbeginsel; (d) er is sprake van een verplichte aansluiting en (e) er is sprake van staatstoezicht.[59] Een wettelijk geregeld verzekeringsstelsel waarbij de uitkeringen niet afhankelijk zijn van de hoogte van de premies, is een stelsel dat berust op het solidariteitsbeginsel. In dat geval is de verzekering net als de kerntaken van de overheid geen economische activiteit.

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

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

55 HvJ EU 16 november 1995, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*). Soms hanteert de Europese Commissie de toets of de particulier de activiteit winstgericht kan aanbieden (EC 16 april 2014, SA.35529 (2012/N) (*Digitization of books in libraries*), punt 24; EC 22 november 2006, (C24/2005) (*Laboratoire national de métrologie et d'essais*), punt 57; Zie ook Conclusie A-G Jacobs 27 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:655 bij HvJ EU 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:8 (*Ministero dell' Economia e delle Finanze*), punt 78; Conclusie AG Jacobs HvJ EG 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:304 (*AOK Bundesverband*), punt 27, conclusie bij HvJ EG 16 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*).

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

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

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

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

60 Punt 207 van de Mededeling betreffende het begrip staatssteun.

61 *Ibid.*

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

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

*Tabel 1 – Economische en niet-economische activiteiten*

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

### 4.3.2 Onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht als economische activiteiten

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

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

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

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

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

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

### 4.3.3 Beoordelingskader bij het verzorgen van onderwijs

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

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

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

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

---

69 Zie hierna par. 4.3.1.1 van dit hoofdstuk.

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

71 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 29.

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

73 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 29.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*, punt 30.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

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

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

79 *Ibid.*, punt 31.

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

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

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

83 *Ibid.*

84 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

87 *Ibid.*

88 *Supra* par. 4.3.1.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> gelijkgesteld aan een heffing dan aan een vergoeding [...]. Een dergelijke asymmetrie heeft tot gevolg dat er geen reëel verband bestaat tussen het betaalde bedrag en de verrichte dienst.'[121]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *4.3.3.2 Element 3: Markt versus solidariteit*

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

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

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

activiteiten.[133] De elementen voor de beoordeling van de mate van solidariteit van de verzekeringsstelsels die in paragraaf 4.3.1 zijn genoemd, zijn niet een-op-een toepasbaar in het hoger onderwijs.[134] De Europese Commissie heeft de solidariteitsjurisprudentie in de Kaderregeling Onderzoek, ontwikkeling en innovatie als volgt vertaald: niet-economisch is het onderwijs (1) dat deel uitmaakt van het nationaal onderwijsstelsel, (2) dat geheel of hoofdzakelijk door de staat wordt gefinancierd en (3) waarop de staat in zekere mate toezicht uitoefent.

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

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

Er kunnen parallellen worden getrokken met de manier waarop de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in een concentratiebesluit uit 2001 naar bekostigde hogescholen heeft gekeken. Die hebben in de ogen van de NMa onvoldoende vrijheden die tot concurrentie kunnen leiden en zijn daarom geen ondernemingen.[142] Zulke vrijheden hebben zij wel bij het aanbieden van 'cursussen, trainingen en post-hbo-opleidingen, alsmede de exploitatie van gebouwen, de verhuur van ruimtes, de verkoop van onderwijsmateriaal en het optreden als assurantietussenpersoon en uitzendbureau'. Die activiteiten worden, aldus de NMa, uitgevoerd met 'commerciële speelruimte'.[143] De ACM

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

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

### 4.3.4 Beoordelingskader bij het verrichten van onderzoek

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

De Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie behandelt onderzoeksactiviteiten in iets meer detail. Het onafhankelijk onderzoek met het oog op betere kennis en inzicht[147] en de brede verspreiding van onderzoeksresultaten ('op een niet-exclusieve en niet-discriminerende basis, via bijvoorbeeld onderwijs, open access-databases, open access-publicaties of open source-software') moeten volgens deze kaderregeling van de Europese Commissie niet als economische activiteit worden gekwalificeerd.[148] Dat zijn primaire activiteiten van onderzoeksorganisaties en onderzoeksinfrastructuren.

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

144 ACM 1 augustus 2019, ACM/18/033072 (*Afwijzing handhavingsbesluit Silver Psychologie*).

145 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), punt 31.

146 *Ibid.*

147 Letterlijk: 'onafhankelijke O&O met het oog op meer kennis en een beter inzicht, met inbegrip van O&O in samenwerkingsverband, wanneer de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur bij daadwerkelijke samenwerking betrokken is' (punt 19).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 4.3.5 Beoordelingskader bij kennisoverdracht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

170 *Ibid.*

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

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

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

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

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

### 4.3.6 Zuiver ondersteunende activiteiten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

184 *Ibid*.

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

186 *Ibid*., punt 57.

187 *Ibid*., punt 58.

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

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

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

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

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

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

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

194 *Ibid.*

195 *Ibid.*, punt 60.

196 *Ibid.*, punt. 82.

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

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

### 4.3.7 Toepassing van de beoordelingskaders: voorbeelden uit de beschikkingenpraktijk

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

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

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

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

#### *4.3.7.1 Besluiten van de Europese Commissie*

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

*Digitale Universiteit*

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

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

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

201 Zie par. 4.3.3.1.

202 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

209 Art. 1.3 lid 4 WHW.
210 Over de scheiding tussen de publieke taak van het taalonderwijs en de inburgering die aan de markt wordt overgelaten: 'ter voorkoming van een eventuele situatie waarbij de taalcursussen die met publieke middelen worden gefinancierd conflicteren met de inburgeringscursussen (die een belangrijke taalcomponent zullen hebben) die op commerciële basis worden aangeboden, zullen inburgeringsplichtigen dan ook niet kunnen deelnemen aan het taalonderwijs dat onder de publieke taak valt' (EC 12 oktober 2016, Steunmaatregel N 348/2006, punt 14)
211 *Ibid.*, punt 29.

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

*College of Nyíregyháza*

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

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

213 *Ibid.*, punt 32.

214 *Ibid.*, punt 33 onder c.

215 *Ibid.*, punt 33 onder d.

216 *Ibid.*, punt 34.

217 *Ibid.*, punt 35.

218 EC 26 juli 2008, N 343/2008.

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

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

*Magistrát města Přerova*

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

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

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

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

221 EC 8 november 2006, NN54/2006.

222 *Ibid.*, punt 15.

223 *Ibid.*

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

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

### *4.3.7.2 De Autoriteit Consument en Markt*

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

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

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

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

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

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

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

1. De hoogte van het collegegeld is wettelijk vastgesteld. De hogeschool heeft geen invloed op de prijs en kan niet variëren naar gelang van de kosten van de studie.
2. De bekostigde instellingen hebben de samenstelling van het opleidingsaanbod niet zelf in de hand, omdat de minister beslist welke nieuwe opleidingen doelmatig zijn en welke opleidingen niet meer doelmatig zijn.
3. Toetreding tot het bekostigde onderwijs is gereguleerd. Alleen in de WHW genoemde instellingen zijn bekostigd.
4. Bekostigde instellingen hebben geen of beperkte invloed op het aantal studenten dat ze willen toelaten.
5. Bekostigde instellingen hebben nauwelijks invloed op de hoogte van de rijksbijdrage.

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

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

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

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

### 4.3.8 Resumerend

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

## 4.4 Toerekenbaarheid aan de staat en staatsmiddelen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

242 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 3.1.2.

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

244 Van den Brink 2012, p. 44.

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

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

247 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 50.

248 *Ibid.*, par. 3.2.

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

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

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

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

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

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

## 4.5 Voordeel

### *4.5.1 Algemene uitgangspunten in Mededeling betreffende het begrip staatssteun*

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

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

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

---

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

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

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

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

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

260 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 78.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

264 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.

265 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, par. 4.3.2.

266 *Ibid.*

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

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

### 4.5.2 Uitgangspunten in de Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling & Innovatie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 4.5.3 Uitspraak Delftship

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

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

### 4.5.4 Nederlandse situatie

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

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

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

## 4.6 Selectiviteit

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

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

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

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

## 4.7 Vervalsen van de mededinging en beïnvloeden van het interstatelijk handelsverkeer

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

## 4.8 Duidelijkheid in het Europese staatssteunrecht

### 4.8.1 Inleiding

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

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

### 4.8.2 Openbaar en nationaal onderwijsstelsel

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

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

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

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

### 4.8.3 Hoofdzakelijke financiering met overheidsmiddelen

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

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

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

### 4.8.4 Onderzoeksorganisaties

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

### 4.8.5 Omslagpunt naar economische activiteit

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

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

### 4.8.6 Herinvesteren in de kerntaken

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

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

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

### 4.8.7 Zuiver ondersteunende activiteiten

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

### 4.8.8 Overheidsmiddelen

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

### 4.8.9 Marktprijs en kostprijs

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

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

## 4.9 Conclusie

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

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

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

# 5 Academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit

*'Bij meerdere onderzoeken heb ik een robbertje moeten vechten om mijn conclusies geaccepteerd te krijgen. Soms zijn er daarna een paar woorden veranderd, zodat de scherpe kantjes er een beetje afgaan. Maar de conclusies intrekken, dat doe ik niet – mijn naam staat er immers nog steeds onder. Wat soms wel gebeurt is dat de opdrachtgever een eigen versie van het rapport uitbrengt, waarin ze dan de voor hun negatief uitpakkende delen weglaten. Maar dat belet ons niet om in zo'n geval alsnog het volledige onderzoek zelf te publiceren.'*

– J.F. Feenstra over zijn ervaringen met contractonderzoek bij het Instituut voor Milieuvraagstukken van VU Amsterdam
*Het Parool* (27 april 1994)

## 5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit in de context van het academisch ondernemerschap, met aandacht voor de deelvraag naar de wijze waarop in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit zijn gewaarborgd. Ook behandelt dit hoofdstuk de deelvraag in hoeverre de normering inzake het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit duidelijk is, in die zin dat die normering zodanig is geformuleerd dat betrokkenen binnen universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht.

Zoals in paragraaf 2.2.2 is gezegd, wordt in dit onderzoek onder academisch ondernemerschap verstaan: een praktijk, verricht met de intentie om kennis over te dragen tussen de universiteit en de externe omgeving, om economische en sociale waarde te produceren voor zowel externe actoren als de leden van de academische gemeenschap, en waarbij in ieder geval één lid van de academische gemeenschap een primaire rol heeft. Daarbij is er een aantal vormen van academisch ondernemerschap genoemd die zowel zien op academische ondernemers die bedrijven opzetten, als op ondernemende academici die hun onderzoeksdoelstellingen ondersteunen door op te trekken met commerciële partners. De genoemde vormen zijn (a) het opzetten van spin-offs of start-ups en het exploiteren van intellectuele eigendomsrechten in deze spin-offs of start-ups, dan wel in bestaande ondernemingen, (b) het doen aan contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening

zoals advisering en (c) het aanbieden van faciliteiten via KTO's, incubators, wetenschapsparken, en het verschaffen van durfkapitaal.

In al deze vormen van academisch ondernemerschap kunnen vraagstukken spelen over de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. Het gaat dan bijvoorbeeld over de vermenging van rollen. Een academische wetenschapper kan onderzoek doen naar een product of dienst en tegelijkertijd de rol vervullen van aandeelhouder of bestuurder van een bedrijf dat zo'n product of dienst vermarkt. Een academische wetenschapper kan ook de rol aannemen van adviseur voor een overheidsorganisatie, non-profitorganisatie of een onderneming. Ook kan er sprake zijn van vermenging van rollen in het geval van betrokkenheid van de universiteit of individuele wetenschappers bij het verschaffen van (durf)kapitaal. Bijvoorbeeld een hoogleraar die aan een UMC onderzoek doet naar nieuwe geneesmiddelen tegen alzheimer en die tegelijkertijd bestuurder is van een fonds dat onderdeel uitmaakt van een participatiemaatschappij die investeert in bedrijven die de betreffende medicijnen op de markt willen brengen.[1] In dit voorbeeld speelt niet alleen mee dat er een dubbelrol is als hoogleraar en bestuurder van een investeringsmaatschappij en dat de hoogleraar moet oppassen voor vooringenomenheid in het onderzoeksproces vanwege potentiële financieel-economische baten. De hoogleraar mag, vanwege het risico op handelen met voorkennis, ook niet zomaar communiceren over vertrouwelijke onderzoeksresultaten met anderen binnen de participatiemaatschappij die aandelen hebben in de bedrijven die medicijnen maken.

Bij de verschillende rollen, die het wetenschappelijk personeel aanneemt, horen bepaalde belangen die tegengesteld kunnen zijn. Academische belangen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het kunnen doen van objectief onderzoek en publiceren van onderzoeksresultaten. Daartegenover kunnen allerlei belangen staan, waaronder financieel-economische, politieke, culturele of religieuze belangen, of belangen van nationale veiligheid en volksgezondheid. Dat kan bijvoorbeeld leiden tot geheimhouding ten behoeve van octrooiaanvragen, censuur ten aanzien van politiek-gevoelige onderwerpen, of beperkingen in het publiceren van onderzoeksresultaten die ook gebruikt kunnen worden voor militaire doeleinden.

Om de hiervoor genoemde deelvragen te kunnen beantwoorden, worden eerst de juridische bronnen en de betekenis van de academische vrijheid verkend (paragraaf 5.2). Vervolgens wordt dieper ingegaan op de normen die kunnen worden gevonden in het nationaal, Europees en internationaal recht (paragrafen 5.3 tot en met 5.5). Deze normen worden in onderlinge samenhang besproken in paragraaf 5.6. Daarna komt de wetenschappelijke integriteit aan bod, waarbij wordt aangevangen met voorbeelden van vraagstukken die op

1 Schouten, Woutersen & Visser, *Trouw* 2022. Schouten & Woutersen, *De Groene Amsterdammer* 2022.

dit vlak kunnen spelen (paragraaf 5.7). Hierop volgt een uiteenzetting van het juridische normenkader (paragraaf 5.8) en wordt ingegaan op het effectueren van die normen via het klachtrecht (paragraaf 5.9). Afgesloten wordt met een beschouwing over de duidelijkheid van de normen inzake de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit (paragraaf 5.10).

## 5.2 Academische vrijheid

### 5.2.1 Rechtsbronnen

Het begrip academische vrijheid heeft geen eenduidige definitie. Het begrip is historisch gezien lang een ongeschreven rechtsbeginsel geweest, dat in Nederland in de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs voor het eerst is gecodificeerd.[2] De wetgever heeft in de memorie van toelichting bij die wet aangegeven wat onder deze vrijheid moet worden verstaan.[3] Kort gezegd gaat het om de vrijheid voor onderzoekers, docenten en studenten om eigen wetenschappelijke inzichten te volgen en daarbij niet afhankelijk te zijn van bepaalde politieke, filosofische of wetenschapstheoretische opvattingen. Dit komt neer op vrijheid in onderwijs geven, onderzoek verrichten en onderwijs ontvangen.[4]

Het begrip academische vrijheid is erkend door de nationale rechter en het EHRM als recht dat wordt beschermd onder de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM.[5] In dat kader baseert het EHRM zich op de navolgende omschrijving: een recht dat de vrijheid van meningsuiting en handelingen moet garanderen, alsmede de vrijheid om onderzoek te doen en om kennis en waarheid te verspreiden zonder restricties. Ook de Raad van Europa erkent

2 Kwikkers in de onlineomgeving: *SchoolManagement Totaal* 2012 (Artikel 1.6 academische vrijheid); Louw 2011, p. 28, 32; Groen 2017, p. 78; Zoontjens 1993, p. 80; art. 6 Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs ('Aan de instellingen van wetenschappelijk onderwijs wordt de academische vrijheid in acht genomen'), *Kamerstukken II* 1980/1981, 16802, nr. 3, p. 49-50. Zie ook Rapport Commissie 'Druk op wetenschappelijke onderzoekers', *Kamerstukken II* 1975/76, 13767, nr. 2.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 Groen 2017, p. 63. EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903 (*Sorguç/Turkije*), r.o. 35: 'In this connection, the Court underlines the importance of academic freedom, which comprises the academics' freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction'. Het EHRM verwijst hier terug naar r.o. 21 waarin het Aanbeveling 1762 (2006) van de Raad van Europa van 30 juni 2006 aanhaalt. Daarin staat: 'In accordance with the Magna Charta Universitatum, the Assembly reaffirms the right to academic freedom and university autonomy which comprises the following principles: 4.1. academic freedom in research and in training should guarantee freedom of expression and of action, freedom to disseminate information and freedom to conduct research and distribute knowledge and truth without restriction (...).'

de academische vrijheid in verschillende aanbevelingen die zijn organen hebben aangenomen.[6] De hiervoor geformuleerde omschrijving in de aangestipte uitspraak van het EHRM is overgenomen uit een van die aanbevelingen (Aanbeveling 1762 (2006) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa van 30 juni 2006).[7]

De academische vrijheid is verder, net als de vrijheid van kunsten en het wetenschappelijk onderzoek, opgenomen in artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU, zonder een duidelijke definitie.[8] Dit vrijheidsrecht wordt door het Hof van Justitie van de EU uitgelegd aan de hand van artikel 10 EVRM en de daarmee samenhangende jurisprudentie.[9] Het Hof van Justitie van de EU verwijst in zijn jurisprudentie naar de hiervoor genoemde aanbeveling van 30 juni 2006.[10] Daarnaast vat het Hof van Justitie van de EU de academische vrijheid 'ruimer' op.[11] Het Hof van Justitie van de EU overweegt dat de academische vrijheid ook 'een institutionele en organisatorische dimensie heeft' en dat de autonomie (van de universiteit) de institutionele uitdrukking is van de academische vrijheid.[12] Het Hof van Justitie van de EU verwijst hiervoor naar de aanbeveling van de Algemene Vergadering van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco) van 11 november 1997.[13]

Ook het internationale recht erkent de vrijheid van wetenschap. Deze vrijheid is onder andere vastgelegd in artikel 15 IVESCR.[14] Het is mogelijk om de twee begrippen 'academische vrijheid' en 'vrijheid van wetenschap' te zien als losse normen met eigen toetsingskaders, maar ook om deze aan elkaar te relateren als essentieel voortvloeiend uit dezelfde norm. Daarover bestaat in de literatuur geen eenduidigheid. De volgende subparagraaf bespreekt de

6 Deze komen hierna terug in par. 5.4.6.

7 *Supra* noot 5.

8 Art. 13 Handvest van de Grondrechten van de EU luidt 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd'.

9 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 223-225: 'Volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest moeten de daarin vastgestelde rechten die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dezelfde inhoud en op zijn minst dezelfde reikwijdte hebben als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend.' Vgl. over vrijheid van kunsten: HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham e.a./Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*), r.o. 34.

10 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 227.

11 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 227.

12 *Ibid.*

13 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije)*, r.o. 227, 'Recommendation concerning the Status of Higher-education Teaching Personnel, adopted by the General Conference at its twenty-ninth session, Paris, 21 October – 12 November 1997'.

14 Artikel 15 lid 3 IVESCR: 'De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich de vrijheid te eerbiedigen die onontbeerlijk is voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en scheppend werk.'

verschillen in de literatuur, evenals de vraag hoe dit promotieonderzoek zich positioneert tussen die verschillende interpretaties.

Er zijn ook juridische fenomenen die gerelateerd zin aan de academische vrijheid. Het gaat hier in de eerste plaats over de institutionele autonomie en het beginsel van zeggenschap, die (in de woorden van het Hof van Justitie) onderdeel zouden zijn van de 'institutionele en organisatorische dimensie' van de academische vrijheid.[15] De institutionele autonomie heeft betrekking op de onafhankelijkheid van de instelling tegenover de overheid.[16] Het beginsel van zeggenschap gaat over de zeggenschap van de academische staf over academische beslissingen, in het bijzonder binnen de faculteit en de universiteit.[17] Daarnaast kan worden gewezen op onder andere de persvrijheid uit artikel 7 Grondwet, het recht tot vergadering uit artikel 8 Grondwet, de vrijheid van onderwijs uit artikel 23 Grondwet en het recht op een vrije arbeidskeuze uit artikel 19, derde lid Grondwet.[18] Ook kan worden geattendeerd op intellectuele eigendomsrechten, die in artikel 15 IVESCR worden geassocieerd met de academische vrijheid voor wetenschappers.[19]

De bepalingen over de academische vrijheid, de wetenschappelijke vrijheid en de nevenrechten van deze twee vrijheden zullen in het verdere vervolg van dit hoofdstuk worden behandeld. Vanwege de omvang van het aantal relevante bepalingen, is gekozen voor een indeling per rechtsstelsel: nationaal recht, Europees recht en internationaal recht. Alvorens deze bepalingen worden behandeld, zal in de paragrafen 5.2.2 en 5.2.3 aandacht worden besteed aan de literatuur over de juridische betekenis van academische (en wetenschappelijke) vrijheid.

### 5.2.2 Interpretaties in de juridische literatuur

De rechtswetenschappelijke literatuur over de academische vrijheid in Nederland is relatief schaars. Het onderwerp wordt uitgebreid besproken in de Amerikaanse en Duitse literatuur vanwege het bestaan van uitspraken van de hoogste rechtscolleges hierover. Buitenlandse literatuur die specifiek gaat over het recht van andere landen wordt vanwege de grote omvang van die literatuur en het geringe belang voor ons land niet behandeld. Het recht van andere landen komt wel indirect terug in de bespreking van meer algemene Engelstalige rechtsvergelijkende literatuur over het academisch ondernemerschap.

15 Louw 2011, p. 28.
16 Groen 2017, p. 77; Louw 2011, p. 31-34; Barendt 2010, p. 26-32.
17 Groen 2017, p. 108-109; Barendt 2010, p. 32-18.
18 Zie o.a. Groen 2017, p. 245; Vrielink e.a. 2011, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 117-141.
19 *Ibid.*

Achtereenvolgens zullen hier de bijdragen van de navolgende auteurs over academische en wetenschappelijke vrijheid worden besproken: Groen (2017), Louw (2011) en Zoontjens (1993), die zowel over het Nederlandse als het internationale recht schrijven, Barendt (2010), die over het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht schrijft, en De Baets (2021)[20] en Ruffert & Steinecke (2011), die over het internationale recht schrijven. Ook zal een uitgebreid artikel van de League of European Research Universities (2011)[21] worden behandeld over academische vrijheid als fundamenteel recht. In deze subparagraaf worden alleen de hoofdlijnen van de academische vrijheid besproken. De concretere invulling van de academische vrijheid – die deze auteurs ook bespreken – wordt in de navolgende paragrafen behandeld.

#### *5.2.2.1 De waaierbenadering van Groen*

Het recente standaardwerk over de academische vrijheid in Nederland is het proefschrift van Groen, waarin is onderzocht hoe de academische vrijheid wordt gewaarborgd in de internationale en Nederlandse rechtsorde en hoe deze vrijheid zich verhoudt tot sturing van wetenschappelijk onderwijs en wetenschappelijk onderzoek vanuit de overheid.[22]

Interessant is dat Groen twee perspectieven op wetenschap tegenover elkaar zet. Het eerste perspectief is die van Popper waarin de wetenschap autonoom is en 'niets buiten de wetenschap [is] dat bepaalt wat wetenschappelijk is'.[23] Het tweede perspectief is dat van Latour die volgens Groen sterk de nadrukt legt op de maatschappelijke context waarbinnen wetenschap tot ontwikkeling komt.[24] Hier is de wetenschapper 'iemand die vele verschillende reële belangen op een lijn moet krijgen om zijn activiteiten te continueren.'[25] In dit perspectief is wetenschap volgens Groen 'niet alleen een belangeloze zoektocht naar waarheid of werkelijkheid, maar ook de strijd tussen verschillende laboratoria voor een bepaald patent, de lobby van een vakgebied bij een ministerie voor financiering, [en] het mobiliseren van voldoende particuliere belangstelling om investeerders geïnteresseerd te houden.'[26] Voor Groen is het voor een goed begrip van wetenschap belangrijk zowel het geïdealiseerd perspectief van Popper als het realistisch perspectief van Latour naast elkaar te laten bestaan.[27]

20 Ook gepubliceerd als De Baets 2020.
21 Ook gepubliceerd als Vrielink e.a. 2011, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 117-141.
22 Groen 2017, p. 38.
23 Groen 2017, p. 43.
24 *Ibid.*
25 *Ibid.*
26 *Ibid.*, p. 44.
27 *Ibid.*

Externe invloeden in de wetenschap zijn onvermijdelijk maar hierdoor ontstaat een spanningsveld van uiteenlopende belangen.[28] Methodologische afwegingen kunnen gecorrumpeerd raken door andere waarden en belangen (dan wetenschappelijke waarden of belangen).[29]

In dit kader dient de academische vrijheid 'de inhoudelijke normatieve sfeer van wetenschap te beschermen binnen de maatschappelijke verhoudingen waarin wetenschap gerealiseerd wordt'.[30] Groen geeft aan dat het in de kern gaat om het beschermen van het wetenschappelijk debat.[31] Om aanspraak te maken op wetenschappelijkheid, dient het onderzoek in vrijheid – zonder ongeoorloofde dwang – plaats te vinden.[32] Groen noemt hier 'het verzamelen en selecteren van bronnen, het kiezen van een methode, het maken van analyses en het formuleren van conclusies, en het delen van dit onderzoek binnen de wetenschappelijke gemeenschap, hetzij in publicaties, hetzij door bijvoorbeeld colleges'.[33] Daarnaast is er een collectieve dimensie van het ideaal van goede wetenschap doordat wetenschappers zichzelf normen stellen en er binnen wetenschappelijke fora grenzen worden bewaakt die daar ook weer ter discussie worden gesteld.[34] Waar de academische waarde in het geding is, speelt ook de achterliggende waarde van vrije wetenschap voor de samenleving een rol, bijvoorbeeld wanneer het gaat over kritische aspecten van voedselveiligheid of het functioneren van instituties van de democratische rechtsstaat.[35]

Groen bespreekt uitvoerig de plaats van de academische vrijheid in het nationale en het internationale recht.[36] Deze bespreking omvat de rechtsbronnen en bijbehorende jurisprudentie, waarvan dit hoofdstuk ook gebruik maakt.

Groen benadert het concept van academische vrijheid als 'een overkoepelende rechtsnorm die bestaat uit een waaier van verschillende rechten die verbonden zijn aan de uitoefening van academische taken'.[37] Hij zoekt niet naar een algemene definitie van de academische vrijheid, maar onderscheidt verschillende relevante elementen die afzonderlijk en op verschillende wijze bescherming kunnen bieden.[38] Daarbij ziet hij de academische vrijheid als recht dat is verbonden aan de uitoefening van academische taken – hoewel de grens tussen academische taken en andere handelingen niet scherp is te trekken.[39]

---

28 *Ibid.*
29 *Ibid.*
30 *Ibid.*
31 *Ibid.*, p. 45.
32 *Ibid.*
33 *Ibid.*
34 *Ibid.*
35 *Ibid.*
36 Groen 2017, hoofdstuk 2.
37 Groen 2017, p. 56.
38 Groen 2017, p. 56.
39 *Ibid.*, p. 57.

Binnen zijn waaierbenadering onderscheidt hij de harde kern van subjectieve rechten van de zachtere rechten. De harde kern van subjectieve rechten bestaat uit 'subjectieve rechten waar individuele academici aanspraken aan kunnen ontlenen doordat ze inroepbaar zijn bij de rechter'.[40] Onder zachtere rechten verstaat hij geen subjectieve rechten voor individuele academici, maar normatieve ordenende beginselen.[41] Onder de harde kern van rechten vallen:[42]

- de vrijheid van meningsuiting uit de artikelen 7 Grondwet, 10 EVRM en 19 IVBPR;
- de vrijheid van wetenschappen uit artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU; en
- de auteursrechtelijke bescherming van wetenschappelijk werk.

Onder de zachtere rechten schaart Groen:[43]

- de vrijheid van wetenschap uit artikel 15 IVESCR;
- diverse internationale, niet-bindende verklaringen over academische vrijheid; en
- de academische vrijheid als opdracht aan de instelling uit artikel 1.6 WHW.[44]

Het academisch werk is breder dan het uiten van een mening, maar tegelijkertijd is de vrijheid van meningsuiting breder van toepassing dan op wetenschappelijke uitingen.[45] Volgens Groen is de toegevoegde waarde van de academische vrijheid ten opzichte van de universeel geldende vrijheid van meningsuiting lastig te duiden.[46] Op basis van zijn analyse van de jurisprudentie van het EHRM komt hij tot de conclusie dat de academische context waarin de zaken spelen in het merendeel van de gevallen niet beslissend was voor de uitkomst van de zaak.[47] Of iemand naast wetenschappelijke activiteiten een andere functie uitoefent zoals een rechter lijkt ook niet doorslaggevend te zijn. Evenmin lijkt relevant of een uitlating binnen het terrein van de expertise valt en of een meningsuiting binnen of buiten een academisch forum is gedaan.[48] Volgens Groen concretiseert het EHRM 'nauwelijks wat academische vrijheid toevoegt aan de vrijheid van meningsuiting die voor iedere burger geldt'.[49]

40 Groen 2017, p. 9-10, 57-58.
41 Groen 2017, p. 10-11, 57-58.
42 *Ibid.*, p. 57.
43 *Ibid.*, p. 58.
44 Art. 1.6 WHW luidt: 'Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen.'
45 Groen 2017, p. 58.
46 Groen 2017, p. 69.
47 Groen 2017, p. 69.
48 *Ibid.*
49 Groen 2017, p. 264.

In een drietal uitspraken van het EHRM is het academisch karakter van de uitspraken wel uitdrukkelijk meegewogen.[50] In de Nederlandse jurisprudentie wordt ook gewicht toegekend aan de academische context die de drempel verhoogt van het aantonen van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de beperking van de uiting.[51]

Ook het Handvest van de Grondrechten van de EU voegt naar de mening van Groen (vooralsnog) weinig toe, 'door een beperkte reikwijdte en door grote mate van inhoudelijk gelijkstelling met de vrijheid van meningsuiting'.[52] Dit schreef Groen in een tijd dat er nog geen rechtspraak was over artikel 13 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.

Groen bespreekt de auteursrechtelijke positie van de academicus aan de hand van de Cao Nederlandse Universiteiten 2015-2016. Op grond van die cao heeft de individuele academicus een veel sterkere positie dan op grond van de wettelijke regeling in de Auteurswet 1912 met haar hoofdregel dat de werkgever intellectuele eigendom heeft van de werken van de werknemer. De cao biedt de werknemer immers de mogelijkheid om zelf eigenaar te blijven van het werk, mits de geïnvesteerde kosten worden vergoed aan de werkgever.[53]

In artikel 15 IVESCR ziet Groen de kracht dat staten kunnen worden aangesproken op de mate waarin ze de vrijheid van wetenschap respecteren (afzien van handelingen die een inbreuk op dit recht maken[54]), beschermen (dit recht in horizontale verhoudingen gestalte geven)[55] en vervullen (alle noodzakelijke stappen nemen, met gebruikmaking van passende middelen, om de volledige realisatie van dit recht te bereiken[56]).[57] De zwakte van artikel 15 IVESCR is daarentegen dat er bij de rechter nauwelijks individuele bescherming aan valt te ontlenen, omdat deze bepaling geen rechtstreekse werking heeft in de Nederlandse rechtsorde.[58] Groen wijst erop dat Nederland een Facultatief Protocol bij het IVESCR heeft ondertekend, waarin een individueel klachtrecht is opgenomen.[59] Dit protocol is evenwel niet geratificeerd door Nederland.[60]

---

50 *Ibid*., p. 9 Dat gaat om de volgende uitspraken: EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009: 0623JUD001708903 (*Sorguç/Turkije*), EHRM 20 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011: 0920JUD001725209 (*Sapan/Turkije*) en EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014: 0527JUD000034604 (*Mustafa Erdoğan e.a./Turkije).*

51 *Ibid.*

52 Groen 2017, p. 82.

53 Groen 2017, p. 71.

54 Groen 2017, p. 73.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid*., p. 76.

58 *Ibid*., p. 76.

59 *Ibid*., p. 76.

60 *Ibid*., p. 76. Dat is nog steeds niet het geval, o.a. vanwege het ontbreken van volledige duidelijkheid over de juridische en financiële implicaties ervan: *Kamerstukken I* 2021/22, 33992-(R2034), nr. I. Het kabinet verwijst naar een advies van de Raad van State uit 2017

Verder lijkt artikel 15 IVESCR volgens Groen 'nauwelijks een rol te spelen in de ontwikkeling van het wetenschapsbeleid'.[61] Groen ziet dan ook reden om sceptisch te zijn over de 'academische vrijheid als grondrecht'.[62]

De diverse, internationale niet-bindende verklaringen geven invulling aan het begrip academische vrijheid. Groen concludeert dat de definities van de academische vrijheid op enkele punten overeenkomen maar ook van elkaar verschillen.[63] Als kernelementen noemt hij de vrijheid om te onderwijzen, te leren en te onderzoeken.[64]

De academische vrijheid uit de WHW ziet hij als 'ordenend beginsel van zeggenschap van academici' en niet als individueel subjectief recht van academici.[65] Het gaat hier om een opdracht aan de instelling, die betrekking heeft op de rechtssubjecten de onderzoeker, de docent en de student.[66] De onderzoeker heeft de vrijheid 'tot het beoefenen van de wetenschap, de vrijheid "om zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen"'.[67] De docent heeft de vrijheid om 'op zijn vakgebied die wetenschappelijke opvattingen te verkondigen die naar zijn mening de juiste zijn en vervolgens inhoud en methode van het door hem te geven onderwijs te bepalen'.[68] En de student heeft de vrijheid tot 'het ontvangen van onderwijs, daaronder begrepen de vrijheid om niet geïndoctrineerd te worden, de vrijheid "om niet gedwongen te worden bepaalde wetenschappelijke opvattingen aan te hangen of te verkondigen"'.[69]

De deelrechten van de academische vrijheid zijn de studievrijheid, onderzoeksvrijheid en de openbaarmakingsvrijheid.[70] Volgens Groen is het recht van de academische vrijheid niet onbegrensd.[71] Zo dient de docent 'op didactisch verantwoorde wijze zijn studenten verder te brengen in de opleiding en […] werkt [hij] in het kader van onderwijs- en examenreglementen.'[72] Als mogelijke verklaring waarom er in de jurisprudentie weinig aandacht is voor

---

over het Facultatief Protocol bij het IVESCR, dat op grond van artikel 26 van de Wet op de Raad van State niet zelfstandig openbaar gemaakt kan worden zonder een Nader Rapport, dat nog niet aan de orde is. Vanaf 1 mei 2022 is de Wet open overheid van toepassing op de Afdeling advisering van de Raad van State (art. 2.2 Woo) en is artikel 27 van de Wet op de Raad van State vervallen. Het advies is op 16 juni 2022 openbaar gemaakt (W02.17.0001/II/K).

61 Groen 2017, p. 247.
62 Groen 2017, p. 264.
63 Groen 2017, p, 83.
64 *Ibid.*
65 Groen 2017, p. 264-265.
66 Groen 2017, p. 79.
67 Groen 2017, p. 78.
68 Groen 2017, p. 78-79.
69 Groen 2017, p. 79.
70 Groen 2017, p. 79.
71 *Ibid.*
72 *Ibid.*

artikel 1.6 WHW, kan worden aangevoerd dat het artikel een bestuurlijk beginsel omschrijft dat een afweging vergt van verschillende belangen door het bestuur van de universiteit, waardoor de rechter terughoudend is om hierin te treden.[73] Het gaat hier bovendien om een beginsel (en geen regel) dat door traditie wordt gevormd en ten grondslag ligt aan de bestuurlijke vormgeving van de universiteit.[74]

Ten slotte is binnen het arbeidsrecht volgens Groen geen aanspraak te ontlenen aan de academische vrijheid.[75] De academische vrijheid impliceert niet dat er geen eisen aan een hoogleraar gesteld kunnen worden.[76]

#### *5.2.2.2 De wetshistorische benadering van Louw*

Louw onderscheidt zelfstandigheid, autonomie en de academische vrijheid.[77] Zelfstandigheid gaat over 'de interne organisatie en bedrijfsvoering', maar ook over het 'nemen van besluiten over onderwijs en onderzoek'.[78] Dat laatste wordt volgens Louw ook aangeduid als autonomie. Soms wordt het begrip autonomie ook gebruikt voor de faculteit waar het onderwijs en onderzoek plaatsvindt.[79] Er kan worden gesproken van academisch zelfbestuur. De autonomie van faculteiten komt tot uitdrukking in artikel 9.14, eerste lid WHW waarin is bepaald dat het faculteitsbestuur belast is met het bestuur en inrichting van de faculteit voor het onderwijs en de wetenschapsbeoefening.[80] Dat deze autonomie relatief is komt tot uitdrukking in artikel 9.5 WHW waarin de bevoegdheid van het college van bestuur is geregeld om richtlijnen vast te stellen met het oog op de organisatie en coördinatie van de uitoefening van bepaalde bevoegdheden van het faculteitsbestuur (zoals het vaststellen van een faculteitsreglement of een onderwijs- en examenregeling).

Volgens Louw gaat het bij de academische vrijheid om een vrijheid van individuele docenten, onderzoekers en studenten. De academische vrijheid kent volgens de wetsgeschiedenis drie aspecten: de vrijheid in het geven van onderwijs, de vrijheid in het ontvangen van onderwijs en de vrijheid in het beoefenen van de wetenschap.[81]

Artikel 1.6 WHW specificeert niet welke personen de academische vrijheid in acht moeten nemen; het richt zich tot iedereen binnen de instellingen.[82] Met het begrip 'instellingen' bedoelt de wetgever de bekostigde en onbekostig-

73 *Ibid.*
74 *Ibid.*, p. 83.
75 *Ibid.*, p. 83-84.
76 *Ibid.*, p. 83-84.
77 Louw 2011, p. 31-32.
78 *Ibid.*, p. 31
79 *Ibid.*, p. 32.
80 *Ibid.*, p. 32.
81 Louw 2011, p. 33.
82 Louw 2011, p. 32. Zie ook: Kwikkers, *Science Guide* 2015; Kwikkers 2019, p. 63.

de hogeronderwijsinstellingen, de Open Universiteit, academische ziekenhuizen, de KNAW en de KB.[83]

Volgens Louw gaat het hier om een 'zorgplichtbepaling met vage normstelling'.[84] Een zorgplichtbepaling is volgens de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen als volgt te omschrijven: '[e]en zorgplicht bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat.'[85] Een personeelslid of een student kan via een klachtenprocedure of via bezwaar en beroep zich verweren tegen een inbreuk op de academische vrijheid.[86]

Louw noemt de vrijheid van onderzoek uit artikel 15 IVESCR, dat een ruimere (personele) reikwijdte kent dan artikel 1.6 WHW dat bijvoorbeeld niet van toepassing is op NWO.[87] Bovendien zijn externe opdrachtgevers niet gebonden aan de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW.[88] Louw verwijst voor de uitleg van de vrijheid van onderzoek naar het proefschrift van Zoontjens.[89]

### *5.2.2.3 De functionele grondrechtelijke benadering van Zoontjens*

Zoontjens beschrijft de academische vrijheid als norm uit artikel 6 WWO (de voorloper van artikel 1.6 WHW).[90]

Zoontjens betoogt dat de academische vrijheid uit artikel 6 WWO verschilt van grondrechten als de vrijheid van meningsuiting en de onderwijsvrijheid.[91] De grondslag is namelijk niet 'de autonomie van het zich manifesterende individu', maar de 'de waarde van onafhankelijke wetenschapsoefening'.[92] De academische vrijheid staat voor een rechtencomplex dat in zekere mate geleid heeft tot de afgrenzing en institutionalisering van zeggenschapsverhoudingen.[93] De academische vrijheid beheerst volgens Zoontjens de interne verhoudingen binnen de universiteit.[94] Het gaat om bescherming tegen 'invloeden afkomstig van bestuursorganen of van individuele personeelsleden of studenten die binnen de instelling op de onderzoeker, de docent of de

83 Art. 1.2-1.5 WHW.
84 Louw 2011, p. 28, 32. Zie ook: Kwikkers, *Science Guide* 2015.
85 Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen, CTW 90/6 Den Haag 20 augustus 1990, p. 3.
86 Louw 2011, p. 32
87 *Ibid.*
88 Louw 2011, p. 231.
89 *Ibid.*
90 Zoontjens 1993, p. 79-84.
91 Zoontjens 1993, p. 81.
92 Zoontjens 1993, p. 81.
93 *Ibid.*
94 Zoontjens 1993, p. 81-82.

student worden uitgeoefend'.[95] Daarbij is er 'niet alleen sprake van rechtstreekse bescherming door de concrete toedeling van een "aanspraak op een uitspraak" bij feitelijke inbreuk op de vrijheid van het individu, maar is er ook en vooral een indirecte beschermende werking, doordat de academische vrijheid fungeert als rechtsgrond voor een structuur binnen welke de positie van het individu is ingebed in de grotere gehelen van de academische organisatie.'[96] De academische vrijheid kan volgens Zoontjens worden opgevat als een rechtsgrond voor de regeling van de rechtspositie op arbeidsrechtelijk terrein en als 'uitgangspunt voor de professionele verhoudingen binnen de organisatie'.[97] In dat kader schrijft Zoontjens: 'als organisatieprincipe weerspiegelt de academische vrijheid van de individuele onderzoeker zich achtereenvolgens in de positie van de vakgroep ten opzichte van de faculteit en de universiteit, in de positie van de faculteit ten opzichte van de universiteit en van de universiteit ten opzichte van de overheid'.[98]

Zoontjens onderscheidt de vrijheid van wetenschap als grondrecht van de academische vrijheid uit de WHW als nauwer recht. Ruim vijftien jaar na de publicatie van zijn proefschrift is het begrip 'academische vrijheid' in de jurisprudentie ontwikkeld binnen de grondrechtensfeer, naast de academische vrijheid in de WHW. Het EHRM verwijst in zijn rechtspraak naar het belang van de academische vrijheid bij de afweging omtrent de vraag of de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM is geschonden ('academic freedom (…) which comprimises the academic's freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction').[99] De omvang van het begrip academische vrijheid is dus niet (meer) beperkt tot de nationaalrechtelijke betekenis die de wetgever heeft omschreven toen het ongeschreven beginsel werd gecodificeerd in de WWO en de WHW. Deze ontwikkeling is niet heel verrassend. Zoontjens schreef al: '[i]n het licht van de vrije meningsuiting en daarop aan te brengen beperkingen neemt het wetenschappelijk werk ten aanzien van andere meningsuitingen een speciaal beschermde positie in die slechts kan worden aangetast door de wetenschap zelf'.[100] De genoemde rechtspraak van het EHRM komt in paragraaf 5.4 uitgebreider aan bod.

Zoontjens beschouwt de vrijheid van wetenschap uit het IVESCR als een functioneel grondrecht.[101] Hij sluit daarbij aan bij de functionele grondrechttheorie van Hirsch Ballin waarin een grondrecht wordt opgevat als 'een catalogus van overheidsverplichtingen welke dienen om de realisering van met fundamentele rechtsposities verband houdende belangen en doelstellingen

95 Zoontjens 1993, p. 82.
96 *Ibid.*
97 *Ibid.*, p. 82.
98 *Ibid.*, p. 82-83.
99 EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903 (*Sorguç/Turkije*), r.o. 35.
100 Zoontjens 1993, p. 70.
101 Zoontjens 1993, p. 7, 84-88.

van individuen en maatschappelijke verbanden in de samenleving mogelijk te maken'.[102]

In die theorie wordt het verschil tussen klassieke en sociale grondrechten gerelativeerd: naast een taakstelling voor het overheidshandelen, moet het grondrecht een garantie bieden voor de mogelijkheden tot het functioneren van verbanden in de samenleving.[103] Zoontjens bestudeerde in zijn proefschrift het tot uiting komen van de vrijheid van wetenschap in de Nederlandse rechtsorde door te kijken naar de volgende rechten:

- De vrijheid van onderwijs uit artikel 23 Grondwet, artikel 2 EP EVRM, artikel 18 lid 4 IVBPR en artikel 13 IVESCR.
- De vrijheid van meningsuiting uit artikel 7 Grondwet, artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR en het recht op informatievergaring uit artikel 19, tweede lid, IVBPR, artikel 110 Grondwet en de Wet openbaarheid van bestuur. Daarbij werden ook beperkingen van deze vrijheid uit de Ambtenarenwet en de Auteurswet betrokken.
- De academische vrijheid uit artikel 6 WWO (de voorloper van artikel 1.6 WHW, inhoudelijk zijn deze artikelen gelijk aan elkaar).

Volgens Zoontjens omvat de vrijheid van wetenschap, tegen de achtergrond van artikel 15, derde lid, IVESCR, in de Nederlandse rechtsorde de volgende elementen:[104]

a. De vrije kennisneming en uitwisseling van informatie:

> 'De overheid bezit een bijzondere verantwoordelijkheid voor de vrije kennisneming en uitwisseling van informatie binnen de samenleving, welke noodzakelijk is voor het met het oog op wetenschapsbeoefening verrichten van oriënterende en verdiepende studies. Binnen het onder overheidszorg staande onderwijsstelsel dat algemeen toegankelijk is, wordt daarbij een zeker minimumniveau van pluraliteit van opvattingen van informatievragers en informatiedragers, dat de heersende stromingen op religieus en levensbeschouwelijk terrein in de samenleving weerspiegelt, gerespecteerd en gegarandeerd'.[105]

b. De onderzoeksvrijheid:

> 'De overheid bezit een bijzondere verantwoordelijkheid voor het feitelijk en juridisch mogelijk maken van onderzoeksvrijheid. Deze vrijheid wordt echter in bijzondere mate geconditioneerd door de kaders en grenzen van het wetenschapsbestel. In de kern betekent de vrijheid van onderzoek dat de onderzoeker niet tegen diens wil door zijn omgeving kan worden gedwongen om een bepaald onderwerp ter

102 Zoontjens 1993, p. 7.
103 Zoontjens 1993, p. 31.
104 Zoontjens 1993, p. 85-88.
105 Zoontjens 1993, p. 86.

hand te nemen en dat op een bepaalde wijze en volgens een bepaalde methode te onderzoeken'.[106]

c. De openbaarmakingsvrijheid:

'De openbaarmakingsvrijheid berust heel in het algemeen op de overheidstaak tot het verschaffen van voorwaarden voor en het respecteren van de vrijheid om over de gegevens die men uit eigen onderzoek heeft verkregen te beschikken en deze te verspreiden.'[107]

d. Wetenschappelijke autonomie van de wetenschapsbeoefenaar:

'De beschermde positie van wetenschappelijke informatie leidt tot erkenning en ondersteuning door de overheid van de wetenschappelijke autonomie van de wetenschapsbeoefenaar bij het openbaren daarvan. Zelfs kan dit als uitgangspunt overeind gehouden worden voor de wetenschapsbeoefenaar die in een bijzondere rechtsverhouding staat tot de overheid of die werkzaam is in een privaatrechtelijke instelling'.[108]

#### *5.2.2.4 De rechtsvergelijkende benadering van Barendt*

In de internationale literatuur is het in 2010 verschenen boek *Academic Freedom and the Law: A Comparative Study* van Barendt een relevante bijdrage aan het rechtswetenschappelijk debat. Barendt gaat niet in op de Nederlandse betekenis van de academische vrijheid, maar op het concept vanuit rechtsvergelijkend perspectief met nadruk op het recht van de VS, het VK en Duitsland. Barendt legt de nadruk op de verschillende *claims* die als onderdeel van het academisch ondernemerschap worden gemaakt.[109] Hij begint daarbij met op te merken dat de stelling dat academische vrijheid 'een ongelimiteerde vrijheid van meningsuiting inhoudt' te simplistisch is.[110] Het 'academisch spreken' is immers, anders dan de vrijheid van meningsuiting, onderworpen aan kwaliteitscontroles op basis van algemene professionele standaarden van nauwkeurigheid en coherentie en moet voor een publicatie voldoen aan de eis dat het een originele bijdrage aan de kennis levert.[111] Academische vrijheid is overigens wel breder dan de vrijheid van meningsuiting, want wetenschappelijke handelingen betreffen meer dan 'het spreken' via onderwijzen of publiceren.[112] Vervolgens richt Barendt zich op de zojuist genoemde *claims*:

106 *Ibid.*
107 Zoontjens 1993, p. 87.
108 Zoontjens 1993, p. 87.
109 Barendt 2010, p. 3, 22-38.
110 *Ibid.*, p. 3.
111 *Ibid.*, p. 20-21. Vgl. Groen 2011, p. 58.
112 Barendt 2010, p. 21.

- *Het gaat om individuele rechten van academici, werkzaam bij hogeronderwijsinstellingen.*[113] Dit komt terug in de Britse Education Reform Act 1998, de Amerikaanse 1940 Statement of the American Association of University Professors, artikel 5 lid 3 van de Duitse Grondwet en de vaste jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht.
- *Het gaat om de institutionele autonomie van academische instellingen.*[114] Deze autonomie is bijvoorbeeld gecodificeerd in artikel 137 van de Grondwet van Hong Kong. In het VK is deze claim historisch gegroeid en momenteel erkend in de Higher Education Act 2004. In de VS is de institutionele autonomie geformuleerd in een *concurring opinion* over de Supreme Court-zaak *Sweezy versus New Hampshire* en later erkend door het Supreme Court zelf.
- *Het gaat om het recht op zelfbestuur van de academische staf of in ieder geval medezeggenschap met betrekking tot inhoudelijke academische beslissingen (niet de financiële of managementbeslissingen).*[115] Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft subjectieve rechten toegekend aan hoogleraren om vertegenwoordigd te zijn in organen die academische besluiten nemen.[116] Het Amerikaanse Supreme Court heeft een beroep op een dergelijk recht als onderdeel van het First Amendment (onder andere de vrijheid van meningsuiting, persvrijheid en vrijheid van vereniging) juist afgewezen.[117]

Barendt gaat in op de vraag of we het moeten hebben over de 'academische vrijheid' of de 'intellectuele vrijheid'.[118] Barendt stelt dat het woord 'academisch' zowel kan slaan op de academische staf als op academische taken, ongeacht of die worden uitgevoerd door de academische staf.[119] Nationaalrechtelijk gezien gaan het VK en de VS uit van de academische vrijheid (net als Nederland in de WHW).[120] Duitsland daarentegen kent een vrijheid van wetenschappen (net als artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie) die niet verbonden is aan academische instellingen.[121] Barendt erkent dat de Duitse benadering van de vrijheid van wetenschap uitgaat van een grondrecht voor iedereen terwijl de Amerikaanse en de Britse benadering inhouden dat de academische vrijheid instituutgebonden rechten verschaft,[122] maar hij betoogt dat het Duitse grondrecht (materieel) een bredere reikwijdte

113 Barendt 2010, p. 23-26.
114 Barendt 2010, p. 26-32 met verwijzing naar 35 US 234 (1957).
115 Barendt 2010, p. 32-34.
116 Barendt 2010, p. 34 verwijst naar de *Hochschulurteil* van BVerfGe 35, 79 (1973).
117 Barendt 2010, p. 34 verwijst Supreme Court 21 februari 1984, 465 U.S. 271 (*Minnesota State Board for Community College v Knight*).
118 Barendt 2010, p. 35-38.
119 Barendt 2010, p. 35.
120 *Ibid.*
121 *Ibid.*
122 De Britse variant is niet geschreven voor studenten (Barendt 2010, 35, 38).

kan hebben en meer bescherming kan bieden voor leden van de academische staf dan voor anderen.[123] In die zin kan ook in de Duitse context gesproken worden van academische vrijheid. Deze opmerking van Barendt is voor Nederlands recht in die zin relevant dat bij de toepassing van de in het IVESCR omschreven vrijheid van wetenschap op handelen van de academische staf tevens kan worden gesproken van academische vrijheid. Het Handvest van de Grondrechten van de EU noemt zowel de vrijheid van wetenschap als de academische vrijheid.[124]

*5.2.2.5 De mensenrechtelijke benadering van De Baets*

Het verstrekpunt van De Baets is de aanbeveling van de Algemene Vergadering van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco) van 11 november 1997.[125] Daaruit volgt dat de academische vrijheid bestaat uit de vrijheid van onderwijs en onderzoek, het recht om kritiek te uiten op de eigen instelling en het recht van medezeggenschap. De academische vrijheid geldt zowel op de campus als daarbuiten zolang academici binnen hun expertisegebied blijven.[126] Wanneer ze buiten de campus buiten hun expertisegebied treden kunnen hun uitingen nog vallen onder de vrijheid van meningsuiting.[127]

De academische vrijheid wordt beperkt door professionele normen, hetgeen ook tot uiting komt in de voornoemde aanbeveling waarin staat dat de academische vrijheid moet worden ingezet op een manier die consistent is met de wetenschappelijke verplichting om het onderzoek te baseren op een eerlijke zoektocht nar de waarheid.[128] Waar Groen Popper aanhaalt, haalt De Baets onder andere Weber (intellectuele rechtschapenheid als minimumnorm van academici) aan.[129] Deze intellectuele rechtschapenheid wordt 'wetenschappelijke integriteit' genoemd.[130] Het zijn deze normen die 'een lijn trekken tussen excentrieke, maar toelaatbare standpunten en ontoelaatbare incompetentie of oneerlijkheid'.[131] Pseudowetenschap voldoet volgens De Baets niet aan deze professionele normen en valt daarmee niet onder de bescherming van de academische vrijheid.[132]

123 Barendt 2010, p. 38.
124 Art. 13 Handvest van de Grondrechten van de EU.
125 De Baets 2021, p. 924 met verwijzing naar punt 27 van de aanbeveling. Voor de Nederlandse vertaling van De Baets 2021 is in dit hoofdstuk gebruik gemaakt van De Baets 2020, p. 15-32.
126 *Ibid.*
127 *Ibid.*, p. 925-926.
128 *Ibid.*, p. 925 met verwijzing naar punt 33 van de aanbeveling.
129 *Ibid.*
130 *Ibid.*
131 *Ibid.*, p. 925; De Baets 2020, p. 17.
132 *Ibid.*

Volgens De Baets liggen in het verlengde hiervan de professionele normen, de plichten tegenover de academische gemeenschap, die voorschrijven 'dat de vrijheid van collega's wordt gerespecteerd en dat een eerlijke discussie van tegenovergestelde gezichtspunten wordt gewaarborgd.'[133] Verder hebben studenten academische vrijheid, waarbij ze recht hebben op kwalitatief hoogstaand onderwijs, controversiële meningen tijdens het onderwijs mogen verdedigen, 'gevrijwaard moeten worden van indoctrinatie en propaganda door hun docenten', 'onpartijdige beoordeling op hun werk' en 'inspraak in de bepaling van curricula'.[134] Ten slotte hebben academici plichten naar de samenleving toe, onder andere het naleven van wetten.[135]

Een noodzakelijke voorwaarde voor het gedijen van de academische vrijheid is dat de instelling zelf gevrijwaard is van externe druk.[136] Volgens De Baets is de instellingsautonomie multidimensionaal. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen juridische autonomie,[137] strategische autonomie,[138] organisatorische autonomie,[139] financiële autonomie,[140] personeelsautonomie[141] en academische autonomie.[142] De Baets wijst erop dat instellingsautonomie geen doel op zichzelf is, maar bestaat om de academische vrijheid te beschermen.[143] Als de instellingsautonomie niet ten dienste staat van de academische vrijheid, kan zij – bijvoorbeeld in het kader van efficiënt bestuur en het opheffen van afdelingen – de academische vrijheid zelfs bedreigen.[144] Universiteiten hebben de publieke verantwoordelijkheid om aan te tonen 'hoe zij precies de academische vrijheid beschermen', 'hoe ze de hun toevertrouwde publieke fondsen besteden en de kwaliteit in het onderwijs en de integriteit in onderzoek waarborgen'.[145]

De Baets noemt 21 trends waarin criticiop twee punten een verstoorde balans zien. In de eerste plaats is het evenwicht tussen instellingsautonomie

133 *Ibid.*, p. 926; De Baets 2020, p. 17.
134 *Ibid.*
135 *Ibid.*; De Baets 2020, p. 18.
136 *Ibid.*,
137 Mogelijk wordt hiermee de juridische zelfstandigheid van de rechtspersoon van de instelling bedoeld.
138 '[H]et uitzetten van langetermijndoelen', De Baets 2020, p. 18.
139 Gelet op de verwijzing naar Kenesei 2018 (hier geraadpleegd als Kenesei 2017, p. 123) wordt hiermee bedoeld de vrijheid om te beslissen over de (inrichting van de) interne organisatie en het bestuur.
140 Gelet op de verwijzing naar Kenesei 2018 wordt hiermee bedoeld de vrijheid om te beslissen over de interne financiële zaken.
141 '[A]anwerving, salaris, ontslag en promotie', De Baets 2020, p. 18.
142 '[P]rogramma's, kwaliteitsbewaking, onderwijstaal, toelating van studenten', De Baets 2020, p. 18. Zie over de onderwijstaal: Rb. Midden-Nederland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3117, r.o. 2.45 (het is primair aan de onderwijsinstellingen zelf om hierop met inachtneming van de geldende wettelijke kaders beleid te voeren).
143 De Baets 2021, p. 927; De Baets 2020, p. 19.
144 *Ibid.*
145 De Baets 2021, p. 928; De Baets 2020, p. 19-20.

en academische vrijheid ontregeld in het voordeel van de instellingsautonomie, en in de tweede plaats is de verhouding tussen de instellingsautonomie en de publieke verantwoording verstoord in het nadeel van de instellingsautonomie.[146] Hij noemt onder andere 'de visie op studenten als betalende klanten', het delen van winsten uit de exploitatie van IER tussen de universiteit en wetenschappers, en het 'oneigenlijk belang' in 'rendements- en marktdenken en ondernemerschap'.[147]

In zijn bespreking van artikel 15, derde lid, IVESCR merkt De Baets op dat de het begrip 'vrijheid van wetenschappelijk onderzoek' in dit verdrag nauwer is dan 'vrijheid van onderzoek', aangezien niet al het onderzoek wetenschappelijk is.[148] Ook is dit verdragsrechtelijke begrip nauwer dan 'wetenschappelijke vrijheid', omdat wetenschap breder is dan alleen onderzoek doen en wetenschappelijke vrijheid ook de vrijheid om te onderwijzen omvat. Om dezelfde reden moet niet alleen de vrijheid van onderzoek maar ook de academische vrijheid als een ruimer begrip dan 'vrijheid van wetenschappelijk onderzoek' worden gezien. Tegelijkertijd omvat 'vrijheid van wetenschappelijk onderzoek' meer dan academische vrijheid, omdat wetenschap ook buiten hogeronderwijsinstellingen kan worden bedreven.[149] Afhankelijk van de invalshoek is de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek volgens de Baets dus nauwer of breder dan de academische vrijheid.[150]

De relatie tussen mensenrechten en de academische vrijheid is dat mensenrechten de directe of indirecte basisvoorwaarden vormen voor de academische vrijheid.[151] De Baets geeft in zijn bijdrage een lijst weer van 19 mensenrechten. Dat gaat om (a) mensenrechten gezien vanuit het perspectief van academici waaronder het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 19 IVBPR),[152] (b) mensenrechten gezien vanuit het perspectief van de samenleving zoals het recht

146 De Baets 2021, p. 929; De Baets 2020, p. 20-21.
147 *Ibid*.
148 De Baets 2021, p. 934.
149 De Baets 2021, p. 934.
150 *Ibid*.
151 De Baets 2020, p. 26 (18 mensenrechten, hier wordt de plicht om discriminatie bij wet te verbieden niet genoemd); De Baets 2021, p. 934-935.
152 De Baets 2020, p. 26: het recht om het eigen land te verlaten en weer terug te keren (art. 12 IVBPR), het recht op privéleven (in het bijzonder vrijwaring van inmenging in de briefwisseling) (art. 17 IVBPR), het recht op een reputatie (art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van denken (art. 18 IVBPR), het recht op vrije meningsuiting (art. 19 IVBPR), het recht op vreedzame vergadering (ar. 21 IVBPR), het recht op vrijheid van vereniging (art. 22 IVBPR) en het recht om te genieten van de voordelen van het auteursrecht (art. 15 lid 1 onder c IVESCR).

op onderwijs (art. 13 IVESCR)[153] en (c) overheidsplichten zoals de plicht om wetenschap en cultuur te bevorderen (art. 15 lid 2 IVESCR).[154,155]

De Baets noemt het een misverstand dat de academische vrijheid de vrijheid zou inhouden om alles te zeggen of dat de academische vrijheid hetzelfde zou zijn als de vrijheid van meningsuiting. Volgens hem:[156]

- verschilt de juridische grondslag;
- is de academische vrijheid geen mensenrecht (maar sommige mensenrechten zijn haar basisvoorwaarden);
- is de schaal van de academische vrijheid niet universeel maar ziet deze op universitaire academici en studenten;
- ziet het personele bereik op zowel individuen als het collectief (universitaire autonomie);
- ziet het materiële bereik van de academische vrijheid op vakgerelateerde feiten en meningen op en buiten de campus en ook op daden zoals het organiseren van conferenties;
- kan voor degene die (als wetenschapper) een mening uit dezelfde beperkingssystematiek voor de vrijheid van meningsuiting gelden, maar komt daarbovenop de plicht voor degenen die de mening uit om te voldoen aan professionele normen waaronder het onderwerpen van de mening aan collegiale toetsing;
- beschermt de academische vrijheid meningen en feitelijke beweringen die voorlopig waar en mogelijk onwaar zijn, en worden meningen en feitelijke beweringen die na academische discussie definitief ongefundeerd (meningen) of onwaar (feiten) blijken niet beschermd;
- zijn de aan de academische vrijheid plichten verbonden voor allen om de academische normen zoals inzake waarheidsvinding te respecteren. Daarbovenop komen voor (i) academici plichten bij jegens de academische gemeenschap, de universiteit en de samenleving, voor (ii) universiteiten de plicht de academische vrijheid te respecteren en de plicht zich publiek

153 *Ibid.*: het recht om niet te worden onderworpen aan medische of wetenschappelijke experimenten zonder in vrijheid gegeven toestemming (art. 7 IVBPR), het recht op onderwijs (art. 13 IVESCR), het recht om deel te nemen aan het culturele leven (art. 15 lid 1 onder a IVESCR) en het recht om te genieten van de voordelen van wetenschappelijke vooruitgang en haar toepassingen (art. 15 lid 1 onder b IVESCR).

154 *Ibid.*: de plicht om oorlogspropaganda bij wet te verbieden (art. 20 lid 1 IVBPR), de plicht om haatzaaien bij wet te verbieden (art. 20 lid 2 IVBPR), de plicht om in de strijd tegen de honger de wetenschappelijke kennis over voedsel te vergroten (art. 11 lid 2 IVESCR), de plicht om wetenschap en cultuur te bevorderen (art. 15 lid 2 IVESCR), de plicht om de vrijheid nodig voor wetenschappelijk onderzoek te eerbiedigen (art. 15 lid 3 IVESCR) en de plicht om internationale wetenschappelijke contacten en samenwerking te eerbiedigen (art. 15 lid 4 IVESCR). De Baets 2021, p. 935 voegt daaraan toe: de plicht om discriminatie bij wet te verbieden (art. 26 IVBPR).

155 De Baets 2020, p. 26; De Baets 2021, p. 935.

156 De Baets 2020, p. 27-28; De Baets 2021, p. 936-937.

te verantwoorden en voor (ii) overheden een onthoudingsplicht, een beschermingsplicht en een positieve plicht.

Volgens De Baets heeft de academische vrijheid haar bestaansrecht te danken aan het feit dat zij een combinatie is van mensenrechten en het recht op een vrije beroepsuitoefening aan de universiteit.[157]

*5.2.2.6 De 'Global Administrative Law'-benadering van Ruffert & Steinecke*

Ruffert en Steinecke gaan uit van het begrip 'vrijheid van wetenschap' binnen het onderzoeksgebied van Global Administrative Law. Zij maken geen onderscheid tussen academische vrijheid en vrijheid van wetenschap: de terminologische discrepanties zijn volgens hen verklaarbaar door traditionele ontwikkelingen en er zit dus verder niets achter.[158] Wetenschappelijk onderzoek, zo betogen deze auteurs, was heel lang beperkt tot universiteiten, academies en vergelijkbare instituten, maar het valt niet meer te ontkennen dat door de verschillende industriële revoluties het wetenschappelijk onderzoek aanzienlijk is uitgebreid, bijvoorbeeld naar commerciële partijen.[159] Vanwege deze institutionele pluraliteit zien zij niet in waarom de academische vrijheid moet worden onderscheiden van de wetenschappelijke vrijheid.[160] Zij behandelen geen soortgelijke argumenten als Barendt aanhaalt om wél een gerechtvaardigd verschil te zien.

Ruffert en Steinecke verwijzen naar de constitutionele basis van de vrijheid van wetenschappen in:[161]

- artikel 27, eerste lid, UVRM wat betreft de toegang tot wetenschappelijke vooruitgang;
- artikel 15, derde lid, IVESCR;
- de toepassing van artikel 18 IVBPR (de vrijheid van meningsuiting) door de speciale rapporteur voor de vrije publicatie van wetenschappelijk onderzoek en academische teksten.

De vrijheid van wetenschap staat ook in specifiekere verdragsbepalingen. Bijvoorbeeld in:[162]

- artikel 238 van het VN-Zeerechtenverdrag wat betreft het recht op het doen van maritiemwetenschappelijk onderzoek;
- artikelen 2, 3 en 9 Antarcticaverdrag;

157 De Baets 2020, p. 29.
158 Ruffert & Steinecke 2011, p. 53.
159 *Ibid.*
160 *Ibid.*
161 *Ibid.*, p. 30-33.
162 *Ibid.*, p. 37-40.

- artikel 1, derde lid, Verdrag inzake de beginselen waaraan de activiteiten van Staten zijn onderworpen bij het onderzoek en gebruik van de kosmische ruimte, met inbegrip van de maan en andere hemellichamen;
- artikel 4 Verdrag van Wenen ter bescherming van de Ozonlaag;
- artikel 12 Verdrag inzake biologische diversiteit;
- artikel 9, derde lid, Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen.

Ook heeft de Algemene Vergadering van de VN het belang van wetenschappelijk onderzoek en onafhankelijkheid genoemd in zijn (niet-bindende) 'Declaration on the Use of Scientific and Technological Progress in the Interests of Peace and for the Benefit of Mankind' uit 1975, in artikel 12 van de goedkeuring van de 'UNESCO Universal Resolution on the Human Genome and Human Rights' en in artikel 2 van de goedkeuring van de 'Universal Declaration on Bioethics and Human Rights'.[163] Verder heeft de Wereldbank de academische vrijheid gedefinieerd in zijn rapport 'Higher Education in Developing Countries' uit 2000.[164]

In het EVRM, en in de Amerikaanse en Afrikaanse equivalenten ervan, is geen recht op de vrijheid van wetenschap opgenomen.[165] Ruffert en Steinecke onderkennen wel dat de vrijheid om wetenschappelijk werk te publiceren onder de vrijheid van meningsuiting valt. Regionaal is de vrijheid van wetenschappen wel verdragsrechtelijk geregeld in:[166]

- artikel 42 Arab Charter of Human Rights;
- artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU.

Ook verwijzen deze auteurs naar instrumenten van non-gouvernementele organisaties (ngo's), zoals de verklaring van de World University Service *Lima Declaration on Academic Freedom and Autonomy of its Institutions* uit 1988.[167]

Hieruit komt het beeld naar voren van een zich ontwikkelend idee van een 'globale vrijheid van wetenschap' die begint met de erkenning van de voordelen van vrije wetenschapsbeoefening en betrekking heeft op de vrije publicatie en bescherming van intellectuele eigendomsrechten.[168]

Ruffert en Steinecke hebben ook nationale constituties vergeleken, waarbij zij een onderscheid maken tussen drie groepen:

- *Een algemene garantie van vrij wetenschappelijk onderzoek.*[169] Deze staat, behalve in het Handvest van de Grondrechten van de EU, in de grondwetten van Oostenrijk, Bulgarije, Tsjechië, Estland, Finland, Hongarije, Italië,

163 *Ibid.*, p. 39-41.
164 *Ibid.*, p. 40.
165 *Ibid.*, p. 33-35.
166 *Ibid.*
167 *Ibid.*, p. 41.
168 *Ibid.*, p. 41.
169 Ibid., p. 43-47.

Duitsland, Griekenland, Letland, Litouwen, Polen, Portugal, Slowakije, Slovenië en Spanje. In Frankrijk, Nederland en het VK is de academische vrijheid geregeld op het niveau van formele wetgeving. Buiten de EU worden de grondwetten van Rusland en Japan genoemd. Ook China kent een grondwettelijk recht op de vrijheid van wetenschap, al wordt dit in de praktijk beperkt. In de grondwet van Saoedi-Arabië is naast een recht ook een plicht opgenomen om het Islamitische en Arabische erfgoed te beschermen. Dit vormt dus een beperking op de wetenschappelijke vrijheid.
- *Academische vrijheid als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting.*[170] *In sommige constituties is de vrijheid van wetenschap onderdeel van de vrijheid van meningsuiting.* In de VS is dit bepaald door het Supreme Court. De grondwet van Zuid-Afrika ziet de academische vrijheid als deelrecht van de vrijheid van meningsuiting. Vergelijkbare tradities zijn te vinden in de constituties van Indonesië, Egypte, Nigeria, India, Brazilië en Argentinië.
- *Geen constitutionele bescherming.*[171] In Australië wordt de academische vrijheid of de vrijheid van wetenschap niet juridisch erkend.

Uit het voorgaande concluderen Ruffert en Steineke dat de vrijheid van wetenschap (of de academische vrijheid) een breed gedragen internationaalrechtelijk en constitutioneel concept is.

*5.2.2.7 De grondrechtelijke benadering van Vrielink e.a. (LERU)*

De League of European Research Universities (LERU) is een organisatie waaraan 23 Europese onderzoeksuniversiteiten verbonden zijn.[172] De LERU heeft als samenwerkingsverband een uitgebreid stuk gepubliceerd dat een juridische analyse bevat. Deze analyse is geschreven door rechtswetenschapper Vrielink e.a. en gaat over de academische vrijheid als grondrecht. In de analyse zijn de volgende juridische bronnen geraadpleegd:[173]
- Diverse nationale grondwetten, waarbij in Spanje, Hongarije, Polen, Portugal en Slowakije de academische vrijheid als individueel recht is toegekend. In andere landen is een institutioneel recht erkend. Ook zijn er landen waarin geen recht is toegekend, maar een plicht voor de staat om de vrijheid te garanderen. De Griekse en de Italiaanse grondwetten zijn hier voorbeelden van.
- Artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU en (jurisprudentie over) artikel 10 EVRM

170 *Ibid.*, p. 48-51.
171 Ibid., p. 51-52.
172 <https://www.leru.org/about-leru>/.
173 Vrielink e.a. 2010. Ook gepubliceerd als Vrielink e.a. 2011, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 117-141.

- Verklaringen van de Raad van Ministers van de Raad van Europa (Aanbeveling 8 van 30 maart 2008) en van de Parlementaire Vergadering (Aanbeveling 1762 van 30 juni 2006).
- Artikel 15 IVESCR (wetenschappelijke vrijheid) en artikel 19 IVBPR (de vrijheid van meningsuiting).
- De UNESCO-aanbeveling over de status van hoger onderwijspersoneel uit 1996.

De LERU-analyse ziet de academische vrijheid als:[174]

1. *Vergaande individuele rechten voor leden van de academische gemeenschap, inclusief studenten*

De individuele rechten zijn te onderscheiden in (i) de studievrijheid, waaronder het recht op onderwijs en het recht op de vrije ontwikkeling van eigen meningsvorming, (ii) de vrijheid om onderwijs te geven en (iii) de onderzoeksvrijheid, waaronder autonomie in het kiezen van het onderwerp, de manier van analyseren en het recht om (voorlopige) conclusies te trekken. De onderzoeksvrijheid omvat ook het recht op informatie ontvangen van publieke autoriteiten en het recht op de bescherming van onderzoeksdata en bronnen. Hierbij wordt verwezen naar de journalistieke bescherming van bronnen uit de EHRM-zaak *Goodwin tegen het VK* van 27 maart 1996, maar hierna zal blijken dat het EHRM een dergelijke analogie voor wetenschappers heeft verworpen in de zaak *Gillberg tegen Zweden*.[175] Verder omvat de academische vrijheid (iv) volgens de LERU-analyse de vrijheid om te publiceren, waaronder de vrijheid om de intellectuele eigendomsrechten op een publicatie te vervreemden, en de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. De academische vrijheid van meningsuiting geldt zowel voor uitingen die zijn gedaan binnen de academische context (*intramural speech*) als voor uitingen die daarbuiten zijn gedaan en die een mindere mate van bescherming kunnen genieten omdat de belangen van derden kunnen worden geraakt (*extramural speech*). Uitingen die buiten de expertise liggen van degene die zich uit, vallen niet onder de academische vrijheid van meningsuiting. Als laatste onderscheiding binnen de individuele rechten wordt genoemd (v) het recht om professionele activiteiten te kunnen verrichten buiten de academische dienstbetrekking, zolang die de kernverantwoordelijkheden niet belemmeren.

174 LERU 2010 en Vrielink e.a. 2011, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 119-120. De inhoud van LERU 2010 wordt hier weergegeven.

175 EHRM 27 maart 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890. Vrielink e.a. 2011, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, voetnoot 32 verwijst naar de zaak Gillberg uit 2010. Zie evenwel later: EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004172306 (Gillberg/Zweden), r.o. 95.

2. *Collectieve of institutionele autonomie voor de academie in het algemeen of voor suborganisaties*

De autonomie impliceert een recht en een plicht om de academische vrijheid te bewaken en te promoten. Hieronder valt: (i) de autonomie tegenover de staat, (ii) zelfbestuur en participatie in besluitvorming, (iii) materiële institutionele academische vrijheid, waaronder het recht om regels vast te stellen over de studievrijheid (bijvoorbeeld *codes of conduct*), de vrijheid om onderwijs te geven vanuit een bepaalde grondslag en de vrijheid van onderzoek en publicatie.

De LERU maakt dus net als Barendt onderscheid tussen academische vrijheid in de vorm van een individueel recht en in de vorm van een collectief recht. Waar Barendt het collectieve recht op zelfbestuur afzonderlijk van de institutionele autonomie behandelt, schaart de LERU beide onder de collectieve rechten.

3. *Een plicht voor publieke autoriteiten*

Dit betreft de plicht om academische vrijheid te respecteren en te beschermen en om maatregelen ter bescherming van de effectieve uitoefening van dit recht te nemen en te promoten. Het gaat hier om de academische vrijheid als positiefrechtelijke verplichting voor de staat.

### 5.2.3 Betekenis van de academische vrijheid voor het academisch ondernemerschap

Uit het voorgaande blijkt dat er verschillend wordt gedacht over wat de academische vrijheid inhoudt. Hierna wordt ingegaan op de vraag hoe in dit hoofdstuk wordt omgegaan met de verschillende opvattingen over de academische vrijheid (par. 5.2.3.1-5.2.3.3) en de relevantie hiervan voor het academisch ondernemerschap (par. 5.2.3.4).

#### *5.2.3.1 Wetenschapsbelangen in relatie tot andere belangen*

Er kan verschillend worden gedacht over de positie van de universiteit en de wetenschap in de samenleving. In de voorgaande bespreking van het werk van De Baets kwam de norm van intellectuele rechtschapenheid van Weber ter sprake. In de bespreking van het proefschrift van Groen werd de positie van Popper over de autonome wetenschap genoemd. Groen zet hier mijns inziens terecht het werk van Latour tegenover om te laten zien dat de visie dat de wetenschap een autonome positie in de samenleving zou hebben, niet de enige is. Niet-wetenschappelijke belangen spelen juist voortdurend een rol in het onderzoeksproces. Groen wijst erop dat het doorschieten in de eerste

visie tot een geïdealiseerd wetenschapsbeeld kan leiden, en dat het doorschieten in de tweede visie in een cynisch wetenschapsbeeld kan uitmonden.[176]

De visie op de positie van de universiteit en de wetenschap in de samenleving kan invloed hebben op de interpretatie van de academische vrijheid. Daarom wordt hierbij kort stilgestaan.

Een manier is om wetenschap binnen democratische samenlevingen te zien als een relatief autonoom instituut, dat 'vrij is en zou moeten zijn van directe controle door staat, kerk, privaat kapitaal, en andere belanghebbenden en sponsoren'.[177] Vanuit een dergelijke gedachte heeft socioloog Robert Merton normen voor autonome wetenschap geformuleerd:

- gemeenschappelijkheid (collectief eigendom van kennis);
- universalisme (het werk beoordelen onafhankelijk van de persoon);
- belangeloosheid (geen eigen belang bij uitkomsten bij het onderzoek); en
- georganiseerde scepsis (bijvoorbeeld via *peer review*).[178]

Bij een toename van private gelden in het wetenschappelijk onderzoek, heeft de democratisch gelegitimeerde overheid in deze visie een rol om mogelijkheden te bieden door het formuleren van brede onderzoeksagenda's, die zien op meer algemene belangen dan specifieke commerciële belangen.[179] De normen voor autonome wetenschap worden evenwel niet algemeen aanvaard.[180]

Er kan niet eenvoudig verondersteld worden dat wetenschap in het algemeen een pure zoektocht is naar kennis, die vrij is van sociale, politieke of praktische waarden of belangen.[181] Tegenover die 'buitenwetenschappelijke' waarden of belangen staan epistemische of 'wetenschappelijke' waarden, die gaan over het vergaren van kennis, zoals waarheid en nauwkeurigheid.[182] Er is echter geen consensus over wat die wetenschappelijke waarden precies inhouden. Voor een deel zijn die in codes neergelegd als normen voor wetenschappelijke integriteit.

Bij het formuleren van de onderzoeksagenda's en in het onderzoeksproces spelen zowel wetenschappelijke waarden als buitenwetenschappelijke waarden een rol.[183] De vraag is vervolgens of in hoeverre dat laatste wenselijk is.

Hier lijkt een verschil in opvatting te zijn tussen wat een acceptabele beïnvloeding van het wetenschappelijk onderzoeksproces is en wat niet-accep-

176 Groen 2017, p. 44.
177 Hess 1997, p. 57.
178 Merton 1973, p. 270-278.
179 Hess 1997, p. 58.
180 Hess 1997, p. 58.
181 Leefman, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 2.
182 Rooney, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association* 1992, p. 14.
183 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 8; Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 1-2.

tabel is.[184] Het gaat dan over beïnvloeding door buitenwetenschappelijke waarden. Een onderzoek anders inrichten om te voorkomen dat er milieuschade optreedt zal eerder worden aanvaard dan het anders inrichten van een onderzoek om een medisch hulpmiddel aantrekkelijker in de markt te kunnen positioneren.

Het verschil tussen acceptabele en niet-acceptabele beïnvloeding kan betrekking hebben tot de gevolgen die de beïnvloeding heeft voor de wetenschappelijkheid van het onderzoeksproces.[185] Onderzoeken die zijn gefinancierd door industriële partijen worden vaak op een voor de financier gunstige wijze 'ontworpen, uitgevoerd en gerapporteerd'.[186] Dat kan ook het geval zijn voor systematische reviews of meta-analyses, die ten gunste van de externe financier een gunstig beeld geven van een onderzoeksveld en daarmee invloed kunnen uitoefenen op professionele richtlijnen of overheidsbeleid.[187] Er is dan ook literatuur over het fenomeen van *sponsorship bias*.[188] Die *bias* of vooringenomenheid kan worden gezien als een wetenschappelijk probleem waarbij onderzoekers valse beweringen doen over de (mate van) bewijskrachtige ondersteuning van de onderzoeksresultaten voor een bepaalde hypothese.[189] Een andere benadering voor het aanwijzen van een wetenschappelijk probleem is het blootleggen van inbreuken op conventionele standaarden binnen de wetenschap (zoals standaarden voor statistische significantie) om de kans op een gunstig onderzoeksresultaat te verhogen.[190] Kort gezegd is hier sprake van een niet-acceptabele beïnvloeding van de wetenschap door buitenwetenschappelijke waarden, omdat het gevolg is dat het onderzoek vanuit wetenschappelijk oogpunt niet adequaat wordt opgezet, uitgevoerd of gepresenteerd.

Daarnaast kan het verschil tussen acceptabele en niet-acceptabele beïnvloeding betrekking hebben op wat ethisch en politiek (of maatschappelijk) wenselijk wordt geacht.[191] Gesponsord onderzoek kan immers prima wetenschappelijk verantwoord uitgevoerd zijn (inclusief het wetenschappelijke gehalte van een onderzoeksvraag). Een verklaring voor een verband tussen financiering door industriële partijen en voor die partijen gunstige uitkomsten is bijvoorbeeld dat bedrijven onderzoeksprojecten financieren in een gevorderde fase van de ontwikkeling van een geneesmiddel of meer middelen hebben om grote aantallen patiënten te betrekken in het onderzoek.[192] Desondanks zijn er

184 Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 2.
185 *Ibid.*
186 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 2.
187 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 10.
188 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 3; Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 1.
189 Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 23.
190 Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 7.
191 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 12; Leefmann, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, p. 1-2.
192 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 5-7.

ethische en politieke vragen over de wenselijkheid van beïnvloeding van de industriële sponsors van onderzoek, met name daar waar de collectieve aandacht van wetenschappers verschuift naar vooral particuliere belangen.[193] Vanuit het oogpunt dat wetenschap algemene belangen moet dienen, en niet alleen die van bepaalde bedrijven, en daarbij maatschappelijke vraagstukken moet oplossen, zijn er randvoorwaarden nodig voor de verhoudingen tussen de academisch wetenschap en de markt.[194] Een denkbaar voorbeeld van zo een randvoorwaarde is dat er vanuit de staat voldoende geld beschikbaar moet zijn voor onderzoek dat maatschappelijke belangen dient en dat contractonderzoek een vrijwillig alternatief moet blijven. Soms kan geld voor ongebonden onderzoek beschikbaar worden gemaakt door inkomsten uit grootschalig onderzoek voor industriële partners. Een wenselijk uitgangspunt kan dan zijn dat er voor een deel de inkomsten niet bij de specifieke afdeling blijft, maar er (deels) een herverdeling is naar afdelingen die dat soort onderzoek niet kunnen doen. Dit soort overwegingen kan de invloed van 'de markt' op het academisch onderzoek meer of minder acceptabel maken in de samenleving.

Groen constateert dat de academische vrijheid ertoe dient 'de inhoudelijke normatieve sfeer van wetenschap te beschermen binnen de maatschappelijke verhoudingen waarin wetenschap gerealiseerd wordt'.[195] Hetgeen hiervoor is besproken, over de mogelijke gevolgen van beïnvloeding door niet-wetenschappelijke waarden voor het wetenschappelijke gehalte van het onderzoek, sluit hierbij aan. Academische vrijheid zou in die zin bijvoorbeeld moeten beschermen tegen het herschrijven van onderzoeksresultaten, of tegen het achterhouden van onderzoeksresultaten, door de opdrachtgever. Die academische vrijheid is ook nodig, aangezien een schending van de wetenschappelijke integriteit om de hoek komt kijken als een academicus dit laat gebeuren.

Daarnaast zou de invulling van de academische vrijheid mijns inziens ook kunnen bestaan uit het commitment van de wetenschap om het algemeen belang te kunnen dienen. Dat kan er bijvoorbeeld toe strekken dat wetenschappers (overwegend) hun eigen onderzoeksagenda mogen bepalen en die daadwerkelijk kunnen uitvoeren. Op zichzelf is dat geen garantie dat de wetenschappers die vrijheid voor het algemeen belang benutten, maar het stelt hun wel in staat hun (maatschappelijke) plicht te vervullen om onderzoek te doen dat het algemeen belang dient (onder algemeen belang kan overigens ook waarheidsvinding vallen). Een onderzoeksvrijheid in de zojuist bedoelde zin, in plaats van een juridische verplichting, betekent wel dat het een academicus vrijstaat om deze vrijheid niet in te roepen en zich door commerciële belangen te laten leiden, zolang er wetenschappelijk verantwoord werk wordt afgeleverd. Als dit op een zekere schaal gebeurt, zoals dat wel eens wordt gesuggereerd ten aanzien van hoogleraren belastingrecht die ook werkzaam zijn bij een

193 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 10.
194 De Melo-Martín, *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, p. 11-12.
195 Groen 2017, p. 44.

Zuidaskantoor,[196] zou het wenselijk kunnen zijn om een correctiemechanisme in te schakelen. In het kader van evenredigheid hoeft dat niet repressief te zijn in de vorm van verboden; een correctiemechanise kan ook bestaan uit het faciliteren van diversiteit in onderzoeksagenda's met bijvoorbeeld subsidies.

#### *5.2.3.2 Aard van de academische vrijheid*

Uit de bespreking in de literatuur blijkt dat er verschillend wordt gedacht over de aard van de academische vrijheid (wel of geen grondrecht) en over de overlap met de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek.

In dit hoofdstuk wordt niet gezocht naar een overkoepelende theorie over de academische vrijheid of de betekenis ervan. Er wordt per rechtsbron gekeken naar de betekenis van de academische vrijheid. Gelet op de besproken rechtsbronnen in paragraaf 5.2.1, en de bijhorende context in de besproken literatuur, is de academische vrijheid naar haar aard:

- Een vrijheid voor onderzoekers, docenten en studenten in artikel 1.6 WHW die rechtens afdwingbaar is. Hiermee wordt in zekere zin de interpretatie van Louw gevolgd, maar ook die van Zoontjens die de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW als individueel afdwingbaar ziet. De academische vrijheid en de plicht om deze binnen de instelling in acht te nemen regelt hiermee ook de interne verhoudingen van de universiteit. De academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW is een beginsel en de zorgplichtbepaling (het in acht nemen van de academische vrijheid) een regel. Daarnaast lijken de institutionele autonomie en het beginsel van zeggenschap voorwaarden te zijn om de academische vrijheid in acht te nemen.
- Een belang dat wordt beschermd onder de vrijheid van meningsuiting uit onder andere artikel 10 EVRM.
- Een grondrecht dat is vastgelegd in artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU. Daaronder valt ook de institutionele autonomie.
- Een belang dat wordt beschermd onder de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek uit artikel 15 IVESCR, gelet op de overlappende reikwijdte van deze vrijheid met de academische vrijheid.
- Een breed gedragen norm in diverse niet-bindende internationale verklaringen.

Dit is een eigen positiefrechtelijke interpretatie van de academische vrijheid die op bepaalde punten afwijkt van de besproken auteurs en die de nadruk legt op hoe de academische vrijheid per afzonderlijke rechtsbron in de jurisprudentie wordt uitgelegd.

196 Vleggeert 2020, p. 3.

*5.2.3.3 Academische vrijheid kent geen plichten*

De Baets spreekt in het kader van de academische vrijheid ook van plichten van de academici, waaronder de plicht om professionele normen in acht te nemen. Om misverstanden te voorkomen: dit wordt in dit onderzoek niet geïnterpreteerd als plichten waaraan academici zich moeten houden op grond van de academische vrijheid.[197]

De werkhypothese in dit onderzoek is dat academische vrijheid als recht kan worden begrensd door bepaalde plichten. Die begrenzing kan in ieder geval op twee manieren gebeuren, namelijk door te begrenzen wanneer de academische vrijheid geldt en door beperkingen op de academische vrijheid te stellen. Het eerste houdt in dat de reikwijdte van de academische vrijheid bijvoorbeeld alleen ziet op uitlatingen waarbij academici zich te houden hebben aan wetenschappelijke integriteitsnormen. Andere uitingen zouden dan onder de vrijheid van meningsuiting kunnen vallen. Het tweede houdt in dat er op de academische vrijheid een gerechtvaardigde inbreuk kan worden gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van het nemen van maatregelen door het college van bestuur van de universiteit bij het niet goed functioneren van de academische werknemer.

Het hier voorafgaande staat overigens los van de bespreking van de 'positieve verplichtingen van de staat' door de LERU. Het grondrechtskarakter veronderstelt immers niet alleen overheidsonthouding om de academische vrijheid niet aan te tasten, maar ook inspanningen van de staat om de uitoefening van het grondrecht zoveel mogelijk te laten verwezenlijken. Dit is relevant voor het belang van de academische vrijheid dat wordt beschermd door artikelen 10 EVRM en 15 IVESCR, en voor de academische vrijheid die wordt beschermd door artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU.

*5.2.3.4 Relevantie voor het academisch ondernemerschap*

Met name bij het uitvoeren van contractonderzoek en bij deskundig advieswerk zullen er spanningen zijn met de academische vrijheid. Gelet op het belang van de academische vrijheid voor het beschermen van het wetenschappelijk onderzoeksproces en het algemeen belang, dat hiervoor is besproken in paragraaf 5.2.3.1, lijkt het niet voor de hand te liggen om de academische vrijheid niet van toepassing te laten zijn op contractonderzoek en advieswerk vanuit de universiteit. Aangezien de betekenis van de academische vrijheid in ontwikkeling is, valt het niet uit te sluiten dat er op termijn een differentiatie plaatsvindt tussen wat academische vrijheid betekent voor enerzijds wetenschappelijk onderzoek dat niet in opdracht wordt gedaan en anderzijds onderzoek in opdracht. Een begin van een dergelijke differentiatie is al zichtbaar in de

197 Vgl. Kwikkers, *Science Guide* 2015.

normen voor wetenschappelijke integriteit die hierna in paragraaf 5.7 worden besproken.

In het vervolg van deze subparagraaf wordt ingegaan op de relevantie van de academische vrijheid voor zover deze is te herleiden uit de eerder in dit hoofdstuk opgenomen bespreking van literatuur. Daarbij wordt steeds aangevangen met een voorbeeld uit de media om de relevantie tussen de academische vrijheid en het academisch ondernemerschap te duiden.

*Eigen onderzoeksthema initiëren en volgen van de eigen inzichten*

Volgens hoogleraar Blom 'kom je nooit op iets verrassends' als het onderzoek moet worden gerechtvaardigd op grond van nuttigheid. Academische vrijheid houdt, aldus deze hoogleraar, in dat een academicus 'onafhankelijk en in volle vrijheid kan kiezen wat hij onderzoekt.'[198] De rechtsfilosoof Kinneging heeft een vergelijkbare visie gegeven. Volgens hem impliceert wetenschappelijk onderzoek 'ten eerste dat de onderzoeker zelf zijn probleemstelling bepaalt (en, wanneer hij dat nodig acht, wijzigt, zo vaak hij maar wil) en ten tweede dat er geen tijdslimiet is voor een onderzoek, en zeker geen tijdslimiet die niet verder in de toekomst ligt dan enkele weken of maanden vanaf heden'.[199] Wetenschappelijke onafhankelijkheid kan volgens hem bij contractonderzoek alleen in enge zin worden gewaarborgd: 'wetenschappelijke onafhankelijkheid betekent hier slechts dat de opdrachtgever niet, naast de probleemstelling, ook de gewenste conclusie aanlevert'.[200] Bovendien is de verleiding 'om naar een bepaalde conclusie te schrijven groot'.[201]

Hoe zit dit juridisch? Externe opdrachtgevers zijn niet gebonden aan de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW.[202] Het in acht nemen van de academische vrijheid kan wel contractueel worden afgesproken.

In paragraaf 5.2.2.1 kwam naar voren dat de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW de vrijheid omvat 'om zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen'. Wat dit precies betekent in het kader van contractonderzoek is onzeker.

Wat betreft het zelf initiëren van onderzoeksthema's: een mogelijkheid is om dit *in abstracto* te zien als een recht op een zekere ruimte hiervoor binnen de instelling. Een thema is immers breder dan een onderzoeksonderwerp. Dat er ook nog contractonderzoek wordt gedaan waarbij het thema veelal een gegeven is, is dan geen beperking van de academische vrijheid zolang de ruimte voor 'eigen onderzoek' bestaat.

Een andere mogelijkheid is om het zelf initiëren van onderzoeksthema's *in concreto* te zien als uitgangspunt voor elk onderzoeksproject. Het feit dat

198 Geciteerd in krantenartikel Vernout, *Het Parool* 1994.
199 Kinneging, *Trouw* 1998.
200 *Ibid.*
201 *Ibid.*
202 Louw 2011, p. 231.

ervoor wordt gekozen om onderzoek te doen waarvoor het thema is gegeven in een onderzoeksopdracht, kan worden gezien als het vrijwillig afstand doen van een deel van de academische vrijheid. Die vrijwilligheid bestaat alleen als er een realistisch alternatief is voor het doen van 'eigen onderzoek'. Nog een mogelijkheid is om de extern vastgestelde thema's te zien als een beperking van de academische vrijheid, die al dan niet gerechtvaardigd kan zijn.

In paragraaf 5.2.2.3 kwam naar voren dat onderzoeksvrijheid uit artikel 15 IVESCR ertoe strekt dat 'dat de onderzoeker niet tegen diens wil door zijn omgeving kan worden gedwongen om een bepaald onderwerp ter hand te nemen en dat op een bepaalde wijze en volgens een bepaalde methode te onderzoeken'. Dit zou een argument kunnen zijn voor het standpunt dat het hiervoor besproken recht om 'zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen' in *concreto* op elk onderzoek van toepassing te achten.

Wat betreft het volgen van eigen inzichten: dit lijkt een uitgangspunt te zijn voor elk concreet onderzoek, ook contractonderzoek. Inzichten kunnen zien op de keuze voor en de formulering van de onderzoeksvraag, de gekozen methode, de beschrijving van de resultaten, de interpretatie van de resultaten en de conclusies die uit de resultaten worden getrokken. Een minimumnorm zou kunnen zijn dat de academische vrijheid beschermt tegen dwang om de inzichten van de opdrachtgever over te nemen. De drang om een gunstige uitkomst voor de opdrachtgever te presenteren, kan voortvloeien uit suggestieve communicatie door de opdrachtgever of uit de eigen inzichten van de academicus. Wat de academische vrijheid in dit kader kan betekenen voor de academicus is nog onduidelijk.

Het 'volgen van de eigen inzichten' beslaat mijns inziens alle onderdelen van het onderzoeksproces. Bij contractonderzoek kan een onderzoeksvraag of methode een gegeven zijn, of voortvloeien uit bepaalde beperkingen die er zijn zoals de data en onderzoeksmiddelen die de opdrachtgever heeft. Ook hier kan de (theoretische) vraag spelen of er sprake is van het afstand doen van een deel van de academische vrijheid dan wel of er sprake kan zijn van een gerechtvaardigde beperking op de academische vrijheid.

*Openbaarmakingsvrijheid*

Voordat de resultaten van onderzoek in opdracht worden gepresenteerd, zal de opdrachtgever inzage willen hebben in de bevindingen. Dat heeft niet alleen als doel om te zien of de bevindingen te octrooieren zijn, maar ook om 'een voorsprong op de concurrentie te houden'.[203] Daarbij is volgens universiteitsbestuurders in de media drie tot zes maanden aanvaardbaar; een vertraging van twee jaar komt volgens wetenschappelijk onderzoek echter ook voor.[204]

203 Evenblij, *de Volkskrant* 1996.
204 *Ibid.*

Bij promovendi kan een lange termijn een probleem zijn, omdat zij maar vier jaar de tijd hebben voor onderzoek.[205]

Een voorbeeld van beperking van de publicatievrijheid (en uitingsvrijheid) is de casus van kernfysicus Andriesse.[206] Deze kernfysicus was bijzonder hoogleraar Elektriciteitsvoorziening, waarbij de leerstoel werd gefinancierd door KEMA, en was tevens werknemer bij KEMA. In een interview voor het *Sectorblad Elektrotechniek* vertelde hij over de zwakke punten van de bestaande kernreactoren en pleitte voor een duurder, doch veiliger type reactor. Het artikel hierover werd door KEMA tegengehouden. Hij publiceerde vervolgens zijn ideeën, maar moest daar van de directie van KEMA mee ophouden. Toen in 1993 een adviescommissie van de regering bij hem langskwam voor zijn inzichten over bestaande kernreactoren, gaf Andriesse zijn mening. Hierna werd hij door KEMA ontslagen, als onderzoeker én als hoogleraar. De Vereniging van Directeuren van Elektriciteitsbedrijven, die officieel over de benoeming ging, kon hem niet van dienst zijn, ongeacht het feit dat benoeming door deze vereniging een eis was van de universiteit. Pas een jaar later heeft de Universiteit Utrecht hem weer aangenomen als hoogleraar op een reguliere leerstoel.

In paragraaf 5.2.2.3 is de openbaarmakingsvrijheid genoemd, inhoudende dat men de vrijheid heeft 'om over de gegevens die men uit eigen onderzoek heeft verkregen te beschikken en deze te verspreiden'. Ook op dit punt kunnen in contractonderzoek spanningen bestaan, bijvoorbeeld bij een tijdelijk embargo op het publiceren van het onderzoek of als het onderzoek helemaal niet openbaar mag worden gemaakt. Dit kan ook spelen bij advisering op basis van de wetenschappelijke expertise. De openbaarmakingsvrijheid gaat over het verspreiden van onderzoeksgegevens en is breder dan alleen een vrijheid om de resultaten te publiceren. Het omvat ook mondelinge verspreiding van de onderzoeksresultaten.

*Nevenwerkzaamheden*

In de media zijn veel gevallen bekend van ontevredenheid over nevenwerkzaamheden van wetenschappelijk personeel. De discussie hierover was in de jaren 90 van de vorige eeuw erg actueel en is dat nog steeds. In 1993 trad professor In 't Veld na tien dagen plotseling af als Staatssecretaris van Onderwijs en Wetenschappen. De aanleiding hiervoor was het in juni 1993 verschenen artikel in *Vrij Nederland* over zijn arbeidscontract en nevenwerkzaamheden toen hij werkte als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit.[207] In 't Veld had destijds afspraken gemaakt met de universiteit over de mogelijkheid om te werken aan zijn persoonlijke bv tijdens zijn voltijdaanstelling als hoogleraar. De kosten hiervoor betaalde hij minstens kostendekkend terug. Een deel van

205 *Ibid.*
206 Deze alinea is ontleend aan: De Koning, *NRC Handelsblad* 1998.
207 Van Dommelen 1993, p. 31-64.

de publieke opinie was van mening dat In 't Veld met zijn ondernemingsdrang precies had uitgevoerd wat de brochure 'De ondernemende universiteit' van de universiteiten verlangde.[208] Deze brochure was medeondertekend door Ritzen, die later als minister de kersverse staatssecretaris In 't Veld adviseerde om af te treden vanwege de negatieve berichtgeving.[209] Kennelijk stond het publiek nog niet open voor ondernemende hoogleraren.

Opvallend is dat het verrichten van nevenwerkzaamheden in de media nauwelijks als *recht* wordt getypeerd. In een enkel geval verdedigde hoogleraar Bomhoff, destijds oprichter van de Stichting Rochester die een postdoctorale managementopleiding aanbood, de nevenwerkzaamheden als '"gewoonterecht" op grond waarvan "docenten een dag per week mogen bijverdienen"'.[210]

In paragraaf 5.2.2.7 is het *recht* om professionele activiteiten te kunnen verrichten buiten de academische dienstbetrekking (nevenactiviteiten) genoemd. Dit recht is genoemd in de aanbeveling van de Algemene Vergadering van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco) van 11 november 1997.[211] Beperking van het recht is volgens de aanbeveling in institutionele of nationale regelingen of praktijken mogelijk om de kerntaken te bewaken. De aanbeveling kent geen rechten toe die bij de rechter kunnen worden afgedwongen. Toch is het relevant om te noemen dat het verrichten van nevenwerkzaamheden niet – zoals in het dominante discours – alleen een verschijnsel is dat beperkt moet worden, maar ook kan worden gezien als een recht dat personeel in het hoger onderwijs toekomt.

Eerder in dit hoofdstuk zijn in hooflijnen de rechtsbronnen en de betekenis van de academische vrijheid besproken. Hierna komen de rechtsbronnen uitgebreider aan de orde.

208 Vester (red.) 1993, p. 4 (voorwoord door Van der Molen, voorzitter College van Bestuur EUR); Van Delden e.a. 1987.

209 *Ibid.*, Versteegh, *NRC Handelsblad* 1994.

210 Van de Roer & Wessels, *NRC Handelsblad* 1992. Vgl. art. 7:653a BW waarin vanaf 1 augustus 2022 wordt geregeld dat een verbod op nevenwerkzaamheden niet is toegestaan, tenzij sprake is van een gerechtvaardigde uitzondering.

211 Recommendation concerning the Status of Higher-education Teaching Personnel, adopted by the General Conference at its twenty-ninth session, Paris, 21 October – 12 November 1997, punt 30.

## 5.3 Nationaal recht

### 5.3.1 Academische vrijheid in de WHW

#### *5.3.1.1 Artikel 1.6 WHW*

Het begrip academische vrijheid heeft zoals gezegd geen eenduidige definitie. Het begrip is historisch gezien een ongeschreven rechtsbeginsel. De Nederlandse wetgever heeft dit beginsel gecodificeerd in artikel 6 van de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs uit 1986.[212] De wetgever nam deze bepaling over in het nieuwe artikel 1.6 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Dit artikel luidt als volgt:

> 'Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen'.

Zoals in de vorige subparagraaf ter sprake is gekomen, gaat het hier om een 'zorgplichtbepaling met vage normstelling'.[213] De norm richt zich tot iedereen binnen de instellingen.[214] Dat betekent bijvoorbeeld dat in het geval van contractonderzoek externe opdrachtgevers *niet* gebonden zijn aan de rechtsplicht om de academische vrijheid in acht te nemen, maar het college van bestuur, bij het vaststellen van beleid op dat gebied, wél. Het betekent bijvoorbeeld ook dat de rijksoverheid niet aan deze rechtsplicht gebonden is, al zou het onrechtvaardig (en wellicht in strijd met het verbod op willekeur) zijn om als overheid via wetgeving of bestuur plichten op te leggen aan universiteiten waardoor personen binnen de instelling verhinderd worden om de academische vrijheid in acht te nemen. De rechtsplicht met betrekking tot de inachtneming van de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW heeft daarom slechts indirect betrekking op een 'staatsvrije sfeer'.[215] De academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW is dan ook geen grondrecht.

Deze bepaling lijkt twee lagen te hebben. De eerste laag bevat een rechtsplicht (uitgedrukt in het woord 'wordt'). Tegenover een rechtsplicht staat logischerwijs een aanspraak, ook wel een claim genoemd.[216] Hier lijkt de aanspraak te gaan over het afdwingen dat de academische vrijheid in acht wordt genomen; zij kan worden ingeroepen tegenover degene die binnen de instelling de academische vrijheid niet in acht neemt. Wie de aanspraak kan inroepen, wordt pas duidelijk als we de betekenis van artikel 1.6 WHW nader in beschouwing nemen. De tweede laag van deze bepaling bevat een vrijheid. Die vrijheid is iets van een andere soort dan een aanspraak. Het gaat hier om

212 Artikel 6 WWO 1986, *Stb.* 1986, 414.
213 Louw 2011, p. 32. Kwikkers, *Science Guide* 2015.
214 Louw 2011, p. 32. Kwikkers, *Science Guide* 2015; Kwikkers 2019, p. 63.
215 Kwikkers 2019, p. 63.
216 Vgl. Hohfeld, *The Yale Law Journal* 1917, p. 710.

een vrijheid van handelen (ook wel privilege genoemd[217]), die logischerwijs een dulden door een ander impliceert wanneer van de vrijheid gebruikt wordt gemaakt. Een vrijheid impliceert het ontbreken van een rechtsplicht: rechtssubjecten kunnen ervoor kiezen géén gebruik van de academische vrijheid te maken. Volgens de wetsgeschiedenis gaat het hier in concreto om de vrijheid van individuele docenten, onderzoekers en studenten.[218] De inhoud van de vrijheid betreft het kunnen volgen van eigen wetenschappelijke inzichten en het daarbij niet afhankelijk hoeven zijn van bepaalde politieke, filosofische of wetenschapstheoretische opvattingen.[219] Deze vrijheid omvat:
– de vrijheid in onderwijs geven;
– de vrijheid in onderzoek verrichten;
– de vrijheid in onderwijs ontvangen.[220]

De rechtvaardiging van de wetgever voor het toekennen van deze vrijheden aan onderzoekers, docenten en studenten is dat slechts als aan deze vrijheden is voldaan, de wetenschap kan bloeien en het daarvoor benodigde zelfstandig en kritisch denken kan worden ontwikkeld.[221] De academische vrijheid moet docenten in staat stellen om 'volgens de aan de professie ontleende standaarden verantwoord onderwijs' te geven en om geen compromissen te hoeven sluiten met hun 'wetenschappelijke en morele integriteit'.[222]

De vrijheden die onderdeel uitmaken van de overkoepelende academische vrijheid zijn volgens de wetsgeschiedenis relatief.[223] Een eerste relativering is dat de docent moet werken binnen het kader van een door de faculteitsraad vastgesteld en door het vakgroepsbestuur nader bepaald onderwijsprogramma.[224] Het onderwijs dient er daarbij op gericht te zijn studenten op didactisch verantwoorde wijze verder te brengen in het vak. Docenten aan bijzondere universiteiten kunnen nog met een extra beperking te maken hebben als zij zich hebben verbonden aan een bepaalde gedragswijze in relatie tot de grondslag en identiteit van de instelling. Maar 'binnen die kaders mag [zo'n docent] er aanspraak op maken dat hem de ruimte wordt gelaten voor eigen inzichten en creativiteit, opdat hij volgens de aan de professie ontleende standaarden verantwoord onderwijs kan geven en geen compromissen behoeft te sluiten met zijn wetenschappelijke en morele integriteit'.[225]

217 *Ibid.*
218 *Supra* noot 867, in het bijzonder Louw 2011, p. 33.
219 *Supra* noot 867. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 802, nrs. 3, p. 49- 50 (Memorie van toelichting WWO 1986 (voorganger WHW)).
220 *Ibid.*
221 *Ibid.*
222 *Ibid.*
223 *Ibid.*
224 CRvB 10 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:51, r.o. 1.15. Besproken in Van Gestel, *RegelMaat* 2021, p. 339-340.
225 *Ibid.*

Een tweede relativering is dat de wetenschapper met zijn vrij gekozen onderzoeksthema moet 'passen in het door het vakgroepsbestuur vastgestelde en door de faculteitsraad goedgekeurde onderzoekprogramma, dat op zijn beurt weer in relatie staat tot het nationaal wetenschapsbeleid'.[226] Het te verrichten onderzoek zal ook moeten voldoen aan maatschappelijke en ethische normen en aan door de vakgenoten erkende maatstaven. De wetenschapper moet zijn onderzoek kunnen verantwoorden in relatie tot zijn wetenschappelijke en morele integriteit en daartoe dient hem de nodige ruimte te worden gelaten.

Een derde relativering betreft de student, die geen 'vrijheid [heeft] om naar tijd en plaats onbeperkt onderwijs te ontvangen', maar wel het recht heeft op vrijwaring van indoctrinatie.[227]

Vooral de tweede relativering kan in de context van het academisch ondernemerschap relevant zijn. Onderzoek dat niet valt onder de reikwijdte van de normen van wetenschappelijke integriteit, bijvoorbeeld onverbloemde reclame voor een geldschieter, valt niet onder de academische vrijheid. Zulk onderzoek hoeft door anderen binnen de instelling niet geduld te worden. Wanneer bijvoorbeeld het college van bestuur van een instelling dergelijk onderzoek beperkt, is er geen sprake van een beperking van de academische vrijheid. Dat neemt overigens niet weg dat de betrokken wetenschapper een beroep kan doen op het meer algemene recht van de vrijheid van meningsuiting.[228]

#### *5.3.1.2 Artikel 1.6 WHW en de Wet openbaarheid bestuur*

De academische vrijheid komt in de jurisprudentie voor in relatie tot de Wob. In de Wet open overheid (Woo), die in werking is getreden vanaf 1 mei 2022, blijft de Wob-jurisprudentie over hoe om te gaan met onderzoeksmateriaal inhoudelijk relevant omdat de uitkomst voor de casuïstiek, die hierna zal worden besproken, met de Woo materieel hetzelfde blijft.[229]

---

226 *Ibid.*

227 *Ibid.*

228 Dit komt overeen met de visie van De Baets ten aanzien van de internationale academische vrijheid, zie *supra* par. 5.2.2.5.

229 Ze over deze jurisprudentie: Schuurmans & Mohammad, *Ars Aequi* 2018, p. 393-401. *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3, p. 30 ('De onderzoeksgegevens worden van de Woo uitgesloten door opname van de nieuwe artikelen in de bijlage bij artikel 8.8 Woo'). Per 1 mei 2022 is art. 1.25 WHW geïntroduceerd waarin is geregeld dat '[o]nderzoeksgegevens die louter tot stand zijn gekomen met een wetenschappelijk oogmerk of in het kader van onderzoek gericht op de beroepspraktijk en die geen betrekking hebben op de bestuursuitvoering van een instelling (...) beschikbaar [kunnen] worden gesteld voor wetenschappelijk onderzoek'. Vgl. art. 3a Wet op de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek.

In de zaak *X/Erasmus Universiteit* uit 2007 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) dat de academische vrijheid niet in de weg staat aan honorering van een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) dat is ingediend bij het college van bestuur van de universiteit.[230] De casus betrof de weigering door het college van bestuur van de Rotterdamse universiteit van openbaarmaking van alle stukken, waaronder gespreksverslagen met respondenten, die betrekking hadden op het deelrapport 'Het derde klaphek voorbij?'. Naar aanleiding van de nieuwjaarsbrand in Volendam hadden Rotterdamse universiteitsonderzoekers dit deelrapport opgesteld in opdracht van de Commissie onderzoek cafébrand nieuwjaarsnacht 2001, ingesteld door de Staatsecretaris van Binnenlandse Zaken.

Volgens artikel 3 Wob kan 'een ieder (…) een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf'.

In de zaak bij de Afdeling waren twee vragen van belang: (1) of de documenten in casu betrekking hadden op een bestuurlijke aangelegenheid[231] en (2) of de werknemers bij de Faculteit der Sociale Wetenschappen (die fysiek over de documenten beschikten) onder het begrip 'een onder een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf' vielen. Opgemerkt moet worden dat de Wob hier van toepassing is, omdat de Erasmus Universiteit Rotterdam publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezit en het college van bestuur, dat het openbaarmakingsverzoek heeft ontvangen, een bestuursorgaan is.

Wat betreft de eerste vraag constateerde de Afdeling dat het onderzoek betrekking had op de bestuurscultuur van de gemeente Edam-Volendam en in opdracht werd verricht van de staatssecretaris in verband met zijn verantwoordelijkheid.[232] Deze omstandigheden maken, aldus de Afdeling, dat sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid. De conclusie van de rechtbank, dat het college van bestuur van de universiteit geen beleid kan voeren ten aanzien van de bestuurscultuur van de gemeente Edam-Volendam en dat daarom geen sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid, getuigt van een te beperkte uitleg van dit begrip. Het is volgens de Afdeling verder niet relevant dat het onderzoek op een wetenschappelijke wijze is uitgevoerd en op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst is geschied.[233] Daalder merkt in zijn noot bij deze uitspraak op dat de Afdeling onderscheid lijkt te maken tussen onderzoeken in opdracht die gaan over bestuurlijke aangelegenheden en onderzoe-

230 ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, *JB* 2017, 15, m.nt. M.O-V; *Mediaforum* 2007-II, 12, m.nt. Daalder.

231 Artikel 1 onder b Wob: 'een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan'.

232 ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, r.o. 2.4.1.

233 ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, r.o. 2.4.1.

ken in opdracht van bijvoorbeeld private partijen die niet gaan over bestuurlijke aangelegenheden. Alleen bij de eerste categorie zou een openbaarmakingsplicht op grond van de Wob gelden.

Wat betreft de tweede vraag is de Afdeling van oordeel dat aan de faculteit werkzame personen ook werkzaam zijn onder de verantwoordelijkheid van het college van bestuur. De rechtbank daarentegen had geconcludeerd dat de faculteit ten opzichte van de universiteit autonoom functioneert. De lijn van de rechtbank zou betekenen dat het Wob-verzoek moet worden gericht aan de decaan van de faculteit. Dat hoeft volgens de Afdeling niet. De Afdeling komt tot deze conclusie door te kijken naar andere dan door de rechtbank aangehaalde wetsartikelen die de rechtsverhoudingen beheersen tussen het college van bestuur van de universiteit en de decaan van de faculteit. Zo benoemt, schorst of ontslaat het college van bestuur de decaan als hoofd van de faculteit,[234] kan dit college richtlijnen vaststellen met oog op de organisatie en coördinatie van de bevoegdheden van de decaan,[235] heeft het faculteitsreglement goedkeuring nodig van het college van bestuur,[236] is de decaan verantwoording schuldig aan het college van bestuur en verstrekt de decaan aan het college van bestuur de gevraagde inlichtingen over de faculteit.[237] Tegen deze achtergrond kan het college van bestuur de informatie verstrekken die fysiek bij de werknemers bij de Faculteit der Sociale Wetenschappen ligt. Over de academische vrijheid overweegt de Afdeling:

> 'De omstandigheid dat aan de onderzoekers van de faculteit bij het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek ingevolge artikel 1.6 van de WHW academische vrijheid toekomt, zoals het college heeft gesteld, maakt niet dat zij niet onder de verantwoordelijkheid van het college werkzaam zouden zijn. Naar aanleiding van het betoog van het college dat de academische vrijheid in het algemeen in geding is bij verzoeken om openbaarmaking, wijst de Afdeling op de weigeringsgronden van de artikelen 10 en 11 van de Wob, over de toepassing waarvan het college bij een nieuw te nemen besluit zal moeten beslissen.'

De Afdeling behandelt hier niet de vraag of de academische vrijheid een recht aan onderzoekers toekent om geen stukken zoals interviewverslagen af te hoeven geven aan het college van bestuur voor openbaarmaking.

De afweging omtrent het al dan niet openbaar maken van interviewverslagen moet in een nieuw besluit door het college van bestuur van de universiteit worden gemaakt. Het afwegingskader hiervoor bestaat uit de absolute of relatieve weigeringsgronden in de Wob. Het in acht moeten nemen van de academische vrijheid valt niet onder die weigeringsgronden.

234 Art. 9.13 WHW.
235 Art. 9.5 WHW.
236 Art. 9.15 WHW.
237 Art. 9.16 WHW.

Uit een vervolgzaak blijkt dat het college van bestuur de openbaarmaking van de gespreksverslagen alsnog heeft geweigerd.[238] In die zaak stelt het college van bestuur dat het rapport het resultaat is van vrije wetenschap. De academische vrijheid staat volgens het college van bestuur de openbaarmaking van de gespreksverslagen in de weg. De verzoeker heeft bij de Afdeling betoogd dat de academische vrijheid niet mag worden misbruikt om het document aan de openbaarheid te onttrekken. De overheid kan op deze manier de Wob buitenspel zetten door onderzoeksopdrachten aan de universiteit te verstrekken.

In haar vervolguitspraak benadrukt de Afdeling dat de academische vrijheid niet als grond voor de weigering van openbaarmaking is aangegeven in de Wob. Toch kon het college van bestuur de openbaarmaking weigeren op basis van andere weigeringsgronden, uit artikel 10 Wob.[239] De eerste ingeroepen weigeringsgrond is 'het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden'.[240] Het college van bestuur heeft met succes aangevoerd dat, wat betreft de onderzoekers, de openbaarmaking de toegezegde vertrouwelijkheid zou schenden. Dit kan gevolgen hebben voor de bereidwilligheid van deze personen om in de toekomst aan een dergelijk onderzoek deel te nemen, wat toekomstig onderzoek kan bemoeilijken. De respondenten op hun beurt worden, aldus de Afdeling, door openbaarmaking onevenredig benadeeld omdat hun functioneren in de Volendamse gemeenschap of de politiek in het gedrang kan komen. Zij zijn lid van die gemeenschap en politiek actief, en de uitlatingen die zij in vertrouwen hebben gedaan kunnen hen in verlegenheid brengen. Anonimiseren bleek niet mogelijk. De namen en functies van de respondenten zijn genoemd in bijlage II van een (gepubliceerd) rapport en delen van verslagen zijn steeds tot personen herleidbaar.

De tweede ingeroepen weigeringsgrond is 'de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer'. Het belang van openbaarmaking zou niet opwegen tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de respondenten. Daarnaast deed het college van bestuur een beroep op artikel 11 Wob, waarin staat dat in geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld voor een intern beraad, geen informatie mag worden verstrekt over de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.[241] De verslagen 'bevatten deze opmerkingen van respondenten en daarmee verweven feitelijke informatie, alsmede observaties, al dan niet voorlopige werkhypothesen, interpretaties en persoonlijke opvattingen van de onderzoekers'.[242] Volgens het college is de feitelijke informatie 'zozeer met de meningen van de respon-

238 ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735.
239 *Ibid*.
240 Art. 10 lid 2 Wob.
241 Art. 11 Wob.
242 ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, r.o. 2.3.

denten en de observaties van de onderzoekers verweven, dat het niet mogelijk is deze van elkaar te scheiden'.[243] De Afdeling oordeelde dat de afweging van de belangen binnen het kader van artikel 10 Wob niet onevenredig was.[244]

Bij deze zaak kunnen in ieder geval twee opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste heeft de Afdeling terecht geoordeeld dat de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW geen recht omvat om geen gegevens af te geven aan het college van bestuur. Een dergelijk recht zou in feite betekenen dat de academische vrijheid een immuniteit zou inhouden, die een onbevoegdheid zou impliceren van het college van bestuur ten aanzien van een dergelijk informatieverzoek of ten aanzien van de openbaarmaking van stukken. Een dergelijke immuniteit is niet af te leiden uit de wetsgeschiedenis van de WHW. Volgens de hiervoor beschreven publicatie van de LERU omvat de academische vrijheid 'de bescherming van onderzoeksdata en bronnen'.[245] Dat lijkt niet van toepassing te zijn op de Nederlandse academische vrijheid. Voor zover de academische vrijheid correspondeert met de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM, kan een dergelijk recht binnen dat kader worden toegekend. Wetenschappers hebben weliswaar een recht om zich 'niet te uiten', maar er is geen recht op bescherming van bronnen zoals bij journalisten. De EHRM-zaak *Gillberg* die hierover gaat, wordt in paragraaf 5.4.3 behandeld.[246]

Een tweede opmerking bij deze Afdelingszaak betreft het auteursrecht. In deze zaak was niet relevant wie het auteursrecht op de verslagen had, maar in andere situaties kan het zo zijn dat de wetenschappers het auteursrecht hebben. Het is de vraag of dat recht de openbaarmaking van de onderzoeksgegevens niet in de weg staat. Het bestuursorgaan moet die afweging ook maken op grond van artikel 11 Wob, waarbij dit belang wordt meegenomen in de afweging of sprake is van een onevenredige benadeling van derden. Dat een werk auteursrechtelijk wordt beschermd staat volgens de Afdeling in beginsel niet in de weg aan openbaarmaking op grond van de Wob.[247]

#### *5.3.1.3 Academische vrijheid en output-normen*

In een andere zaak, *A. en B./Universiteit Twente,* een ambtenarengeschil, is artikel 1.6 WHW niet genoemd, maar is wel een beroep gedaan op de academische vrijheid.[248] Het geschil gaat over een hoogleraar moleculaire celbiologie

243 *Ibid.*
244 ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, r.o. 2.10.1.
245 *Supra* par. 5.2.2.7.
246 Daalder 2005, p. 156-158.
247 ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302 (Medice), r.o. 4.1, *AB* 2021/24, m.nt. Drahmann & Bakkum.
248 CRvB 26 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2797, r.o. 1.1. Zie voor een recentere zaak waarin de academische vrijheid in arbeidsverhoudingen speelt: Conclusie AG De Bock, HR 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, r.o. 4.43.

die was benoemd voor vijf jaar.[249] Tijdens zijn functioneringsgesprek na het vijfde jaar werd vastgesteld dat de hoogleraar goed functioneerde in het onderwijs en dat de focus, in de jaren die zouden volgen, op onderzoek moest liggen. Op basis van een door de hoogleraar opgesteld plan werden afspraken gemaakt voor de vijf jaar die zouden volgen. Deze afspraken gingen over de groei van het aantal aio's per jaar die werden gefinancierd uit de tweede of derde geldstroom. Ook moest de gemiddelde wetenschappelijke output van 1,25 publicatie per fte plaatsvinden met een gemiddelde impactfactor van vijf.[250] De hoogleraar kreeg een dienstverband voor onbepaalde tijd. Daarna ging hij met *sabbatical leave*, welk verlof eenmaal werd verlengd. In het volgende jaargesprek hebben de decaan en de wetenschappelijk directeur hun zorgen geuit over de afnemende output van de hoogleraar. Geen van de concrete afspraken was gerealiseerd. Het college van bestuur van de universiteit besloot daarom tot opheffing van de leerstoel van de hoogleraar, met als reden dat de wetenschappelijk directeur geen strategische gelden uit de eerste geldstroom beschikbaar wilde stellen voor de onderzoeksgroep. De hoogleraar is hierna ontslag verleend. De redenen voor ontslag waren, naast een gebrek aan publicaties, de citatiescore en het inverdienvermogen: 'het is nauwelijks gelukt externe middelen voor de groep MCB binnen te halen'.[251] Relevant voor dit hoofdstuk is dat de hoogleraar een beroep deed op de academische vrijheid. De onderbouwing hiervan is helaas niet af te leiden uit de gepubliceerde uitspraak. Wel heeft de Centrale Raad van Beroep duidelijk overwogen dat 'die vrijheid niet betekent dat het functioneren van een hoogleraar niet behoeft te voldoen aan bepaalde, algemeen erkende, meetbare randvoorwaarden.'[252]

Interessant is de vraag of de plicht om de academische vrijheid in acht te nemen in strijd is met een dwingend verzoek van een facultair bestuur om contractonderzoek te verrichten. Dat was in deze zaak niet aan de orde, aangezien het ging om een plan dat samen met de hoogleraar is opgesteld. Toch kan het voorkomen dat bepaalde universiteiten in het personeelsbeleid richtlijnen hanteren over het binnenhalen van gelden uit de derde geldstroom. Zulk handelen lijkt niet in strijd te zijn met artikel 1.6 WHW, zolang nog altijd ruimte bestaat om onderzoek te doen op basis van eigen inzichten en creativiteit. De grens wordt overschreden wanneer de verplichting tot contractactiviteiten de onderzoeker niet meer in staat stelt om te voldoen aan maatschappelijke en ethische normen of hem hindert bij het uitvoeren van eigen onderzoek. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de relaties met een bepaalde afnemer van contractonderzoek warm moeten worden gehouden en instructies worden gegeven door anderen binnen de instelling over het doen van het onderzoek.

249 Zie ook de bespreking van deze uitspraak in Groen 2019, p. 81-82.
250 CRvB 26 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2797, r.o. 2.
251 CRvB 26 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2797, r.o. 4.3
252 *Ibid.*

#### *5.3.1.4 Resumerend*

Samenvattend kan worden gezegd dat artikel 1.6 WHW een plicht bevat voor iedereen binnen de instelling om de academische vrijheid in acht te nemen. De academische vrijheid is een vrijheid voor onderzoekers, docenten en studenten en gaat over de vrijheid in onderwijs geven, onderzoek verrichten en onderwijs ontvangen. De academische vrijheid impliceert geen immuniteit van wetenschappers tegenover het college van bestuur van de universiteit in het openbaar maken van onderliggende stukken naar aanleiding van een Wob-verzoek. Ook is de faculteit niet zodanig autonoom dat deze in het kader van de Wob niet meer onder de verantwoordelijkheid van het college van bestuur van de universiteit zou vallen. De academische vrijheid omvat verder geen recht om informatie aan openbaarmaking op grond van de Wob / de Woo te onttrekken. Ten slotte is de academische vrijheid geen vrijbrief om als hoogleraar niet te voldoen aan algemeen erkende, meetbare randvoorwaarden in een arbeidsrelatie.

### 5.3.2 De instellingsautonomie, de faculteitsautonomie en het recht op zelfbestuur naast de academische vrijheid

In de hiervoor besproken zaak *X/Erasmus Universiteit* kwam al kort het begrip 'autonomie' aan de orde. Die zaak ging onder andere over de vraag of de faculteit autonoom is ten opzichte van de universiteit. Die autonomie valt niet onder de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW. De academische vrijheid uit 1.6 WHW gaat zoals gezegd om vrijheden van individuele onderzoekers, docenten en studenten.[253] Een ander type autonomie is de autonomie van de universiteit tegenover de overheid, ook wel de instellingsautonomie. Beide typen van autonomie zullen hieronder worden belicht.

De autonomie van de universiteit is een uitgangspunt geweest bij het ontwerpen van de WHW. Dat blijkt alleen al uit de titel van de beleidsnota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit (HOAK) die de basis vormt voor de WHW.[254] Een overweging uit de nota HOAK is geweest het vergroten van 'de zelfstandigheid en verantwoordelijkheid van de instellingen'.[255] Door minder sturing vanuit de overheid zou de instelling meer marktgericht en flexibel kunnen handelen en de contacten met het bedrijfsleven en andere instanties kunnen intensiveren.[256] De WHW kent dan ook minder gedetailleerde regels dan haar voorganger.

253 Louw 2011, p. 33.
254 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 2.
255 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 2, p. 10.
256 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3.

Bij de autonomie van de faculteit gaat om de zelfstandigheid van de faculteit tegenover de universiteit.[257] Deze vorm van autonomie is terug te vinden in de attributie van bevoegdheden aan het faculteitsbestuur voor het bestuur en de inrichting van de faculteit voor het onderwijs en de wetenschapsbeoefening.[258] Het college van bestuur van de universiteit kan voor de coördinatie van de uitoefening van deze bevoegdheden door het faculteitsbestuur wel richtlijnen vaststellen, bijvoorbeeld in de vorm van een model-faculteitsreglement.[259] Binnen de faculteit worden ook onderzoeksinstituten en onderzoeksscholen geregeld.[260] Deze vorm van autonomie kent net als de academische vrijheid ook grenzen. De wet voorziet namelijk in schorsing en vernietiging van besluiten van decanen en examencommissies door het college van bestuur van de universiteit.[261] Bij het sluiten van overeenkomsten is voorts het college van bestuur en niet het faculteitsbestuur vertegenwoordigingsbevoegd, zij het dat het college van bestuur aan het faculteitsbestuur mandaat of volmacht kan verlenen. Voor bijzondere instellingen ligt de vertegenwoordigingsbevoegdheid, tenzij de statuten anders bepalen, bij het bestuur van de rechtspersoon (een stichting of vereniging) die de bijzondere instelling in stand houdt.

Autonomie wordt ook geassocieerd met zelfbestuur door het collectief van professionals. Groen heeft in zijn proefschrift over de academische vrijheid in het bijzonder aandacht besteed aan deze vorm van autonomie, die hij 'de academische vrijheid als beginsel' noemt.[262] Hij doelt daarbij op 'de zeggenschap van de academicus, in samenspraak met medeacademici en binnen de grenzen van de wet over de wezenlijke elementen die betrekking hebben op het onderwijs en onderzoek'.[263] Dragers van dit recht zijn de leden van het wetenschappelijk personeel van de universiteit. Aangezien studenten beperkt deskundig zijn over de inhoud van het onderwijs, ligt het volgens Groen in de lijn hun rechten te beperken tot het eigen leerproces.[264]

In hoofdstuk 2 zijn de medezeggenschapsrechten besproken en de relevantie hiervan voor het academisch ondernemerschap.

257 Ariëns 1970, p. 41.
258 Art. 9.12 en 14 lid 1 WHW. Dat geldt niet voor hogescholen.
259 Art. 9.5 WHW.
260 Art. 9.20 WHW.
261 Art. 9.24 WHW.
262 Groen 2017, hoofdstuk 3.
263 Groen 2017, p. 107.
264 *Ibid.*

### 5.3.3 Nevenrechten naast de academische vrijheid

#### *5.3.3.1 De vrijheid van onderwijs in de Grondwet*

Zoals hiervoor is geconstateerd, is de vrijheid van het geven van onderwijs een deelrecht van de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW. De vrijheid van onderwijs uit artikel 23 Grondwet heeft enerzijds een breder toepassingsbereik dan de academische vrijheid omdat deze niet (alleen) betrekking heeft op de academische context,[265] en heeft anderzijds een beperkter toepassingsbereik omdat het grondwetsartikel zich beperkt tot het geven van onderwijs en dus geen betrekking heeft op het ontvangen van onderwijs en het verrichten van onderzoek.

De vrijheid van onderwijs is bij de grondwetsherziening van 1848 grondwettelijk verankerd[266] en heeft thans een plaats in artikel 23 Grondwet. Het tweede lid van dit artikel luidt:

> 'Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.'

De onderwijsvrijheid is een individueel afdwingbaar recht voor natuurlijke personen en rechtspersonen.[267] Gelet op artikel 23 Grondwet mocht een politieambtenaar naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep niet zonder meer beperkt worden in zijn gewenste nevenbetrekking als rijinstructeur.[268]

De vrijheid om onderwijs te geven omvat de vrijheid van richting (het confessionele of levensbeschouwelijke karakter), de vrijheid van oprichting (het stichten van een school) en de vrijheid van inrichting (de regeling van organisatie en bestuur). Scholten wees in zijn proefschrift over de vrijheid van het onderwijs op het bestaan van een 'vrijheid van beroep, als burgerlijk recht'.[269] De eis van bekwaamheid vormt een beperking op dit recht. Zoontjens schrijft in zijn proefschrift over de vrijheid van wetenschappen dat mensen vrij zijn om het beroep van leerkracht te kiezen en uit te oefenen of scholen te stichten.[270] Vermeldenswaardig is volgens een opmerking van Scholten dat uit de grondwetsgeschiedenis niet blijkt dat de onderwijsvrijheid een uitvloeisel is van de 'geestelijke vrijheid', die ook wel 'intellectuele vrijheid'

---

265 CRvB 16 november 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK4870, *AB* 1991/24 (*rij-instructeur),* m.nt. Hennekens.
266 Zie daarover Zoontjens 1993, p. 130. Zie ook Scholten 1928, p. 142.
267 Art. 23 lid 2 Gw.
268 CRvB 16 november 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK4870.
269 Zoontjens 1993; Scholten 1928.
270 Zoontjens 1993, p. 39-40.

kan worden genoemd.[271] De grondwetgever heeft geen verband gelegd met de wetenschappelijke of academische vrijheid.

Voor het academisch ondernemerschap zou de vrijheid van onderwijs kunnen betekenen dat de overheid zich niet mag mengen in het al dan niet toelaatbaar maken van onderwijs dat niet geaccrediteerd is. Dat kan van invloed zijn op de toelaatbaarheid van nevenwerkzaamheden die bestaan uit het geven van onderwijs. De Centrale Raad van Beroep oordeelde in het kader van de onderwijsvrijheid uit artikel 23 Grondwet dat een college van bestuur (het bevoegd gezag) van een school onterecht het verzoek om buitengewoon verlof weigerde aan een leraar die in Zuid-Afrika onderwijs wilde geven.[272]

#### *5.3.3.2 De vrijheid van meningsuiting in de Grondwet*

De Nederlandse rechter en het EHRM (het Hof) noemen de academische vrijheid in het kader van de beoordeling van zaken over de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM. Deze zaken komen in paragraaf 5.4 aan de orde.

In de Nederlandse rechtspraak is de academische vrijheid in een arbeidsrechtelijke zaak in verband gebracht met de vrijheid van meningsuiting uit artikel 7 van de Grondwet.[273]

Daarnaast kon daartoe aanleiding zijn in een zaak over een vereiste vergunning vereist voor de export manuscripten. Beide zaken worden hierna besproken.

*Arbeidsrechtelijke zaak*

Een werkneemster van een ROC heeft in 2019 een boek gepubliceerd waarin zij geanonimiseerd schrijft over de gang van zaken bij de invoering van onderwijsvernieuwingen binnen het ROC.[274] De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst vanwege verstoorde arbeidshoudingen ontbonden en dit oordeel wordt door het Gerechtshof in stand gelaten, waarbij wel een billijke vergoeding is toegekend aan de werkneemster.[275] De werkneemster stelt vervolgens cassatie in, onder andere omdat er feitelijk sprake zou zijn van een beperking van de vrijheid van meningsuiting en niet zou zijn getoetst aan artikel 10 EVRM. De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan, maar in haar conclusie vindt AG De Bock dat de klacht op dit punt slaagt.

De conclusie gaat kort in op artikel 7 Grondwet. De meerwaarde van artikel 7 Grondwet ten opzichte van artikel 10 EVRM, in een arbeidsrelatie bestaat volgens de conclusie kort gezegd vooral uit de duidelijkheid dat bij bijvoorbeeld het publiceren van een boek geen voorafgaand verlof is vereist

271 Scholten 1928, p. 132.
272 CRvB 8 augustus 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:ZB4527, *AB* 1991, 576, m.nt. HH.
273 Ondergetekende was als student-stagiair betrokken bij een deel van deze zaak.
274 Conclusie AG De Bock, 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, par. 1.
275 *Ibid.*

(het 'censuur-verbod'). Dat aspect speelt niet in deze zaak en artikel 7 blijft daarom verder onbesproken.

De bespreking van artikel 10 EVRM zal hierna terugkomen in paragraaf 5.4.5.

*Vereiste vergunning voor export manuscripten.*

In 2013 deed de rechtbank Noord-Holland uitspraak over de vraag of de medische wetenschapper Fouchier van de Erasmus Universiteit een vergunning had moeten aanvragen voor de publicatie van een artikel in het Amerikaanse tijdschrift *Nature* over de overdracht van het Aviare-influenzavirus via de lucht van vogel op fret (zoogdier). De ter discussie staande vergunningsplicht is neergelegd in artikel 3 van de Europese Verordening nr. 428/2009. Die plicht geldt voor de uitvoer van producten voor tweeërlei gebruik (civiel en militair) die in Bijlage I van die verordening zijn genoemd. Het virus in kwestie is ook te vinden in die bijlage. De bijlage vermeldt een uitzondering voor 'informatie die voor iedereen beschikbaar is', voor 'fundamenteel wetenschappelijk onderzoek' en voor het voorzien in de noodzakelijke minimuminformatie bij octrooiaanvragen. Fouchier heeft de vergunning onder protest aangevraagd en heeft bij de belastingrechter (douanekamer) geprocedeerd tegen de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking.

De zaak draait hoofdzakelijk om de vraag of sprake is van 'fundamenteel onderzoek'. Ook is het de vraag of Fouchier voor het onderzoek informatie had gebruikt die al openbaar beschikbaar was, zodat er geen vergunningsplicht gold.

Kort gezegd oordeelde de rechtbank dat het belang van non-proliferatie (van potentiële biologische wapens) vooropstaat. De rechtbank kwam tot deze conclusie na raadpleging van de bronnen over de non-proliferatie, waaronder VN-resolutie 1540 van 28 april 2004 en het Wassenaar Arrangement, die aanleiding gaven tot de vaststelling van de Europese Verordening. De rechtbank ging dan ook uit van een 'beperkte uitleg' van het begrip fundamenteel onderzoek. Hierbij is overigens niet gekeken naar de bekende Frascatti Manual van de OECD, waarin gezaghebbende definities staan van fundamenteel en toegepast onderzoek. De teksten van Fouchier bevatten volgens de rechtbank informatie 'die toepasbaar is voor het ontwikkelen, de productie of de verspreiding van het virus als wapen, aangezien anderen aan de hand van de publicatie de technologie kunnen reproduceren'.[276]

De redenering en de afweging van belangen door de rechtbank zijn gebleven binnen het afwegingskader van de Europese Verordening waarin het belang van non-proliferatie als doelstelling van de Verordening voorop staat:

276 Rb. Noord-Holland 20 september 2013; ECLI:NL:RBNHO:2013:8527, par. 5.8 (Zie hoger beroep, waar procesbelang ontbrak, Hof Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2913).

> 'Een verplichting om een vergunning aan te vragen zal begrijpelijkerwijs de toegankelijkheid van het fundamenteel wetenschappelijk onderzoek in zekere mate belemmeren. Alhoewel het systeem van uitvoervergunningen niet in de weg staat aan de uitwisseling van verreweg de meeste onderzoeksgegevens, zal er wel een vertraging kunnen optreden. Dit nadeel weegt niet op tegen het belang van een adequate en doelmatige controle op de non-proliferatie van, zoals voor zover van belang in het onderhavige geval, biologische wapens. Verweerder heeft bovendien gewezen op de zogenaamde sondageprocedure uit zijn handboek, dat is gepubliceerd op zijn website. Met de sondageprocedure kan aan het nadeel gedeeltelijk tegemoet worden gekomen. In de belangenafweging moet het belang van de lidstaten bij een adequate controle op de non-proliferatie vooropstaan. Het bij voorbaat uitsluiten van de bevoegde autoriteiten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van fundamenteel wetenschappelijk onderzoek, waarop de uitzondering op de vergunningplicht van toepassing is en dit oordeel alleen te leggen in de handen van degene(n) die het fundamenteel wetenschappelijk onderzoek verrichten en daarover willen publiceren, leidt tot het gevaar dat met deze werkwijze lidstaten hun onder 5.5 genoemde verplichtingen niet (kunnen) nakomen. De veiligheidsbelangen van de gehele internationale gemeenschap liggen dan in de handen van de publicerende onderzoeker(s). Een onjuiste beoordeling kan in zo'n situatie tot onaanvaardbare gevolgen leiden. Dit is in het licht van de doelstellingen van de Verordening niet aanvaardbaar.'[277]

De afweging over de vraag of een vergunningsplicht voorafgaand aan een publicatie geoorloofd is, had ook kunnen plaatsvinden binnen het kader van artikel 7 Grondwet. In deze specifieke casus lag dat echter niet voor de hand, omdat de Europese Verordening voorrang heeft boven deze grondwetsbepaling.[278] Artikel 7 Grondwet luidt:

> '1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
> 2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending.
> 3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
> 4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.'

In dit afwegingskader zou openbaring van het onderzoek zonder voorafgaand verlof (dus ook zonder vergunning) juist vooropstaan, maar de wet kan hier beperkingen aan stellen. Er is bijvoorbeeld een beperking te vinden in de strafbaarstelling van uitingsdelicten in artikelen 137c-137g van het Wetboek

277 Rb. Noord-Holland 20 september 2013; ECLI:NL:RBNHO:2013:8527, r.o. 5.11.
278 HvJ EG 9 maart 1978, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*).

van Strafrecht. De vraag is of die beperking ook preventief mag zijn. De Hoge Raad heeft al in 1892 over de persvrijheid geoordeeld dat 'die openbaarmaking zelve niet door preventieve maatregelen mag worden belet'.[279] Artikel 7 Grondwet kent in die zin meer bescherming toe dan de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM, waarin 'prior restraint[s] on publications' niet absoluut zijn verboden.[280] Naast een voorafgaande vergunningplicht vanwege de inhoud van een publicatie, is ook een vergunningstelsel voor de verspreiding ervan door uitgevers of drukkerijen in strijd met artikel 7 Grondwet.[281]

Fouchier is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank, maar stuitte op een gebrek aan procesbelang. Hij had namelijk al zijn vergunning gekregen (hij had immers de vergunning onder protest aangevraagd bij de minister) en de manuscripten waren gepubliceerd. Het belang van duidelijkheid voor toekomstig wetenschappelijk onderzoek achtte het Gerechtshof van Amsterdam evenmin procesbelang:[282]

> 'Van het bestuursorgaan, noch van de bestuursrechter, kan in een geval waarin de uitkomst van de bezwaar- of beroepsprocedure niet in concreto tot een voor de betrokkene gunstiger resultaat kan leiden, een uitspraak worden gevraagd vanwege de principiële betekenis daarvan voor mogelijke toekomstige gevallen.'

Van een procesbelang is volgens het Hof pas sprake 'als het aanwenden van het rechtsmiddel de indiener in een betere positie kan brengen met betrekking tot het bestreden besluit zélf' of in het geval van schade waarvoor schadevergoeding wordt gevraagd. Fouchiers hoger beroep werd daarom niet-ontvankelijk verklaard.

#### *5.3.3.3 Andere grondrechten*

In een academische omgeving kunnen nog andere grondrechten van belang zijn voor onderzoekers, docenten of studenten, bijvoorbeeld het recht op een vrije arbeidskeuze. Dit recht is neergelegd in artikel 19, derde lid, Grondwet en luidt:

> 'Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.'

Het gaat hier om een recht op een keuze in beschikbare beroepen. Het recht omvat niet de vrije beroepsuitoefening als zodanig, anders dan artikel 15

279 HR 7 november 1892, W. 6259; HR 21 april 1910, W. 9018; *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 18 en *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 26.

280 Nieuwenhuis, *NJCM-bull.* 2011, p. 24. EHRM 26 november 1991, appl.no. 13585/88 (*The observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*).

281 HR 23 mei 1961, ECLI:NL:HR:1961:154, *NJ* 1961, 427.

282 Hof Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2913.

Handvest van de Grondrechten van de EU. Wel omvat het een recht om de keuze te realiseren, wat op hetzelfde neerkomt. Daarbij vallen nevenwerkzaamheden onder het begrip arbeid.

In een ambtenarenzaak heeft de Centrale Raad van Beroep (de Raad) geoordeeld dat een beperking voor een werknemer van het Rijksinstituut voor de Volksgezondheid en Milieuhygiëne (RIVM) om nevenwerkzaamheden te verrichten bij Bureau MilieuConsult Nederland (MCN), geen inbreuk vormt op het recht op een vrije arbeidskeuze.[283] Het ging hier om nevenwerkzaamheden die 'het terrein bestrijken waarop ook het RIVM werkzaam is, te weten milieubeheer'.[284] Er is dus sprake van belangenvermenging die schadelijk kan zijn voor de dienstvervulling:

> 'Het RIVM functioneert als kenniscentrum en objectieve voorlichter van de Nederlandse overheid op beleidsgebieden waarin veel tegengestelde belangen (bedrijfsleven, verkeer etc.) aan de orde zijn. Het verrichten van privé-werkzaamheden op dit terrein door medewerkers van het RIVM kan daarbij op diverse wijzen schade berokkenen aan die overheidsinstelling; enerzijds wanneer het RIVM moet adviseren in een situatie waarin adviezen van anderen (zoals MCN) moeten worden gewogen, anderzijds wanneer een privé-advies van RIVM-medewerkers geïdentificeerd wordt of kan worden met dit instituut en afbreuk kan doen aan het beeld van het RIVM als objectieve adviesinstantie.'[285]

De ambtenaar heeft aangevoerd dat zich geen probleem voordoet als MCN opdrachten vermijdt die op de specifieke terreinen liggen waarop het RIVM op dat tijdstip of in de nabije toekomst werkzaam is of zal zijn. Het vermijden van dergelijke opdrachten acht de Raad vrijwel onmogelijk, omdat het RIVM vaak onverwacht advies wordt gevraagd 'op diverse buiten de planning vallende gebieden'.[286] Mede om die reden laat de Raad de opdracht om de nevenwerkzaamheden met onmiddellijke ingang te beëindigen in stand.

In een andere zaak moest de Raad oordelen over het beperken van nevenwerkzaamheden door het academisch ziekenhuis Maastricht (azM).[287] Deze nevenwerkzaamheden zouden worden verricht bij een ander ziekenhuis. De grondslag voor de beperking was de cao Academische Ziekenhuizen. De Raad overwoog hier dat artikel 19, derde lid, Grondwet 'er niet aan in de weg staat dat uit de gemaakte keuze voor een beroep beperkingen kunnen voortvloeien voor het daarnaast verrichten van andere werkzaamheden'.[288] De Raad achtte de toestemmingsvereiste slechts aanvaardbaar:

283 CRvB 23 juni 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB5052, *TAR* 1994/179, mn.t. Riezenbos.
284 *Ibid.*
285 *Ibid.*
286 *Ibid.*
287 CRvB 27 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5749, r.o. 4.2.
288 *Ibid.*

> 'voor zover dat in concreto ertoe strekt te voorkomen dat, doordat betrokkene de uit de nevenbetrekking voortvloeiende werkzaamheden gaat verrichten, de goede vervulling van zijn functie (...) in het azM of de goede functionering van het azM, voor zover deze in verband staat met die functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.'[289]

Het toestemmingsvereiste was hier aanvaardbaar, omdat de rechter niet uitging van een inbreuk op het grondrecht. Het besluit stond toe dat de nevenwerkzaamheden voor één jaar werden uitgeoefend. In deze zaak vernietigde de Raad het besluit vanwege een motiveringsgebrek omtrent de aanvoering van concrete redenen voor de wenselijkheid om elk jaar te beoordelen of de belangen van azM niet worden geraakt. De Raad oordeelde dat 'jaarlijkse toestemming een zeer belastende beperking [is] van de vrijheid van arbeidskeuze'.[290]

### 5.3.4 Juridisch niet-bindende documenten

Er zijn in ieder geval twee juridisch niet-bindende documenten te noemen die relevant zijn voor het academisch ondernemerschap: 'Academische vrijheid in Nederland. Een begrippenkader en Richtsnoer' en de 'Richtsnoer omgang intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-ups'. Het eerste document is opgesteld door de KNAW en biedt uitleg over de academische vrijheid. Het tweede document is opgesteld door VSNU, NFU, KNAW en NWO en bevat 'principles' voor het aangaan van overeenkomsten met de industrie. Enkele principles hebben betrekking op de academische vrijheid.

*Academische vrijheid in Nederland. Een begrippenkader en Richtsnoer*
In 2021 publiceerde de KNAW een beschouwing over de academische vrijheid. De KNAW definieert de academische vrijheid als 'het beginsel dat medewerkers aan wetenschappelijke instellingen in vrijheid hun wetenschappelijk onderzoek kunnen doen, hun bevindingen naar buiten kunnen brengen en onderwijs kunnen geven'.[291]

Met verwijzing naar de proefschriften van Groen en Zoontjens schrijft de KNAW dat de vrijheid strikt is verbonden met de functie van een wetenschapper en een adequate beoefening van de wetenschap. De vrijheid geldt volgens de KNAW voor:[292]

> '- De keuze van te onderzoeken thema's,
> - De keuze en toepassing van de eigen onderzoeksvragen en -methoden,
> - De toegang tot informatiebronnen,

289 *Ibid.*
290 *Ibid.*, r.o. 5.2.
291 KNAW 2021, p. 22.
292 *Ibid.*

- Het publiceren en delen van informatie via conferenties, lezingen en lidmaatschap van wetenschappelijke groepen,
- De keuze om samenwerking met wetenschappelijke partners aan te gaan; en
- De invulling van het wetenschappelijk onderwijs.'

Volgens de KNAW moeten wetenschappers vrij zijn 'om hun eigen onderzoeksthema's te kiezen, de hypothesen te formuleren en een voorlopig standpunt te verwoorden, bijvoorbeeld in een wetenschappelijk debat'.[293] Zij mogen 'niet onder druk worden gezet om buitenwetenschappelijke overwegingen (zoals overwegingen van partijpolitieke of commerciële aard) in hun werk te betrekken'.[294] Onafhankelijkheid is volgens de KNAW een voorwaarde voor de academische vrijheid.[295]

De KNAW bespreekt de relatie met grondrechten aan de hand van het hiervoor besproken werk van De Baets.[296]

De academische vrijheid wordt begrensd door 'professionele normen en waarden en door eisen die voortvloeien uit de taken die de wet oplegt aan instellingen voor het hoger onderwijs'.[297] Die normen zijn te vinden in de Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit.

De KNAW noemt ook de verantwoordelijkheden die de academische vrijheid meebrengt. Voor de overheid is dat het respecteren van de academische vrijheid, het beschermen en het mogelijk maken daarvan. Ook moet de institutionele autonomie gegarandeerd worden, die aan de academische vrijheid raakt. Ook instellingen hebben verantwoordelijkheden en moeten de academische vrijheid respecteren ('grosso modo (…) bemoeien universitaire bestuurders [zich] alleen met het institutionele raamwerk en de richtlijnen voor wetenschappelijk onderzoek en onderwijs', zoals beleid ten aanzien van *open science*).[298] In dit kader meent de KNAW dat beperkingen van de academische vrijheid als het moeten binnenhalen van een bepaalde hoeveelheid opdrachtonderzoek aanvaardbaar kunnen zijn, 'mits ze vergezeld gaan van procedures om te zeer knellende normen bij te stellen, ze geen onwenselijke afhankelijkheid creëren – van bijvoorbeeld bedrijven – en er een evenwicht wordt gevonden tussen academische vrijheid en andere aspecten van goede wetenschapsbeoefening'.[299] Daarnaast dienen instellingen de academische vrijheid te beschermen ('tegen dwang en druk door de overheid, private financiers en medewetenschappers'[300]) en mogelijk te maken. De instellingen moeten 'hun samenwerking met bedrijven en het gebruik van commerciële diensten zo inrichten dat

293 *Ibid.*
294 *Ibid.*, p. 23.
295 *Ibid.*
296 *Ibid.*, p. 24-25.
297 *Ibid.*, p. 26.
298 *Ibid.*, p. 32.
299 *Ibid.*
300 *Ibid.*

de vrijheid en onafhankelijkheid in het geven van onderwijs gewaarborgd zijn'.[301] Zij hebben ook de zorgplicht om de principes van wetenschappelijke integriteit te stimuleren en te handhaven.[302]

De KNAW noemt een aantal spanningsvelden rondom de academische vrijheid, de grenzen ervan en de verantwoordelijkheden ervoor.[303] Een van die spanningsvelden betreft samenwerking met het bedrijfsleven. In dit kader noemt de KNAW de verantwoordelijkheid van wetenschappelijke instellingen, bedrijven en wetenschappers om onafhankelijkheid van wetenschappers goed contractueel vast te leggen. Daarnaast hebben de overheid en wetenschappelijke instellingen de verantwoordelijkheid voor het bieden van genoeg ruimte voor 'ongebonden onderzoek naast opdrachtonderzoek (…) en voor vrij onderwijs naast het gebruiken van diensten van techbedrijven' (zoals Zoom of Coursera).[304]

*Richtsnoer omgang intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-up*
Ter ondersteuning van het octrooibeleid van universiteiten hebben VSNU, NFU, KNAW en NWO in juli 2016 het juridisch niet-bindende 'Richtsnoer omgang intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-ups' vastgelegd. Dit vermeldt over de uitvindersregeling:

> 'De door de universiteiten, KNAW en UMC's ontvangen middelen (netto = inkomsten minus gemaakte kosten, meestal zijn dat in ieder geval octrooikosten maar dat kan ook andere kosten omvatten) worden bij alle universiteiten en UMC's verdeeld (Uitvindersregeling) tussen de Uitvinder(s), in privé of als vrij besteedbaar onderzoeksbudget, de betrokken onderzoeksgroep of afdeling en de instelling als geheel.'[305]

Het Richtsnoer kent ook 'standaardvoorwaarden' die gebaseerd zijn op de 'Principes voor Publiek Private Samenwerking' die VSNU en NFU in mei 2010 hebben gepubliceerd. Deze voorwaarden omvatten onder andere het recht om resultaten van gezamenlijk onderzoek ongeclausuleerd te publiceren en te gebruiken voor eigen onderwijs en onderzoek. Er kunnen afspraken over geheimhouding worden gemaakt, bijvoorbeeld met het oog op kennis met commerciële waarde die niet of niet adequaat te beschermen is zoals uitgevonden algoritmen. Ook zou contractueel moeten worden overeengekomen dat resultaten van vervolgonderzoek en de daarop te vestigen intellectuele eigendomsrechten aan de kennisinstelling behoren. Het doel hiervan is 'om de

301 *Ibid.*
302 *Ibid.*, p. 33.
303 KNAW 2021, par. 3.3. bespreekt ook de verantwoordelijkheden van wetenschappers.
304 *Ibid.*, p. 42.
305 Richtsnoer omgang intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-ups', juli 2016, p. 10-11.

academische vrijheid van de kennisinstelling te waarborgen'.[306] Dit is een opmerkelijke formulering, omdat niet wordt verwezen naar de academische vrijheid als individueel recht van onderzoekers, docenten en studenten uit artikel 1.6 WHW, maar naar de instellingsautonomie (van de universiteit als contractspartij).

De hiervoor genoemde 'Principes voor Publiek Private Samenwerking' bevatten enkele kernprincipes voor universiteiten en medische centra bij het aangaan van overeenkomsten met de industrie. Deze kernprincipes luiden:[307]

'1. Vrijheid van publicatie van eigen resultaten
2. Vrijheid van vervolgonderzoek
3. Vrijheid van vervolgonderzoek met derden
4. Vrijheid van gebruik van voorgrond [dat wil zeggen resultaten behaald binnen de samenwerking] in onderwijs
5. Eigendom van voorgrond volgt uitvinderschap/makerschap
6. Geen verplichte overdracht van voorgrond
7. Marktconforme vergoeding voor commercieel gebruik van voorgrond
8. Toestemming voor gebruik onder voorwaarde van een anti-ijskast-beding [dit wil zeggen een toezegging van de gebruiker om zich in te spannen een relevante gebruiksmogelijkheid voor resultaten te vinden]
9. Geen verplichting om toegang tot achtergrond [dit wil zeggen resultaten behaald buiten (voor of na) de samenwerking] te verschaffen buiten het project
10. Geen automatische toegang tot toekomstige resultaten/IE-rechten, niet zijnde voorgrondkennis'

Deze principes leggen de nadruk op de publicatievrijheid, de vrijheid van onderzoek en de intellectuele eigendomsrechten. Of deze rechten toekomen aan de universiteit of aan de wetenschapper, is niet duidelijk. Hierbij moet benadrukt worden dat VSNU en NFU deze beginselen hebben geformuleerd: het zijn koepelorganisaties die de belangen van werkgevers behartigen bij het cao-overleg. Het is onduidelijk in hoeverre wetenschappers en studenten hierbij betrokken zijn geweest. Ter vergelijking: de Verenigde Staten kennen de uitgebreide 'Recommended Principles to Guide Academy-Industry Relationships', waarin 56 principes zijn opgenomen. Deze zijn geformuleerd door de American Association of University Professors (AAUP), een gezaghebbende vereniging voor wetenschappelijk personeel die in 1921 is opgericht en opkomt voor de academische vrijheid. Het lijkt erop dat die Amerikaanse beginselen meer vanuit de individuele academische belangen zijn geschreven, terwijl de beginselen van VSNU en NFU meer vanuit de belangen van de instelling zijn geformuleerd. De instellingen, die vertegenwoordigd worden door de koepelorganisaties, staan echter wel open voor medezeggenschap van de werknemers.

306 *Ibid.*, p. 11.
307 Principes voor Publiek Private Samenwerking. Principes voor Publiek Private Samenwerking, mei 2010

In de Verenigde Staten heeft het Supreme Court het recht op academisch zelfbestuur (als onderdeel van het First Amendment) juist afgewezen.[308] In Nederland kunnen ook de werknemers- en wetenschapsvakbonden via de cao tegenwicht bieden aan de belangen van de werkgever. Ook de gezaghebbende KNAW kan als 'forum, stem en geweten van de wetenschap' een vergelijkbare rol spelen als de AAUP, al is het lidmaatschap daarvoor niet open voor iedere hoogleraar. De KNAW brengt desalniettemin kritische rapporten uit, zoals 'Wetenschap op bestelling',[309] dat handelt over wetenschappelijke integriteit en daarvoor beginselen formuleert. Een ander belangwekkend rapport van de KNAW is 'Benutting van octrooien op resultaten van wetenschappelijk onderzoek', dat aanbevelingen geeft over de praktijk van *technology transfer offices*.[310] KNAW, NWO en VSNU hebben ook het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit opgericht, dat tot taak heeft het bestuur van een instelling te adviseren over klachten inzake schending van wetenschappelijke integriteit.[311]

### 5.3.5 Tussenconclusie

De academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW waarborgt het recht van docenten, onderzoekers en studenten om in vrijheid onderwijs te geven, onderzoek te verrichten en onderwijs te ontvangen. Die rechten zijn relatief. De onderzoeker heeft recht om zelf het onderzoeksthema te initiëren, maar dit thema moet passen in het onderzoeksprogramma van de faculteit dat in relatie staat tot het nationaal wetenschapsbeleid. Daarnaast moet het onderzoek voldoen aan maatschappelijke en ethische normen en aan door vakgenoten erkende maatstaven. In de subparagraaf 5.2.3.4 is de beperking van dit recht in de context van contractonderzoek besproken.

De jurisprudentie over de academische vrijheid gaat beperkt over de context van het academisch ondernemerschap. Uit de in paragraaf 5.3.1.2 besproken Wob-jurisprudentie valt te herleiden dat de academische vrijheid niet beschermt tegen openbaarmaking van gegevens (van een opdrachtonderzoek) door het college van bestuur vanwege een Wob-verzoek. In paragraaf 5.3.1.3 is een arbeidsrechtelijke zaak besproken waarin een hoogleraar niet voldeed

308 Supreme Court, *Minnesota State Board for Community Colleges v Knight*, 465 USD 271 (1984).
309 KNAW 2005.
310 Deze aanbevelingen zijn: (1) zorg voor onderlinge intervisie van tto's, (2) zorg voor een stevig mandaat voor tto's waarbij geïnvesteerd moet worden in medewerkers met een passende expertiseniveau, (3) stimuleer dat tto's binnen twee jaar via een openbaar toegankelijke website inzichtelijk maken hoe de kansen voor octrooien zijn benut, (4) doordring onderzoekers van het belang van het identificeren van octrooien en (5) zet voor een aantal specifieke wetenschapsgebieden en markten in op landelijke tto's; er kunnen door technologiestichting STW tenders worden uitgezet voor 3-5 landelijke tto's (KNAW 2014).
311 Art. 3 Reglement LOWI.

aan bepaalde output-normen, waaronder het inverdienvermogen (het binnenhalen van externe middelen). Volgens de Centrale Raad van Beroep staat de academische vrijheid er niet aan in de weg dat het functioneren van een hoogleraar behoeft te voldoen aan bepaalde, algemeen erkende, meetbare randvoorwaarden. In deze uitspraak is niet ingegaan het recht om het eigen onderzoeksthema te bepalen.

De besproken nevenrechten van de academische vrijheid lijken in beperkte mate relevant te zijn in de context van het academisch ondernemerschap. In de juridisch niet-bindende 'Richtsnoer omgang intellectuele eigendomsrechten (IER) richting academische start-ups', die in paragraaf 5.3.4 is besproken, is wel relevant dat daarin kernprincipes zijn opgenomen bij het aangaan van contracten met industriële partijen. Het richtsnoer noemt onder andere als kernprincipes: de vrijheid van publicatie van eigen resultaten, de vrijheid van vervolgonderzoek, de vrijheid van vervolgonderzoek met derden en de vrijheid tot het gebruikmaken van onderzoeksresultaten (de voorgrond) in het onderwijs.

## 5.4 Europees recht

### 5.4.1 Academische vrijheid in het Handvest van de Grondrechten van de EU

Artikel 13 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (Handvest) bevat de volgende bepaling over de vrijheid van kunsten en wetenschappen:

> 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geeërbiedigd.'

Volgens de toelichting bij deze bepaling vloeit dit recht op de eerste plaats voort 'uit de vrijheid van gedachte en de vrijheid van meningsuiting.'[312] Bij de uitoefening van dit recht moet artikel 1 van het Handvest (eerbiediging en bescherming van de menselijke waardigheid) in acht worden genomen.[313] Dit recht kan bovendien onderworpen zijn aan beperkingen die zijn toegestaan op grond van artikel 10 EVRM.[314]

312 Toelichtingen (*) bij het Handvest van de grondrechten van 14 december 2007 (2007/C 303/03): 'Dit recht vloeit op de eerste plaats voort uit de vrijheid van gedachte en de vrijheid van meningsuiting. Het wordt uitgeoefend met inachtneming van artikel 1 en kan worden onderworpen aan de beperkingen die krachtens artikel 10 van het EVRM zijn toegestaan.'

313 De menselijke waardigheid vormt de grondslag van alle grondrechten (Toelichting ad artikel 1 Toelichtingen (*) bij het Handvest van de grondrechten van 14 december 2007 (2007/C 303/03)).

314 Toelichting ad artikel 13 Toelichtingen (*) bij het Handvest van de grondrechten van 14 december 2007 (2007/C 303/03).

Het Handvest bindt instellingen en organen van de Europese Unie en de lidstaten. De lidstaten zijn alleen gebonden aan de bepalingen van het Handvest wanneer zij het Europees recht ten uitvoer brengen. De beperkingen van de rechten van het Handvest moeten bij wet worden gesteld en de 'wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen'. Deze beperkingen mogen bovendien alleen worden gesteld met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel.[315] Dat wil zeggen dat een beperking noodzakelijk moet zijn en daadwerkelijk moet beantwoorden aan een 'erkende doelstelling van algemeen belang' of 'aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' van de Europese Unie. De erkende doelstellingen van de Europese Unie zijn te herleiden uit artikel 3 VEU. Een van die doelstellingen is wetenschappelijke en technische vooruitgang te bevorderen.

Artikel 53 van het Handvest waarborgt het niveau van bescherming door bestaande rechten in het Europees en internationaal recht, in het bijzonder het EVRM, en door de nationale grondwetten.

Bepalingen als artikel 13 Handvest kunnen in het EU-recht ruimer worden uitgelegd dan corresponderende bepalingen uit het EVRM.[316] Om te beoordelen of een eventuele beperking van de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek gerechtvaardigd is, is het relevant of de beperking is toegestaan onder artikel 10, tweede lid, van het EVRM.

Op 6 oktober 2020 heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie uitspraak gedaan naar aanleiding van een inbreukprocedure van de Europese Commissie tegen Hongarije.[317] Hongarije heeft in een nationale wet op het hoger onderwijs bepaald dat (a) een buitenlandse hogeronderwijsinstelling (die niet is gevestigd in een andere EER-lidstaat) een opleidingsactiviteit die tot de toekenning van een diploma leidt, alleen op Hongaars grondgebied mag uitoefenen wanneer er een voorafgaande internationale overeenkomst is tussen Hongarije en de staat waar de instelling haar zetel heeft.[318] Die instelling, ook als die is gevestigd in een EER-lidstaat, moet bovendien (b) als instelling voor hoger onderwijs zijn erkend in het land waarin zij is gevestigd en daar ook daadwerkelijk een hogeronderwijsopleiding aanbieden.[319] Het niet voldoen aan deze eisen leidt tot intrekking van de vergunning van de buitenlandse hogeronderwijsinstellingen.[320] Het Hof van Justitie oordeelt dat Hongarije haar verplichtingen niet nakomt met betrekking tot:

– De nationale behandelingsclausule uit artikel XVII General Agreement on Trade in Services.[321]

315 Art. 5 lid 4 VEU.
316 Art. 52 lid 3, Handvest van de grondrechten van de EU.
317 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, EHRC 2020-0244, m.nt. Morijn.
318 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 21-22 en bijhorende samenvatting voor de vereenvoudigde formulering.
319 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 23-24.
320 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 25.
321 Zie uitgebreid over onderwijsdiensten in de GATS: Verger 2010, hoofdstuk 2.

– De vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU en de vrijheid van diensten van artikel 56 VWEU en artikel 16 van de Dienstenrichtlijn (voor zover het gaat om maatregel (b)).
– De academische vrijheid van artikel 13, tweede lid, alsmede de vrijheid om instellingen voor onderwijs op te richten voortvloeiend uit artikel 14, lid 3 en de vrijheid van ondernemerschap uit artikel 16 Handvest van de Grondrechten van de EU.

In deze uitspraak legt het Hof van Justitie voor het eerst uit wat de reikwijdte van de academische vrijheid inhoudt. Volgens het Hof van Justitie houdt de academische vrijheid verband met het in artikel 10 EVRM verankerde recht op vrijheid van meningsuiting.[322] Dit legt het Hof van Justitie als volgt uit:

> 'Bezien vanuit dit specifieke perspectief moet de academische vrijheid, zowel in het onderzoek als in het onderwijs, de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden waarborgen, met de precisering dat deze vrijheid niet beperkt is tot academisch of wetenschappelijk onderzoek, maar zich tevens uitstrekt tot de vrijheid van universiteiten om vrijelijk hun standpunten kenbaar te maken (EHRM, 27 mei 2014, Mustafa Erdoğan e.a. tegen Turkije, CE:ECHR:2014:0527JUD000034604, § 40).'[323]

De academische vrijheid waarborgt dus de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden.

Vervolgens gaat het Hof van Justitie verder dan de jurisprudentie over artikel 10 EVRM en neemt het Hof de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott over waarin de academische vrijheid breder is opgevat.[324]

Het Hof van Justitie verwijst naar Aanbeveling 1762 (2006) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa van 30 juni 2006 ('Academische vrijheid en autonomie van universiteiten').[325] Het hof maakt daaruit op dat 'de academische vrijheid ook een institutionele en organisatorische dimensie heeft, aangezien de band met een infrastructuur een essentiële voorwaarde voor de uitoefening van onderwijs- en onderzoeksactiviteiten vormt.' Zoals in paragraaf 5.2.1 is gezegd, verwijst het Hof van Justitie in deze zaak ook naar Aanbeveling betreffende het statuut van het onderwijzend personeel in het hoger onderwijs, van de Algemene Vergadering van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco) van 11 november 1997. Daarin staat volgens het Hof van Justitie dat '[d]e autonomie de institutionele uitdrukking van de academische vrijheden is en een

322 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 223.
323 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 224.
324 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 226.
325 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 227.

noodzakelijke voorwaarde is om leerkrachten en hogeronderwijsinstellingen in staat te stellen hun taken te vervullen' en '[h]et de plicht van de lidstaten is om de autonomie van hogeronderwijsinstellingen te beschermen tegen bedreigingen, door wie dan ook'.[326]

Het Hof oordeelt dat de Hongaarse maatregelen 'de academische activiteit van de betrokken buitenlandse hogeronderwijsinstellingen op het Hongaarse grondgebied in gevaar kunnen brengen en de betrokken universiteiten dus de autonome infrastructuur kunnen ontnemen die nodig is voor de uitvoering van hun wetenschappelijk onderzoek en voor de uitoefening van hun pedagogische activiteiten.'[327] Deze maatregelen kunnen de in artikel 13 van het Handvest beschermde academische vrijheid dus beperken. Het Hof oordeelt dat die beperking niet kan worden gerechtvaardigd met een erkende doelstelling van algemeen belang op grond van een in artikel 52, eerste lid, Handvest van de Grondrechten van de EU.[328]

Dat geldt ook voor de beperkingen van artikel 14, derde lid, en artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Artikel 16 Handvest kent de vrijheid van ondernemerschap. De vrijheid om economische of handelsactiviteiten uit te oefenen, alsmede de contractuele vrijheid, heeft het Hof van Justitie blijkens de toelichting erkend. De vrijheid tot oprichting van openbare of particuliere instellingen voor onderwijs wordt gewaarborgd als een aspect van de vrijheid van ondernemerschap en deze vrijheden worden door het Hof van Justitie daarom samengenomen.[329] De maatregelen maken de mogelijkheid voor hogeronderwijsinstellingen om in Hongarije een hogeronderwijsinstelling op te richten of daar een dergelijke bestaande instelling te blijven exploiteren, onzeker of sluiten die mogelijkheid uit.[330] Er is daarom sprake van een inbreuk op de zojuist genoemde vrijheden, een inbreuk die niet gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 52, eerste lid, Handvest van de Grondrechten van de EU.

Los van deze uitspraak kan in het kader van onderwijsdiensten worden gewezen op artikel 15 van het Handvest van de Grondrechten van de EU waarin het recht is neergelegd om te werken en een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen. De pendant van dit recht is artikel 19, derde lid, Grondwet. Artikel 15 Handvest kan potentieel van belang zijn bij het eventueel limiteren van de verrichting van nevenwerkzaamheden bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen. Ten slotte is relevant het recht op eigendom, geregeld in artikel 17 Handvest, inclusief het intellectuele eigendom.

326 *Ibid.*
327 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 228.
328 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 228, 239.
329 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 232.
330 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792, r.o. 233.

### 5.4.2 Het recht op onderwijs uit het EVRM

Overeenkomstig met artikel 23 Grondwet erkent artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM het recht op onderwijs. Deze bepaling luidt:

> 'Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.'

De zaak *Turkse Taal* draaide om de beëindiging door de wetgever van de bekostiging van het geven van onderwijs in de Turkse taal. De Hoge Raad oordeelde hierover dat artikel 2 EP EVRM geen aanspraak geeft op de mogelijkheid onderwijs te volgen in een bepaalde taal en ook geen verplichting inhoudt voor de staat om dit onderwijs aan te bieden of te subsidiëren. Het recht op onderwijs omvat volgens advocaat-generaal De Bock drie aspecten:

> '(1) het (gelijke) recht op toegang tot bestaande onderwijsinstellingen,
> (2) het recht op onderwijs in een bepaalde (lands)taal en
> (3) het recht op officiële erkenning van bepaalde studies.'

Artikel 2 EP EVRM is het enige sociale grondrecht in het EVRM.[331] Uit deze bepaling volgt zoals gezegd geen aanspraak op staten om een bepaald soort onderwijs gesubsidieerd te krijgen.[332] Hoewel het hoger onderwijs valt onder het onderwijsbegrip, heeft deze bepaling in de praktijk geen noemenswaardige betekenis voor de academische vrijheid in het kader van het academisch ondernemerschap.

### 5.4.3 De vrijheid van meningsuiting uit het EVRM

De uiting van meningen is een belangrijk aspect van het onderwijs- en wetenschapsbedrijf.[333] De uitspraak *Sapan tegen Turkije,* die hierna wordt besproken, lijkt met het oog op de bredere academische vrijheid ook de vrijheid van meningsuiting breed te benaderen. Deze uitspraak verwijst namelijk niet alleen naar academische uitingen, maar ook naar handelingen als onderdeel van de academische vrijheid. Die academische vrijheid wordt beschermd onder het recht op vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM.[334]

331 AG De Bock 24 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:992.
332 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2341.
333 Zie ook Groen 2017, par. 2.2.1.
334 Soms komt een zaak over academische vrijheid bij het EHRM via een klacht over artikel 6 EVRM. Zie EHRM 20 oktober 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1020JUD003912805.

Het Hof weegt de academische vrijheid af binnen het kader van artikel 10 EVRM. Krachtens artikel 10, eerste lid, EVRM heeft een ieder recht op de vrijheid van meningsuiting:

> '1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio- omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
> 2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.'

Onder de reikwijdte van vrijheid van meningsuiting valt:
- de vrijheid om een mening te koesteren;
- de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te verstrekken;
- de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen.

De vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te verstrekken omvat inlichtingen of denkbeelden die gaan over politieke zaken, artistieke zaken, religieuze zaken, maar ook commerciële zaken.[335] Het Hof maakt bovendien onderscheid tussen feiten en waardeoordelen.[336] Beide vallen onder het beschermingsbereik van artikel 10 EVRM, waarbij het Hof eerder een schending van artikel 10 EVRM vaststelt als het beperkte waardeoordeel een feitelijke basis heeft. Voor journalisten heeft het Hof geoordeeld dat er ruimte moet zijn om fouten te maken.[337] Ook 'academisch spreken' valt onder de vrijheid van meningsuiting. De academische vrijheid kwam in de hieronder behandelde uitspraak *Sorguç tegen Turkije* aan de orde in het kader van de belangenafweging tussen de goede naam van een universitair docent en de uitingsvrijheid van een hoogleraar. Overigens gelden de grondrechten uit het EVRM ook voor ambtenaren, maar hebben staten een zekere beoordelingsmarge in het bepalen of een beperking van die rechten gerechtvaardigd is. Deze marge is niet zodanig groot dat er willekeur kan ontstaan. Zo was het ontslag van een

335 EHRM 20 november 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283.
336 EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582 (*Lingens/Oostenrijk*), EHRM 27 februari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD002695895 (*Jerusalem/Oostenrijk*); EHRM 26 februari 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD002927195 (*Dichand e.a./Oostenrijk*).
337 EHRM 28 september 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0928JUD002811495 (*Dalban*).

aangestelde lerares die politiek actief was bij de Deutsche Kommunistische Partei volgens het Hof disproportioneel. Ze kon hierdoor geen andere baan vinden in de publieke sector, terwijl zij legale activiteiten verrichtte en geen antidemocratische ideeën overbracht op leerlingen.[338]

De vrijheid van meningsuiting is niet ongelimiteerd. Een beperking is geoorloofd als deze 'bij wet' (in het recht in het algemeen) is voorzien, een legitieme doelstelling nastreeft die is genoemd in het tweede lid van artikel 10 EVRM, en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dat laatste houdt in dat de beperking geschikt is om de doelstelling te bereiken en daarvoor noodzakelijk is (de proportionaliteitstoets). Over commerciële uitingen heeft het Hof geoordeeld dat het bij de afweging van de proportionaliteitstoets een ruimere beoordelingsmarge toekent aan de verdragsstaten wanneer zij deze uitingen beperken.[339]

Er zijn ten minste elf Straatsburgse uitspraken die relevant zijn voor de vrijheid van meningsuiting met betrekking tot academische zaken.[340] Deze uitspraken gaan niet direct over het academisch ondernemerschap, maar bieden wel inzicht in de betekenis van de academische vrijheid in het kader van beoordelingen van inbreuken op artikel 10 EVRM.

*T/het Verenigd Koninkrijk: Academisch schrijven in de gevangenis*

De zaak *T tegen het VK* uit 1983 gaat over een persoon die een gevangenisstraf moet uitzitten wegens gewelddadig gedrag tijdens een afstudeerceremonie van Cambridge University.[341] Tijdens zijn verblijf in de gevangenis wil hij papier om op te schrijven en academische stukken versturen. Ook wil hij boeken, kranten en tijdschriften ontvangen. In al deze zaken wordt deze persoon beperkt. Bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (destijds het voorportaal van het Hof) klaagt hij over een inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting. Ook klaagt hij over de mogelijkheid dat zijn academische stukken onderzocht worden.

De Europese Commissie oordeelt dat artikel 10 EVRM inderdaad is geschonden met de weigering van toegang tot schrijfpapier en het kunnen versturen van academische geschriften. Dat geldt ook voor de beperking van de ontvangst van kranten en tijdschriften. Er is echter geen schending vastgesteld op basis van de beperking van de ontvangst van boeken, omdat deze maatregel

338 EHRM 26 september 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, *NJ* 1996, 545 en in *NJCM-Bulletin* 1996, p. 523-536, m.nt. Hofman. Genoemd in Agerbeek, *NTM/NJCM-Bull.* 2003, p. 735. Vgl. recenter EHRM 17 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1117JUD005900108, *EHRC* 2017/50, m.nt. Geurink.

339 EHRM (GK) 13 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406. Zie ook r.o. 5.2.6 van HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841.

340 Eerder ook uitgebreid besproken in Groen 2017, p. 61-65. Zie verder in het kader van privacy (EHRM 28 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007083813) en televisie-optredens (EHRM 19 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD002023306).

341 EcvRM 12 oktober 1983, ECLI:CE:ECHR:1981:1105JUD000721575.

proportioneel is ter voorkoming van wanorde. Ook is er geen schending van artikel 10 EVRM vastgesteld wat betreft het onderzoek (*scrutiny*) van de academische geschriften in de gevangenis. De zaak is niet doorgezet naar het Hof.

Deze zaak is om twee redenen van belang. Ten eerste valt het kunnen schrijven van academische geschriften bij vrijheidsontneming onder artikel 10 EVRM. Deze uitspraak doet denken aan de uitspraak *Hirst* van 6 oktober 2005, die in het Verenigd Koninkrijk fel bekritiseerd is.[342] In die uitspraak oordeelde de Grote Kamer van het Hof dat het recht op vrije verkiezingen uit artikel 3 EP EVRM ook toekomt aan gedetineerden.[343] Deze lijn werd in 2010 in de zaak *Greens* en in 2012 in de zaak *Scoppola* bevestigd.[344] Er kan van uit worden gegaan dat het Hof hetzelfde zou oordelen over de vrijheid van meningsuiting van gedetineerden. Ten tweede valt op dat deze zaak een positieve verplichting impliceert voor de staat: een verplichting om het academisch schrijven mogelijk te maken. Met deze uitspraak worden ook andere handelingen dan uitingen binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM getrokken, zoals het ontvangen van tijdschriften. Deze uitspraak doet overigens denken aan de klassieke uitspraak *De Schans* van de Hoge Raad uit 1982, waarin is geoordeeld dat gedetineerden het recht hebben op een vergaderruimte om hun vrijheid van vergadering te kunnen uitoefenen. Ook in het nationale recht is een dergelijke positieve verplichting ten aanzien van gedetineerden aanvaard.

*Hertel/Zwitserland: Spanningen tussen commerciële belangen en academische belangen*
De zaak *Hertel tegen Zwitserland* uit 1998 draait om de gepensioneerde wetenschapper Hertel die samen met anderen onderzoek heeft gedaan naar de verschillen in gezondheidseffecten tussen voedsel dat in een magnetron is bereid en conventioneel gekookt voedsel.[345] Hertel heeft het artikel dat de neerslag van het onderzoek was, gepubliceerd in het tijdschrift *Journal Franz Weber*, dat geen wetenschappelijk tijdschrift is, maar zich ook niet richt op leken (waarschijnlijk een vaktijdschrift). Hierbij heeft het tijdschrift een *editorial* geschreven. Op de cover van de uitgave staat Magere Hein afgebeeld en de ondertitel luidt: 'het gevaar van magnetrons: wetenschappelijk bewijs'. Anders dan de medeauteurs heeft Hertel niet uitdrukkelijk van de wijze van publicatie afstand genomen. Een vereniging van magnetronfabrikanten is naar aanleiding hiervan een procedure tegen Hertel begonnen, omdat het onderzoek niet zou voldoen aan de maatstaven voor wetenschappelijk onderzoek. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een verbod van de rechter om de conclusies in het openbaar

342 EHRM (GK) 6 oktober 2010, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501.
343 EHRM 6 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501.
344 EHRM (GK) 22 mei 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605; EHRM 23 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1123JUD006004108, *AB* 2011/123, m.nt. Uzman.
345 EHRM 25 augustus 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194, *IER* 1998/43, m.nt. Kamperman Sanders. Zie Groen 2017, p. 61.

te herhalen. In de woorden van annotator Dommering is deze zaak 'een botsing tussen de academische vrijheid en mededingingsnormen'.[346] Dommering haalt een relevante passage aan uit de uitspraak van het Zwitserse Federale Hof:

> 'Anyone claiming scientific freedom is therefore wholly free to expound his knowledge in the academic sphere but, where competition is concerned, he may not claim to have the truth on his side where the opinion that he is putting forward is disputed. An opinion which has not been confirmed scientifically must in particular not be misused as a disguised form of positive or negative advertising of one's own work or the work of others. In the present case that is all the more true as the Commercial Court expressly left the applicant free to base his proposition on new scientific findings.'[347]

Het Zwitserse Federale Hof stelt dus grenzen aan de wetenschappelijke vrijheid waar mededingingsbelangen worden geraakt. In die gevallen mogen geen meningen verpakt als wetenschap worden verkondigd die bedrijven zouden schaden. Het Hof lijkt hier uit te gaan van een wetenschapsopvatting waarbij er geen strijd is tussen verschillende scholen.

Het EHRM oordeelt dat de beperking disproportioneel is. Hierbij is relevant dat Hertel zich in zijn eigen tekst voorzichtig heeft uitgedrukt. De wijze waarop is gepubliceerd is bovendien niet aan hem toe te rekenen. Ook was de oplage en de doelgroep beperkt. Het feit dat Hertels analyse een minderheidsvisie is, doet hier niet aan af. Het zou onredelijk zijn de vrijheid van meningsuiting alleen toe te kennen aan algemeen aanvaarde ideeën. Het Hof overweegt:

> 'The effect of the injunction was thus partly to censor the applicant's work and substantially to reduce his ability to put forward in public views which have their place in a public debate whose existence cannot be denied. It matters little that his opinion is a minority one and may appear to be devoid of merit since, in a sphere in which it is unlikely that any certainty exists, it would be particularly unreasonable to restrict freedom of expression only to generally accepted ideas.'[348]

Deze uitspraak was positief voor Hertel, maar laat tegelijkertijd ruimte voor toekomstige gevallen, waarin commerciële belangen zwaarder kunnen wegen dan de uitlatingen van een wetenschapper. In een noot spreekt Kabel uit dat eventuele strijdigheid van academische publicaties met het mededingingsrecht onwenselijk is. Groen brengt in reactie op dit argument naar voren dat dit de academische wereld gevoeliger zou maken voor 'verregaande infiltratie van commerciële belangen', omdat binnen de muren van de universiteit

346 EHRM 25 augustus 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194, *NJ* 1999, 712.
347 EHRM 25 augustus 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194, r.o. 23.
348 EHRM 25 augustus 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194, r.o. 50.

geoorloofd zou zijn wat daarbuiten niet geoorloofd is.[349] Groen kent wel net als het Hof veel gewicht toe aan deelname aan het debat in het algemeen belang, maar houdt de mogelijkheid open dat schadeveroorzakende uitlatingen in sommige gevallen onrechtmatig zijn.[350]

Kamperman Sanders beschouwt deze uitspraak in zijn annotatie in het tijdschrift *IER* binnen de context van de ondernemende universiteit als volgt:

> 'Dat de grens tussen commerciële en niet-commerciële uitingen, zeker waar het gaat om hybride uitingen, niet altijd duidelijk te trekken is moge duidelijk zijn. Een gevolg van de opkomst van de ondernemende universiteit waarin onderzoek gesponsord wordt zal immers ook wetenschappelijke onderzoeksresultaten een meer hybride karakter geven. Hier laat het recht van oneerlijke mededinging de rechter echter voldoende ruimte te bepalen wat commercieel is en wat niet.'[351]

Kamperman Sanders merkt verder op dat een wetenschappelijke uiting in de Verenigde Staten ook niet vrij is van alle beperkingen, maar wel een speciale status heeft. In de Verenigde Staten erkent het Supreme Court volgens hem de figuur van hybride uitlatingen en differentieert het daarbinnen tussen commerciële en niet-commerciële uitlatingen.[352] De vrijheid van meningsuiting (the First Amendment right) kan zich niet uitstrekken tot alle uitlatingen wanneer er 'in essentie commerciële uiting[en]' zijn die gemaskeerd worden 'door vermenging met neutrale academische inhoud'. Het Supreme Court bedient zich hier van een vorm van categorisering van grondrechten, waarbij onderscheid in de beschermingsintensiteit wordt gemaakt op basis van de inhoud van de uiting.[353] Het EHRM lijkt in de latere uitspraak *Mouvement raëlien suisse v Switzerland* ook een dergelijke categorisering toe te passen, maar dan voor commerciële en politieke uitingen:

> 'The Court takes the view that the type of speech in question is not political because the main aim of the website in question is to draw people to the cause of the applicant association and not to address matters of political debate in Switzerland. Even if the applicant association's speech falls outside the commercial advertising context – there is no inducement to buy a particular product – it is nevertheless closer to commercial speech than to political speech *per se*, as it has a certain proselytising function. The State's margin of appreciation is therefore broader.'[354]

Het Europese mensenrechtenhof maakt dus ook een onderscheid tussen uitingen die van belang zijn voor het publieke debat en commerciële uitingen. Bij

349 Groen 2017, p. 61-62.
350 *Ibid*.
351 In: *IER* 1998/43, m.nt. Kamperman Sanders.
352 Met verwijzing naar Gordon & Breach Science Pub. V. AM. INST. OF PHYS., 905 F. Supp. 169 (S.D.N.Y. 1995).
353 Gerards & Bomhoff, *Ars Aequi* 2007, p. 147
354 EHRM (GK) 13 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406, r.o. 62.

het toetsen van beperkingen van commerciële uitingen kent het Hof de staten een bredere beoordelingsmarge toe.

Het is onduidelijk in hoeverre de bescherming van 'academic speech' verdergaat dan die van andere uitingen (zoals journalistieke of politieke uitingen) die relevant zijn voor het publieke debat. De 'academische spreker' is in zoverre vergelijkbaar met de journalist dat zij beiden een functie hebben als informatieverstrekker en 'publieke waakhond'. In een zaak over de vervolging van een politicus, tevens advocaat en academicus, kwam de vraag aan de orde of deze persoon zich uitte als *scholar* toen hij in een traktaat de Armeense genocide ontkende, dit drukwerk uitdeelde bij een politieke organisatie en bovendien over dit onderwerp een voordracht hield.[355] Het Hof beoordeelde of het hierbij ging om beweringen over historische onderwerpen, die in de regel worden geacht het algemeen belang te raken (publiek debat):

> '229. To assess the weight of the applicant's interest in the exercise of his right to freedom of expression, the Court must first examine the nature of his statements. (...).
> 230. (...) Statements on historical issues, whether made at public rallies or in media such as books, newspapers, or radio or television programmes are as a rule seen as touching upon matters of public interest. (...)
> 231. The Chamber found that the applicant's statements had been of a historical, legal and political nature. The Swiss Government and some of the third parties [zoals de Group of French and Belgian academics', A.M.] disagreed, essentially on the basis that the applicant had not proceeded in a scholarly and dispassionate manner and in the spirit of open-mindedness characteristic of proper historical debate. The Grand Chamber cannot accept this argument [van de Chamber, A.M.]. Even though the applicant's statements touched upon historical and legal issues, the context in which they were made – at public events where the applicant was speaking to like-minded supporters – shows that he spoke as a politician, not as a historical or legal scholar.'[356]

Op basis van de omstandigheden waarin de uitingen zijn gedaan en verspreid (bij de politieke organisatie) kwam het Hof tot de conclusie dat het hier *niet* gaat om academische uitlatingen, maar om politieke uitlatingen.

Wat dat precies betekent voor de beschermingsintensiteit van artikel 10 EVRM is onduidelijk. Beide typen uitingen (politiek en academisch) dienen doorgaans het algemeen belang. In de rest van de overwegingen toetste het Hof of sprake was van een uiting met een algemeen belang of een uiting die geweld, haat, xenofobie of een andere vorm van intolerantie promoot. Dat bleek niet het geval. Aangezien het gaat om een uiting die het algemeen belang betreft hebben de staten volgens de jurisprudentie een gelimiteerde beoor-

355 EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2013:1217JUD002751008.
356 *Ibid.*, r.o. 229-231.

delingsmarge bij de beperking van de uiting. Na een belangenafweging kwam het Hof dan ook tot het oordeel dat artikel 10 EVRM is geschonden.

*Wille/Liechtenstein: Politieke bemoeienis naar aanleiding van academisch commentaar*
De zaak *Wille tegen Liechtenstein* uit 1999 gaat over politieke bemoeienis naar aanleiding van een lezing.[357] De klager Wille in deze zaak is een voormalig parlementariër en ten tijde van de klacht president van het bestuursrechtelijk hof (Verwaltungsbeschwerdeinstanz). Wille heeft bij het onderzoeksinstituut Liechtenstein-Institut een serie openbare lezingen gegeven over constitutionele jurisdictie en fundamentele rechten. In een lezing heeft Wille zijn gezichtspunt geuit, inhoudende dat het Constitutionele Hof bevoegd is om te beslissen over de interpretatie van de constitutie bij een meningsverschil hierover tussen de Prins (de regering) en de Diet (het parlement). Over deze lezing is een krantenartikel verschenen in het *Liechtensteiner Volksblatt*. Naar aanleiding van dit krantenbericht heeft de Prins een brief aan Wille gestuurd waarin hij zich tegen het geuite standpunt uitspreekt en erop wijst dat er terzake politieke controversen bestaan. De Prins schrijft dat hij redenen had om te geloven dat Wille zich niet gebonden achtte aan de constitutie en onmiskenbaar onconstitutionele meningen uitte. Volgens de Prins diskwalificeerde dit Wille voor de bekleding van een openbaar ambt, met als gevolg dat deze, mocht hij daartoe worden voorgedragen, niet zal worden herbenoemd. Als reactie stuurde Wille een uitleg van zijn juridische standpunten en stelde hij dat de mededeling van de Prins in strijd is met zijn vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om academische meningen te uiten. Uiteindelijk werd Wille inderdaad door de Prins niet herbenoemd als president van het hof, ondanks een voordracht van het parlement.

Het EHRM merkt op dat de maatregel van de Prins, die gedurende de zittingstermijn van de klager plaatsvond, een berisping was voor het uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting.[358] Deze berisping heeft, aldus het Hof, een *chilling effect* op een toekomstige uitoefening van deze vrijheid. Bij de vraag naar de rechtvaardiging van de beperking in de zin van artikel 10, tweede lid, EVRM heeft het Hof vooral getoetst of sprake was van een proportionele maatregel.[359] Daarbij lijkt het Hof geen relevantie toe te kennen aan de vraag of het gaat om een in essentie academische dan wel politieke uitlating, omdat beide typen uitlatingen onder artikel 10 EVRM worden beschermd:

> '65. As regards the applicant's lecture on 16 February 1995, the Court observes that this lecture formed part of a series of academic lectures at a Liechtenstein research

357 EHRM 28 oktober 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1028JUD002839695. Groen 2017, p. 62.
358 Idem, r.o. 50.
359 Assuming that the interference was prescribed by law and pursued a legitimate aim, as the Government claimed, the Court considers that it was not ''necessary in a democratic society'', for the following reasons.

> institute on questions of constitutional jurisdiction and fundamental rights (see paragraph 8 above). (...)
> 66. In the applicant's view this statement was an academic comment on the interpretation of Article 112 of the Constitution. The Government, on the other hand, maintained that although it was being made in the guise of a legally aseptic statement, it constituted, in essence, a highly political statement involving an attack on the existing constitutional order and not reconcilable with the public office held by the applicant at the time.
> 67. The Court accepts that the applicant's lecture, since it dealt with matters of constitutional law and more specifically with the issue of whether one of the sovereigns of the State was subject to the jurisdiction of a constitutional court, inevitably had political implications. It considers that questions of constitutional law, by their very nature, have political implications. It cannot find, however, that this element alone should have prevented the applicant from making any statement on this matter. (...)
> 70. (...) Even allowing for a certain margin of appreciation, the Prince's action appears disproportionate to the aim pursued.'

Het Hof oordeelde dat de maatregel van de Prins disproportioneel was en dat Liechtenstein artikel 10 EVRM had geschonden. Deze uitspraak is van belang, omdat het hier gaat om een ingreep van het openbaar bestuur op academisch commentaar. Het academisch commentaar wordt hier beschermd. Daarbij maakt het niet uit of Wille zelf een academicus is of niet. De uitingen zijn gedaan binnen de muren van de academie.

*Boldea/Roemenië: Smaad versus academische vrijheid*

De zaak *Boldea tegen Roemenië* uit 1999 gaat over een docent aan de Timi°oara Polytechnic University die tijdens een bijeenkomst van docenten van zijn afdeling ter sprake bracht dat twee auteurs plagiaat hadden gepleegd.[360] Deze auteurs (collega's) kregen een mondelinge waarschuwing en hun publicaties werden aangemerkt als niet-wetenschappelijk. Hierna dienden de desbetreffende auteurs klachten in bij de rechtbank om strafrechtelijke procedures te starten vanwege smaad. De docent Boldea werd vrijgesproken, maar moest van de rechter wel een administratieve boete betalen en de proceskosten vergoeden. Dit volgt uit het Roemeense wetboek van strafrecht en wetboek van strafvordering. In hoger beroep had de docent geen succes. Bij het EHRM beriep Boldea zich onder andere op artikel 10 EVRM. Het Hof onderzocht of de beperking van de uitingsvrijheid in de vorm van de uitspraak van de rechter gerechtvaardigd was. Daarbij is het relevant dat er een juridische basis was voor de kosten die bij de docent in rekening zijn gebracht, en dat de beperking een legitiem doel nastreefde, namelijk de bescherming van de reputatie van anderen.

Bij de proportionaliteitstoets neemt het Hof de gebruikte woorden in overweging, evenals de context van de uitlating en de zaak als geheel. Hierbij

360 EHRM 15 februari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0215JUD001999702. Groen 2017, p. 62-63.

is het relevant dat de aantijgingen een feitelijke basis hadden. Het ging hier niet om een lastercampagne over het privéleven van de auteurs. Het onderwerp plagiaat had ook een algemeen belang voor de afdeling, aangezien de decaan de discussie uitlokte. Bovendien kon de docent die de uitlatingen mondeling deed, zijn woorden niet herformuleren, wijzigen of terugnemen. Van belang is verder voor het Hof dat tijdens de strafrechtelijke procedures de docent 'interesse heeft getoond'; hij is verschenen op alle hoorzittingen en heeft gereageerd op alle schriftelijke stukken, hetgeen erop duidt dat hij te goeder trouw handelde. Er wordt ook nog op gewezen dat de nationale autoriteiten geen relevante en voldoende redenen hadden gegeven voor de rechtvaardiging van de boete en de kostenclaim. De beperking van het recht van artikel 10 EVRM, te weten het opleggen van de boete en de kostenveroordeling, voorziet al met al in de ogen van het Hof niet in een 'dringende maatschappelijke behoefte' en is dus niet noodzakelijk. Het Hof oordeelt daarom dat er sprake is van een schending van artikel 10 EVRM.

Deze uitspraak wil niet zeggen dat academici gevrijwaard zijn van procedures wegens smaad of laster. Wel degelijk kunnen academici in hun wetenschappelijk onderzoek of daarbuiten uitlatingen doen die anderen als zodanig ervaren. Een relevant uitgangspunt voor academici is daarbij dat de uitlatingen te goeder trouw moeten worden gedaan en een feitelijke basis moeten hebben. Anders bestaat de kans dat naar het oordeelt van een rechter de bescherming van de reputatie van anderen zwaarder weegt dan de uitingsvrijheid.[361]

*Sorguç/Turkije: EHRM erkent 'de academische vrijheid'*

In de zaak *Sorguç tegen Turkije* uit 2009 noemt het EHRM de 'academische vrijheid' voor het eerst.[362] De klager in deze zaak is een hoogleraar constructiemanagement aan de Istanbul Technical University. Bij de First National Construction Conference heeft hij een toespraak gehouden waarin hij de voortgang van het werk in zijn discipline analyseert. Hij heeft ook een paper verspreid waarin hij de examinering ten behoeve de benoeming van universitair docenten bekritiseert. Een universitair docent nam daar aanstoot aan en claimde dat zijn reputatie is geschonden, hoewel zijn naam niet voorkomt in de uitlatingen van de professor. In eerste aanleg wees de nationale rechter de claim af, omdat het zou gaan om kritiek op het academische systeem en de instituties. In cassatie kreeg de universitair docent echter gelijk, vanwege een bepaalde passage waarin (zonder naamsvermelding) geïmpliceerd werd dat de universitair docent in kwestie het examen voor zijn benoeming niet had gehaald als een ander panel zich hierover had gebogen: '(…) he managed to pass the assistant professorship examination before another panel, whose members were not from the construction management department, and without publishing a single article.' In de nieuwe uitspraak stelde de rechter zich in eerste aanleg

361 EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903. Groen 2017, p. 63.
362 EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903.

echter flexibel op tegenover de hoogleraar. Hierbij verwees deze nationale rechter naar de grondwettelijke vrijheid van wetenschappen en kunsten:

> 'If these statements were uttered by a press member or a lawyer, it would have been regarded as freedom of the press or the rights of the defense. If we hold that these remarks made by an academic were against the law, then this would be a breach of his constitutional rights, such as freedom of expression, dissemination of ideas (article 26) and freedom of science and the arts (Article 27).'[363]

In hoger beroep werd echter geoordeeld dat de rechter de uitspraak van het Hof van Cassatie had moeten volgen. De uitspraak van de eerste rechter werd daarom vernietigd.[364] De docent kreeg een schadevergoeding toegekend van 1 miljard Turkse Lira. De uitspraak werd tot de hoogste instantie in stand gehouden. Het Hof van Cassatie wees een later verzoek om rectificatie bovendien af.

Het EHRM onderzoekt in deze zaak of de beperking van de vrijheid van meningsuiting door de einduitspraak gerechtvaardigd is. In dit geval is het relevant dat het gaat om waardeoordelen, die in principe niet vatbaar zijn voor bewijs. De waardeoordelen zijn gebaseerd op ervaringen en informatie die algemeen bekend zijn in academische kringen. Hierbij is er net als in de zaak *Boldea* (in ieder geval gedeeltelijk) bewijs mogelijk, maar kreeg de hoogleraar in de nationale procedure niet de ruimte om zijn stelling te substantiëren. Interessant in deze zaak is dat het Hof voor het eerst 'de academische vrijheid' noemt als uitgangspunt voor de belangenafweging in het kader van artikel 10 EVRM:

> '34. The Court notes that the Court of Cassation attached greater importance to the reputation of an unnamed person than to the freedom of expression that should normally be enjoyed by an academic in a public debate. (...)
> 35. In this connection, the Court underlines the importance of academic freedom, which comprises the academics freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction (see paragraph 21 above).'[365]

Volgens het Hof omvat de academische vrijheid de vrijheid om (1) vrijelijk meningen te uiten over de institutie of het systeem waarin men werkt en (2) de vrijheid om kennis en waarheid te verspreiden zonder restricties. Deze bewoordingen zijn afkomstig uit de Aanbeveling 1762 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, die gaat over de academische vrijheid van het

363 EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903, r.o. 12.
364 Met een krappe meerderheid (26-24 votes).
365 *Ibid.*, r.o. 34-35.

onderwijzend personeel in het hoger onderwijs.[366] Het Hof verwijst in het begin van deze uitspraak naar deze Aanbeveling.

Aangezien de nationale autoriteiten net als in de zaak *Boldea* niet konden aantonen dat de beperking van de uitingen noodzakelijk was ('pressing social need'), was ook hier sprake van schending van artikel 10 EVRM.

Overigens kan de omgekeerde situatie ook voorkomen, de situatie waarbij er kritiek is op een hoogleraar. In de zaak *Nilsen en Johnsen tegen Noorwegen*, van 25 november 1999, heeft het Hof geoordeeld dat vervolging van twee Noorse agenten die hevige kritiek uitten op een hoogleraar strafrecht disproportioneel was, op basis van een belangenafweging tussen de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van de reputatie van de hoogleraar.[367]

*Sapan/Turkije: Academische uitingen genieten meer bescherming dan sensatiepers*

De zaak *Sapan tegen Turkije* uit 2010 gaat over de publicatie van een boek met de (vertaalde) titel *Tarkan, anatomy of a star*.[368] In dit boek is ten dele een doctoraalthesis verwerkt. Het boek gaat over de opkomst van het sterrendom als fenomeen in Turkije en over de bekende zanger Tarkan. Daarin zijn ook foto's van Tarkan verwerkt, die al eerder zijn afgebeeld in de pers en op tijdschriftencovers. De zanger heeft in reactie op het boek een klacht ingediend bij de rechtbank in eerste aanleg, met het verzoek om het boek in beslag te nemen en de verspreiding ervan te verbieden. Als argument voerde hij aan dat het boek zijn persoonlijke rechten en imago schaadde. Het boek bevatte namelijk zijn naam, foto's, speculaties over zijn seksuele geaardheid en zijn beweerdelijke vrouwelijke kant, en expliciete poses. De rechtbank ging mee in het verzoek van Tarkan en beval de inbeslagname van het boek. Later startte Tarkan ook een schadevergoedingsprocedure wegens inbreuk op zijn persoonlijke rechten.

Sapan verzocht echter bij rechter om het bevel op te heffen. Hierin bracht hij het argument naar voren dat het gaat om een boek waarin deels een doctoraalthesis is verwerkt. Het boek was namelijk het resultaat van wetenschappelijk en sociologisch onderzoek. Zonder motivering werd dit verzoek afgewezen. Sapan herhaalde nog tweemaal zijn verzoek om het bevel op te heffen. Ook deze pogingen bleken niet succesvol, waarbij de uitspraken ongemotiveerd waren, ondanks dat de rechter twee expertrapporten had laten opstellen waarvan de inhoud in het voordeel van Sapan was. Deze expertrapporten en het argument dat het boek passages bevat waarin onderzoek is verwerkt, was wel overtuigend voor de rechtbank om het schadevergoedingsverzoek van Tarkan af te wijzen. Het Hof van Cassatie legde dit oordeel echter naast zich

366 Academische vrijheid en universitaire autonomie Rapport – Jařab (Tsjechië), doc. 10943, aanbeveling 1762.

367 EHRM 25 november 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1125JUD002311893, r.o. 47.

368 EHRM 20 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001725209. Groen 2017, p. 62-63.

neer, omdat het boek ging over het persoonlijke leven van de zanger en niet over zijn publieke persoon.

Bij het EHRM klaagt Sapan onder andere dat artikel 10 EVRM is geschonden door de inbeslagname van het boek op basis van een ongemotiveerde uitspraak. Het Hof overweegt dat de inbeslagname een inbreuk is op de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10, eerste lid, EVRM. De beperking van deze vrijheid is bij wet voorzien, namelijk in artikel 103 van de Turkse Wetboek van Rechtsvordering, en dient een legitiem doel: 'de bescherming van rechten van anderen'. Het Hof gaat vervolgens na of deze beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Hierbij acht het Hof relevant dat het boek een verwerking bevat van een verdedigde doctoraalthesis. Het EHRM verwijst naar de eerdere zaak *Sorguç*, waarin het belang van academische vrijheid is geformuleerd. Sapan is een academicus die het door hem beschreven fenomeen heeft bestudeerd door middel van een wetenschappelijke methode. Daarom kan het boek niet worden aangemerkt als een sensatie-uiting, gericht op bevrediging van nieuwsgierigheid van een bepaald publiek. Ook is met de foto's geen privacy geschonden, omdat het gaat om al gepubliceerde foto's waarvoor de zanger heeft geposeerd. Met betrekking tot de uitspraak met het bevel tot inbeslagname merkt het Hof op dat deze alleen verwijst naar het burgerlijk wetboek en geen inhoudelijke motivering bevat. Ook de beslissing om het bevel niet op te heffen mist een onderliggende redenering, terwijl er expertrapporten lagen die gunstig waren voor Sapan. Aangezien niet is gebleken dat de beperking (het bevel) noodzakelijk is voor de democratische samenleving, constateert het Hof in zijn uitspraak een schending van artikel 10 EVRM.

Uit deze uitspraak is niet af te leiden dat academische uitingen meer bescherming genieten dan journalistieke uitingen. Het Hof heeft de academische uiting hierin namelijk afgezet tegen sensatie-uitingen, waaraan minder gewicht wordt toegekend.

*Aksu/Turkije: Vermeende vooringenomenheid in wetenschappelijk onderzoek*

De zaak *Aksu tegen Turkije* uit 2012 gaat over een Turkse burger van Romaorigine (Aksu) die klaagt over inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) en discriminatie (artikel 14 EVRM) naar aanleiding van de wetenschappelijke publicatie *The Gypsies of Roma*.[369] Het gaat hier om een boek dat is geschreven door een academicus. Daarin wordt verwezen naar de betrokkenheid van de Romagemeenschap bij illegale activiteiten. Volgens de Turkse rechters was het boek onderdeel van academisch onderzoek en waren de passages niet beledigend. De auteur had bovendien geen racistisch motief.

Aksu klaagt ook over een woordenboek voor scholieren dat met publieke middelen is gefinancierd en is gepubliceerd door een taalvereniging. Daarin staat het woord Gypsy, met als tweede betekenis 'miserly'. Deze woorden zijn

369 EHRM (GK) 15 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD000414904.

omschreven als 'metaforisch'. Een civiele actie tegen de vereniging leverde hem geen gelijk op. De Turkse rechters oordeelden dat de definities gebaseerd zijn op historische en sociologische feiten en dat er geen intentie was om een etnische groep te vernederen. Ook zijn er vergelijkbare uitdrukkingen voor andere etnische groepen in het Turks.

Het EHRM oordeelt dat de Turkse rechters met betrekking tot het boek tot redelijke conclusies zijn gekomen. Het boek moet in zijn geheel worden bezien, waarbij het relevant is dat het is geschreven door een academicus en volgens het Hof dus een academisch werk is. Het Hof kijkt daarbij nauwkeurig naar elke beperking van de vrijheid van academici om zulk onderzoek uit te voeren en de resultaten ervan te publiceren.[370] De inleiding en de conclusie vermelden dat de auteur de intentie heeft om licht te doen schijnen op de onbekende wereld van de Turkse Roma. Ook is de wetenschappelijke methode beschreven, waarbij aangegeven is dat de auteur bij de Romagemeenschap woonde en informatie verzamelde van de betrokkenen zelf, de lokale autoriteiten en de politie. Volgens het Hof was er een redelijke balans tussen artikel 8 EVRM en artikel 10 EVRM.

Met betrekking tot het woordenboek geeft het Hof aan dat de kwalificatie 'beledigend' van het woord Gypsy te verkiezen was boven de kwalificatie 'metaforisch'. Het boek is volgens de nationale rechter echter niet voorgeschreven in het onderwijs, noch aanbevolen door het Ministerie van Onderwijs. Er was geen schending van artikel 8 EVRM.
Met betrekking tot artikel 14 EVRM oordeelde het Hof dat de klager niet bewezen had dat sprake is van een discriminatoire intentie of een discriminatoir effect. Er was ook geen sprake van ongelijke behandeling. Inbreuken op artikel 14 EVRM zijn dus niet onderzocht.

Deze uitspraak is relevant omdat academische werken bescherming kennen onder artikel 10 EVRM. Net als bij het balanceren van zulke werken met het recht op de persoonlijke levenssfeer bij gepercipieerde laster of smaad, kijkt het Hof hier naar de intentie van de maker. De intentie om te informeren en de wetenschappelijke methode maken dat geen sprake is van een zodanige inbreuk dat het boek moet worden verboden.

*Gillberg/Zweden: Negatieve uitingsvrijheid versus openbaarmakingsplicht*
De zaak *Gillberg tegen Zweden* uit 2012 gaat enerzijds over de botsing tussen privacy van onderzoeksubjecten en het recht om geen uiting te doen (negatieve uitingsvrijheid), anderzijds over het recht van andere onderzoekers op openbaarmaking van onderliggend onderzoeksmateriaal..[371] Gillberg is een hoogleraar aan de Universiteit van Göteborg die onderzoek heeft gedaan naar hyper-

370 Letterlijk: ''To careful scrutiny any restrictions on the freedom of academics to carry out research and to publish their findings''.
371 EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR: 2012: 0403JUD004172306, *NJ* 2012/621, m.nt. E.A. Alkema.

activiteit en aandachtstoornissen bij kinderen. Aan dat onderzoek deden 141 peuters mee, die iedere drie jaar werden benaderd. Aan de ouders en kinderen was verzekerd dat vertrouwelijk met de gegevens zou worden omgegaan. Gillberg stelt dat de medisch-ethische toetsingscommissie de voorwaarde had gesteld dat gevoelige informatie over de proefpersonen alleen toegankelijk zou zijn voor hem en zijn medewerkers. De hoogleraar had daarom 'absolute vertrouwelijkheid' toegezegd aan de proefpersonen en de ouders. Een socioloog verzocht in 2002 om toegang tot het onderzoeksmateriaal zonder de persoonlijke gegevens. Ook een kinderarts verzocht om toegang tot dit materiaal. De universiteit wees deze verzoeken af, maar na bestuursrechtelijke procedures moest de universiteit alsnog de toegang verlenen. Gillberg en zijn collega's weigerden echter het door de vice-rector gedane verzoek tot openbaarmaking in te willigen en vernietigden het onderzoeksmateriaal. Hierop werd Gillberg strafrechtelijk veroordeeld wegens ambtsmisbruik en kregen zijn collega's een boete opgelegd.

Bij het EHRM klaagt Gillberg over een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer uit artikel 8 EVRM en op het recht op de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM. Over het recht op persoonlijke levenssfeer overweegt de Grote Kamer van het Hof dat Gillberg geen arts, psychiater of vertegenwoordiger van de kinderen was. Hij kan zich niet beroepen op reputatieschade, aangezien deze het voorzienbare gevolg was van zijn eigen handelen. Er was dus geen sprake van schending van artikel 8 EVRM. Over het recht op de vrijheid van meningsuiting overweegt het Hof dat niet uitgesloten is dat er een negatief recht op vrijheid van meningsuiting bestaat (in de zin van het niet hoeven uiten van een mening). Het Hof kent echter gewicht toe aan het feit dat de gegevens niet het eigendom zijn van de hoogleraar, maar van de universiteit. Toekenning van het recht zou dus in strijd zijn met de eigendomsrechten van de universiteit. Het gaat om publieke documenten die vallen onder de Zweedse wetgeving. Gillberg was ook niet gebonden aan het medisch beroepsgeheim. Een interessante overweging van het Hof is dat de situatie van de hoogleraar niet kan worden vergeleken met journalistiek bronnengeheim of de professionele geheimhoudingsplicht van advocaten.[372]

Deze zaak is in zoverre relevant dat artikel 10 EVRM ten aanzien van wetenschappelijk werk geen bescherming biedt tegen ongewilde publicatie van onderzoeksgegevens als deze onderzoeksgegevens het eigendom zijn van de universiteit. Ook is het een opvallende overweging dat wetenschappers geen professionele geheimhoudingsplicht toekomt. Hierop uit Hendriks kritiek in zijn annotatie in het tijdschrift *European Human Rights Cases*.[373] Voor de Nederlandse situatie wijst hij op artikel 12 van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek. Dit artikel bepaalt dat degene die het onderzoek uitvoert, de persoonlijke levenssfeer van de proefpersoon zoveel mogelijk moet beschermen.

372 EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR: 2012: 0403JUD004172306, r.o. 95.
373 EHRC 2012/92.

Zo'n bepaling is ook opgenomen in artikel 25 van het Aanvullende Protocol inzake biomedisch onderzoek bij de Europese Biogeneeskunde Conventie. Op basis van de uitspraak kan echter geconcludeerd worden dat academici geen rechten toekomen voor de bescherming van bronnen op grond van artikel 10 EVRM.

*Mustafa Erdoğan/Turkije: Laster versus academische vrijheid*

De zaak *Mustafa Erdoğan tegen Turkije* uit 2014 draait om een hoogleraar constitutioneel recht, Mustafa Erdoğan, die een beslissing van het Constitutionele Hof heeft bekritiseerd waarin een politieke partij (met de naam Fazilet oftewel Deugd) werd ontbonden.[374] De hoogleraar heeft ook de competentie en de onpartijdigheid van de meerderheid van de rechters in twijfel getrokken. Het artikel met deze kritiek is gepubliceerd in het tijdschrift *Liberal Thinking*. Leden van het Constitutionele Hof startten hierna individueel civiele claims tegen de hoogleraar, de editor van *Liberal Thinking* en de uitgeverij. Zij deden dat vanwege wat zij ervoeren als een serieuze aanval op hun eer en integriteit. De rechter in eerste aanleg oordeelde dat inderdaad sprake was van laster. Het Hof van Cassatie hield deze beslissing in stand, waarna verscheidene schadevergoedingsprocedures zijn aangespannen.

Het EHRM onderzoekt met name de proportionaliteit van de beperking op de vrijheid van meningsuiting in de laatste uitspraken van de nationale rechters. Het Hof merkt op in eerdere uitspraken te hebben gesteld dat het functioneren van het rechtssysteem het algemeen belang aangaat. Ook heeft het in eerdere uitspraken het belang van de academische vrijheid en van academische werken onderstreept. Het Hof verwijst hierbij net als in *Sorguç* naar de eerdergenoemde Aanbeveling 1762, waarin een interpretatie van de academische vrijheid is opgenomen. Deze is iets anders geformuleerd dan in de zaak *Sorguç*, waarin 'freedom of action' niet voorkwam:

> '[A]cademic freedom in research and in training should guarantee freedom of expression and of action, freedom to disseminate information and freedom to conduct research and distribute knowledge and truth without restriction.'[375]

Het Hof gaat hierop verder met de overweging dat deze vrijheid niet gelimiteerd is tot academisch of wetenschappelijk onderzoek, maar zich ook uitstrekt tot de vrijheid van de academicus om zijn gezichtspunten en mening te uiten, zelfs als deze controversieel of impopulair zijn. Dit kan ook inhouden dat onderzoek wordt gedaan naar het functioneren van publieke instituties in een bepaald politiek systeem en dat dit systeem bekritiseerd wordt.

Het Hof constateert dat het gewraakte artikel geschreven is door een academicus en dat het een belangrijk en actueel onderwerp aansnijdt in een

374 EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD000034604. Groen 2017,p. 64.
375 EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD000034604, r.o. 40.

democratische samenleving. Het publiek heeft er een legitiem belang bij om hierover geïnformeerd te worden. Het belang van de editor en de uitgever, die eigenaar is van het artikel, wordt ook beschermd. Vraagstukken van algemeen belang die de pers rapporteert, hebben ongetwijfeld ook betrekking op vraagstukken over het functioneren van het rechtssysteem. Het Hof maakt vervolgens onderscheid tussen kritiek en belediging. Als de enige intentie is om een rechtbank of de leden ervan te beledigen, dan zou een passende sanctie geen schending van artikel 10 EVRM vormen. In casu waren sommige uitlatingen hard en kan er aanstoot aan worden genomen. Het merendeel bestond echter uit waardeoordelen die gekleurd zijn door de politieke en juridische meningen en percepties van de auteur. De uitlatingen waren ook gebaseerd op de manier waarop het Constitutioneel Hof in zulke situaties uitspraken doet, een aanpak waarover een heftig publiek debat gaande was. Volgens het Hof hadden de waardeoordelen voldoende feitelijke basis. Daarbij vormt de stijl een onderdeel van de communicatie als uitingsvorm, die samen met de inhoud van de uiting wordt beschermd. Het artikel in zijn geheel en zijn context duiden erop dat de harde opmerkingen geen gratuite persoonlijke aanval vormden. Volgens het Hof is het ook relevant dat het artikel is gepubliceerd in een quasi-academisch tijdschrift en niet in een *popular newspaper*. Er was dus geen noodzaak om de uitingsvrijheid op deze manier te beperken. Het Hof sprak daarom schending uit van artikel 10 EVRM.

Deze uitspraak is vergelijkbaar met de hiervoor genoemde uitspraak *Sapan*. Hier wordt geconstateerd dat de uitlatingen onderdeel vormen van een publiek debat. Zulke uitlatingen worden eerder beschermd dan sensatiepers- of commerciële uitingen.

*Rubins/Letland: Kritiek op universiteitsbestuur*

De zaak *Rubins tegen Letland* uit 2015 gaat over het ontslag van een hoogleraar en hoofd van de afdeling Dermatologie en Geslachtsziektes van de medische faculteit van Riga Stradiña University, een staatsuniversiteit.[376] De hoogleraar had zijn positie als hoofd van de afdeling te danken aan een verkiezing en was ook een verkozen lid van de raad van de universiteit. Het bestuur van de faculteit besloot de afdeling te fuseren met een andere afdeling, waardoor de positie van hoofd van de afdeling zou komen te vervallen. Hierna stuurde de hoogleraar e-mails aan de rector over het besluit van de vice-decaan. Later stuurde hij nog een e-mail aan de rector en anderen, waarin hij kritiek leverde op het gebrek aan democratie en verantwoording in het bestuur van de organisatie. Ook vroeg hij daarin aandacht voor het financiële mismanagement van de universiteit. Volgens hem kwam het gebrek aan democratie en verantwoording eruit voort dat leden van de senaat ook in het bestuur van de universiteit zaten. Voor het financiële mismanagement verwees hij naar een audit-rapport.

376 EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD007904012. Vgl. Rb. Utrecht 12 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6274. Groen 2017, p. 65-66.

Hij beschreef verder enkele leden van het management van de universiteit. Zo stelde hij dat de vice-decaan G.B. 'pretends to be a God-fearing Catholic... yet, as far as is known, has several out-of-wedlock children'. Ten slotte droeg hij institutionele oplossingen aan met het verzoek deze door te sturen aan de raad. Later stuurde de hoogleraar nog een e-mail aan de rector met als onderwerp 'agreement – settlement'. Hij legde in de mail twee mogelijkheden voor om met de situatie om te gaan: of de beslissing omtrent de fusie zou worden geannuleerd of hij zou een financiële compensatie van (omgerekend ongeveer) 143.300 euro ontvangen. De rector ging hier niet mee akkoord. Tijdens de vergadering van de raad uitte de hoogleraar zijn ongenoegen, maar zijn verzoek om de fusie op te heffen werd niet aangenomen. De gezichtspunten van de hoogleraar over de tekortkomingen van het bestuur werden dezelfde dag door een nationale nieuwsorganisatie gepubliceerd. De rector verzocht hierop een ad-hoc-onderzoekscommissie en de ethische commissie de gedragingen van de hoogleraar te onderzoeken. Vanwege ongepaste eisen, met elementen van *blackmailing* en onverbloemde bedreigingen, werd hij ontslagen. Zijn gedrag werd beoordeeld als in strijd met basale ethische principes en absoluut tegen de goede zeden.

Hierna volgden zowel civiele als strafrechtelijke procedures (wegens afpersing). Zijn civielrechtelijke beroep tegen het ontslag werd (in hoger beroep) afgewezen, omdat hij de rector met zijn e-mail zou hebben uitgenodigd tot onrechtmatige handelingen. In het kader van de strafrechtelijke procedure moest de hoogleraar tijdens het onderzoek 24 uur thuisblijven. De claim van afpersing werd uiteindelijk echter afgewezen, niet vanwege de inhoud van de e-mail, maar omdat de rector de bedreiging niet serieus had genomen.Het EHRM gaat na of sprake is van een proportionele inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de hoogleraar. Daarbij wordt relevant geacht dat voor werknemers een verplichting tot loyaliteit, reserve en discretie jegens hun werkgevers geldt. Er moet dan ook een eerlijke balans worden gecreëerd tussen de vrijheid van meningsuiting en de wederkerige rechten en verplichtingen die specifiek voortvloeien uit het arbeidscontract en de professionele omgeving. Bij de overwegingen van het Hof spelen de aard van het arbeidsconflict en de complete achtergrond van de e-mail een rol. Het Hof betrekt hierbij factoren als het algemeen belang van de opmerkingen, de vorm en de consequenties ervan, en de zwaarte van de maatregel. Ook kijkt het Hof naar de motieven van de opmerkingen.

Met betrekking tot het algemeen belang overweegt het Hof dat het waarheidsgehalte van de uitlatingen niet is bestreden. Ook de uitlatingen in de media zijn niet bestreden met een *defamation procedure*. De universiteit is bovendien publiek gefinancierd, terwijl de zaken waarover de uitlatingen gingen van algemeen belang waren. In het hoger beroep bij de nationale rechter zijn de aspecten 'algemeen belang' en 'waarheidsgehalte' niet onderzocht.

Het Hof beschouwt het motief niet als klokkenluiden. Voordat hij de gewraakte mail stuurde, kwam de hoogleraar immers met voorstellen en vroeg

hij om die door te sturen. Hij had dus eerst geprobeerd om het probleem intern op te lossen. Daarnaast was het in de ogen van het Hof niet helemaal onredelijk om de eisen aan de rector voor te leggen, aangezien die de raad bijeen kon roepen. De hoogleraar had bovendien een *suspensive veto* in de senaat. Verder vindt het Hof het door de hoogleraar genoemde bedrag niet onredelijk, omdat het was gebaseerd op zijn maandelijkse inkomen en de voorwaarden in zijn arbeidscontract, die vermelden dat eerst moet worden geprobeerd disputen in der minne op te lossen.

Met betrekking tot de reputatieschade overweegt het Hof dat de rechters niet hebben vastgesteld dat er sprake was van beledigende taal. Ook is noch in de e-mail noch in de mediapublicatie enige privé-informatie onthuld met schade voor de eer en waardigheid van de collega's of de werkgever.

Over de zwaarte van de maatregel merkt het Hof op dat de zwaarste sanctie is gebruikt die mogelijk was. Hoewel de hoogleraar een andere betrekking kreeg bij een andere universiteit, is er een serieus *chilling effect* ontstaan bij de andere werknemers van de universiteit om kritiek te uiten. Het Hof oordeelt dat deze zware maatregel moeilijk te rechtvaardigen is en komt tot de conclusie dat artikel 10 EVRM is geschonden.

*Kula/Turkije: deelname aan een tv-programma*
De zaak *Kula tegen Turkije* gaat over een hoogleraar die gespecialiseerd is in de Duitse taal en die zonder toestemming meedeed aan tv-programma's in een andere plaats dan zijn woonplaats. Hij werd hiervoor door de *dean* gesanctioneerd in de vorm van salarisverlaging. Deze disciplinaire sanctie is door de *vice-chancellor* opgeheven en vervangen door een reprimande.[377] Deelname aan de tv-programma's deed de hoogleraar in zijn hoedanigheid als academicus. Volgens het Hof treft dit onmiskenbaar de academische vrijheid die 'de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verspreiden en de vrijheid om onderzoek te doen en kennis te verspreiden zonder restrictie'.[378] Het Hof achtte de beperking niet noodzakelijk en in strijd met artikel 10 EVRM.

### 5.4.4 Rode draden Straatsburgse jurisprudentie

Uit de Straatsburgse jurisprudentie kunnen de volgende 'rode lijnen' opgemaakt worden.[379] Sinds de zaak *Sorguç* tegen Turkije heeft het EHRM de academische vrijheid erkend en kan de beperking daarvan afgewogen worden binnen het toetsingskader van artikel 10 EVRM. De academische vrijheid houdt volgens het EHRM in de zaak *Mustafa Erdoğan tegen Turkije* een garantie in voor

377 EHRM 19 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD002023306.
378 *Ibid.*, r.o. 38.
379 Vgl. Groen 2017, par. 2.2.4.

de vrijheid van meningsuiting en handelen, oftewel de vrijheid om informatie te verspreiden, om onderzoek te doen en om kennis en waarheid te verspreiden zonder beperkingen. Ook gedetineerden hebben het recht om academische stukken te kunnen schrijven en publiceren (*T. tegen het VK).*

Bij de publicatie van academische werken ontstaan soms spanningen met de belangen van anderen, in het bijzonder wat betreft de bescherming van reputatie (*Boldea*, *Sorguç*, *Sapan*, *Aksu*, *Mustafa Erdoğan* en *Rubins)*, commerciële belangen (*Hertel tegen Zwitserland)* en de openbaarmakingsbelangen van anderen (*Gillberg tegen Finland*). Bij de afweging van belangen hecht het EHRM er veel waarde aan dat voor bepaalde waardeoordelen van wetenschappers een feitelijke grondslag bestaat en dat de intentie van de wetenschapper en/of de uiting geplaatst kan worden binnen een publiek debat. Het EHRM toetst streng of er inderdaad sprake is van aan de onderzoeker toerekenbare schade bij de ander en of de sanctie noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij commerciële uitingen laat het EHRM meer ruimte aan de staten om te beoordelen of een beperking van die uiting noodzakelijk is. Het EHRM toetst de beperkingen strenger bij uitingen die zijn gedaan in het kader van een publiek debat.

### 5.4.5 Toepassing van artikel 10 EVRM door de Nederlandse rechter

De hieronder behandelde drie uitspraken van de Nederlandse rechter gaan over de vrijheid van meningsuiting en zijn gebaseerd op artikel 10 EVRM in relatie tot wetenschappelijke uitingen.[380]

*Publicatieverbod*

De eerste uitspraak betreft de zaak van *NXP tegen Radboud Universiteit Nijmegen* uit 2008.[381] Onderzoekers van de Radboud Universiteit hebben onderzoek gedaan naar de MIFARE Classic Chip van het bedrijf NXP. Deze chip wordt gebruikt in beveiligingen en transportsystemen. De onderzoekers hebben een beveiligingslek gevonden en willen de resultaten van hun onderzoek publiceren. NXP vordert in een kort geding een publicatieverbod; zij stellen dat het publiceren van de technische details van de chip een inbreuk zou zijn op het auteursrecht en zodoende een onrechtmatige daad zou opleveren.

In deze zaak gaat de rechter ervan uit dat nader bewijs nodig is om te kunnen zeggen dat het algoritme van de chip een auteursrechtelijk beschermd

380 De volgende zaken worden niet behandeld: HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3210, RAV 2008, 33; Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BH1623 (publicatie Consumentenbond naar aanleiding van onderzoek naar ooglaserklinieken) en Rb. Den Haag 21 augustus 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE7365, *Njkort* 2002, 63 (persbericht Ministerie van VWS over legionellabacterie).

381 Rb. Arnhem 18 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7578, *RAV* 2008, 94. Zie ook Groen 2017, par. 2.2.3.

werk is. Met betrekking tot de publicatie overweegt de rechter dat wetenschappelijke publicaties onder omstandigheden onrechtmatig kunnen zijn jegens derden die schade lijden. Dit leidt de rechter af uit de zaak *Hertel*, die hier eerder ook besproken wordt. Daartegenover staat dat die wetenschappelijke publicaties bescherming genieten onder artikel 10 EVRM, een bescherming die onder het tweede lid van artikel 10 EVRM kan worden beperkt. Zo'n beperking vereist een dringende maatschappelijke behoefte die door de staat overtuigend dient te worden aangetoond. Bij de afweging van belangen staan volgens de rechter twee elementen tegenover elkaar: enerzijds is dat de kans dat NXP ernstige veiligheidsrisico's loopt en grote schade zou kunnen lijden, anderzijds is dat het grote maatschappelijke belang dat de samenleving spoedig wordt geïnformeerd. Het is echter niet aangetoond dat de informatie uit het artikel op korte termijn kan worden ingezet om de chip te kraken en klonen. De schade uit claims en de bedrijfsschade komen bovendien voor het risico van NXP, dat verantwoordelijk is voor het produceren van chips met intrinsieke manco's. Niet is aangetoond, zo luidt een laatste overweging van de rechter, dat de veiligheidsrisico's zodanig groot zijn dat een publicatie voorlopig achterwege moet blijven. Bij dit oordeel heeft een rol gespeeld dat er volgens een rapport van de AIVD bij publicatie van het artikel geen onaanvaardbare veiligheidsrisico's zijn. De rechtbank wijst de vorderingen van NXP dan ook af.

Deze zaak is om twee redenen interessant. Ten eerste handelt de nationale rechter hier conform de lijn in de Straatsburgse jurisprudentie, inhoudende dat uitingen die het publiek dienen aan de lidstaten slechts een kleine beoordelingsmarge overlaten. Het EHRM hamert in de hiervoor genoemde uitspraken op de concrete schade en op de noodzakelijkheid van de sanctie, in dit geval een publicatieverbod. Annotator Wenk signaleert in het tijdschrift *RAV* de in de literatuur tot uiting komende (voorzichtige) opvatting dat de grenzen van de vrijheid van meningsuiting op het gebied van wetenschap ruim lijken te zijn, wellicht ruimer dan normaal.[382] Het EHRM kent inderdaad veel gewicht toe aan wetenschappelijk onderzoek, maar of zulk onderzoek meer bescherming geniet dan politieke en journalistieke uitingen die in het algemeen belang gedaan worden, is nog niet uitgemaakt. Sensatie-uitingen of commerciële uitingen hebben in dat opzicht wel minder bescherming.

Ten tweede wordt hier de universiteit civielrechtelijk aangesproken en niet de wetenschappers zelf. Dat heeft een logische verklaring, omdat de universiteit hier eventueel onrechtmatige persberichten kan publiceren en bovendien op grond van artikel 6:170 BW als werkgever aansprakelijk is voor handelingen van de werknemers.[383] Toch kunnen vreemde situaties ontstaan als de universiteit maar niet de werknemers het publicatieverbod opgelegd zou hebben gekregen. Hoe moet de universiteit dit verbod effectueren als de werknemer

382 Rb. Arnhem 18 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7578, *RAV* 2008, 94.
383 Rb. Arnhem 18 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7578, *RAV* 2008, 94, r.o. 4.12.

zelf het auteursrecht op zijn werken heeft? Het lijkt erop dat de werkgever kwalitatief aansprakelijk is voor de schade indien de werknemer toch zijn onderzoek publiceert. De vraag is echter welke juridische middelen de universiteit heeft om zonder zelf een procedure te starten tegen werknemers een publicatie tegen te houden. Het antwoord moet hier waarschijnlijk gezocht worden in een verstoring van arbeidsrechtelijke verhoudingen, of in plichtsverzuim als het een ambtenaar betreft.

Overigens heeft de Radboud Universiteit deze zaak in Nederland gewonnen, maar een vergelijkbare zaak samen met de University of Birmingham in Engeland verloren.[384] De Britse rechtbank heeft in 2013 een tijdelijk publicatieverbod ingesteld tegen een wetenschappelijk artikel over lekken in Megamos-chips die worden gebruikt voor start-onderbrekingen in de automobielindustrie. Justice Birss van de England and Wales High Court overweegt:

> 'I recognize the enormous significance of freedom of expression and academic freedom. This has given me real concern in this case, but, assuming for this purpose that the claimants have a right to prevent publication of the algorithm, I think the balance of interest is against publication. Although it is possible to overstate the risks of car thefts, in my judgement, it is undeniable that car crime will be facilitated by the publication of the Megamos Crypto algorithm.'[385]

De rechter benadrukt het belang van de academische vrijheid, maar hecht een groter belang aan de veiligheid van miljoenen auto's.[386] Het artikel is na dit publicatieverbod pas in 2015 gepubliceerd.

*Vrijheid van godsdienst en wetenschappelijke vrijheid; bevel tot informatieverschaffing*
De tweede Nederlandse uitspraak betreft de zaak van het *Nederlands-Israëlitisch Kerkgenootschap* (NIK) *e.a. tegen Wageningen Universiteit* (WUR) uit 2011.[387] In deze zaak heeft de Dienst Landbouwkundig Onderzoek (DLO), onderdeel van de WUR, in opdracht van het Ministerie van LNV twee rapporten uitgebracht over onverdoofd slachten. Van de kant van NIK c.s. wordt aangevoerd dat deze rapporten onvoldoende wetenschappelijk zijn onderbouwd, waardoor een verkeerd beeld van het verbod van koosjer slachten dreigt te ontstaan. Dit zou een ontoelaatbare inbreuk vormen op de vrijheid van godsdienst op grond van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Het NIK vordert, op grond van onrechtmatig handelen, dat vragen over het onderzoek beantwoord worden.

De rechter constateert dat in het algemeen zorgen bestaan over de onafhankelijkheid van wetenschappelijk onderzoek dat door universiteiten en andere onderzoeksinstellingen in opdracht en tegen betaling wordt verricht. De rechter verwijst daarbij naar het rapport 'Wie betaalt bepaalt?' van maart 2006 van

384 [2013] EWHC 1832 (Ch) Case No. HC12C02168.
385 [2013] EWHC 1832 (Ch) Case No. HC12C02168, par. 28.
386 [2013] EWHC 1832 (Ch) Case No. HC12C02168, par. 44.
387 Rb. Arnhem (vzr.) 7 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0659.

het Ministerie van LNV. In concreto zijn echter geen omstandigheden aangetoond op grond waarvan aan de wetenschappelijke onafhankelijkheid van de rapporten moet worden getwijfeld. Opmerkingen van het ministerie op het concept hadden onder andere betrekking op de verduidelijking van sommige aspecten en raakten niet aan de eigen wetenschappelijke verantwoordelijkheid van de onderzoeker. Er is 'geen concrete zwaarwegende aanwijzing' dat de inhoud van het rapport 'invloed van politieke of commerciële belangen heeft ondergaan'.[388]

Vervolgens komt, wat de inhoud van de rapporten betreft, de vraag aan de orde of een eventuele beperking van een publicatie gerechtvaardigd zou zijn in het kader van artikel 10 EVRM. De rechter neemt aan dat het weigeren van het beantwoorden van de vragen die door het NIK zijn gesteld valt onder het recht op vrijheid van publicatie en wetenschap. De auteurs hebben 'het recht vrijelijk verslag te doen van hun bevindingen op basis van onderzoek en daarbij past niet een verplichting op verzoek van derden vragen te moeten beantwoorden over tal van aspecten die door derden van belang worden gevonden'.[389] Zonder te verwijzen naar de EHRM-uitspraak *Gillberg* overweegt de rechter dat onder artikel 10 EVRM ook het recht valt om zich *niet* te uiten. Een verplichting tot beantwoording van de vragen is dus een inbreuk op de rechten uit artikel 10 EVRM. De rechter onderzoekt vervolgens of deze inbreuk gerechtvaardigd zou zijn. Een inbreuk op grond van een onrechtmatige daad ex 6:162 BW wordt gezien als een beperking die 'bij wet is voorzien'. Als legitieme doelstelling zou 'de bescherming van de rechten en vrijheid van anderen' kunnen gelden; in dit geval is dan de vrijheid van godsdienst in het geding. Met betrekking tot de belangenafweging moet volgens de rechter in een democratische samenleving een groot gewicht worden toegekend aan de vrijheid van wetenschap en wetenschappelijke publicatie. Hierbij verwijst de rechter naar de EHRM-zaak *Hertel.* Volgens de rechter is een zoveel mogelijk ongecontroleerd wetenschappelijk debat een noodzakelijke voorwaarde voor een goede werking van de wetenschap als vorm van voortschrijdende kennisvergaring. Dat geldt 'in principe ook voor contractonderzoek, hoewel de zorgen daarover de wetenschappelijke onafhankelijkheid betreffen en niet de werking van het wetenschappelijk discours'.[390] Ingrijpen op vordering van derden moet dus met terughoudendheid worden overwogen. Desalniettemin is het belang van Joodse gelovigen om overeenkomstig hun overtuiging te kunnen leven ook zwaarwegend. De rechter vindt echter niet dat de rapporten een inbreuk maken op het recht op vrijheid van godsdienst. De rapporten kunnen wel de besluitvorming over het verbod op onverdoofd ritueel slachten beïnvloeden, maar dan is dat *verbod* een inbreuk op het recht op de godsdienstvrijheid. Eventuele onjuistheden of onvolkomenheden moeten in beginsel in het

388 *Ibid.*, r.o. 4.6.
389 *Ibid.*, r.o. 4.9.
390 *Ibid.*, r.o. 4.10.

wetenschappelijk discours aan het licht komen. Het ingrijpen door de rechter in de resultaten van het onderzoek zou bovendien 'de politieke besluitvorming doorkruisen'.[391] De rechter concludeert daarom dat de vordering van het NIK moet worden afgewezen.

Interessant aan deze zaak is dat de rechter verwijst naar Straatsburgse jurisprudentie over de academische vrijheid en artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU. De rechter bevestigt impliciet de lijn van *Gillberg*, waarin ook het 'niet uiten' een onderdeel van de vrijheid van meningsuiting vormt. Ook wordt de Straatsburgse lijn van terughoudendheid bij het beperken van academische werken hier doorgezet. Opvallend is verder de overweging dat de academische vrijheid ook geldt voor contractonderzoek, ook al zijn er zorgen over de onafhankelijkheid. Het NIK kan, zo wordt door de rechter opgemerkt, eventuele verkeerde resultaten zelf in het publieke debat naar voren brengen. Daarbij zij aangetekend dat in de praktijk een eventueel tegenonderzoek van het NIK in het publieke debat minder overtuigend zal overkomen dan een onderzoek van een universiteit.

*Publicatieverbod, rectificatiegebod en bevel tot informatieverschaffing*

In de derde plaats wordt hier de zaak *Orbus International c.s. tegen Krasjka Zdravotni* uit 2011 behandeld.[392] Deze zaak gaat over schade die door een bedrijf wordt geleden als gevolg van onzorgvuldig onderzoek door cardiologen van een ziekenhuis. Vanwege deze schade wordt een publicatieverbod, een rectificatieverbod en een bevel tot afgifte van de onderzoeksgegevens gevorderd. Deze zaak is anders dan de NXP-zaak hierboven, omdat het hier gaat om een publicatie waarbij de juistheid van het onderzoek ter discussie staat, zoals ook het geval is in de WUR-zaak. De Nederlandse civiele rechter oordeelt dat de door eisers gevorderde beperking binnen het toetsingskader van artikel 10 EVRM niet kan worden gerechtvaardigd.

De zaak betreft het bedrijf Orbus, dat medische hulpmiddelen voor de behandeling van vasculaire aandoeningen ontwikkelt, produceert en distribueert. Een van de hulpmiddelen is de Genous-stent. Een stent is een buisvormige metalen constructie die bij een dotterbehandeling in een vernauwd bloedvat wordt geplaatst om het open te houden. Na de plaatsing bestaat het risico op trombose. De Genous-stent is een bijzondere variant van de EPC-stent. Deze stent is voorzien van een antilichaam-oppervlaktecoating die de in het bloed circulerende *endothelial progenitor cells* (EPC) aantrekt, teneinde het risico op trombose te verlagen.

Orbus daagt cardiologen van de afdeling Cardiologie en het Tsjechische Masaryk Ziekenhuis. De cardiologen hadden onderzoek gedaan naar de werking van de EPC-stent ten opzichte van de '*bare metal* (chromium cobalt) stent' bij patiënten die lijden aan een nagenoeg complete vernauwing van de

391 *Ibid.*, r.o. 4.11.

392 Rb. Arnhem 13 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4381.

kransslagader. Tijdens een Amerikaans congres is over het onderzoek een presentatie gehouden. Uit dat onderzoek blijkt dat er in de zes maanden na het plaatsen van de stent in de EPC-stent-groep drie gevallen van trombose zijn geweest tegenover nul gevallen in de chromium-cobalt-groep. Het onderzoek is gepubliceerd op het internet en in een blad dat in Nederland beschikbaar is bij de Radboud Universiteit Nijmegen. De onderzoekers hebben zorgen geuit over de stent en aanbevolen de stents te gebruiken bij vergelijkbare patiënten. Uit onderzoek in opdracht van Orbus en uit correspondentie met de onderzoekers blijkt dat het onderzoek op meerdere punten niet vlekkeloos is verlopen. Zo verschilt het oordeel over de vraag of de resultaten statistisch significant zijn in de presentatie van het oordeel over die vraag in het gepubliceerde onderzoek. Ook zijn er tussen de presentatie en het onderzoek verschillen in cijfers. Tevens is te beperkt onderzoek gedaan om van een trend te spreken; de drie gevallen van trombose bleken bij onderzoek in opdracht van Orbus veroorzaakt te worden door verkeerde *plaatsing* van de stent.

De rechtbank Arnhem behandelt deze zaak omdat de schade in Nederland wordt geleden; de verkooporganisatie en de distributieorganisatie zijn in Hoevelaken gevestigd. Ook is de publicatie in Nederland verspreid. Volgens de EEX-verordening heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht.[393] Volgens de Rome II-verordening (864/2007) (betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen) is ook het Nederlandse recht van toepassing, omdat de schade in Nederland wordt geleden. Waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan, is niet relevant.

De rechtbank begint haar beoordeling met het uitgangspunt dat ook wetenschappelijke publicaties een onrechtmatige daad op kunnen leveren.[394] Dit is een uitgangspunt dat eerder door het EHRM in de zaak *Hertel* is geformuleerd. Wetenschappelijke publicaties vallen echter onder de bescherming van artikel 10 EVRM en artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU. Hetgeen is gevorderd zou neerkomen op een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting. De rechtbank moet daarom eerst toetsen of een dergelijke beperking gerechtvaardigd is. In het kader van artikel 10, tweede lid, toetst de rechtbank meer in het bijzonder of de beperking van de wetenschappelijke publicatie proportioneel is.

Enerzijds erkent de rechtbank hierbij het belang van ongecontroleerde publicatie van onderzoeksresultaten. De rechtbank ziet wetenschap als op onderzoek gebaseerde gesystematiseerde kennisvergaring; een belangrijke voorwaarde voor de ontwikkeling van wetenschap is dat de een kan voortbouwen op het werk van de ander. Daartoe behoort ook de mogelijkheid dat onvolkomenheden en fouten door anderen blootgelegd worden; het blootleggen

393 Art. 5 lid 2 onder 3.

394 Zie ook Rb. Midden-Nederland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:227 (verzoek publicatieverbod WODC-rapport over seksueel misbruik binnen de geloofsgemeenschap van Jehova Getuigen).

van deze onvolkomenheden en fouten zal daarom voor een belangrijk deel binnen het wetenschappelijk discours moeten plaatsvinden. Naast deze algemeen maatschappelijke belangen erkent de rechtbank ook de persoonlijke belangen van de onderzoekers die, in het kader van *self-fulfilment*, met de onbeperkte publicatie van de resultaten van hun onderzoek gemoeid zijn. Die persoonlijke belangen zijn door Europese of nationale rechters in het kader van artikel 10 EVRM nog niet eerder genoemd.

Anderzijds erkent de rechtbank de commerciële belangen van Orbus; dit bedrijf heeft geleden aan een dalende verkoop van de stents. Daarnaast bestaat bovendien een meer algemeen maatschappelijk belang van innovatie. Wetenschappelijke onderzoeken die onvoldoende gefundeerd zijn, kunnen afbreuk doen aan de bereidheid van producenten tot het maken van ontwikkelingskosten. Ook dit belang is door Europese of nationale rechters in het kader van artikel 10 EVRM nog niet eerder genoemd.

Volgens de rechtbank is weliswaar het onderzoek niet vlekkeloos verlopen, maar kan niet worden gezegd dat de commerciële belangen van Orbus, of het algemeen belang van het niet ontmoedigen van innovatie, een beperking van de publicatie rechtvaardigen. De waarschuwing van de cardiologen voor de stent valt binnen de beschermde vrijheid van meningsuiting, ook al wordt de waarschuwing strikt genomen niet gedekt door het onderzoek. Hierbij is het relevant dat de geuite bezorgdheid gericht was aan cardiologen, die geacht worden een eigen afweging te maken op grond van de onderliggende resultaten. Uit deze zaak kan dus niet afgeleid worden hoe de rechter zou oordelen bij schadelijke en niet-wetenschappelijk dekkend onderbouwde aanbevelingen die aan het algemeen publiek zouden worden gegeven.[395]

Deze zaak past in de lijn van de voorgaande uitspraken die belang hechten aan een ongecontroleerd wetenschappelijk debat zonder inmenging van de rechter, waarbij weinig ruimte bestaat voor een publicatieverbod (*NXP*- en *Orbus*-zaak) of een gebod tot het beantwoorden van vragen (*WUR*-zaak).[396]

*Verstoorde arbeidsverhoudingen binnen ROC*

In paragraaf 5.3.3.2 is de zaak aangestipt van een werkneemster die in 2019 een boek heeft gepubliceerd waarin zij geanonimiseerd schrijft over de gang van zaken bij de invoering van onderwijsvernieuwingen binnen het ROC.[397] Wegens verstoorde arbeidsverhoudingen heeft het ROC de arbeidsovereenkomst laten ontbinden.

395 Zie daarover Rb. Den Haag 21 augustus 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE7365, *Njkort* 2002, 63 (persbericht Ministerie van VWS over legionellabacterie).

396 In Rb. Gelderland 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5368 heeft beïnvloeding van wetenschappers van de WUR door de Staat geleid tot het in strijd handelen met de Nederlandse gedragscode voor wetenschapsbeoefening en dus geleid tot een schending van een zorgvuldigheidsnorm.

397 Conclusie AG De Bock, 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, par. 1.

In cassatie staat artikel 10 EVRM centraal. De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan, maar in de conclusie van AG De Bock staan enkele interessante overwegingen over de beperking van de vrijheid van meningsuiting, die daarom worden besproken.

De Bock schrijft dat de volgende factoren relevant zijn in de belangenafweging binnen het kader van artikel 10 EVRM:[398]

'- Context van de beperking;
- Het belang van de uiting;
- Aard en ernst van de inbreuk;
- Aard en ernst van de belangenaantasting die het gevolg is van de uiting;
- Belang van de uiting voor de betrokkene;
- Hoogte en aard van eventuele sancties.'

Met betrekking tot het belang van de uiting gaat het volgens de AG om de vraag 'of met de uiting beoogd is een bijdrage te leveren aan het publieke debat, of met de uiting de academische vrijheid wordt uitgeoefend, of sprake is van een artistieke uiting.'[399] Bij een commerciële uiting, is de bescherming zwakker.[400] De aard van de belangenuiting kleurt ook andere factoren, zoals de aard en de ernst van de belangenaantasting die het gevolg is van de uiting.[401] Volgens De Bock, die Gerards aanhaalt, lijkt de rechtspraak 'te impliceren dat het tot de verantwoordelijkheden behoort van iedereen die gebruikmaakt van zijn recht op vrijheid van meningsuiting, om rekening te houden met de rechten en gevoelens van anderen'.[402] Gerards spreekt volgens De Bock van 'een omgekeerde subsidiarteitstoets: als de klager had kunnen volstaan met minder beledigende bewoordingen, moet hij dit ook daadwerkelijk doen'.[403] Deze benadering noopt tot nuancering van de in paragraaf 5.2.3.3. geformuleerde werkhypothese waar rechten en plichten worden gescheiden.

Vervolgens noemt De Bock jurisprudentie die gaat over de uitingsvrijheid van werknemers. In *Herbai tegen Hongarije* ('waarin een bankmedewerker werd ontslagen nadat hij een tweetal kritische artikelen op een website had gepubliceerd'[404]) is volgens De Bock de arbeidsrelatie omschreven als een relatie van wederzijds vertrouwen waarin een zekere mate van loyaliteit wordt gevergd (maar geen absolute plicht tot loyaliteit en ook geen plicht om te

398 Conclusie AG De Bock, 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, punt 4.42.
399 *Ibid.*, punt 4.43.
400 *Ibid.*
401 *Ibid.*
402 *Ibid.*, met verwijzing naar Gerards 2020, aant. C.5.4.7 bij art. 10 EVRM.
403 *Ibid.*
404 *Ibid.*, punt 4.44. EHRM 5 november 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1104JUD001160815.

worden onderworpen aan de belangen van de werkgever).[405] Met verwijzing naar de zaak *Mahi tegen België* – die de overplaatsing betrof van een leerkracht die kritische uitlatingen deed over Charlie Hebdo en homoseksualiteit – geeft De Bock aan dat van leerkrachten meer verantwoordelijkheid wordt verwacht omdat zij 'een symbool van gezag zijn'.[406]

Op basis van overwegingen uit de zaak *Herbai tegen Hongarije* worden volgens De Bock in een arbeidszaak de volgende omstandigheden meegewogen:[407]

> '(i) de aard van de meningsuiting;
> (ii) de motieven van de werknemer voor de uiting;
> (iii) de schade die de werkgever door de uiting van de werknemer heeft geleden;
> (iv) de zwaarte van de door de werkgever opgelegde sanctie.'

Met betrekking tot het laatste criterium beschouwt het Hof ontslag als een van de zwaarste sancties en signaleert het dat deze sanctie een *chilling effect* kan hebben op andere medewerkers.[408]

De Bock merkt nog op dat een schending van een eventuele geheimhoudingsplicht die op de werknemer rust, 'op zichzelf niet doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging in de uitingsvrijheid van de werknemer'.[409] In dit kader wijst De Bock ook op de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, waaruit dit volgt.[410]

De Bock wijst ten slotte op een verschil tussen beledigende uitingen en kritiek (die de fatsoensgrenzen niet overschrijdt), waarbij alleen beledigende uitingen een sanctie kunnen rechtvaardigen.[411]

De Bock komt tot de conclusie dat het Gerechtshof moet onderzoeken of het ontbindingsverzoek voldoet artikel 10 EVRM. De conclusie strekt daarom tot vernietiging van de uitspraak van het Gerechtshof en verwijzing (naar een ander Gerechtshof).

### 5.4.6 Juridisch niet-bindende verklaringen en documenten

In diverse juridisch niet-bindende documenten hebben rectoren en de Raad van Europa invulling gegeven aan de bescherming van de academische vrijheid en de institutionele autonomie. Deze documenten kunnen potentieel nuttig

405 *Ibid.*, punt 4.45.
406 *Ibid.*, ro. 4.46. Met verwijzing naar EHRM 7 juli 2020, nr. 57462/19, ECLI:CE:ECHR:2020:0707DEC005746219, *JAR* 2020/255, r.o. 32.
407 Conclusie AG De Bock, 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, punt 4.48.
408 *Ibid.*, punt 4.50 en 4.51.
409 *Ibid.*, punt 4.53.
410 Zie artikel 4 van de wet.
411 Conclusie AG De Bock, 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231, punt 4.56.

zijn voor de interpretatie van de academische vrijheid door de nationale of Europese rechters; ze zullen hierna chronologisch worden beschreven.

*Magna Charta Universitatum 1988*

Magna Charta Universitatum is een verklaring die is aangenomen door rectoren van de European Universities in Bologna in 1988. De plaats Bologna is symbolisch, aangezien hier de oudste universiteit van Europa staat. Het is een redelijk vaag verwoorde verklaring waarin academische vrijheid niet is geconcretiseerd. De verklaring bestaat uit vier fundamentele beginselen (of doelstellingen). Twee beginselen hebben direct te maken met de academische vrijheid. Een van de beginselen is dat de universiteit een autonoom instituut is. Het onderzoek moet moreel en intellectueel onafhankelijk zijn van alle politieke autoriteit en economische macht (*principle 1*). Een ander beginsel is dat vrijheid in onderzoek en opleiding in het universiteitsleven fundamenteel is; overheden en universiteiten moeten deze fundamentele eis respecteren (*principle 3).* Verder kent de verklaring ook de opdracht tot waarborging van het humboldtiaanse principe dat onderwijs en onderzoek onlosmakelijk verbonden zijn (*principle 2*).

De verklaring noemt middelen om deze doelstellingen te bereiken. Om de vrijheid in onderzoek en onderwijs mogelijk te maken, moeten alle geschikte instrumenten beschikbaar worden gemaakt voor alle leden van de universitaire community. Ook moet elke universiteit, met inachtneming van bijzondere omstandigheden, de vrijheden van studenten waarborgen. Universiteiten moeten tevens de onderlinge uitwisseling van informatie en documentatie en gezamenlijke projecten zien als essentieel voor de gestage vooruitgang van de kennis.

*Recommendation number R (2000) 8 of the Committee of Ministers to member states on the research mission of universities*

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft een aanbeveling aangenomen waarin een breed aantal onderwerpen aan bod komt. Aan overheden wordt aanbevolen stappen te nemen om deze aanbevelingen te implementeren in beleid, recht en praktijk. Een van die aanbevelingen is dat overheidshandelen moet worden geïnspireerd door onder andere 'the integrity and independence of the sciences, scientists and the higher education and research institutions'.

Met betrekking tot de structuur en organisatie van het onderzoek binnen het hoger onderwijs beveelt het comité aan dat overheden samen met de hogeronderwijsinstituten de academische vrijheid van individuele onderzoekers waarborgen binnen de algehele structuur van het hogeronderwijsbestel dat is opgezet door de bevoegde staatsautoriteiten. Deze aanbeveling voegt iets toe aan de academische vrijheid uit artikel 1.6 WHW: de opdracht aan overheden om de academische vrijheid in acht te nemen. Vlak na deze aanbeveling wordt aanbevolen de omgang van externe onderzoeksinstituten met universiteiten aan te moedigen. Deze instituten kunnen handelen als kennistransfercentra,

*centres of excellence* en vertegenwoordigers voor samenwerking met de industrie. Overigens wordt ook in dit document aanbevolen voorwaarden te scheppen voor universiteiten om onderwijs en onderzoek gelijkwaardig te integreren in de organisatie en structuur.

Een andere aanbeveling houdt in dat overheden en universiteiten moeten worden aangemoedigd om regels op te stellen waarin onder andere de academische vrijheid van onderzoekers in alle stadia van hun carrière wordt geëerbiedigd. Hierbij worden regels over de bescherming van de academische vrijheid geïntegreerd in het loopbaanbeleid.

Met betrekking tot de publicatievrijheid wordt aanbevolen dat overheden in samenwerking met de onderzoeksgemeenschap standaarden ontwikkelen voor het publiceren van onderzoeksresultaten. Al het onderzoek dat publiek is gefinancierd zou op een bepaald moment moeten worden gepubliceerd. De aanbeveling moedigt universiteiten aan om duidelijke overeenkomsten te sluiten over de vertrouwelijkheid van onderzoeksresultaten met eventueel een tijdelijke vertraging van publicatie. In de aanbevelingen staat ook dat de industrie aangemoedigd moet worden leerstoelen bij universiteiten te creëren of te sponsoren. Een opvallende aanbeveling is dat onderzoeksfinanciering in principe een onafhankelijke expertevaluatie moet ondergaan, waarin ook een vergelijking wordt gemaakt tussen de onderzoeksdoeleinden en het uiteindelijke resultaat. Ten slotte wordt in dit document overheden aanbevolen universiteiten aan te moedigen tot het opstellen van duidelijke regels voor het aannemen, beheren en verantwoorden van gelden van buiten de universiteit. Deze regels moeten in het bijzonder gaan over de overheadkosten, de allocatie van baten uit IE-rechten en de juridische status van werknemers en studenten die een arbeidsovereenkomst hebben.

*Recommendation Rec (2005) 13 of the Committee of Ministers to member states on the governance and management of university heritage*

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft op 7 december 2005 'Aanbeveling 13' aangenomen. Deze aanbeveling heeft tot doel richtlijnen vast te stellen voor *good practices* in de *governance* en het management van het erfgoed van universiteiten. Volgens de considerans valt de academische en institutionele autonomie onder het erfgoed van universiteiten. De autonomie van de universiteiten is ook een van de *key principles* van Europese universiteiten. De aanbeveling omvat onder andere de aanbeveling om als hogeronderwijsinstelling de academische staf aan te moedigen onderzoek te doen naar erfgoed, 'met inachtneming van het beginsel van institutionele autonomie en de vrijheid van de academische staf om de onderwerpen te selecteren van hun onderzoek'. Met deze formulering wordt het recht van onderzoekers bevestigd om hun eigen onderzoeksonderwerpen te kiezen.

*Recommendation 1762 (2006) of the Parliamentary Assembly – Academic freedom and university autonomy*
De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft op 30 juni 2006 een aanbeveling aangenomen over academische vrijheid en universitaire autonomie. Deze aanbeveling is door het EHRM geciteerd in de hiervoor besproken zaak *Mustafa Erdoğan/Turkije.* De aanbeveling herbevestigt (in overeenstemming met de Magna Carta Universitatum) het recht op de academische vrijheid en de universitaire autonomie. De volgende vier beginselen worden (hier: vrij vertaald) geformuleerd:

> '4.1 Academische vrijheid in onderzoek en onderwijs zou de vrijheid van meningsuiting en actie moeten garanderen, evenals de vrijheid om informatie te verspreiden en de vrijheid om onderzoek te doen en kennis en waarheid te verspreiden zonder restricties.
> 4.2 De institutionele autonomie van universiteiten zou een manifestatie moeten zijn van een onafhankelijke toewijding aan de traditionele en nog steeds essentiële culturele en sociale missie van de universiteit, in termen van intellectueel bevorderlijk beleid, *good governance* en effectief management.
> 4.3 De geschiedenis heeft uitgewezen dat schendingen van de academische vrijheid en de universitaire autonomie altijd hebben geresulteerd in intellectueel verval, en daardoor in sociale en economische stagnatie.
> 4.4 Als universiteiten zich in de richting van isolatie in een 'ivoren toren' bewegen en niet reageren op de veranderende behoeftes van de samenlevingen die zij zouden moeten dienen en helpen te onderwijzen en ontwikkelen, kunnen hoge kosten en verliezen het gevolg zijn. Universiteiten moeten dicht bij de samenleving staan om bij te dragen aan het oplossen van fundamentele problemen, maar voldoende kritische afstand te houden om een langeretermijnvisie op te stellen.'

Hier wordt bescherming bepleit voor zowel de academische vrijheid in de vorm van individuele rechten, als de institutionele autonomie van de universiteit. De institutionele autonomie moet niet leiden tot een ivorentorenuniversiteit. Dit document legt bovendien nadruk op het belang van onderzoek dat voldoet aan de behoeften van de samenleving, en noemt de culturele en sociale missie van de universiteit essentieel. Deze aanbeveling is minder economisch ingestoken dan Recommendation No. R (2000) 8, waarin de nadruk ligt op kennistransferpunten en externe financiering.

*Recommendation CM/Rec (2007) 6 of the Committee of Ministers to member states on the public responsibility for higher education and research*
Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft op 16 mei 2007 een aanbeveling aangenomen waarbij in de appendix de volgende bepaling staat:

> '3. Public responsibility should be exercised with due regard for the need of higher education and research institutions and systems, as well as their staff and students, to act freely and efficiently in the pursuit of their mission. Public authorities therefore have a responsibility to promote autonomy for higher education and

> research institutions as well as academic freedom for individual members of the academic community.'

Hier wordt de academische vrijheid toegekend aan het individu, maar ook aan het collectief. Hoewel dit niet direct uit het document blijk, kan bij het collectieve recht worden gedacht aan zeggenschapsrechten.

*Recommendation CM/Rec (2010) 7 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Charter on Education for Democratic Citizenship and Human Rights Education*
Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft op 11 mei 2010 een aanbeveling aangenomen waarbij in de appendix volgende bepaling staat:

> 'Member states should promote, with due respect for the principle of academic freedom, the inclusion of education for democratic citizenship and human rights education in higher education institutions, in particular for future education professionals.'

Dit bevestigt eveneens in hoeverre het beginsel van academische vrijheid algemeen aanvaard is.

*Recommendation CM/Rec (2012) 7 of the Committee of Ministers to member States on the responsibility of public authorities for academic freedom and institutional autonomy*
Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft in 2012 een aanbeveling aangenomen waarin voor het eerst de academische vrijheid wordt gerelativeerd. Deze vrijheid is, aldus de aanbeveling, niet absoluut en steunt op een evenwicht dat alleen kan worden verschaft door 'deliberation and consultation' waarbij publieke autoriteiten, hogeronderwijsinstellingen, de academische gemeenschap van staf en studenten, en andere *stakeholders* betrokken zijn. Hierbij erkent de Raad van Europa voor het eerst het belang van de student in het kader van de academische vrijheid:

> 'Academic freedom and institutional autonomy are essential values of higher education, and they serve the common good of democratic societies. They are, nevertheless, not absolute, and rely on a balance which can only be provided through deliberation and consultations involving public authorities, higher education institutions, the academic community of staff and students and all other stakeholders. (...)
> Academic freedom should guarantee the right of both institutions and individuals to be protected against undue outside interference, by public authorities or others. It is an essential condition for the search for truth, by both academic staff and students, and should be applied throughout Europe. University staff and/or students should be free to teach, learn and research without the fear of disciplinary action, dismissal or any other form of retribution.'

Academische vrijheid wordt in deze aanbeveling gezien als een garantie voor het recht van zowel instituties als individuen tegen bovenmatige externe inmenging door publieke autoriteiten of anderen. Hier lijken de academische vrijheid en de institutionele autonomie te worden samengevoegd onder één begrip. Toch wordt institutionele autonomie in de aanbeveling als afzonderlijk begrip behandeld:

> '6. Institutional autonomy, in its full scope, encompasses the autonomy of teaching and research as well as financial, organisational and staffing autonomy. Institutional autonomy should be a dynamic concept evolving in the light of good practice.'

Institutionele autonomie wordt hier gezien als een intern principe dat de autonomie van onderwijs en onderzoek en de bestuurlijke autonomie omvat. Financiële autonomie is een *key prequisite* (de belangrijkste voorwaarde) voor institutionele autonomie. Institutionele autonomie zou volgens de aanbeveling niet mogen raken aan de academische vrijheid van staf en studenten.

*Budapest-Vienna Declaration on the European Higher Education Area (EHEA) 2010*
In de Budapest-Vienna Declaration van de European Higher Education Area van 12 mei 2010 laten de ministers zich bij de lancering van de Europese Hoger Onderwijsruimte weer uit over de academische vrijheid en de autonomie van de instellingen:

> '8. We, the Ministers, recommit to academic freedom as well as autonomy and accountability of higher education institutions as principles of the European Higher Education Area and underline the role the higher education institutions play in fostering peaceful democratic societies and strengthening social cohesion.'

In deze verklaring wordt de academische vrijheid erkend, maar niet geconcretiseerd zoals in de Bolognaverklaring.[412]

Uit de voorgaande aanbevelingen kan worden afgeleid dat door het hiervoor genoemde Comité van Ministers een actieve rol van overheden en universiteiten wordt verlangd in het respecteren en promoten van de academische vrijheid en de institutionele autonomie.

*Bonn Declaration on Freedom of Scientific Research 2020*
Op 20 oktober 2020 is door het 'Ministerial Conference on the European Research Area' de 'Bonn declaration on Freedom of Scientific Research aange-

412 PV 12 februari 2004, Academic freedom, university autonomy and human rights in the 21st century (ondertekend door Bemelmans-Videc); Resolution 2162 (2017) Provisional version – Alarming developments in Hungary: draft NGO law restricting civil society and possible closure of the European Central University.

nomen'.[413] Daarin wordt onder de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek het volgende verstaan:

> 'It entails the right to share, disseminate and publish the results thereof openly, including through training and teaching. It is the freedom of researchers to express their opinion without being disadvantaged by the system in which they work or by governmental or institutional censorship and discrimination.'

### 5.4.7 Tussenconclusie

Uit deze subparagraaf 5.4 blijkt dat de academische vrijheid als grondrecht wordt gewaarborgd in artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU en onder de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM. Bijzonder is dat niet-bindende documenten, zoals Aanbeveling 1762 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa van 30 juni 2006 of de Aanbeveling betreffende het statuut van het onderwijzend personeel in het hoger onderwijs van Unesco van 11 november 1997, hun weg hebben gevonden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM.

Het Hof van Justitie sluit bij de interpretatie van de academische vrijheid aan bij de jurisprudentie van het EHRM, maar gaat daarin ook verder. De academische vrijheid waarborgt de vrijheid van meningsuiting en actie (een handeling zoals het organiseren van een congres), de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden. Het Hof van Justitie voegt daaraan toe dat de institutionele autonomie de institutionele uitdrukking is van de academische vrijheden en een noodzakelijke voorwaarde is voor de leerkrachten om hun taak te vervullen. Die autonomie moet ook door de lidstaten worden beschermd tegen bedreigingen door wie dan ook.

De jurisprudentie over artikel 10 EVRM gaat (vooralsnog) niet over de context van het academisch ondernemerschap.

## 5.5 Internationaal recht

### 5.5.1 Wetenschappelijke vrijheid in het IVESCR

In het IVESCR van 16 december 1966 zijn meerdere sociale grondrechten opgenomen die de wetenschap betreffen. Artikel 15 IVESCR luidt:

413 Zie recenter: KNAW 2021, p. 30 met ook een verwijzing naar European Higher Education Area, Bologna Process and Italian BFUG Secretariat 2018-2020). Rome Ministerial Communiqué. Annex I, 2020.

> '1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder:
> (a) deel te nemen aan het culturele leven;
> (b) de voordelen te genieten van de wetenschappelijke vooruitgang en de toepassing daarvan;
> (c) de voordelen te genieten van de bescherming van de geestelijke en stoffelijke belangen voortvloeiende uit door hem verricht wetenschappelijk werk of uit een literair of artistiek werk waarvan hij de schepper is.
> 2. De door de Staten die partij zijn bij dit Verdrag te nemen maatregelen om tot de volledige verwezenlijking van dit recht te komen houden mede in die, welke noodzakelijk zijn voor het behoud, de ontwikkeling en de verbreiding van wetenschap en cultuur.
> 3. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich de vrijheid te eerbiedigen die onontbeerlijk is voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en scheppend werk.
> 4. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen de voordelen die de stimulering en ontwikkeling van internationale contacten en van internationale samenwerking op wetenschappelijk en cultureel gebied met zich brengen.'

In het eerste lid erkennen de verdragsluitende partijen het recht van een ieder om de voordelen te genieten van wetenschappelijke vooruitgang en de toepassing daarvan. Onder c wordt bescherming geboden voor IE-rechten van de scheppers van werken. In het tweede lid wordt aan de verdragsluitende partijen de positieve verplichting opgelegd om maatregelen te nemen voor het behoud, de ontwikkeling en de verbreiding van wetenschap en cultuur. De wetenschappelijke vrijheid is opgenomen in het derde lid.

Artikel 4 IVESCR regelt dat de staat de in het verdrag erkende rechten alleen mag onderwerpen aan bij de wet vastgestelde beperkingen en slechts voor zover dit niet in strijd is met de aard van de rechten. Het doel van de beperking mag uitsluitend zijn het bevorderen van het algemeen welzijn in een democratische samenleving.

De implementatie van artikel 15 IVESR wordt gemonitord door het VN Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten. Het Comité heeft 21 *general comments* geschreven, onder andere over het recht op toegang tot het culturele leven. Over de wetenschappelijke vrijheid is geen *general comment* geschreven.

In het Facultatief Protocol bij het IVESCR, dat op 5 mei 2013 in werking is getreden, is de mogelijkheid gecreëerd dat het Comité klachten ontvangt van individuen of groepen. Voordat een dergelijke klacht kan worden behandeld moeten alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Er zijn geen klachten die de wetenschap betreffen.

Ook de VN Mensenrechtenraad kan over de implementatie van de in het IVESCR genoemde rechten thematische rapporten naar buiten brengen.

### 5.5.2 Vrijheid van meningsuiting en vrijheid tot vereniging uit het IVBPR

In artikel 18 van het IVBPR van 16 december 1966, de evenknie van het IVESCR voor burgerlijke en politieke rechten, wordt het recht op 'vrijheid van denken, geweten en godsdienst' toegekend. In artikel 19 IVBPR wordt het recht toegekend om 'zonder inmenging een mening te koesteren'. In het tweede lid van artikel 19 wordt de vrijheid van meningsuiting geregeld. Volgens *general comment* 34 bij artikel 19 genieten alle meningsuitingen bescherming, waaronder die van politieke, wetenschappelijke, historische, morele en religieuze aard. Onderwijs[414] valt onder de vrijheid van meningsuiting, alsmede commerciële advertenties. Ook de toegang tot overheidsinformatie valt onder dit recht.

Ook bij dit verdrag bestaat een Facultatief Protocol dat op dezelfde wijze voor individuen de mogelijkheid opent een klacht in te dienen bij het in aanmerking komende Comité. Een klacht ging over de overplaatsing van een docent wegens boeken en pamfletten die discriminatoir waren tegenover Joden. Deze maatregel was volgens het Comité proportioneel, vanwege de *poisened environment* voor Joodse kinderen.[415] Het Facultatief Protocol is vooralsnog niet geratificeerd door Nederland.

Een ander relevant recht uit het IVBPR is de vrijheid van vereniging (artikel 22). Een persoon die deel uitmaakte van een Zuid-Koreaanse academische gemeenschap klaagde over de gevolgen die de Republiek Korea, in de vorm van veroordeling tot gevangenisstraf, had verbonden aan het lidmaatschap van de academische koepelorganisatie *Hanchognyeon,* omdat dit een staatsvijandelijke organisatie zou zijn. Klager had dit lidmaatschap automatisch verkregen door verkozen te worden tot vice-voorzitter van de studentenraad van de betrokken universiteit. Het Comité oordeelde dat het voorkomen van een hypothetisch gevaar niet voldoende is om een beperking van het recht van vereniging als proportioneel te kwalificeren.[416]

### 5.5.3 Andere verdragen

In veel verdragen komen bepalingen te voor die het recht op onderzoek erkennen. Dat blijft ook uit de bespreking van het werk van Ruffert & Steinecke in paragraaf 5.2.2.6.

Dit recht op onderzoek wordt toegekend aan staten en internationale organisaties. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 238 VN-Zeerechtenverdrag het specifiekere recht om zeeonderzoek te verrichten toegekend aan alle staten en 'bevoegde internationale organisaties', waarmee wordt gedoeld op de

414 Communication 736/97 (Ross v Canada).
415 World Declaration on Higher Education for the Twenty-First Century: Vision and Action, Unesco 5 oktober 1998.
416 Human Rights Committee, 29 juli 2005, 1119/2002.

organen die door de Internationale Maritieme Organisatie bevoegd zijn gemandateerd. Deze bepalingen zullen hier niet worden behandeld omdat ze niet relevant zijn voor kennisinstellingen en hun werknemers. Voorts waarborgt de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948 het recht op toegang tot wetenschap. In artikel 27 van dit document vinden we het recht van een ieder 'om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan'. In het tweede lid wordt het recht op bescherming van de intellectuele eigendomsrechten erkend: een ieder heeft recht op 'de bescherming van de geestelijke en materiële belangen, voortspruitend uit een wetenschappelijk, letterkundig of artistiek werk, dat hij heeft voortgebracht'. Uit de *traveaux préparatoires* is te achterhalen dat de Franse vertegenwoordiger Cassin, naast het recht op deelneming aan het culturele leven, dat reeds de wetenschap omvatte, expliciet deelneming aan de wetenschap wilde invoegen. Uiteindelijk is het voorstel van de Chinese vertegenwoordiger Chang aangenomen; hij stelde voor om het baconiaanse begrip 'wetenschappelijke vooruitgang' vast te leggen.[417]

### 5.5.4 Juridisch niet-bindende verklaringen

In dit hoofdstuk is een enkele keer de Aanbeveling van de Algemene Vergadering van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco) van 11 november 1997 aan bod gekomen. Er is ook een 'Recommendation on Science and Scientific Researchers' van 13 november 2017, die voornamelijk gaat over de waarde van wetenschap als gemeenschappelijk goed. In de pre-ambule wordt in het kader van academisch ondernemerschap gesproken over open communicatie van resultaten, hypothesen en meningen.

### 5.5.5 Resumerend

In het internationaal recht staat artikel 15, derde lid, IVESCR centraal. Op grond hiervan moeten verdragspartijen de vrijheid die onontbeerlijk is voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en scheppend werk eerbiedigen. Een grote beperking voor het effectueren van artikel 15, derde lid, IVESCR is dat niet rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Dit is eerder aan bod gekomen in paragraaf 5.2.2.1.

417 Mr. Chang (China) proposed the replacement of the last part of the sentence after ''share'' by ''in scientific advancement'' and recalled that the phrase was derived from Bacon (Commission on Human Rights, Third Session, Summary Record of the Seventeenth Meeting (...) on 11 June 1948), 21 juni 1948.

## 5.6 Tussenconclusie academische vrijheid

De academische vrijheid is een nationaalrechtelijk erkende vrijheid die is vastgelegd in artikel 1.6 WHW. De academische vrijheid uit de WHW houdt in dat het geven van onderwijs, het ontvangen van onderwijs en het doen van onderzoek vrij is. Onderzoek moet zodanig kunnen worden uitgevoerd dat wetenschappers geen afbreuk hoeven te doen aan hun wetenschappelijke integriteit. De academische vrijheid van artikel 1.6 WHW ziet op de bescherming van de academische vrijheid binnen de instellingen die in die WHW zijn geregeld.

De academische vrijheid is ook een grondrecht dat is opgenomen in artikel 13 Handvest van de Grondrechten van de EU. Ook is de academische vrijheid door het EHRM erkend als element bij de afweging omtrent beperkingen van de vrijheid van meningsuiting in het kader van artikel 10 EVRM. Het EHRM laat in het midden of de academische vrijheid onder artikel 10 EVRM alleen voor academici geldt. Het beschermt in ieder geval academische werken (*Hertel*) van een gepensioneerde of een gedetineerde (*T. tegen het VK*), of academische uitingen van een buitenstaander binnen de muren van de universiteit (*Wille tegen Liechtenstein*).

Het EHRM legt de nadruk op de publicatievrijheid. De academische vrijheid omvat de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verspreiden, de vrijheid om onderzoek te doen en de vrijheid om kennis en waarheid te verspreiden zonder restrictie. Het EHRM en de Nederlandse nationale rechter leggen in dat opzicht de nadruk op het belang van ongecontroleerde wetenschap en bezien of beperkingsmaatregelen daadwerkelijk noodzakelijk zijn. Het Hof van Justitie heeft ook nadruk gelegd op de institutionele autonomie.

De academische vrijheid uit de hiervoor genoemde bepalingen kan worden ingeroepen bij nationale en Europese rechters. Dat geldt alleen niet voor artikel 15 IVESCR, omdat dat geen een ieder verbindende verdragsbepaling is.

## 5.7 Wetenschappelijke integriteit

### 5.7.1 Omschrijving van de wetenschappelijke integriteit

Voor een omschrijving van wetenschappelijke integriteit wordt gebruik gemaakt van het boek *Scientific Integrity* van Schuyt.[418]

Volgens Schuyt is wetenschappelijke integriteit onderdeel van wetenschapsethiek.[419] Wetenschapsethiek gaat daarnaast ook over 'het gebruik van proefdieren, het omgaan met proefpersonen en patiënten, de geoorloofdheid van

418 Schuyt 2019. Zie ook Groen 2017, hoofdstuk 6.
419 Schuyt 2019, p. 15.

bepaalde onderzoeksmethoden (bijvoorbeeld klonen en stamcelonderzoek) en de specifieke relaties tot opdrachtgevers'.[420]

Schuyt beschouwt integriteit als een positiegebonden norm. Het gaat om 'specifieke normen die worden afgeleid uit de kenmerkende waarden (*leading values*) die gelden en worden hooggehouden in de verschillende maatschappelijke instituties'.[421] Zo mogen ambtenaren bijvoorbeeld geen geld of gunsten aannemen voor door hen uitgevoerde beslissingen of te nemen beslissingen, en hebben artsen de universele plicht iedereen in levensgevaar te helpen en het ambtsgeheim te bewaren.[422] Integriteit is een norm voor het eigen gedrag. Het gaat om 'bewust gekozen verantwoordelijkheid voor het eigen gedrag'.[423] Daarbij staat integriteit los van nut en van het gedrag en gedram van anderen. Volgens Schuyt kiest en aanvaardt de wetenschapper specifieke waarden die bij de wetenschap horen. Deze waarden worden geassocieerd met openheid, eerlijkheid, zorgvuldigheid, objectiviteit, een onbevooroordeelde houding, onafhankelijkheid en waarheidsliefde.[424] Schuyt verwijst hiervoor onder andere naar de steekwaarden van de wetenschap van Merton (die eerder in dit hoofdstuk zijn genoemd), maar plaatst ook de kanttekening dat die waarden wellicht een te idealistisch beeld van de wetenschap bieden.[425] Toch staat volgens hem vast dat de wetenschap specifieke waarden koestert 'die in de loop van de tijd zijn ontwikkeld en uitgekristalliseerd en die niet eenduidig samenvallen met de waarden van andere maatschappelijke instituties'.[426]

Schuyt haalt een advies aan van het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit (LOWI), een orgaan dat de besturen van aangesloten universiteiten en onderzoeksorganisaties adviseert over integriteitsschending en waarvan Schuyt tussen 2006 en 2014 voorzitter is geweest, om te tonen wat de 'meest basale, minimale norm van schending van wetenschappelijke integriteit' is:

> 'Van schending van wetenschappelijke integriteit is naar het oordeel van het LOWI in ieder geval sprake, indien in openbare publicaties en/of gedragingen wordt gehandeld in strijd met de algemene verplichting om gegevens uit wetenschappelijk onderzoek naar waarheid te presenteren, a) waarbij met name gegevens van een wetenschappelijk onderzoek niet mogen worden vervalst, gemanipuleerd, verzwegen, verzonnen, of, indien fictief van aard, als echt gepresenteerd; b) waarbij gegevens, letterlijke tekstgedeelten en wetenschappelijke ideeën die origineel en uniek zijn, ontleend aan andere bronnen, zonder juiste of volledige bronvermelding en onder eigen naam worden gepubliceerd.'[427]

420 Schuyt 2014, p. 19 en Schuyt 2019, p. 9.
421 Schuyt 2014, p. 21, Schuyt 2019, p. 17.
422 Schuyt 2014, p. 20-21 en Schuyt 2019, p. 16.
423 Schuyt 2014.
424 Schuyt 2014, p. 24 en Schuyt 2019, p. 20.
425 Schuyt 2014, p. 26 en Schuyt 2019, p. 22. Schuyt 2019 noemt hier aanvullend 'humility'.
426 Schuyt 2014, p. 26 en Schuyt 2019, p, 22
427 Schuyt 2014, p. 27-28 met verwijzing naar LOWI-adviezen 2008-I en 2013-2. Schuyt 2019, p. 23.

De norm onder a is het 'verzinnen of manipuleren van onderzoeksgegevens' en de norm onder b is 'letterdiefstal of plagiaat'.[428] Volgens Schuyt kan de formulering van het LOWI 'niet als absolute norm doorgaan'.[429] Hij geeft het voorbeeld van Sokal die een zichtbaar nepartikel als parodie op de postmoderne retoriek liet publiceren in het tijdschrift *Social Tekst* en elders over zijn experiment schreef.[430] Hoewel de inhoud van het nepartikel is verzonnen, schaart Schuyt dit niet onder verzonnen wetenschap.[431]

Schuyt noemt vier vormen van ondermijning van de wetenschap: manipulaties en vervalsingen, aanpassen van onderzoeksresultaten, onbewuste vertekeningen en ouderwetse machtsverhoudingen. Manipulaties en vervalsingen van onderzoeksgegevens zijn volgens Schuyt vaak moeilijk te onderscheiden van verschrijvingen.[432] Zo kunnen negatieve resultaten worden weggehaald (*cooking*), kan naar verwachte resultaten worden toegewerkt (*trimming*), of kunnen de resultaten mooier worden voorgesteld dan het onderzoeksresultaat toelaat (*fudging*).[433] Daarnaast kunnen onder andere onderzoeksresultaten worden aangepast, teksten worden veranderd om niet-wetenschappelijke redenen en kan er onjuist of onvolledig worden gerapporteerd.[434] Bij druk vanuit opdrachtgevers is dan ook de wetenschappelijke onafhankelijkheid in het geding.[435] Verder wordt bij onbewuste vertekeningen (*unconscious bias*) naar verwachte resultaten toegeredeneerd (vanuit *wishful thinking*), zonder dat er met de resultaten wordt gerommeld. Het gaat hier bijvoorbeeld om uitkomsten die vaker gunstig zijn voor de financier wanneer een onderzoek door een industriële partij is gefinancierd.[436] Ten slotte noemt Schuyt ouderwetse machtsverhoudingen tussen bijvoorbeeld een hoogleraar en een promovendus waarbij de hoogleraar de promovendus verbiedt om vanwege commerciële belangen bepaalde teksten te publiceren.

In zijn werk onderscheidt Schuyt malafide onderzoek van slecht en slordig onderzoek. Daartussen bestaat een grijze zone met 'questionable research practices' (QRP).[437]

Bij fouten geeft Schuyt als voorbeeld het maken van reken- of schrijffouten, waardoor de komma verkeerd staat, het opnemen van onjuiste of verkeerde verwijzingen of bronvermeldingen, en het vergeten te vermelden dat tijdens het onderzoek de formulering van een bepaalde vraag in een vragenlijst is

428 Schuyt 2014, p. 28, Schuyt 2019, p. 23
429 Schuyt 2014, p. 28, 2019, p. 23.
430 Schuyt 2014, p. 28; 2019, p. 23-34.
431 Idem.
432 Schuyt 2014, p. 31.26.
433 *Ibid.*
434 Schuyt 2014, p. 32; 2019, p. 27.
435 *Ibid.*
436 Schuyt 2014, p. 33 en Schuyt 2019, p. 28.
437 Schuyt 2014, p. 42.

veranderd.[438] Onder slordigheden vallen bijvoorbeeld het willekeurig trekken van conclusies die niet aansluiten op de getoonde onderzoeksgegevens of argumenten, het niet uitleggen en verantwoorden van gemaakte keuzen aan het begin en het einde van het onderzoek en het niet verantwoorden van de gekozen steekproef en de populatie.[439]

Bij de QRP noemt Schuyt de 'typologie van wetenschappelijk oneerlijke gedragingen' die door Babbage zijn geformuleerd in 1830. Het gaat hier om 'hoaxing' (iemand voor de gek houden), 'forging' (falsificatie), 'trimming' (afsnijden en wegknippen van observaties) en 'cooking' (selectief opdienen van observaties).[440] Voorbeelden van twijfelachtige onderzoekspraktijken zijn het vroegtijdig weggooien van ruwe onderzoeksgegevens en ander onderzoeksmateriaal waarmee men het onderzoek kan verantwoorden, het uit de analyse en rapportage weglaten van extreme scores ('outliers') of het weglaten van voor de theorie ongunstige gegevens bij archiefonderzoek.[441] Schendingen van wetenschappelijke integriteit zijn, naast de FFP-gedragingen, ook bijvoorbeeld het niet-vermelden van de eigen (commerciële) belangen bij het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, het niet vermelden van andere vormen van belangenverstrengeling, of het niet-erkennen van co-auteurschap waar dat gerechtvaardigd is.[442]

In de context van malafide onderzoek wordt gesproken van *fabrication* (fabuleren), *falsification* (manipuleren) en *plagiarism* (plagiëren) (gezamenlijk afgekort als FFP), als oude verbodsnormen die al golden voordat hieromtrent gedragscodes waren gemaakt.[443]

Voorbeelden van gedragscodes zijn de Gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018 (voorheen: Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening 2004/2012) van onder andere de VSNU en de European Code of Conduct for Research Integrity van de European Science Foundation (deze laatste is relevant voor het door ESF gefinancierd onderzoek).[444] De inhoud van deze codes komen in de volgende paragraaf aan de orde.

438 Schuyt 2014, p. 153.
439 *Ibid.*
440 *Ibid.*, p. 155.
441 *Ibid.*
442 *Ibid.* Zie daarover bijv. Rb. Amsterdam 21 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2198 en Hof Amsterdam 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4091.
443 Idem, p. 41.
444 Idem.

## 5.7.2 De juridische status en inhoud van de gedragscodes

### *5.7.2.1 Algemeen*

Hierna worden achtereenvolgens de volgende notities, verklaringen en codes aan de orde besproken:
- Notitie Wetenschappelijke integriteit en notitie Wetenschappelijk Onderzoek.
- Wetenschap op bestelling: Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid.
- Nederlandse gedragscode voor de wetenschapsbeoefening.
- Code ter voorkoming van oneigenlijke beïnvloeding door belangenverstrengeling.
- European Code of Conduct for Research Integrity.
- Andere internationale verklaringen.

### *5.7.2.2 Notitie Wetenschappelijke integriteit en notitie Wetenschappelijk Onderzoek*

In 2001 bracht de KNAW de notitie Wetenschappelijke integriteit uit die bestemd was voor medewerkers van universiteiten, KNAW-instituten en NWO-instituten.[445] De KNAW bracht eerder, in 1995, de 'Notitie inzake wetenschappelijk wangedrag' uit.[446] Deze notities bevatten geen afdwingbare rechten of plichten.

In de nieuwe notitie werd gemeld dat de KNAW, de VSNU en NWO gezamenlijk het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit (LOWI) instelden. Ook werden hierin vormen van inbreuken op wetenschappelijke integriteit geformuleerd. Deze vormen zijn onderscheiden in drie categorieën: (i) wetenschappelijk wangedrag bij vervalsing van onderzoeksgegevens of machinaties bij het weergeven van gegevens, (ii) misleiding, zoals het met opzet foutief toepassen van statistische methoden en (iii) diefstal van intellectueel eigendom, zoals het overschrijven van delen uit artikelen.[447] De notitie noemt 14 voorbeelden van schendingen. Een voorbeeld is 'het zeer onzorgvuldig of opzettelijk verkeerd interpreteren van onderzoeksresultaten en conclusies van het onderzoek'.[448] De notitie noemt ook als voorbeeld 'het door onzorgvuldig gedrag in de hand werken van onjuiste interpretaties van de media'.[449]

Een voorkomend verschijnsel is het naar de hand van de sponsor 'spinnen' van niet zozeer de onderzoeksresultaten zelf, maar het onderdeel 'discussie' in wetenschappelijke reviewartikelen. Deze handelwijze lijkt in strijd met de

445 KNAW 2001.
446 KNAW 1995.
447 KNAW 2001, p. 6.
448 KNAW 2001, p. 6-7.
449 *Ibid.*

wetenschappelijke integriteit, maar hierover bestaat op basis van deze notitie nog geen duidelijkheid.

In 2005 bracht de KNAW een brochure uit met de titel 'Wetenschappelijk Onderzoek: dillema's en verleidingen'.[450] Hierin is over het onderwerp van publicatievrijheid en geheimhouding het uitgangspunt geformuleerd dat het voor onderzoekers die door de overheid worden gefinancierd 'onwenselijk is dat zij zich bezighouden met onderzoek dat niet, of niet op termijn, tot publicaties leidt. Resultaten van publiek onderzoek dienen openbaar te zijn'.[451]

De brochure wijdt ook een afzonderlijk hoofdstuk aan contractonderzoek. Hierin is onder andere erkend dat financiers of medefinanciers invloed hebben op de omvang en duur van het onderzoek.[452] De brochure stelt echter dat zij over de resultaten en de interpretatie van het onderzoek geen zeggenschap behoren te hebben: '[h]et adagium "wie betaalt, bepaalt" is op dat punt in strijd met ieder idee van wetenschap'.[453] Bij contractonderzoek kan bij wetenschappers de druk bestaan om met de belangen van de opdrachtgever rekening te houden bij de 'opzet, uitvoering of rapportage'. De brochure noemt een aantal manieren waarop druk wordt uitgeoefend:

> 'Deze druk kan door de opdrachtgever rechtstreeks worden uitgeoefend. In een enkel geval gebeurt dat met middelen zoals intimidatie, het dreigen fondsen in te trekken of het schaden van de reputatie van de onderzoeker of de onderzoeksgroep. Meestal doet het zich op meer subtiele wijze voor, via suggesties in begeleidingscommissies of door mogelijke vervolgopdrachten in het vooruitzicht te stellen.'[454]

Interessant is wat de KNAW-brochure als oplossing aanreikt voor het probleem van belangenverstrengeling bij het onderzoek: het hanteren van een standaard- of voorbeeldcontract.[455] Daarnaast wordt ervoor gepleit de onafhankelijkheid van tenminste een deel van de beoordelaars te waarborgen en onderzoek niet alleen vooraf te beoordelen maar ook achteraf te evalueren.[456] Ook noemt de brochure acties van wetenschappelijke tijdschriften om meer openheid te vragen over de financiële banden van onderzoekers met externe financiers. In dit verband besloot het 'International Committee of Medical Journal Editors' geen onderzoek meer te publiceren waarover de financier het laatste woord

450 Koeman e.a. 2005.
451 Koeman e.a. 2005, p. 45.
452 *Ibid.*, p. 51.
453 *Ibid.*, p. 7.
454 Koeman e.a. 2005, p. 51 verwijzen hier verder naar Köbben & Tromp 1999.
455 *Ibid.*
456 *Ibid.*, p. 52.

had.[457] De brochure noemt een opvallend voorbeeld dat inzicht geeft in de hoge mate waarin de financiële belangen een rol spelen:

> 'In 2002 lekte een e-mail uit van een bekende Engelse filosoof, Roger Scruton, waarin deze aan de firma Japan Tobacco International voorstelde om zijn maandelijkse honorarium van 4500 pond te verhogen tot 5500 pond. Als tegenprestatie zou Scruton artikelen in kranten tegen de antitabakslobby verzorgen, dan wel laten verzorgen. Tot dan toe was niet bekend dat Scruton werd betaald door een tabaksonderneming [...].'[458]

Dit voorbeeld laat zien dat openheid over financiële belangen een belangrijke voorwaarde is voor integere wetenschap.

*5.7.2.3 Wetenschap op bestelling: Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid*

De KNAW publiceerde in 2005 het rapport 'Wetenschap op bestelling' waarin ter bevordering van de onafhankelijkheid van onderzoek een 'Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid' is opgenomen waaraan contractspartijen zich door onderschrijving zouden moeten binden. De tekst van de verklaring luidde als volgt:

'- De opzet van het onderzoek wordt niet toegespitst in de richting van een eventueel door de opdrachtgever gewenste uitkomst.
- Bij voorkeur formuleren opdrachtgever en opdrachtnemer gezamenlijk (het doel van) de opdracht.
- Beloningen en andere blijken van waardering zijn nooit afhankelijk van de uitkomst of interpretatie van het onderzoek.
- Wetenschappelijke onderzoeksresultaten worden gepubliceerd ongeacht of ze gunstig of ongunstig zijn voor de opdrachtgever.
- De wetenschapsbeoefenaar heeft steeds de vrijheid de bevindingen binnen een nader aangeduide redelijke termijn te publiceren; daarbij is twee maanden redelijk te achten en zes maanden in het algemeen het maximum (te rekenen vanaf het moment van levering van de eindresultaten aan de opdrachtgever). Een uitzondering dient hier te worden gemaakt bij 'Intellectual Property'-kwesties; dan kan een periode van maximaal 12 maanden worden geaccepteerd.
- In het contract wordt de wijze van publiceren overeengekomen. Publicatie in een wetenschappelijk tijdschrift vindt plaats in overleg met de opdrachtgever. De onderzoeker heeft echter het laatste woord over de inhoud, auteurs, vorm en plaats van de wetenschappelijke publicatie.
- Externe financiers van uitgevoerde opdrachten en/of andere sponsors worden bij naam genoemd in publicaties en bij andere vormen van openbaarmaking.
- Relevante belangen c.q. adviesrelaties van de onderzoeker(s) worden vermeld in publicaties en bij andere vormen van openbaarmaking.

457 *Ibid.*, p. 55.
458 *Ibid.*, p. 54.

- De tekst van het contract is beschikbaar voor vertrouwelijke inspectie door het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit (LOWI).'

Deze verklaring bevat richtlijnen die betrekking hebben op: (1 en 2) het ontwerp en de methode van het onderzoek, (3) de wijze waarop met beloningen wordt omgegaan, (4) de publicatievrijheid, (5) de wijze waarop wordt omgegaan met eventuele vertragingen van publicaties vanwege de aanvraag van octrooien, (6) de onafhankelijke wijze van publiceren, (7 en 8) transparantie in relaties met externen en (9) de verantwoording van contractactiviteiten. Al met al is deze verklaring redelijk specifiek richtlijnen die zich ook toespitsen op het verrichten van contractactiviteiten.

In de reactie van de Minister van OCW op het advies van de KNAW werd aangegeven dat het kabinet de aanbeveling om de verklaring toe te passen op alle opdrachtonderzoek niet zou overnemen.[459] Het kabinet gaf er de voorkeur aan om door *alle* publieke instellingen (dus niet alleen universiteiten) een gedragscode toe te laten passen die vergelijkbaar is met de gedragscode wetenschappelijke integriteit van de VSNU 'en zo publiek gefinancierde onderzoeksinstellingen en hun klanten (ook bedrijven, decentrale overheden en maatschappelijke organisaties) bij wetenschappelijke onderzoeksopdrachten extra te prikkelen tot professioneel wetenschappelijk handelen'.[460] Daarnaast zag het kabinet in geval van hantering van de door de KNAW bepleite verklaring 'bureaucratische rompslomp' ontstaan die niet door de omvang van integriteitsproblematiek te rechtvaardigen viel. Aan het LOWI dacht het kabinet, anders dan de opstellers van het KNAW-advies, geen inspectierol toe. Wel stond in de kabinetsreactie dat de minister erop zou aandringen bij evaluaties volgens het Standaard Evaluation Protocol (SEP) het aspect van onafhankelijkheid van wetenschappelijk onderzoek aan de orde te laten stellen. In het latere SEP 2009-2015 werd hiervoor nog niets geregeld, maar wel in het SEP 2015-2021: integriteit vormt daarin een onderdeel in de zelfevaluatie.

Het laatste punt uit de kabinetsreactie op het KNAW-advies is een toezegging, inhoudende dat de (toenmalige) modelonderzoeksovereenkomst 'Algemene voorwaarden voor het verrichten van diensten' (Avrodi) zou worden aangepast. De Avrodi, gericht op onderzoeksopdrachten van de kant van de rijksoverheid, was volgens de KNAW in strijd met het karakter van wetenschappelijk onderzoek. De Arvodi kende bijvoorbeeld standaard geheimhouding van resultaten, overdracht van intellectueel eigendom en auteursrecht.[461] De Minister van OCW zei toe de Arvodi-regels aan te passen en een 'model onderzoeksovereenkomst Arvodi' op te stellen waaraan de Arvodi-regels worden gekop-

459 Ministerie van OCW, 'Kabinetsreactie op het advies van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen "Wetenschap op bestelling" over de onafhankelijkheid van wetenschappelijk onderzoek', 20 november 2007, *Kamerstukken II* 2007/08, 29338, nr. 68.

460 *Ibid*.

461 Ook besproken in: KNAW 2021, p. 29.

peld.[462] Daarin wordt volgens de minister 'geregeld dat contractonderzoekers de algemene beginselen van professioneel wetenschappelijk handelen moeten hanteren en dat de opdrachtgever de onafhankelijkheid van de opdrachtnemer (de onderzoeker) niet mag schenden.'[463] Dit punt van de Arvodi werd in 2013 herhaald in het rapport vertrouwen in de Wetenschap van de KNAW.[464] Op dit punt constateerde het Rathenau Instituut in 2018 dat de thema's onafhankelijkheid en integriteit in het modelovereenkomst onderbelicht zijn.[465] Het Rathenau Instituut schrijft:

> 'Volgens deze modelovereenkomst heeft de overheid als opdrachtgever alle rechten over het onderzoek, moet de overheid toestemming geven tot openbare publicatie, en mag de overheid wijzigingen in de tekst aanbrengen. Alhoewel de Arvodi stellen dat 'de opdrachtnemer handelt volgens de algemene beginselen van professioneel wetenschappelijk handelen', zijn deze beginselen *de facto* in strijd met de gangbare wetenschappelijke praktijk, met regels zoals die bijvoorbeeld zijn opgenomen in de Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit (2018).'

Een onafhankelijke commissie onder leiding van prof. dr. Ton Hol heeft de Arvodi vergeleken met de Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit 2018. De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft daarop laten weten dat er in de modelovereenkomsten voor beleidsgericht onderzoek verwezen zal worden naar The European Code of Conduct for Research Integrity. Onder andere zal worden opgenomen dat de opdrachtgever publicatie niet kan tegenhouden omdat de resultaten hem of haar politiek onwelgevallig zijn.[466]

#### *5.7.2.4 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit*

In oktober 2016 onderzocht de Commissie Verkenning Herziening Gedragscode Wetenschapsbeoefening (de Commissie) in opdracht van VSNU, KNAW, NWO en NFU of de Nederlandse gedragscode voor wetenschapsbeoefening 2012/2014 voldeed aan de eisen die aan een dergelijke code gesteld kunnen worden en

462 *Supra* par. 5.7.2.3.
463 *Ibid.*
464 KNAW 2013, p. 21.
465 Diercks e.a. 2018, par. 2.3.1.
466 *Kamerstukken II* 2019/20, 31288, nr. 869. Zie ook Gedragscode Integriteit Rijk, par. 4.9 (Betrokkenheid bij onafhankelijk onderzoek en (wetenschappelijke) integriteit), *Stcrt.* 2019, 71141: 'Handel je vanuit de opdrachtgeversrol, dan zal er altijd een mate van beïnvloeding zijn op aspecten van het onderzoek. Van jou wordt verwacht dat je alle benodigde informatie, dilemma's en data meegeeft aan de onderzoeker. Daar moet je niet terughoudend in zijn, omdat dat wezenlijk van invloed kan zijn op de kwaliteit van het onderzoek. Er is ruimte voor dialoog over de onderzoeksvraag, de onderzoeksopzet of de validiteit van het onderzoek. Maar je laat de onderzoeker altijd in alle veiligheid en onafhankelijkheid zijn werk doen en stuurt niet op de uitkomst van het onderzoek, ook als het onderzoek tot een politiek-maatschappelijk minder gewenste uitkomst leidt.'.

of het wenselijk was de code te herzien.[467] De Commissie heeft aanbevolen om een nieuwe gedragscode op te stellen en gaf daarbij diverse suggesties mee. Zo zou de nieuwe gedragscode (in een appendix) relevante regelgeving moeten bevatten, zoals de Wet bescherming persoonsgegevens en het Landelijk Model Klachtenregeling VSNU.[468] Ook zou kunnen worden aangesloten bij de voor gedragscodes internationaal gangbare praktijk door in de code te verwijzen naar gedragsnormen die niet per se tot het domein van de wetenschappelijke integriteit hoeven te worden gerekend, zoals normen voor omgang met patiënten, proefpersonen en proefdieren.[469] Verder zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen *research misconduct* en de minder ernstige *questionable research practices*.[470] In de code zou bovendien een onderscheid moeten worden gemaakt tussen principes, normen, en schendingen, met afzonderlijke behandeling. De beginselen die in de ogen van de Commissie gehanteerd zouden moeten worden, zijn: eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid.[471] De Commissie gaf hier de voorkeur aan enkelvoudige labels, om geen onderscheid te maken tussen beginselen die moeilijk te scheiden zijn (onpartijdigheid en onafhankelijkheid) en om aan te sluiten bij de 'European Code of Conduct for Research Integrity'.[472] Wat de normen betreft: deze zouden gespecificeerd moeten worden voor de verschillende fasen van het onderzoeksproces. De onderzochte code, die onderwijs en onderzoek betrof, zou eigenlijk alleen over onderzoek moeten gaan, omdat de integriteitsproblematiek in het onderwijs van andere aard is.

Een volgende aanbeveling van de Commissie was de code van toepassing te laten zijn op al het publieke en publiek-private onderzoek.[473] De hogescholen en TO2-organisaties hebben bij de Commissie aangegeven zich graag te willen aansluiten. De Commissie schrijft in haar aanbevelingen verder dat de commissie Technologie en Innovatie van VNO-NCW zeer geïnteresseerd is in de gedragscode: het bedrijfsleven blijkt veel waarde te hechten aan de eis van onafhankelijkheid. De behoefte aan een onafhankelijke visie is vaak de reden om met de universiteiten samen te werken of om opdrachten bij universiteiten uit te zetten. De Commissie signaleert dat bedrijven bij privaat onderzoek eigen 'vaak uitgebreide en weldoordachte' gedragscodes hanteren.[474] Het bedrijfsleven ziet volgens de Commissie geen meerwaarde in het aansluiten bij de landelijke gedragscode.[475] Overigens zal bij de aansluiting van de TO2-instellingen onderscheid kunnen worden gemaakt tussen universitair onderzoek,

467 Commissie Verkenning Herziening Gedragscode Wetenschapsbeoefening, oktober 2016.
468 *Ibid.*, p. 7.
469 *Ibid.*, p. 6-7.
470 *Ibid.*
471 *Ibid.*, p. 12.
472 *Ibid.*, p. 11.
473 *Ibid.*, p. 19.
474 *Ibid.*
475 *Ibid.*, p. 20.

waarbij onderzoeksresultaten altijd moeten worden gepubliceerd en onderzoek bij zulke instellingen, waarbij publicatie niet altijd aan de orde hoeft te zijn.[476]

Over de academische vrijheid schrijft de Commissie dat de huidige code 'lijkt uit te gaan van een wetenschapsbeoefenaar met volledige academische vrijheid'. Dit uitgangspunt acht zij 'in het huidige wetenschapsbestel eigenlijk al geruime tijd achterhaald'. De Commissie signaleert dat inmiddels toepassingsgericht en vraaggestuurd onderzoek plaatsvindt binnen vrijwel alle onderzoeksinstellingen. Volgens de commissie is wetenschappelijke integriteit niet afhankelijk van de keuze van de onderzoeksobjecten, de specifieke vraagstelling of de betrokkenheid van de opdrachtgever, maar van de methode die 'objectief, onafhankelijk en kritisch' moet blijven. Op punten moet, aldus de Commissie, de code gespecificeerd worden voor het vraaggestuurd onderzoek en voor publiek-private samenwerking.

Tot zover deze weergave van de aanbevelingen uit 2016 van de voornoemde Commissie. De aanbevelingen zijn overgenomen in de nieuwe code. De vernieuwde Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit is onderschreven door de VSNU, de NFU, de Vereniging Hogescholen, NWO, de TO2-Federatie en de KNAW. Deze code is van toepassing op zowel publiek als privaat gefinancierd onderzoek. Onderzoek omvat daarbij alle activiteiten die aan de onderzoekspraktijk verbonden zijn. De code is in beginsel ook van toepassing op populairwetenschappelijke uitingen, onderwijsmateriaal en adviezen van onderzoekers, voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd. Er zijn vijf beginselen en 61 uitgewerkte normen.

De vijf principes die centraal staan, zijn: eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid. Transparantie en onafhankelijkheid zijn het meest relevant voor het academisch ondernemerschap. Transparantie betekent dan dat de rol van externe belanghebbenden bij het onderzoek helder moet worden gemaakt, terwijl onafhankelijkheid vereist dat wetenschappers zich niet mogen laten leiden door buitenwetenschappelijke overwegingen.

Onder andere de volgende normen uit de vernieuwde code zijn relevant voor het academisch ondernemerschap:[477]

- Norm 8: 'Maak als het onderzoek in opdracht uitgevoerd wordt en/of door derden wordt gefinancierd altijd duidelijk wie de opdrachtgever en/of financier is'.
- Norm 9: 'Maak bij onderzoek met externe partners heldere afspraken over zaken die de wetenschappelijke integriteit betreffen en zaken die daaraan kunnen raken, zoals intellectuele eigendomsrechten, en leg deze schriftelijk vast.'

476 *Ibid.*, p. 21.
477 Zie ook hierna in par. 5.8.5.

– Norm 44: 'Wees open en volledig over de rol van externe belanghebbenden, opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante nevenwerkzaamheden.'

Daarnaast hebben bestuurders de zorgplicht voor het neerleggen in de overeenkomsten met opdrachtgevers en financiers van eerlijke afspraken over het al dan niet openbaar en toegankelijk maken van data en onderzoeksmateriaal.[478]

Schuyt is kritisch op de waarde van de nieuwe code als beoordelingskader voor wetenschappelijke integriteit.[479] Slechts vier normen van de 61 (de FFP-normen) kunnen volgens de gedragscode leiden tot een schending van de wetenschappelijke integriteit.[480] Bij 19 andere genoemde normen – waaronder norm 8 'Betracht openheid over de rol van externe belanghebbenden en over mogelijke belangenconflicten' – hangt het van de uitkomst van de weging met behulp van wegingscriteria[481] af of de kwalificatie van schending van de wetenschappelijke integriteit op haar plaats is, dan wel een minder zware kwalificatie.[482] Volgens Schuyt zijn deze normen te breed geformuleerd.[483] Bij de overige 38 normen zal de kwalificatie van schending van wetenschappelijke integriteit eerder een uitzondering zijn.[484] Andere kwalificaties zijn 'bedenkelijk gedrag' of 'lichte tekortkomingen'.[485] Schuyt vindt de kwalificatie van bedenkelijk gedrag op zichzelf bedenkelijk.[486] Er is een associatie met frauduleus en ontoelaatbaar gedrag, maar de normen zijn te vaag om te bepalen of er sprake is van een schending.[487] Ook de wegingscriteria, zoals 'de mogelijke effecten op het vertrouwen in de wetenschap en tussen wetenschappers' bieden onvoldoende houvast om de consequenties van schending van een van de 61 normen te bepalen.[488] Hier is een hoge mate van beoordelingsvrijheid van bestuur.[489]

#### *5.7.2.5 Code ter voorkoming van oneigenlijke beïnvloeding door belangenverstrengeling*

In januari 2012 is een gedragscode opgesteld ter voorkoming van oneigenlijke beïnvloeding door belangenverstrengeling. Deze code is in 2017 geactualiseerd. De code is onderschreven door diverse organisaties, waaronder de Nederlandse

478 Par. 4.5 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
479 Schuyt 2019, p. 50-51.
480 *Ibid.*, p. 51 (Zie par. 5.2, onderdeel A van de gedragscode met verwijzing naar de FFP-normen in norm 19, 21, 34 en 40).
481 Daarvan zijn er 12 genoemd in par. 5.2, onderdeel C van de gedragscode.
482 Par. 5.2, onderdeel A van de gedragscode.
483 Schuyt 2019, p. 53.
484 Par. 5.2, onderdeel A van de gedragscode.
485 Par. 5.2, onderdeel B van de gedragscode.
486 Schuyt 2019, p. 53.
487 *Ibid.*
488 *Ibid.*, p. 53-54.
489 *Ibid.*, p. 54.

Federatie Universitair Medische Centra (en vele andere organisaties in de gezondheidssector), die verantwoordelijk zijn voor de 'totstandkoming van wetenschappelijke adviesrapporten en klinische behandelrichtlijnen'. Deze code is dus niet geschreven voor wetenschapsbeoefenaars, zij het dat onderzoekers van bijvoorbeeld ZonMw of Trimbos Instituut betrokken zijn bij de advisering over het beleid en de regelgeving.

De wenselijkheid van een dergelijke code blijkt uit bijvoorbeeld de berichtgeving in de media, inhoudende dat de psychiatrie 'in de greep [is] van de commercie' omdat de samenstellers van de volgend jaar te verschijnen DSM-5 bijna zonder uitzondering banden hebben met de industrie.[490]

De code bevat een verklaring die wordt voorgelegd aan betrokkenen bij de totstandkoming van adviesrapporten en richtlijnen. Als een betrokkene bepaalde relaties heeft, is dat niet 'bij voorbaat verdacht', maar bepaalde relaties kunnen wel 'een belemmering vormen voor deelname aan de commissie', dan wel slechts onder bepaalde condities zo'n deelname mogelijk maken. In de versie van de code uit 2012 werden de volgende relaties genoemd:

1. Persoonlijke financiële belangen. De code geeft het voorbeeld van een lid van een adviescommissie die in dienst is bij (of financiële belangen heeft bij) een bedrijf dat opereert op een gebied waar het advies zich op richt.
2. Persoonlijke relaties. Een deskundige kan kwetsbaar gemaakt zijn voor belangenverstrengeling als hij of zij personen kent uit de directe omgeving die baat hebben bij een bepaalde uitkomst van een advies.
3. Reputatiemanagement. De deskundige zelf kan belang erbij hebben om de reputatie of positie te beschermen van of erkenning te verwerven voor de organisatie waarin hij of zij werkt of waarin zij/hij een boegbeeldfunctie heeft.
4. Extern gefinancierd onderzoek. Contractonderzoek kan 'een wetenschapper ontvankelijk maken voor de belangen van de financier van het onderzoek'.
5. Kennisvalorisatie. Bij de vermarkting van onderzoek kan een spanning ontstaan met de onafhankelijke wetenschappelijke beoordeling.

De code bevat ook drie uitgangspunten om beleid te maken omtrent belangenverstrengeling, namelijk:

– *Transparantie* – inzichtelijk registreren van relaties en belangen van beoogde commissieleden en inzichtelijke procedures voor de manier waarop met de gegevens wordt omgegaan;
– *Proportionaliteit* – de maatregel om oneigenlijke beïnvloeding tegen te gaan, moet in verhouding staan tot de ernst van de mogelijke belangenverstrengeling, waarbij de ernst bestaat uit het risico van gekleurde inbreng en de schade aan de inhoud en geloofwaardigheid van het advies;

490 Visser, *de Volkskrant* 2012.

– *Verantwoordelijkheid* – wie beslist binnen de organisatie welke personen wel of niet mogen deelnemen?

In de code staat het uitgangspunt dat als kansen op direct financieel gewin bij een bepaalde uitkomst worden ingeschat, dit in alle gevallen zal leiden tot volledige uitsluiting van deelname.

De geactualiseerde versie van 2017 van de code formuleert de hiervoor genoemde relaties die in de verklaring moeten worden genoemd anders. Deze vernieuwde formuleringen luiden, kort weergegeven:

1. Hoofd- en nevenfuncties, die de affiliatie van een deskundige zichtbaar maken.
2. Persoonlijke financiële belangen, in het kader van relevante nevenwerkzaamheden, aandelen of eigendom van een patent of product.
3. Extern gefinancierd onderzoek, waarbij de financiële afhankelijkheid van een andere partij de wetenschapper kwetsbaar kan maken voor belangenverstrengeling.
4. Intellectuele belangen en reputatie, bijvoorbeeld bij het verkrijgen van naamsbekendheid door (de mogelijkheid om) als gevolg van het advies intellectuele eigendom te verkrijgen.

Ook in de geactualiseerde versie zijn de voornoemde uitgangspunten terug te vinden. Deze zijn daarin uitgebreid omschreven.

#### *5.7.2.6 European Code of Conduct for Research Integrity*

Op Europees niveau hebben de European Science Foundation (ESF) en ALL European Academies (ALLEA) in 2011 de European Code of Conduct for Research Integration (de Europese code) opgesteld. Deze code is op 24 maart 2017 geactualiseerd. De code is een 'framework for self-regulation' en is relevant voor zowel publiek als privaat gefinancierd onderzoek. De code wordt bijvoorbeeld gehanteerd voor onderzoeksprojecten die worden gefinancierd door de Europese Commissie in het kader van het subsidieprogramma Horizon 2020.[491]

De Europese code kent vier principes van correcte wetenschapspraktijken, namelijk:

491 Art. 19 Verordening nr. 1291/2013 tot vaststelling van Horizon 2020 – het kaderprogramma voor onderzoek en innovatie (2014 -2020) en tot intrekking van Besluit nr. 1982/2006/EG; art. 14 Verordening 1290/2013 tot vaststelling van de regels voor de deelname aan acties en de verspreiding van resultaten in het kader van 'Horizon 2020 – het kaderprogramma voor onderzoek en innovatie (2014-2020)' en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1906/2006; art. 34 Annotated Model Grant Agreement, 26 juni 2019 (''the beneficiaries must respect the fundamental principle of research integrity – as set out in the European Code of Conduct for Research Integrity'').

> '1. Reliability in ensuring the quality of research, reflected in the design, the methodology, the analysis and the use of resources.
> 2. Honesty in developing, undertaking, reviewing, reporting and communicating research in a transparent, fair, full and unbiased way.
> 3. Respect for colleagues, research participants, society, ecosystems, cultural heritage and the environment.
> 4. Accountability for the research from idea to publication, for its management and organisation, for training, supervision and mentoring, and for its wider impacts.'

Deze onderzoekspraktijken zijn beschreven in acht verschillende contexten, waaronder de context 'Publication and dissimination'. Daarin is als juiste praktijk beschreven dat alle auteurs elke belangenverstrengeling en financiële of andersoortige steun voor het onderzoek of publicatie openbaar moeten maken.

Vervolgens behandelt de Europese gedragscode 'violations of research integrity'. Daarbij maakt de code onderscheid tussen *Fabrication*, *Falsification* en *Plagiarism*. Naast deze serieuze schendingen van de integriteit leiden andere, niet limitatief opgesomde, gedragingen tot een schending. Voorbeelden zijn 'Witholding research results' en 'Allowing funders/sponsors to jeopardise independence in the research process or reporting of results so as to introduce or promulgate bias'. De Europese gedragscode kent ook normen voor het omgaan met schendingen van de wetenschappelijke integriteit. Deze regels hebben het kenmerk van een 'fair trial' onder artikel 6 EVRM. Hoewel het niet relevant is om alle waarborgen te noemen, zijn de bescherming van rechten van klokkenluiders, de vertrouwelijkheid van onderzoeken naar schendingen en het publiceren van de onderzoeksgegevens vermeldingswaardig. Ook moeten bij de procedure betrokken partijen belangenverstrengelingen melden.

### 5.7.3 Internationale verklaringen

Enkele internationale (niet bindende) verklaringen gaan over wetenschappelijke integriteitsnormen. In de jurisprudentie van het LOWI wordt hiernaar verwezen en vormen deze verklaringen een belangrijke bron voor de interpretatie van de integriteitsnormen.

De 'Singapore Statement on Research Integrity' is opgesteld door een commissie van de Second World Conference on Research Integrity in 2010, waaraan 340 personen en 51 landen hebben deelgenomen. Deze verklaring kent vier principes, namelijk '*Honesty* in all aspects of research, *Accountability* in the conduct of research, *Professional courtesy and fairness* in working with others [and] *Good stewardship* of research on behalf of others'. De verklaring kent ook een lijst met 14 verantwoordelijkheden, waaronder het openbaar maken van financiële en andere vormen van belangenverstrengelingen die kunnen afdoen aan de betrouwbaarheid van het werk van onderzoekers. Het gaat hierbij om de openbaarmaking in onderzoeksvoorstellen, publicaties,

publieke communicatie en alle review-activiteiten. Een andere verantwoordelijkheid is het beperken van professioneel commentaar tot de erkende expertise, wanneer onderzoekers deelnemen in publieke discussies over de toepassing en het belang van onderzoeksbevindingen. Zij moeten ook duidelijk professioneel commentaar onderscheiden van meningen die zijn gebaseerd op hun persoonlijke perspectief. Dit vereiste is uniek en komt niet terug in de hiervoor genoemde documenten over wetenschappelijke integriteit.

De 'Montreal Statement on Research Integrity in Cross-Boundary Research Collaborations' is op de Third World Conference on Research Integrity van 5 tot en met 8 Maart 2013 vastgesteld en vormt een aanvulling. Deze verklaring kent vier uitgewerkte 'general collaborative responsibilities', namelijk 'integrity, trust, purpose and goals'. Een van de verantwoordelijkheden is dat bronnen van financiering volledig en openlijk worden opgegeven. Er is geen dwingend voorschrift om te publiceren, maar samenwerkingspartijen zouden wel moeten regelen hoe publicaties moeten worden verspreid. Ook zouden zij afspraken moeten maken over data, intellectuele eigendommen en onderzoeksmateriaal. Uit de 'Sixth World Conference on Research Integrity' in 2019 vloeiden overigens de 'Hong Kong Principles' voort. Belangenverstrengeling staat hierin niet sterk op de voorgrond, maar er wordt wel aandacht gevraagd voor het probleem van 'bias' in het onderzoek en het selectief publiceren van onderzoek met een positief resultaat.

Daarnaast zijn de best practices van OESO vermeldingswaardig. De bijdrage 'Best practices for Ensuring Scientific Integrity and Preventing Misconduct' is in 2007 vastgesteld door de OESO naar aanleiding van de 'Workshop on Best Practices for Ensuring Scientific Integrity and Preventing' over wetenschappelijke integriteit en de First World Conference on Research Integrity van 16 september 2006. Dit OESO-document is nuttig, omdat het onderscheid maakt tussen zes typen 'misconduct', namelijk:

1. *Core research misconduct* met betrekking tot de FFP (fabricatie van data, falsificatie van data en plagiaat). Hieronder valt ook het produceren van valse data of resultaten onder druk van een sponsor.
2. *Research practice misconduct*, zoals een gebrekkig onderzoeksdesign, het gebruik van ongepaste onderzoeksmethoden (die bijvoorbeeld gevaarlijk zijn), de mishandeling van laboratoriumdieren, de schending van protocollen voor proefpersonenonderzoek en experimentele, analytische en computationele fouten.
3. *Data-related misconduct*, zoals het niet bewaren van data, incorrect datamanagement en het onthouden van data aan de onderzoeksgemeenschap. Onder data valt ook fysiek onderzoeksmateriaal.
4. *Publication-related misconduct*, zoals het onterecht claimen van auteurschap, onterecht auteurschap ontzeggen aan anderen, het kunstmatig opdelen van publicaties (*salami-slicing*) en het niet corrigeren van de publicatielijst.

5. *Personal misconduct*, zoals ongepast en ongewenst gedrag, ongevoeligheid tegenover sociale of culturele normen, slecht leiderschap, slecht mentorschap of slecht advies aan studenten.
6. *Financial and other misconduct*, zoals misbruik van peer review (waaronder het niet openbaar maken van belangenverstrengeling of het onterecht ophouden van de publicatie van een concurrent), een verkeerde voorstelling geven van de kwalificaties en publicaties, misbruik van onderzoeksgelden voor eigen gewin of ongeautoriseerde aankopen en het te kwader trouw of ongefundeerd doen van aantijgingen over wetenschappelijke integriteit.

Uit het OESO-document blijkt dat er globaal drie soorten manieren bestaan om *misconduct* aan te pakken, namelijk door te werken met een ad-hoc-commissie die specifieke zaken onderzoekt, met een vaste commissie op het niveau van de universiteit of met een of meer landelijke comités. In Nederland bestaat een gemixt systeem van een Commissie Wetenschappelijke Integriteit op universitair niveau en een Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit.

## 5.8 Rechtsbescherming

### 5.8.1 Procedures over wetenschappelijke integriteit

Individuele universiteiten hebben een onafhankelijke Commissie Wetenschappelijke Integriteit (CWI) ingesteld of een onafhankelijke functionaris met een soortgelijke rol. Hierna wordt voor het leesgemak alleen verwezen naar de CWI.

De procedure voor klachtenbehandeling is als volgt. Een ieder kan, conform de universitaire klachtenregeling omtrent wetenschappelijke integriteit, een klacht indienen bij het college van bestuur van de desbetreffende universiteit, waarop de universitaire CWI het college van bestuur adviseert over schendingen van wetenschappelijke integriteit. Na een voorlopig besluit kan een ontevreden klager zich wenden tot het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit dat is opgericht door KNAW, NWO en VSNU. Het LOWI adviseert conform het Reglement LOWI het college van bestuur over de afhandeling van klachten van de oprichters van LOWI. Dat zijn universiteiten, universitair medische centra, de KNAW en NWO. De klachten, de oordelen van het LOWI en de besluiten van het bestuur worden geanonimiseerd gepubliceerd op de website van de VSNU.

De rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld dat het LOWI geen bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 Awb omdat het een publieke grondslag mist (geen kwalificatie als a-orgaan) en het bovendien met zijn adviezen geen openbaar gezag uitoefent (idem b-orgaan). Ook is het LOWI geen 'onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam bedrijf of instelling' in de zin van artikel 3 Wob, omdat de oprichtende instellingen geen zeggen-

schap hebben over de adviezen die dit orgaan uitbrengt. Het LOWI heeft bovendien een eigen begroting.[492]

In de volgende subparagraaf worden enkele LOWI-adviezen over contractonderzoek en intellectuele eigendomsrechten behandeld. Ook wordt ingegaan op adviezen die mogelijk anderszins relevant zijn voor het academisch ondernemerschap of voor valorisatie in het algemeen. Adviezen over typische FFP-zaken (zoals plagiaat), die het vaakst voorkomen, worden hier niet behandeld.

### 5.8.2 LOWI-adviezen[493]

Een ieder die meent dat een wetenschapper inbreuk maakt op de geldende normen voor wetenschappelijke integriteit, kan een klacht indienen bij het bestuur van de universiteit waaraan die werknemer is verbonden. Het bestuur neemt vervolgens alvorens het een voorlopig besluit neemt, na kennis te hebben genomen van het advies van de CWI of functionaris wetenschappelijke integriteit. De klager kan na dit voorlopig besluit naar het LOWI stappen. Dit orgaan adviseert het bestuur bij het nemen van het definitieve besluit over de klacht. Dat besluit wordt geanonimiseerd gepubliceerd op de website van de LOWI. Dit systeem is een laagdrempelige manier voor universitaire medewerkers en het publiek om de gedragscodes te effectueren als zij van mening zijn dat een wetenschapper de integriteit heeft geschonden.

Het LOWI baseert zijn adviezen op onder andere de Nederlandse gedragscode Wetenschappelijke integriteit.

Voor de inwerkingtreding van de Nederlandse gedragscode Wetenschappelijke integriteit vanaf 1 oktober 2018, baseerde het LOWI zijn oordeel 'over schending van wetenschappelijke integriteit op – doch niet uitsluitend – de normen van wetenschappelijke integriteit die primair zijn af te leiden uit de Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening 2004 herzien in 2012 (VSNU-code).'[494]

Het LOWI liet zich hiernaast ook leiden 'door de Notitie Wetenschappelijke Integriteit 2001 (KNAW, NWO, VSNU) en de Notitie Wetenschappelijk Onderzoek: dilemma's en verleidingen, 2005 tweede druk (KNAW), die een uitwerking is van de Notitie Wetenschappelijke Integriteit van 2001, alsook door internationale normen, vastgelegd in Best Practices for Ensuring Scientific Integrity and Preventing Misconduct 2007 (OECD), The European Code of Conduct for Research Integrity 2010 (ESF, ALLEA),The Singapore Statement on Research Integrity 2010 en The Montreal Statement 2013'.[495]

492 Rb. Amsterdam 17 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4472, r.o. 5.5.
493 De adviezen zijn te vinden via https://lowi.nl/adviezen/.
494 LOWI 2014, 4.
495 *Ibid.*

Het LOWI leidt de normen uit deze documenten af en verwijst niet specifiek naar bepalingen. Wanneer de bepalingen uit deze documenten worden geschonden, betekent dat overigens volgens het LOWI niet dat er sprake is van een schending van de wetenschappelijke integriteit. Er kan ook sprake zijn van (verwijtbaar) onzorgvuldig handelen.[496]

Hierna worden enkele adviezen besproken die mogelijk relevant zijn voor het academisch ondernemerschap. Daarbij moet opgemerkt worden dat het voor het baseren van het oordeel op de oude of de nieuwe Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit relevant is wanneer de gedraging plaatsvond en welke gedragscode toen gold.

*LOWI-advies 2021, 20: Dienstbetrekking adviesbureau*

In deze zaak klaagt een directeur in de bouwsector over een parttime hoogleraar die lid is van een directie van een adviesbureau. De klacht ziet op een (te eenzijdig) onderzoeksrapport over een ongeval in de bouwsector, dat in opdracht zou zijn gedaan van een ander bouwbedrijf. Er is ook vervolgonderzoek zijn gedaan in opdracht van de overheid.

Het LOWI beoordeelt de casus aan de hand van de oude gedragscode, omdat het onderzoeksrapport dateert van voor de inwerkingtreding van de nieuwe gedragscode op 1 oktober 2018 en omdat het vervolgonderzoek op dat moment al in volle gang was. Tegen die achtergrond moet het handelen van de hoogleraar indien sprake is van wetenschapsbeoefening aan de oude gedragscode worden getoetst. Doorslaggevend is 'of een handeling naar aard en inhoud als wetenschapsbeoefening kan worden beschouwd'.[497] Daarbij is het volgens het LOWI 'van belang dat wetenschapsbeoefening primair is gericht op het initiëren en het bevorderen van het wetenschappelijk debat'.[498] Het LOWI neemt de volgende feiten en omstandigheden in overweging:[499]

- In het onderzoeksrapport en het vervolgonderzoek worden zowel de hoogleraarstitel als de ingenieurstitel vermeld, naast de vermelding van andere ingenieurs.
- Op de titelpagina staan de naam en het logo van het adviesbureau.
- Het adviesbureau is opdrachtnemer, niet de universiteit of de hoogleraar persoonlijk.
- Het initiële onderzoek gaat over het achterhalen van de oorzaak van het bouwongeval en het vervolgonderzoek gaat over het voorkomen hiervan in de toekomst. De opdrachtgevers hebben de rapporten gepubliceerd op de eigen website; de rapporten zijn niet gepubliceerd in een wetenschappelijk tijdschrift en ook niet opgenomen in de universitaire database voor

496 LOWI 2014, 4, par. 4.1.
497 LOWI 2021, 20, punt 10.
498 *Ibid.*
499 *Ibid.*, punt 10.1.

research-output. Op de universitaire profielpagina van de hoogleraar wordt bij het onderzoeksprofiel verwezen naar het bouwongeval.
– Er is experimenteel onderzoek uitgevoerd in een laboratorium van de universiteit; de laboratoriumruimte, opstelling en meetgegevens zijn tegen betaling aan het adviesbureau geleverd.

Het LOWI overweegt dat 'uit de verslaglegging van de onderzoeken (…) [voldoende] duidelijk [blijkt] dat deze niet zijn gericht op het initiëren en het bevorderen van wetenschappelijk debat, maar op het onder de vlag van het adviesbureau toepassen van wetenschappelijke kennis om een bouwongeval te reconstrueren en vergelijkbare ongevallen in de toekomst te voorkomen'.[500]

De rol van de universiteit is van onvoldoende gewicht: er is geen onderzoeksopstelling bedacht en er zijn geen data geïnterpreteerd, want dat is door het adviesbureau gedaan. Het vermelden van de hoogleraarstitel in de onderzoeksrapporten is bovendien 'van onvoldoende gewicht om te concluderen dat [de hoogleraar] zich zodanig manifesteert als wetenschapper dat men erop moet kunnen vertrouwen dat aan de gedragscode wordt voldaan'.[501] Al met al is er in casu geen sprake van wetenschapsbeoefening waarop de gedragscode van toepassing is.

*LOWI-advies 2021, 18: Legal opinion*

In deze zaak is een legal opinion[502] opgesteld op briefpapier van de universiteit en ondertekend door een hoogleraar met zijn naam en hoogleraarsfunctie in het betreffende vakgebied. Op het briefpapier staat het logo en de naam van de universiteit; ook de faculteit rechtsgeleerdheid en het rechtsgebied staan vermeld. De legal opinion is verstuurd aan een advocaat die deze heeft ingezet bij een gerechtelijke procedure tegen de cliënt van de klager en in verwante procedures.

Volgens het LOWI is een legal opinion geen wetenschappelijk onderzoek in enge zin.[503] De Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit is evenwel van toepassing op wetenschappelijk onderzoek in brede zin.[504] Het LOWI verwijst hier naar een eerder advies 2021, 15 waarin is overwogen dat onderzoek volgens artikel 1.2 van de gedragscode uit 2018 alle activiteiten omvat die aan de onderzoekspraktijk zijn verbonden.[505] Zoals hiervoor bij de bespreking van het advies LOWI 2021, 18 ter sprake kwam, is doorslag-

500 *Ibid.*, punt 10.3.
501 *Ibid.*
502 Een *legal opinion* is volgens het proefschrift van Van Dijk 2016, p. 29: '(a) een oordeel van een ter zake kundig jurist, (b) over een bepaalde rechtstoestand of rechtsverhouding, (c) met een in de praktijk gebruikelijke inhoud en, doorgaans, in een in de praktijk gebruikelijke vorm.'
503 LOWI 2021, 18, punt 10.
504 *Ibid.*
505 LOWI 2021, 15, punt 6.

gevend of een handeling naar aard en inhoud als wetenschapsbeoefening kan worden opgevat. Daarbij is het volgens LOWI van belang dat wetenschapsbeoefening primair is gericht op het initiëren en het bevorderen van het wetenschappelijke debat.[506]

Adviezen staan expliciet vermeld in artikel 1.1.3 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.[507] De gedragscode is daarom van toepassing.

Het LOWI toetst de *legal opinion* aan normen 22 (controleerbaarheid van bronnen) en 34 (zorgvuldige presentatie van bronnen, data en argumenten). Deze normen zijn niet geschonden. De *legal opinion* 'getuigt niet van een onwetenschappelijke eenzijdige benadering van de voorgelegde vragen'.[508]

*LOWI-advies 2021, 16: Podcast*

In deze zaak gaat de klacht over een podcast. Populairwetenschappelijke uitingen vallen op grond van artikel 1.1, onder 3, van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018 onder de reikwijdte van de principes en normen van de code 'voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd'.

Het LOWI toetst hier niet aan de principes, aangezien die worden gezien als deugden van een goede onderzoeker.[509] De normen zien op een ondergrens. Het LOWI heeft 'getoetst aan norm 18 (vermijd dat de keuze van methode wordt bepaald door buitenwetenschappelijke belangen)' en concludeert dat deze norm niet is geschonden.[510] Ook was er geen sprake van datafabricage of van ongefundeerde conclusies en is er voldoende expliciet gemaakt dat alternatieve visies mogelijk zijn (normen 19, 38 en 39 van de gedragscode).

*LOWI-advies 2021, 10: 'Conflicts of interests'*

In deze zaak betreft de klacht het niet volledig en correct aangeven van de 'conflicts of interest' bij een artikel. Het LOWI sluit in zijn advies aan bij het oordeel van de commissie wetenschappelijke integriteit van de universiteit. Volgens de commissie hoeven niet alle secundaire belangen, maar alleen de relevante secundaire belangen worden vermeld. De klager heeft volgens het LOWI niet aannemelijk gemaakt dat er sprake is van mogelijk belangenverstrengeling.[511]

*LOWI-advies 2021, 8: Beïnvloeding beleidsonderzoek*

Een belangenbehartiger klaagt over de wijze waarop wetenschappers van een onderzoeksinstituut van de Universiteit Twente beleidsonderzoek in opdracht

506 *Ibid.*, punt 7.
507 LOWI 2021, 18, punt 12.
508 *Ibid.*, punt 17.
509 LOWI 2021, 6, punt 14.
510 *Ibid.*, punt 15.
511 LOWI 2021,10, punt 7.

van het ministerie van OCW hebben verricht. Het gaat in dit kader om een indringende poging van een belanghebbende om het onderzoek te beïnvloeden.

Het LOWI hanteert hier de volgende normen uit de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018:[512]

- Norm 8 (betracht openheid over de rol van externe belanghebbenden en over mogelijke belangenconflicten).
- Norm 39 (wees expliciet over serieuze alternatieve inzichten die relevant kunnen zijn voor de interpretatie van de data en de onderzoeksresultaten).
- Norm 44 (wees open en volledig over de rol van externe belanghebbenden, opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante nevenwerkzaamheden).
- Norm 53 (wees eerlijk in publieke publicatie en helder over de beperkingen van het onderzoek en van de eigen expertise. Communiceer pas over de onderzoeksresultaten aan het algemene publiek als er voldoende zekerheid over de resultaten bestaat).

Het LOWI haalt het toetsingskader aan van paragraaf 5.2 van de gedragscode waarin een onderscheid is gemaakt tussen '(1) de duidelijkste voorbeelden van schending van de wetenschappelijke integriteit, te weten fabriceren, vervalsen en plagiaat, (2) normen waarbij het van de uitkomst van de weging met behulp van wegingscriteria afhangt of de kwalificatie 'schending van de wetenschappelijke integriteit' op haar plaats is of een minder zware kwalificatie en (3) andere normen waarbij in het licht van de wegingscriteria voor de kwalificatie 'schending van de wetenschappelijke integriteit' slechts bij uitzondering aanleiding zal zijn.'[513]

Normen 8, 44 en 53 vallen onder de tweede categorie en norm 39 onder de derde categorie.[514]

Volgens LOWI is het gebrek aan transparantie in de verslaggeving te kwalificeren als bedenkelijk gedrag en is er dus meer in het spel dan een' lichte tekortkoming': de kwalificatie van de commissie wetenschappelijke integriteit.[515] Van de poging tot beïnvloeding hadden de onderzoekers melding moeten maken.[516] Het gebrek aan transparantie heeft effect op het vertrouwen in de wetenschap, een wegingscriterium uit de gedragscode. De onderzoekers in kwestie hebben dit overigens niet opzettelijk gedaan en ook remediërende maatregelen getroffen, zoals het afnemen van extra interviews.[517]

512 LOWI 2021, 2021, 8, punt 15.
513 *Ibid.*
514 *Ibid.*
515 *Ibid.*, punt 19.1.
516 *Ibid.*
517 *Ibid.*, punt 19.2.

*LOWI-advies 2021, 3-4: Onvoldoende transparantie financiering*
In deze zaak gaat het om onderzoek dat in opdracht van VNO-NCW is uitgevoerd. Het resultaat was een onderzoeksrapport waaruit artikelen zijn voortgevloeid. De klacht gaat over het ontbreken van onafhankelijkheid en het niet voldoen aan wetenschappelijke maatstaven. Ook gaat de klacht over onvoldoende transparantie over de financiers.[518]

Het LOWI hanteert hier de oude Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening 2004, omdat het rapport uit 2009 komt. Het LOWI is van oordeel dat er 'onvoldoende transparantie is betracht over de identiteit van het onderzoek'.[519] Een bedrijf heeft de kosten van het onderzoek betaald en deze evenredig doorberekend aan vier andere bedrijven die zijn aangesloten bij brancheorganisaties. Deze brancheorganisaties zijn lid van VNO-NCW. Volgens het LOWI kent VNO-NCW, die formeel de opdrachtgever is van het onderzoek, diverse leden en moest VNO-NCW worden onderscheiden van de vijf financierende ondernemingen. De financiering gaat hier niet om een interne aangelegenheid van VNO-NCW. In ieder geval het bedrijf dat de facturen betaalde aan de faculteit had moeten worden vermeld als externe financier.[520] Daarbij maakt het niet uit of de verhoudingen met externen wel of niet 'nauw en duurzaam' zijn.[521] Opvallend is dat het LOWI 'oog [heeft] voor de aard van de publicatie, te weten opdrachtonderzoek' bij het beoordelen van de grens van precisie en nuance bij het publiceren van resultaten.[522]

Het LOWI komt tot de conclusie dat het niet vermelden van de externe financiers verwijtbaar onzorgvuldig is. De klacht zag ook op hergebruik van data zonder bronvermelding, hetgeen door LOWI onzorgvuldig werd geacht.[523]

*LOWI-advies 2018, 6: Zakelijke belangen*
In deze zaak wordt onder andere geklaagd over onvolledigheid in het vermelden van 'conflicts of interest' bij de totstandkoming van een advies en in publicaties, alsmede over zakelijke belangen bij de aanvraag voor het uitvoeren van onderzoek (onderzoeksvoorstel) en belangenverstrengeling bij het adviseren van een minister.

518 Zie voor de situatie waarin een onderzoeksjournalist een beschuldiging doet van 'gestuurd onderzoek' vanwege het niet vermelden van financiers, hetgeen binnen de grenzen van de vrijheid van meningsuiting valt: Rb. Amsterdam 21 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7688.
519 LOWI 2021, 3-4, punt 7.2.
520 *Ibid.*
521 *Ibid.*, punt 7.3.
522 *Ibid.*, punt 7.5.
523 *Ibid.*, punt 10.2.

Volgens het LOWI is het in strijd met de (oude) Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening om niet de zakelijke belangen te melden.[524] Dat geldt ook voor het onderzoeksvoorstel dat valt onder de gedragscode en voor de publicaties. Een gesprek met de minister valt daarentegen niet onder de gedragscode. Het LOWI komt bij de gegronde klachtonderdelen uit op de kwalificatie verwijtbaar onzorgvuldig handelen, maar gelet op het de cumulatie hiervan is volgens het LOWI sprake van een schending van de wetenschappelijke integriteit.[525]

*LOWI-advies 2017, 12: Publicatieverbod vinding*
In deze zaak is onder andere geklaagd over het vermelden van de manager op patentaanvragen zonder dat deze manager een inhoudelijke bijdrage heeft geleverd aan het achterliggend wetenschappelijk onderzoek. Ook is geklaagd over het verbod op het publiceren over de eigen onderzoeksresultaten.

Volgens het LOWI hoort een 'persoon die geen (wezenlijke) wetenschappelijke of technologische inbreng heeft gehad, (...) niet als uitvinder te worden opgevoerd'.[526] Dat geldt zowel voor ondersteunend personeel als leidinggevenden. Desondanks is dit klachtonderdeel niet gegrond, omdat de (oude) Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening niet van toepassing is. Een patentaanvraag is namelijk geen wetenschappelijk onderzoek.

Met betrekking tot het publicatieverbod acht het LOWI het aannemelijk dat de klager hier in zijn academische vrijheid is beknot, wat mogelijk had kunnen leiden tot de conclusie dat de betrokkene de wetenschappelijke integriteit schond.[527] Vanwege de standpuntwijzigingen en de toezeggingen is er volgens het LOWI geen reden (meer) om een schending van de wetenschappelijke integriteit aan te nemen. Het LOWI heeft hier kennelijk geen *ex tunc* beoordeling gedaan.

*LOWI-advies 2016, 14: Vermelden opdrachtgevers*
In een omvangrijke klacht met veertien klachtonderdelen, is onder andere geklaagd over het niet vermelden van opdrachtgevers. Dit is volgens het LOWI een verwijtbare onzorgvuldigheid.[528]

*LOWI-advies 2014, 4: Buitenuniversitaire activiteiten*
Deze zaak ging onder andere over een integriteitsklacht tegen de zakelijke partner van een wetenschapper. Het LOWI merkte hierover op dat deze partner niet verbonden was met een universiteit en dat de behandeling van deze klacht

524 LOWI 2018, 6, ten aanzien van klachtonderdeel 1 (*conflict of interests* bij advisering van een instelling over het totstandkomen van een advies).
525 LOWI 2018, 6, par. 4.
526 LOWI 2017, 12, par. 4.4.
527 *Ibid.*
528 LOWI 2016, 14, par. 4.5.

daarmee buiten zijn bevoegdheid lag. Het LOWI berispte ook de klager die vertrouwelijke stukken had opgestuurd, wat kan worden uitgelegd als een poging om de beklaagde wetenschapper in een kwaad daglicht te stellen (om *guilt by association* te suggereren). Het deel van de klacht over de beklaagde zelf werd wel in behandeling genomen.

Zo stelde de klager dat de VSNU-gedragscode zich ook uitstrekt tot commerciële activiteiten van een hoogleraar of wetenschapsbeoefenaar. Ter motivering voerde klager aan dat een wetenschapper zich 'ook buiten de poorten van de universiteit […] naar de eisen van de gedragscode dient te gedragen, zeker wanneer die activiteiten worden aangekondigd en uitgedragen met wetenschappelijke titels'. Dit uitgangspunt gold volgens de klager ook voor personen die in deeltijd aan de universiteit zijn verbonden.

Het LOWI verduidelijkte dat ook buitenuniversitaire activiteiten die betrekking hebben op specifiek wetenschappelijk werk, zoals het optreden als getuige-deskundige, onder de VSNU-gedragscode kunnen vallen. Activiteiten die *niet* het wetenschappelijk werk betreffen, vallen echter niet onder de VSNU-gedragscode. Het LOWI noemde als voorbeeld het voorzitterschap van een particuliere vereniging of stichting. Deze activiteiten vallen niet onder de code, zelfs niet als de titel van hoogleraar wordt gedragen of meegevoerd. De gedragscode was hiervoor in 2012 wel al zodanig aangescherpt, dat de verschillende typen activiteiten in de openbaarheid moeten kunnen worden onderscheiden.

Het LOWI constateerde dat de activiteit van de beklaagde te kwalificeren was als het uitbrengen van een deskundigenrapport. Dit rapport was volgens het LOWI 'onmogelijk te kwalificeren als wetenschappelijk werk of wetenschappelijk rapport'. Het LOWI keek inhoudelijk naar het rapport en zag geen wetenschappelijke probleemstelling, geen verwijzingen naar de literatuur en merkte op dat geen wetenschappelijke publicatie werd beoogd. Het rapport betrof 'wel onderzoek, maar niet wetenschappelijk onderzoek'. De conclusies waren ook 'bij uitstek normatief-juridisch van aard en hadden betrekking op de concrete handelwijze' van de opdrachtgever. Het LOWI achtte het niet relevant dat de wetenschappelijke titel was gebruikt.

Hieruit is af te leiden dat een persoon zich door het gebruik van zijn hoogleraarstitel bij niet-wetenschappelijke activiteiten niet verbindt aan de eisen van de gedragscode. Een opinie schrijven voor bijvoorbeeld een lobbygroep hoeft dus niet zorgvuldig, betrouwbaar en onpartijdig te zijn. Wel moet de hoogleraar over deze niet-wetenschappelijke (neven)activiteiten transparant zijn.

*LOWI-advies 2013, 8: Integriteitsonderzoek naar sponsoring onderzoek*

Deze klacht betrof een integriteitsonderzoek door het bestuur van de instelling. Dit onderzoek was gestart op verzoek van de KNAW die op zijn beurt het verzoek had ontvangen van de staatssecretaris. Het LOWI oordeelde hierover

dat '[w]etenschappelijk onderzoek in opdracht van derden […] in alle opzichten onafhankelijk van de opdrachtgever [dient] plaats te vinden en de uitkomsten van het onderzoek […] onafhankelijk van eventuele belangen van de opdrachtgever vastgesteld en gepubliceerd [dienen] te worden'. Het bestuur had volgens het LOWI zorgvuldig gehandeld door meteen 'een zelfstandig en onafhankelijk onderzoek in te stellen via de CWI'. Het LOWI bevestigde ook het belang van transparantie bij de openbaarmaking van het CWI-advies in geanonimiseerde vorm.

*LOWI-advies 2013, 6: Evenredigheid en overdracht van auteursrecht*
In deze zaak verhelderde het LOWI dat er geen sprake hoeft te zijn van het onnodig en onevenredig toebrengen van schade jegens personen voordat een schending van de VSNU-code aan de orde kan zijn. Vervolgens werd overigens de lijn bevestigd dat het LOWI zich niet uitspreekt over civielrechtelijke geschillen, zoals in casu de overdracht van auteursrecht.

*LOWI-advies 2012, 2: Optreden als deskundige is wetenschappelijk handelen*
In deze uitspraak sprak het LOWI zich uit over het optreden van een onderzoeker in de hoedanigheid van deskundige. Het interessante aan deze zaak ligt niet zozeer in de aantijgingen als wel in de ontvankelijkheidsvraag. Het ging hier namelijk om een andere taak dan wetenschappelijk onderzoek. Het LOWI achtte zich desalniettemin ontvankelijk, omdat het uitging van het 'wetenschappelijk handelen' van de onderzoeker. Van belang was dat (i) het ging om een wetenschappelijke medewerker die werkzaam is bij een instelling, (ii) de onderzoeker is gevraagd vanwege zijn expertise en (iii) de onderzoeker werd verzocht om als onafhankelijke deskundige op te treden. Bovendien werd van de onderzoeker verlangd om antwoord te geven in een deskundigenbericht (iv) over vragen op zijn vakgebied, (v) op grond van het procesdossier en (vi) op basis van de stand van de wetenschap zonder zelf wetenschappelijk onderzoek te verrichten.

*LOWI-advies 2012, 1: Sociale status van hoogleraar misbruiken*
In deze zaak ging het onder andere om het buiten de universiteit 'gebruikmaken van de sociale status van hoogleraar'. Het LOWI oordeelde hier dat de betrokken wetenschappers niet uit hoofde van hun eigen wetenschapsbeoefening handelden, maar hun nevenfuncties uitvoerden in opdracht van een ander, als bestuurslid en als onderzoeksleider. Zij voerden die functies op persoonlijke titel uit, hoewel zij gebruikmaakten van hun status als professor. Al met al bepaalde het LOWI dat de handelingen die betrokkenen als bestuursleden van een vereniging hebben verricht geen wetenschappelijke handelingen zijn en daarom los staan van de wetenschappelijke integriteit.[529]

529 Ten overvloede merkte het LOWI hier op dat onjuiste interpretaties die in het publiek zijn geventileerd geen schending van de wetenschappelijke integriteit oplevert.

*LOWI-advies 2011, 1: Commerciële belangenverstrengeling*
Deze zaak ging over beweerde belangenverstrengeling bij de publicatie van een medisch wetenschappelijk onderzoek. Het verwijt was dat de wetenschapper-in-kwestie toestemming had gegeven voor het versturen van een brief aan een lijst van artsen in Nederland met als briefhoofd de vermelding van de instelling (de universiteit). Het ging hier om een mailing op briefpapier van de universiteit over gesponsord onderzoek dat voor het bedrijf (mogelijk) positieve uitkomsten had. De wetenschapper was bovendien onvoldoende open 'over zijn financiële en commerciële connecties naast zijn reguliere functie'.

Het valt in deze zaak op dat de wetenschapper zich verweerde door te stellen dat de beginselen uit de gedragscode van de VSNU altijd betrekking hebben op wetenschappelijk onderwijs, wetenschappelijk onderzoek en het publiceren van de resultaten daarvan. Het LOWI deelde die opvatting echter niet. Het LOWI constateerde dat het bestuur van de instelling zelf een document met gedragsregels had opgesteld waaraan onderzoekers zich dienden te houden. Volgens het LOWI deed de handelwijze van de onderzoeker af aan de objectiviteit en de wetenschappelijke onafhankelijkheid. De 'ongewenste vermenging' van de naam van het bedrijf leidt tot een ongeoorloofde belangenverstrengeling. Dit heeft schade opgeleverd 'aan de goede naam van de onderzoekers en medewerkers van de instelling'. Het LOWI sprak daarom uit dat er sprake was van een inbreuk op de wetenschappelijke integriteit.

*LOWI-advies 2010, 3: Manipulatief optreden in een tv-uitzending*
In deze zaak werd geklaagd over een tv-optreden van een onderzoekster. Dit optreden, net als haar onderzoek, was volgens de klager te kwalificeren als wetenschappelijke fraude. In dit onderzoek zou een te positief beeld zijn geschetst van (een bepaalde, geanonimiseerde groep) jongeren met betrekking tot criminaliteit. Tijdens het tv-programma zouden de 'kijkers zijn belogen en bedrogen'. Het LOWI gaf hierop aan dat het 'vaak moeilijk is om de door de onderzoekers gewenste boodschap genuanceerd over het voetlicht te brengen'. Het LOWI hechtte er waarde aan dat in het onderzoeksrapport en in de persberichten wel de vereiste zorgvuldigheid was betracht. De klager richtte zich echter niet op fouten in het onderzoek, maar heeft zich vooral gestoord aan de vraagstelling van het onderzoek die 'te politiek zou zijn gemotiveerd'. Het LOWI haalde hier het advies van de CWI en het bestuur aan, die van mening waren dat er geen bewijs was geleverd om deze stelling te onderbouwen. Het in een 'vluchtige mediabehandeling' achterwege laten van een vermelding van de beperkte reikwijdte van het onderzoek – terwijl die reikwijdte wel is behandeld in het rapport –, kan niet worden beschouwd als manipulatie van onderzoeksresultaten.

*LOWI-advies 2010, 1: Competitief voordeel door minachting van het intellectuele eigendom*
In deze zaak klaagde een promovenda dat haar promotor en copromotor (delen van) het manuscript (na goedkeuring door de leescommissie) vóór de promotie hebben gezonden naar een ander promovendus zonder toestemming of kennisgeving. Deze promovendus is (door onvoorziene omstandigheden) eerder gepromoveerd dan zij en zou te weinig verwijzen naar haar proefschrift. De handelwijzen van de promotor en copromotor zouden een 'minachting voor het intellectuele eigendom van anderen' zijn. De klaagster heeft de klachten in vraagvorm overlegd. Zo vroeg zij 'of het passend is dat iemand die zelf geen wetenschappelijke publicaties op zijn naam heeft staan met andermans 'intellectuele eigendom' wordt geholpen'. Deze vraag werd beantwoord met de opmerking dat '[d]e gang van zaken bij het verlenen van een doctorstitel wordt geregeld in het promotiereglement en (...) in dit geschil volkomen irrelevant [is]'. Er is geen sprake van wetenschappelijk wangedrag, maar van een 'onzorgvuldigheid in de promotiebegeleiding'. Zo was er geen rechtvaardiging om zonder toestemming op eigen wijze in de informatie-uitwisseling te voorzien. Het LOWI benadrukte hierbij echter ook 'het belang van principiële openbaarheid en bereidheid tot uitwisseling van resultaten van wetenschappelijk onderzoek'. Daarbij overwoog het LOWI dat '[d]e geringe bereidheid (…) om het gehele manuscript van haar proefschrift of onderdelen daarvan ter kennis te willen brengen' niet in overeenstemming was met deze standaardregel.

Interessant is dat het LOWI wel waarde hecht aan de toestemming. Het moment dat zonder toestemming het manuscript ter beschikking kon worden gesteld, ligt bij de openbare verdediging 'mede gelet op het verkrijgen van patenten (wanneer dat het geval is)'. De openbaarmaking van een vinding doorkruist namelijk een patentverzoek, waarin aangetoond moet worden dat sprake is van inventiviteit (een lezing geven over de vinding doet daar al aan af). Desondanks oordeelde het LOWI dat er geen sprake was van wetenschappelijk wangedrag of een schending van de wetenschappelijke integriteit, vanwege de opstelling van de klager die niet in overeenstemming was met de standaardregel van openheid.

De klacht van de klager dat er schijn van belangenverstrengeling is geweest bij de beslissing over de klacht was wel gegrond. De rector en de decaan namen deel aan de besluitvorming, maar ook aan de onderzoekscommissie die de zaak behandelde.

*LOWI-advies 2008, 3: Diefstal van intellectueel eigendom*
In deze zaak klaagde een onderzoeker dat 'te rigoureus [werd] aangenomen dat onderzoeksdata, intellectuele concepten en onderzoeksresultaten eigendom zijn van de werkgever'. Het LOWI oordeelde dat een klacht over 'diefstal van intellectueel eigendom' 'betrekking heeft op civielrechtelijke claims op de bescherming van individuele rechten of schadevergoeding voortkomend uit

schending van die rechten'. Een dergelijke claim 'valt niet onder de bevoegdheid van het LOWI of onder de onderwerpen waarover het LOWI advies kan geven'. Dat bleek ook uit een ander advies, over klachten met betrekking tot de aantasting van de eer en goede naam vanwege laatdunkende uitingen.[530]

Het LOWI hanteert een bevoegdheidsverdeling die vergelijkbaar is met de verdeling tussen de civiele rechter en bestuursrechter. Als de klacht betrekking zou hebben op diefstal van intellectueel eigendom in de zin van het overnemen van teksten zonder verwijzing, dan is het LOWI wel bevoegd om hierover een oordeel uit te spreken.

*LOWI-advies 2007 (geen nummering): Diefstal van intellectueel eigendom*
In deze zaak klaagde een onderzoeker over een andere onderzoeker die sinds drie jaar claims legde op zijn publicaties en op een patentaanvraag. Ook betichtte hij laatstgenoemde persoon van diefstal van intellectuele eigendomsrechten. Het LOWI heeft deze persoon uitgenodigd om als 'derde-belanghebbende' deel te nemen aan de procedure. Het LOWI gaf hierbij aan dat het geen bevoegdheid had om te oordelen over wederrechtelijke toe-eigening van intellectuele eigendom. Daarvoor moest de civiele rechter benaderd worden.

Het LOWI oordeelde daarnaast dat '[h]et onterecht voeren van een eigen naam bij de verkrijging van een patent' eventueel kan worden ondergebracht bij de schending van wetenschappelijke integriteit. In deze zaak werd vervolgens de patentaanvraag ingetrokken (op niet onredelijke gronden) en werd bepaald dat het betrokken mede-aanvraagschap op basis van het werk en kennis van de persoon-in-kwestie redelijk kon worden geacht.

### 5.8.3 Rode draden LOWI-adviespraktijk

Uit de adviespraktijk van het LOWI die hiervoor is beschreven, komen de volgende rode draden naar voren.

Het vermelden van een hoogleraarstitel maakt niet direct dat de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018 van toepassing is. Hiervoor moet sprake zijn van een handeling die naar de aard en inhoud als wetenschapsbeoefening kan worden beschouwd, waarbij het initiëren en het bevorderen van het wetenschappelijk debat relevant is. Advieswerk is expliciet genoemd in artikel 1.2 van de gedragscode en valt onder de reikwijdte ervan. Een legal opinion valt volgens het LOWI onder advieswerk en kan dus worden getoetst aan normen als controleerbaarheid van bronnen en zorgvuldige presentatie van bronnen, data en argumenten. Naast advieswerk vallen ook populairwetenschappelijke uitingen onder de gedragscode.

530 LOWI 2010, 1.

Bij advieswerk of contractonderzoek kan het niet vermelden van '*conflicts of interest*' of zakelijke belangen leiden tot 'verwijtbaar onzorgvuldig' gedrag. Een cumulatie van dergelijk gedrag kan leiden tot schending van de wetenschappelijke integriteit.

Het verplicht opvoeren van de manager als uitvinder terwijl die geen wezenlijke of wetenschappelijke of technologische inbreng heeft gehad hoort niet, volgens het LOWI. Dit viel niet onder de oude Nederlandse gedragscode Wetenschapsbeoefening die van toepassing was op wetenschappelijk werk.[531] De nieuwe Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit 2018 heeft een bredere reikwijdte, waaronder ook populairwetenschappelijke uitlatingen, onderwijsmateriaal en adviezen vallen. Het is onduidelijk of de juridische handeling van een octrooiaanvraag daaronder valt.

De oude VSNU-gedragscode heeft betrekking op al het wetenschappelijk handelen van wetenschappelijk personeel. Dit omvat ook contractonderzoek of het optreden als getuigendeskundige op basis van de wetenschappelijke expertise. Andersoortig optreden en niet-wetenschappelijk onderzoek (geen probleemstelling, geen literatuurlijst en geen publicatie) is niet onderworpen aan de gedragscode. Het gebruikmaken van de titel hoogleraar doet hier niet aan af.

Een publicatieverbod, waarmee de academische vrijheid wordt beknot, kan volgens het LOWI leiden tot een schending van de wetenschappelijke integriteit.

Commerciële belangenverstrengeling die schade toebrengt aan de reputatie van de instelling is een schending van wetenschappelijke integriteit.

Hierna worden twee specifieke onderwerpen uitgewerkt, nevenwerkzaamheden en funding bias, omdat dit actuele onderwerpen zijn waarover vragen leven.

### 5.8.4 Voorbeeld 1: nevenwerkzaamheden

#### *5.8.4.1 Jurisprudentie*

Op 3 maart 2017 deed de rechtbank Limburg uitspraak over het ontslag van een hoogleraar *biomaterials science* die zijn nevenwerkzaamheden als directeur van een biomedisch bedrijf had verzwegen.[532] De casus is als volgt. De hoogleraar was sinds 1992 werkzaam bij de Universiteit Maastricht en was vanaf 2011 als projectleider betrokken bij een project dat is gefinancierd met de Europese subsidie Interreg. De hoogleraar was aandeelhouder van het bedrijf Interface Biomaterials BV dat is gevestigd op het kennispark Chamelot. Zijn banden met dit bedrijf stonden vermeld op de website van de universiteit, maar de hoogleraar heeft voor bepaalde nevenwerkzaamheden geen toestem-

531 Vgl. echter het als laatste besproken advies uit 2007.
532 Bruijns, *Limburgs Dagblad* 2017. Rb. Limburg 3 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1964.

ming gevraagd bij het college van bestuur, terwijl dit volgens de universitaire Regeling nevenwerkzaamheden wel had gemoeten. In het kader van het betrokken project heeft het bedrijf vervolgens meegedaan aan een aanbesteding zonder melding te maken van de dubbelrol van de hoogleraar. Ook heeft de hoogleraar getekend voor ontvangst van goederen die door Interface Biomaterials BV zijn geleverd. Dit bedrijf heeft bovendien kosten in rekening gebracht bij de universiteit voor het verhuren van ruimten aan promovendi. De hoogleraar kreeg op een gegeven moment bovendien een submandaat van de decaan om namens het college van bestuur beslissingen te nemen, waardoor zijn verantwoordelijkheid extra toenam. Ook toen heeft de hoogleraar zijn belangenverstrengeling in het project niet besproken of gemeld. De rechtbank oordeelde dat hier sprake is van plichtsverzuim en dat het strafontslag niet onevenredig is.

Het vonnis van de rechtbank gaat over het niet melden van mogelijke belangenverstrengeling door een hoogleraar in de hoedanigheid van wetenschapper. Dat niet melden is in strijd met de wetenschappelijke integriteitsnormen zoals die zijn vastgesteld in de universitaire Regeling nevenwerkzaamheden.[533] Deze universitaire regelingen zijn inmiddels vervangen door de Sectorale regeling nevenwerkzaamheden, die onderdeel vormt van de Cao Nederlandse Universiteiten.[534] Werknemers van openbare universiteiten zijn op het ogenblik geen ambtenaren meer in de zin van de huidige Ambtenarenwet 2017,[535] maar de casus van de Maastrichtse hoogleraar gaat naar toenmalig recht over plichtsverzuim van een ambtenaar die werkzaam is bij een openbare universiteit. Ambtenaren zijn volgens de Ambtenarenwet verplicht zich als goed ambtenaar te gedragen.[536] Volgens de cao Universiteiten 2015-2016 omvatte een plichtsverzuim 'zowel het overtreden van enig voorschrift als het doen of nalaten van iets, wat een goed werknemer in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen'.

Behalve van plichtsverzuim zou men in de casus van de Maastrichtse hoogleraar kunnen spreken van schending van financiële of administratieve integriteit. Hierbij worden algemeen aanvaarde ethische normen geschonden, zoals een verbod op zelfverrijking met publieke middelen. De hoogleraar had een dubbelrol als inkoper die met publieke middelen betaalt, en als leverancier die de gelden als particulier ontvangt. Zulk gedrag zou schendingen kunnen opleveren van juridische normen uit het subsidierecht, het aanbestedingsrecht of het staatssteunrecht. Ook kan de hoogleraar buiten de reikwijdte van zijn volmachten en mandaat zijn getreden. Andere casussen hebben geleid tot schendingen van strafrechtelijke normen. Als principevoorbeeld kan de casus

533 Vgl. Schuyt 2014, p. 69 met betrekking tot het niet vermelden van nevenwerkzaamheden bij het publiceren van wetenschappelijk onderzoek.
534 Art. 1.14 Cao Nederlandse Universiteiten.
535 Art. 1 jo. art. 2 lid 2 Ambtenarenwet 2017.
536 Art. 125ter Ambtenarenwet (oud); Art. 6 Ambtenarenwet 2017. Vgl. Art. 50 ARAR (oud).

dienen van iemand die in de kwaliteit van Hoofd Technisch Beheer van de Rijksuniversiteit Groningen opdrachten gunde aan bevriende bouwbedrijven. In ruil daarvoor betaalden de bedrijven smeergeld en regelden zij auto's.[537] Dit heeft geleid tot vaststelling van ambtelijke corruptie, zoals strafbaar is gesteld in artikel 363 Wetboek van Strafrecht. De betrokken ambtenaar kreeg een gevangenisstraf opgelegd van drie jaar, waarvan zes maanden voorwaardelijk, en een plicht tot betaling van 450.000 euro aan schadevergoeding aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hier is overigens geen overlap met schendingen van de wetenschappelijke integriteit, aangezien het in deze casus niet ging om een wetenschapper.

Overlap van strafrechtelijke normschendingen en wetenschappelijke integriteit kan in de praktijk wel bestaan. In een zaak van een Tilburgse oud-decaan van de faculteit geesteswetenschappen is onderzoek gedaan naar de kwaliteit van de proefschriften en naar mogelijke schendingen van wetenschappelijke integriteit (zoals plagiaat) en is ook strafrechtelijk onderzoek naar mogelijke verduistering en valsheid in geschrifte ingesteld.[538] Deze oud-decaan was in 2015, naast zijn functie als decaan, betrokken als promotor bij zeven dissertaties en besteedde de begeleiding ervan uit. De oud-decaan gaf daartoe eerst een opdracht aan een bedrijf dat 'gespecialiseerd [was] in pedicures en andere cosmetische behandelingen' en dat op de naam stond van de partner van de dochter van zijn zus. Later is een opdracht gegeven aan een consultancybureau van de zoon van zijn zus. Deze bedrijven waren volgens de oud-decaan goed in het ondersteunen en het zoeken naar literatuur. Hierbij is aan deze bedrijven een aanzienlijk bedrag aan publieke gelden betaald; volgens een schatting van het radioprogramma Argos gaat het om meer dan een miljoen euro.[539] Het college van bestuur zal in zo'n situatie ongetwijfeld ook onderzoek moeten doen naar mogelijke schendingen van het bekostigings- of subsidierecht, de aanbestedingsregels en de staatssteunregels in het kader van goedkeuring van de jaarrekening door de accountant.

#### *5.8.4.2 Bredere discussie over nevenwerkzaamheden*

Paragraaf 5.2.3.4 stipte de discussie over nevenwerkzaamheden van wetenschappelijk personeel aan. De discussie hierover was in de jaren 90 van de

537 Rb. Overijssel 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2050.

538 E. Witte, 'Veel vraagtekens bij kwaliteit rond promoties professor de Ruijter, aldus rapport wetenschappelijke integriteitscommissie Tilburg', Argos 3 maart 2017 <https://www.vpro.nl/argos/lees/nieuws/2017/veel-vraagtekens-bij-kwaliteit-rond-promoties-professor-de-ruijter.html>; Redactie, Bestuur universiteit Tilburg doet aangifte tegen oud-decaan wegens verduistering via familie-bedrijf, Argos <https://www.vpro.nl/argos/lees/nieuws/2017/bestuur-universiteit-tilburg-doet-aangifte-tegen-oud-decaan-wegens-verduistering-via-familie bedrijf.html>.

539 *Ibid.*

vorige eeuw erg actueel en is dat nog steeds.[540] In 1993 trad professor In 't Veld na tien dagen plotseling af als Staatssecretaris van Onderwijs en Wetenschappen. De aanleiding hiervoor was het in juni 1993 verschenen artikel in Vrij Nederland over zijn arbeidscontract en nevenwerkzaamheden toen hij werkte als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit.[541] In 't Veld had destijds afspraken gemaakt met de universiteit over de mogelijkheid om te werken aan zijn persoonlijke bv tijdens zijn voltijdaanstelling als hoogleraar. De kosten hiervoor betaalde hij minstens kostendekkend terug. Een deel van de publieke opinie was van mening dat In 't Veld met zijn ondernemingsdrang precies had uitgevoerd wat de brochure 'De ondernemende universiteit' van de universiteiten verlangde.[542] Deze brochure was medeondertekend door Ritzen, die later als minister de kersverse staatssecretaris In 't Veld adviseerde om af te treden vanwege de negatieve berichtgeving.[543] Kennelijk stond het publiek nog niet open voor ondernemende hoogleraren.

Het vervullen van nevenfuncties door academici is overigens geen verschijnsel van de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw. Eerder al, in de jaren 60, zijn bedrijven leerstoelen gaan financieren.[544] Opvallend is wel dat deze praktijk van extern gefinancierde leerstoelen later in de jaren 80 explosief bleek te groeien.[545] Het instituut van bijzondere hoogleraren, hoogleraren die vaak een aanstelling combineren met een beroep in de praktijk, gaat eigenlijk nog verder terug. Zo had de Universiteit Utrecht al in 1636 buitengewone hoogleraren aangesteld.[546] Deze mogelijkheid werd echter in 1876 in de Wet op het Hooger Onderwijs afgeschaft, omdat te vaak een goedkopere bijzondere leerstoel werd ingesteld waar een fulltime leerstoel meer aangewezen was. Na deze wetswijziging waren nevenfuncties alleen toegestaan met toestemming van de Kroon.[547] Nevenfuncties werden (weer) toegestaan vanaf de Wet op het Hooger Onderwijs uit 1905 onder het kabinet Kuyper waarmee bijzondere leerstoelen aan openbare universiteiten mogelijk werden gemaakt.[548]

De kwestie van ondernemende hoogleraren speelde ook al voor het aftreden van In 't Veld. In oktober 1992 lekte namelijk een vertrouwelijk rapport uit van accountantskantoor Paardekooper en Hoffman waarin vraagtekens gezet werden bij de rechtmatigheid van declaraties ten behoeve van de eigen rekening door docenten van de Rotterdam School of Management, een postdoctoraal opleidingsinstituut verbonden aan de Erasmus universiteit Rotterdam.[549]

---

540 Zie uitgebreid: Van Dommelen 1993, p. 33-37. Zie hierover ook par. 5.2.3.4.
541 Vester 1993. Zie hierover ook par. 5.2.3.4.
542 Van Delden e.a. 1987. Zie hierover ook par. 5.2.3.4.
543 Versteegh 1993.
544 Van Steijn 1990.
545 *Ibid.*
546 *Ibid.*
547 *Ibid.*
548 *Ibid.*
549 Van Dommelen 1993.

Het bleek dat de Rotterdamse universiteit al jaren toestond dat hoogleraren en docenten privé werden betaald voor het onder werktijd verzorgen van cursussen bij particuliere managementopleidingen van de Rotterdam School of Management.[550]

Op aandringen van de Tweede Kamer schakelden onderwijsminister Ritzen (PvdA) en diens staatssecretaris Cohen (PvdA), de opvolger van In 't Veld, een commissie in om richtlijnen voor nevenfuncties op te stellen.[551] Deze commissie werd geleid door Zeevalking (Commissie Zeevalking, voluit: Externe Adviescommissie Nevenwerkzaamheden Instellingen van Wetenschappelijk Onderwijs). De commissie adviseerde dat 'alles wat een wetenschappelijk medewerker doet, overdag of 's avonds, op werkdagen of in het weekeind, binnen de universitaire functie ligt en dus bij de werkgever moet worden aangemeld'.[552] De werkgever beslist vervolgens hierover en verkrijgt alle verdiensten.[553] In januari 1994 kwam de VSNU met een voorstel voor een gedragscode. De staatssecretaris markeerde in dit verband de volgende vier elementen in een brief aan de Tweede Kamer:[554]

1. Alle activiteiten ten behoeve van derden (betaald en onbetaald) moeten worden 'gemeld', tenzij evident is dat een activiteit door zijn aard buiten de arbeidsrelatie met de werkgever valt.
2. De werkgever 'toetst' die activiteiten, zowel bij de indiensttreding als periodiek in de functioneringsgesprekken. De toetsingsfactoren luiden:

   '- behoren de activiteiten tot het takenpakket van universiteit en medewerker, inclusief reguliere derde-geld-stroomactiviteiten, waarvoor de universiteiten voor een kostendekkend niveau of meer dienen te worden vergoed?
   - wat zijn de gevolgen voor het functioneren van de medewerker?
   - welke belangen worden gediend dan wel geschaad door de activiteiten? Bij dit laatste punt worden zowel de ideële, financiële en commerciële belangen van medewerker en universiteit als het maatschappelijk belang meegewogen.'

3. De werkgever geeft 'toestemming' en maakt met de werknemer duidelijke afspraken over de omvang, duur en eventuele vergoeding voor de nevenwerkzaamheden.
4. De 'naleving' van deze gedragscode wordt periodiek geëvalueerd en het reguliere sanctiebeleid wordt indien nodig ingezet.'

550 Van de Roer & Wessels, *NRC Handelsblad* 1999.

551 *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VIII, nr. 54. Nationaal archief 2.21.30: 'Stukken betreffende het onderzoek naar de financiële situatie van de Stichting Rotterdam School of Management (RSM) en het onderzoek inzake de toepassing van bij de universiteiten bestaande regelingen inzake nevenwerkzaamheden van universitair personeel door de Commissie Zeevalking, met rapporten en bijlagen. 1992-1994'.

552 Redactie, *Trouw* 1993.

553 *Ibid.*

554 *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VIII, nr. 54.

Deze elementen moesten volgens de staatssecretaris intern in de universitaire regelingen opgenomen worden. Het systeem van normering binnen de interne regelingen van de universiteiten is gevolgd tot juli 2017, toen de cao Nederlandse Universiteiten deze verving door een Sectorale regeling nevenwerkzaamheden.

De Universiteit van Amsterdam stelde in haar Regeling nevenwerkzaamheden uit 1995 vast dat een hoogleraar die zijn nevenwerkzaamheden niet meldde, gekort werd op zijn salaris. Het bedrag van deze korting zou gebaseerd worden op het bedrag dat de bijklussende wetenschapper niet aan de universiteit had opgegeven.[555]

In 1999 werd het ondernemen door hoogleraren in de TU Delft daarentegen juist weer gestimuleerd. De verdiensten mochten de hoogleraren ook zelf houden. Hierbij gold wel nog altijd de regel dat toestemming nodig was.[556] *De Telegraaf* verwoordde, zeven jaar na het aftreden van In 't Veld, het sentiment als volgt: 'Tot voor kort was bijklussen 'besmet'. Het gold als 'diefstal van de tijd van de baas'. Nu heeft de TU Delft zelfs zwart op wit een regeling die het bijklussen stimuleert.' In de regeling zelf stond dat bij een fulltime aanstelling één dag per week aan nevenwerkzaamheden mocht worden besteed en dat de inkomsten (zonder limiet) mochten worden behouden. Het college van bestuur van de TU Delft hoopte dat met deze nevenwerkzaamheden goodwill werd gekweekt bij het bedrijfsleven, zodat meer externe opdrachten verwacht konden worden.

Dertien jaar later liep het mis. In 2012 berispte de Inspectie van het Onderwijs de TU Delft, omdat het college van bestuur niet de gepaste soberheid had betracht bij het declareren van onkosten en de TU Delft tekort was geschoten bij de inkoop van goederen en diensten en bij het beheer van vastgoed.[557] Bovendien waren de regels voor en het toezicht op nevenwerkzaamheden en vergoedingen onvoldoende. In 2010 waarschuwde KPMG al dat het ontbreken van een gedragscode ter bestrijding van nepotisme of ander niet integer gedrag tot ongewenste gevolgen zou leiden. PwC waarschuwde daarnaast voor mogelijke schendingen van het aanbestedingsrecht. Er was namelijk geen algemeen geldende procedure voor de inkoop van goederen en diensten.[558] In de media kwam naar boven dat de Delftse rector magnificus Luyben zelf ook over zijn nevenfuncties niet helder was. Hij was aandeelhouder en directeur van een beleggingsfirma. Zelf gaf Luyben aan dat 'in overleg met de voorzitter van de raad van toezicht [is] vastgesteld dat het directeurschap van een beleggingsfirma niet valt in de categorie van nevenwerkzaamheden'.[559]

555 Redactie, *de Volkskrant* 1995.
556 Redactie, *De Telegraaf* 1999. Zie over het van nevenwerkzaamheden in de vrije tijd: Versluis, *Delta* 1996.
557 Inspectie van het onderwijs, Signalen over TU Delft, 6 februari 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 31288. nr. 292, Bijlage 170037. Zie ook Van Uffelen, *Delta* 2012.
558 Dohmen, *NRC* 2011B.
559 Dohmen, *NRC* 2011B.

In 2001 publiceerde de KNAW de hiervoor behandelde notitie Wetenschappelijke integriteit waarin aanbevolen werd om mogelijke tegenstellingen van belangen tijdig kenbaar te maken. Belangrijk was dat de notitie een klachtprocedure voorstelde met een vertrouwenspersoon, bij wie vermoedens van inbreuken op wetenschappelijke integriteit konden worden voorgelegd, en een Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit, dat oordelen zou uitspreken over schendingen van wetenschappelijke integriteit door het bestuur van de universiteit. Zo is in mei 2003 vervolgens het LOWI opgericht. De KNAW publiceerde hierna in 2005 het rapport 'Wetenschap op bestelling' waarin voor de onafhankelijkheid van onderzoek een 'Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid' was opgenomen die contractspartijen zouden moeten onderschrijven.

In 2004 publiceerde de VSNU haar Gedragscode wetenschapsbeoefening. In artikel IV.7 hiervan stond: 'iedere universiteit [registreert] de voor de wetenschapsbeoefening relevante nevenfuncties van zijn werknemers. Dit register is bij voorkeur openbaar'. De code trad vanaf 1 januari 2005 in werking. Na de affaire Stapel werd deze gedragscode in 2012 gewijzigd.[560] Hierbij werden twee bepalingen toegevoegd, over de *verplichte* openbare vermelding van nevenfuncties en over de plicht om de naleving van de gedragscode in de eigen organisatie te bevorderen. In 2014 is de code nog eenmaal gewijzigd naar aanleiding van de zelfplagiaataffaire van Nijkamp. Hiermee is een nieuwe bepaling over het hergebruik van eigen teksten toegevoegd.[561]

In 2013 ontstond er discussie over 'praktijkhoogleraren' die een brugfunctie tussen wetenschap en praktijk vervullen. *De Groene Amsterdammer* berichtte dat van de 600 hoogleraren economie, *finance*, *accountancy*, bedrijfskunde en fiscaal recht, 44 procent één of meer commerciële banen in het bedrijfsleven had. De hoogleraren bleken vooral bij de vier grote accountants- en advieskantoren PricewaterhouseCoopers, KPMG, Deloitte en Ernst & Young (EY) te werken. Ook advieswerk bij banken en pensioenfondsen kwam veel voor. Hoewel die dubbelfuncties niet verboden waren, leidde het onderzoek van *De Groene Amsterdammer* tot een hevig debat en kamervragen, omdat hoogleraren door hun dubbele functies in hun onafhankelijkheid zouden kunnen worden aangetast. Ook is de vraag gesteld of het tegelijkertijd hebben van twee serieuze banen mogelijk is, of dat er sprake is van een inhoudsloze hoogleraarsbaan van één dag waarbij gepronkt wordt met de titel maar geen wetenschappelijk werk wordt gedaan (geen begeleiding van scripties of promovendi). Minister van Onderwijs en Wetenschap Bussemaker zag overigens geen probleem in de dubbelrollen, zolang hoogleraren hierover maar transparant waren.[562]

560 Zie over de affaire Stapel: Groen 2017, p. 231-233.
561 Schuyt 2014, p. 53 (Vgl. Schuyt 2019).
562 Spijkerman, *NRC* 2013.

De discussie over nevenfuncties werd hierna weer aangezwengeld in 2016.[563] Oxfam Novib publiceerde een rapport 'Leuker kunnen we het niet maken. Wel eerlijker' over hoe in het beleid een eerlijker internationaal belastingsysteem wordt tegengehouden.[564] Daarbij komt de nauwe band tussen universiteiten en belastingadvieskantoren EY, KPMG en Deloitte aan bod. Van de 289 partners op de belastingafdelingen van kantoren als EY, KPMG Meijburg, PwC en Deloitte bleken er 40 die baan te combineren met banen aan een of meerdere universiteiten, terwijl 17 van de 40 als hoogleraar werkzaam waren. In april 2017 barstte een vergelijkbare discussie los, waarin de vraag rees of hoogleraren *accountancy* zich onvoldoende mengen in het publieke debat vanwege mogelijke belangenverstrengeling.[565]

In oktober 2016 heeft de Commissie Verkenning Herziening Gedragscode Wetenschapsbeoefening in opdracht van VSNU, KNAW, NWO en NFU onderzocht of de huidige gedragscode voor wetenschapsbeoefening voldoet aan de eisen die aan een dergelijke code gesteld kunnen worden en of het wenselijk is de code te herzien. De Commissie heeft aanbevolen om een nieuwe gedragscode op te stellen. Resultaat was de 'Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018'. Daarin is in norm 44 voorgeschreven: 'wees open en volledig over de rol van externe belanghebbenden, opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante werkzaamheden'.[566] Voor instellingen is de zorgplicht opgenomen om op de instellingswebsite het beleid te publiceren met betrekking tot het vastleggen en openbaar maken van relevante nevenwerkzaamheden, nevenfuncties en nevenbelangen.[567] Ook moet worden gepubliceerd welke maatregelen zijn getroffen om dit beleid uit te voeren.[568]

Er zijn enkele voorbeelden waar het mis gaat met nevenwerkzaamheden van universitair personeel. Zo waren er Maastrichtse hoogleraren die universitaire octrooien doorschoven naar een eigen bedrijf en op deze manier zichzelf verrijkten.[569] Ook was er een (emeritus) hoogleraar die bij zijn onderzoek naar baarmoederhalskanker geen melding maakte van zonder toestemming aangegane zakelijke belangen bij twee bedrijven die naar aanleiding van het onderzoek relevante producten maakten.[570] De hoogleraar was pleitbezorger van een nieuw bevolkingsonderzoek naar baarmoederhalskanker.[571] Een ander geval betrof twee van de vijf leden van de beoordelingscommissie van een promotie van een neuro-farmacoloog over de 'lustpil' die banden zouden

563 Pols, *de Volkskrant* 2016.
564 Berkhout 2016.
565 Piersma, *FD* 2017.
566 Norm nr. 42 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
567 Zorgplicht nr. 19 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
568 Zorgplicht nr. 19 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
569 Van Beek & Kuijpers, *De Groene Amsterdammer* 2019.
570 Tweede Kamer, Belangenverstrengeling arts met mogelijke gevolgen voor bevolkingsonderzoek baarmoederhalskanker, 21 april 2016
571 De Graaf, *de Volkskrant* 2015.

hebben met Emotional Brain, een bedrijf dat die 'lustpil' voor vrouwen ontwikkelde.[572] Het ging hier onder andere om een promovendus die zelf wetenschappelijk directeur van Emotional Brain was. De desbetreffende universiteit had daar geen moeite mee, maar wel met de samenstelling van de beoordelingscommissie. De co-promotor voerde aan dat 'niemand wist dat dit niet mocht'.[573] De promotie werd uitgesteld zonder (breed uitgemeten) aankondiging van de datum, waarschijnlijk om media-aandacht te voorkomen.[574]

### *5.8.4.3 Standpunt regering*

Het standpunt van de regering over nevenfuncties lijkt positief. Er mag echter geen sprake zijn van belangenverstrengeling. Daarom is afgesproken dat hoogleraren bij hun aanstelling de Nederlandse gedragscode wetenschapsbeoefening (thans: Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke integriteit) moeten onderschrijven. In 2007 zijn bovendien door universiteiten afspraken gemaakt om de nevenfuncties openbaar te maken op de profielpagina's van de hoogleraren. De VSNU zou periodiek de naleving van de gedragscode controleren.[575] Uit een vroege controle van de VSNU bleek dat nagenoeg alle hoogleraren op de profielpagina's van de website van de universiteit hun nevenfuncties vermelden. Voor de regering was er vijf tot zes jaar later geen aanleiding om nevenfuncties aan banden te leggen.[576]

Het standpunt van de Minister van OCW is dat nevenwerkzaamheden openbaar moeten zijn, maar dat universiteiten wel de mogelijkheid moeten hebben om een uitzondering op deze regel te maken wanneer daarvoor zwaarwegende redenen zijn, zoals het belang van de bescherming van de veiligheid en de persoonlijke levenssfeer van het personeel.[577]

Het laten delen in de opbrengsten van octrooien (*neveninkomsten*) heeft volgens de regering niets te maken met de kwaliteit van het onderzoek. Daarnaast juicht de Minister van OCW het bestaan van nauwe banden tussen universiteiten en commerciële en niet-commerciële partijen toe, mits hierover transparantie bestaat. Ook moet de Nederlandse gedragscode wetenschapsbeoefening (thans: Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit) in acht worden genomen. De praktijk van hoogleraren met een nul-aanstelling wordt ook niet ontmoedigd. Daarnaast weerspreekt de Minister van OCW de stelling van Tweede Kamerlid Van Dijk (SP) dat belangenverstrengeling mede wordt veroorzaakt door nadruk op valorisatie.[578]

572 Vermeulen, *de Volkskrant* 2014.
573 Efting, *de Volkskrant* 2014.
574 Redactie, *NRC* 2014.
575 Aanhangselnummer 543, 2013/2014, 20 november 2013.
576 Aanhangsel *Handelingen* II 2013/14, nr. 542.
577 Vragen van het lid Jasper van Dijk (SP) over gesponsord onderzoek, 25 oktober 2011.
578 Aanhangsel *Handelingen II* 2014/15, nr. 987.

Ook tegen nevenfuncties in de financiële sector heeft de Minister van OCW geen bezwaar, mits de hoogleraren de voornoemde gedragscode onderschrijven.[579] Als voorbeeld figureert hier de Commissie Structuur Nederlandse Banken, die is ingesteld om de noodzaak voor structuurhervormingen in de bankensector te onderzoeken. Het bekleden, door de meerderheid van de hoogleraren die in deze commissie zijn benoemd, van nevenfuncties in de financiële sector levert geen probleem op. Deze hoogleraren laten zich hierdoor namelijk niet weerhouden om standpunten uit te dragen waartegen binnen de financiële sector veel weerstand bestaat, zoals het standpunt ten gunste van een hogere verlichte *leverage ratio*. De sponsoring van leerstoelen is in de ogen van de minister een effectieve manier om de banden met het bedrijfsleven aan te halen en de economische en maatschappelijke impact van het wetenschappelijk onderzoek te versterken.[580]

De Minister van OCW acht het wenselijk dat er bijzondere hoogleraren zijn.[581] Zij vormen een belangrijke brug tussen universiteit en bedrijfsleven en op deze manier wordt vanuit derden geïnvesteerd in onderwijs en onderzoek. Op welke wijze een bijzonder hoogleraar zijn functie bekleedt, is een verantwoordelijkheid die bij de universiteit ligt. Tot die instellingsverantwoordelijkheid behoort ook de verhouding tussen werkzame dagen bij de universiteit en bij een derde-organisatie, alsmede de beoordeling van de onafhankelijkheid van de bijzondere hoogleraar. Bij dit alles is de openbaarheid van de positie van bijzondere hoogleraren vanzelfsprekend. Voor een directeur van een zuivelonderneming of slachterij die een bijzondere leerstoel bekleedt, met een wetenschappelijke opdracht die direct te maken heeft met de commerciële onderneming waar deze directeur het grootste deel van zijn werkzame tijd doorbrengt, gelden dezelfde regels als voor andere personen die als bijzonder hoogleraar zijn aangesteld.[582]

Op de kamervraag of wetenschappers van de Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) in dienst van regeringen een politieke rol hebben geaccepteerd, antwoordt de Minister van VROM dat de wetenschappers worden geselecteerd door het Bureau van IPCC op basis van wetenschappelijke expertise. Bovendien worden zij voor hun werk aan de rapporten niet betaald. De wetenschappers werken doorgaans aan universiteiten of wetenschappelijke instituten. De wetenschappelijke onafhankelijkheid van zulke instituten is in Nederland bovendien formeel geregeld.[583]

579 Zie over de dilemma's in deze sectoren ook Boot & Van de Ven 2012.
580 *Handelingen II* 2013/14, 7 januari 2014.
581 Aanhangsel *Handelingen II* 2007/08, nr. 2330, p. 4776 (de Minister van OCW spreekt hier mede namens de Minister van LNV).
582 Aanhangsel *Handelingen II* 2007/08, nr. 2330, p. 4775-4776.
583 Aanhangsel *Handelingen II* 2009/10, nr. 3263, p. 2.

### 5.8.5 Voorbeeld 2: *funding bias*

De Universiteit van Colorado betaalde in 2015 een bedrag van 1 miljoen dollar aan donaties terug aan het bedrijf Coca Cola, nadat de *New York Times* bekend maakte dat het geld werd gebruikt om het verband tussen frisdranken en obesitas weg te wuiven.[584] Met het geld werd een belangengroepering opgericht opererend onder de naam Global Energy Balance Network. De wetenschappers die hierbij hoorden zouden door middel van onderzoek en andere activiteiten de focus op de oorzaak van obesitas verleggen van suiker naar het gebrek aan beweging.

Het was niet de eerste keer dat het bedrijfsleven onderzoekers betaalde die bewust of onbewust de invloed van suiker op de gezondheid van mensen zouden bagatelliseren. In 2016 publiceerden Kearns, Schmidt en Glanz een wetenschappelijk artikel waarin aan de hand van archiefonderzoek de rol van de suikerindustrie bij het beïnvloeden van wetenschappelijk onderzoek werd blootgelegd. Uit dit onderzoek bleek dat de bracheorganisatie Sugar Research Fund (nu bekend als de Sugar Association) het wetenschappelijk debat en de publieke opinie over de oorzaken van coronaire hartziekten in de jaren 60 en 70 actief beïnvloedde.[585] De organisatie financierde drie hoogleraren van de Harvard School of Public Health, die met het geld literatuuronderzoek verrichtten. In hun publicatie van dit literatuuronderzoek zetten zij vraagtekens bij de interpretatie en de gebruikte data van andere onderzoekers die wel een verband vonden tussen suikeronderzoek en de hartziekten.[586] Zij legden vervolgens de nadruk op andere oorzaken van hartziekten, zoals cholesterol en onverzadigde vetten. De wetenschappers hebben in hun artikel geen melding gemaakt van de financiering van de brancheorganisatie en van de begeleidende rol van de Sugar Research Fund. Wel hadden zij de inkomsten van een andere private partij, de Nutrition Foundation, genoemd. Al met al was het gelukt om twijfel te zaaien over de invloed van suiker op hartziektes, ook buiten de wetenschap. Zo benadrukte de Dietry Guidelines for Americans van de Amerikaanse overheid uit 1980 dat vetten, verzadigde vetten en cholesterol vermeden moesten worden om hartziekten te voorkomen.[587]

Het verschijnsel van *funding bias* bij onderzoek dat gesponsord is door de voedselmiddelenindustrie is een actuele zorg. Chartres, Fabbri & Berro laten in hun onderzoek uit 2016 zien dat er inderdaad een verschil is tussen de conclusies van door de industrie gesponsord onderzoek en de conclusies van andersoortig gefinancierd onderzoek.[588] De conclusies van de gesponsorde

584 O'Connor, *New York Times* 2015.
585 Kearns, Schmidt & Glantz, *JAMA Internal Medicine* 2016, p. E1-E6.
586 McGandy, Hegsted & Stare 1967, p. 186-192 (deel 1); 245-247 (deel 2).
587 Kearns, Schmidt & Glantz, *JAMA Internal Medicine* 2016 met verwijzing naar US Department of Health and Human Services and Department of Agriculture, Nutrician and your Health: Dietary Guidelines for Americans, Washington DC: US Government Printing Office 1980.
588 Chartres, Fabbri & Bero, *JAMA Internal Medicine* 2016, E1-E9.

onderzoeken zijn vaker gunstig voor het bedrijfsleven, maar het verschil is statistisch niet significant. Zij onderscheiden daarbij enerzijds gunstige uitkomsten in de zin van onderzoeksresultaten waarnaar te weinig onderzoek is gedaan en waarvan huidig onderzoek vaststelt dat hier geen bias is te herkennen, en anderzijds gunstige uitkomsten in de zin van conclusies waarin vaker een voor de sponsor positieve draai aan het onderzoek wordt gegeven. De auteurs constateren verder dat, vanwege de nadruk op de mogelijke invloed van multinationals op de wetenschap, te weinig onderzoek is gedaan naar wetenschappers die *conflicts of interest* kunnen hebben wanneer zij zelf royalties ontvangen voor het uitbrengen van voedseladvies. Ook signaleren ze dat er te weinig onderzoek is gedaan naar handelsorganisaties die wetenschappelijk onderzoek sponsoren. Hoewel de uitkomst dus een relatieve opluchting kan zijn voor de industrie, lekte tijdens het onderzoek een e-mail uit waarin een consultant van Coca Cola bericht dat hij een van de bij het onderzoek betrokken hoogleraren monitort.[589] De hoogleraar-in-kwestie reageerde in de media met de opmerking dat zij eerder te maken heeft gehad met monitoring vanuit de tabaksindustrie.[590] Volgens de hoogleraar kan dergelijke monitoring een *chilling effect* hebben op onafhankelijke onderzoekers, in het bijzonder op jonge onderzoekers.[591]

In een eerder onderzoek, dat door Chartres, Fabbri & Berro is verdisconteerd in hun hiervoor genoemd onderzoek, constateerden Lesser en collega's dat er wel degelijk een significant verband is tussen de manier van financieren en de conclusies die in de onderzochte wetenschappelijke artikelen over frisdranken, sappen en melk werden getrokken. De kans dat een artikel een voor de industrie een positieve conclusie heeft, is vier tot acht maal hoger bij uitsluitend door de industrie gesponsord onderzoek ten opzichte van artikelen die niet waren gesponsord. Lesser e.a. geven hiervoor de volgende (speculatieve) verklaringen:

> '(1) Industriële sponsors zouden alleen het onderzoek kunnen financieren waarvan zij verwachten dat het hun producten in een gunstig daglicht zou plaatsen, of waarvan zij verwachten dat het de producten van hun concurrenten in een ongustig daglicht zou plaatsen [uit het onderzoek van Lesser e.a. blijkt dat alle onderzoeken gerelateerd zijn aan producten waarin de sponsor financiële belangen heeft; daarbij kan de uitkomst gunstig of ongustig zijn, A.M.].
> (2) Onderzoekers zouden hypothesen kunnen formuleren, een onderzoeksdesign kunnen insteken of de data kunnen analyseren op een manier die consistent is met de financiële belangen van de industriële sponsoren'.
> (3) Industriële sponsoren of onderzoekers zouden onderzoeken die negatieve implicaties hebben voor de producten van de sponsor kunnen vertragen of niet publiceren.

589 Strom, *The Sydney Morning Herald* 2016.
590 *Ibid.*
591 *Ibid.*

(4) Auteurs van wetenschappelijke reviews zouden de literatuur, afgaande op de financiële belangen van de industriële sponsoren op selectieve wijze kunnen selecteren en interpreteren.
(5) Wetenschappelijke reviews die het resultaat zijn van door de industrie gesponsorde symposia, vaak gepubliceerd als supplement bij een tijdschrift, kunnen bepaalde gezichtspunten onder- of oververtegenwoordigen als auteurs waarvan de meningen conflicteren met de financiële belangen van de sponsor niet uitgenodigd zijn om te participeren.'

Lesser e.a. geven aan dat financiële belangenverstrengeling niet de enige oorzaak van bevooroordeling hoeft te zijn. De wetenschappelijke methode zelf, waarbij immers vooraf een hypothese wordt geformuleerd, is al een indicator dat er een vooropgezet idee is van hoe een experiment zich zal ontvouwen. Lang bestaande wetenschappelijke inzichten, carrièreoverwegingen en politieke idealen kunnen het onderzoeksdesign of de interpretaties inkleuren. Daarbij geven zij evenwel aan dat zulke individuele vormen van bevooroordeling op de lange termijn de neiging hebben zichzelf teniet te doen in een grote groep wetenschappers. Het koesteren van een bepaalde theorie kan gunstig zijn voor iemands carrière, maar voor de carrière van een andere wetenschapper is het weerleggen van die theorie misschien belangrijker. Lesser e.a. vinden de invloed van financiële belangenverstrengeling toch anders, omdat deze een vorm van selectieve bevooroordeling creëert die op de lange termijn consistent eenzijdig is.[592]

Het verschijnsel van mogelijke *funding bias* speelt niet alleen in de levensmiddelenwetenschap.[593] Literatuurstudies naar de gezondheidseffecten van passief roken blijken ook beïnvloed te worden door de industrie. Barnes en Bero onderzochten literatuurstudies over dit onderwerp die tussen 1985 en 1995 zijn verschenen. Zij stellen vast dat de enige factor die de conclusies van een literatuurstudie kan voorspellen is of de auteur aangesloten is bij de tabaksindustrie.[594] In de richtlijnen bij de Framework Convention on Tobacco Control van de Wereld Gezondheidsorganisatie wordt bovendien een verbod geadviseerd om als publieke instelling financiële bijdragen te ontvangen van de tabaksindustrie en van degenen die voor de belangen van deze industrie

592 Lesser e.a., *PLoS Medicine* 2017 verwijzen naar Kjaergard & Als-Nielsen 2002.

593 Funding bias is één van de mogelijke verklaringen voor een funding effect: een positief verband tussen de belangen van de financier en de uitkomsten van de studie. Krimsky heeft publicaties uit diverse wetenschapsgebieden onderzocht en vond in bepaalde sectoren (aanwijzingen voor) een funding effect. Dit funding effect kan te verklaren zijn door funding bias, maar ook door bijvoorbeeld strengere interne standaarden bij bedrijven, waarbij bijvoorbeeld minder effectieve medicijnen al voor het onderzoek worden weggeselecteerd (Krimsky, *Hypothesis, Science, Technology & Human Values* 2012, p. 584).

594 Barnes & Bero, *JAMA* 1998. Vgl. Barnes & Bero, *Journal of Health Politics, Policy and Law* 1996, p. 516-542. Zie over de strategieën van (via de wetenschap) twijfel zaaien over de gezondheidseffecten door spelers van de tabaksindustrie: Bero 2013, p. 151-178.

werken.[595] In de biomedische en de farmaceutische wetenschappen spelen vergelijkbare problemen. Het bedrijf Merck onderdrukte bijvoorbeeld data over het geneesmiddel Vioxx en zette *ghost writers* in om een positief beeld te scheppen over het middel in wetenschappelijke literatuurstudies.[596] Bovendien blijkt dat niet alleen artsen en onderzoekers, maar ook richtlijnmakers en patiëntenorganisaties zich verstrengelen met de farmaceutische industrie.[597] Uit psychologisch onderzoek is ten slotte gebleken dat bedrijven die een arts giften doen toekomen, ongeacht de waarde ervan, een gevoel van reciprociteit en daarmee een mogelijke belangenverstrengeling creëren.[598]

Het fenomeen *funding bias* in het kader van gesponsord onderzoek werpt dus een vraagstuk op dat wetenschappelijke integriteit in het hart raakt. Onder andere de volgende normen uit de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit kunnen in het geding komen:

- Norm 3: Doe geen ongefundeerde claims over te behalen resultaten.
- Norm 7: Maak als het onderzoek in opdracht uitgevoerd wordt en/of door derden wordt gefinancierd altijd duidelijk wie de opdrachtgever en/of financier is.
- Norm 8: Betracht openheid over de rol van externe belanghebbenden en over mogelijke belangenconflicten.
- Norm 9: Maak bij onderzoek met externe partners heldere afspraken over zaken die de wetenschappelijke integriteit betreffen en zaken die daaraan kunnen raken, zoals intellectuele eigendomsrechten, en leg deze schriftelijk vast.
- Norm 14: Neem alleen onderzoeksopdrachten aan die volgens de normen uit deze code uitgevoerd kunnen worden.
- Norm 15: Ga gezamenlijk onderzoek met een onderzoekspartner die niet behoort tot een instelling die deze code of een vergelijkbare code heeft onderschreven, uitsluitend aan als voldoende vertrouwen bestaat dat het eigen aandeel van het onderzoek kan worden uitgevoerd overeenkomstig deze code en dat de gezamenlijke producten zullen beantwoorden aan algemeen aanvaarde principes van wetenschappelijke integriteit.
- Norm 18: Vermijd dat de keuze van de onderzoeksmethode, de data-analyse, de beoordeling van de resultaten en de weging van mogelijke verklaringen worden bepaald door buitenwetenschappelijke belangen, argumenten of voorkeuren (bijvoorbeeld commerciële of politieke).
- Norm 28: Aanvaard enkel taken die binnen de deskundigheid vallen.

595 Guidelines for implementation of Article 5.3 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control on the protection of public health policies with respect to tobacco control from commercial and other vested interests of the tobacco industry.

596 Lexchin, *Science and Engineering Ethics* 2012, p. 254.

597 Mevius, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2017. Van Maanen, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2015.

598 Rothan, *JAMA* 2009.

- Norm 29: Doe recht aan een ieder die aan het onderzoek en het verkrijgen en/of verwerken van de data heeft bijgedragen.
- Norm 38: Wees expliciet over onzekerheden en contra-indicaties en trek geen ongefundeerde conclusies.
- Norm 39: Wees expliciet over serieuze alternatieve inzichten die relevant kunnen zijn voor de interpretatie van de data en de onderzoeksresultaten.
- Norm 44: Wees open en volledig over de rol van externe belanghebbenden, opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante nevenwerkzaamheden.
- Norm 49: Beoordeel niet als twijfel kan rijzen over de eigen onafhankelijkheid, bijvoorbeeld vanwege mogelijke zakelijke of financiële belangen
- Norm 53: Wees eerlijk in publieke communicatie en helder over de beperkingen van het onderzoek en van de eigen expertise. Communiceer pas over onderzoeksresultaten aan het algemene publiek als er voldoende zekerheid over de resultaten bestaat.
- Norm 55: Wees open en eerlijk over mogelijke belangenconflicten.
- Norm 57: Laat als begeleider, projectleider, onderzoeksdirecteur of leidinggevende elk handelen na waardoor de onderzoeker wordt aangezet om een of meer van de normen uit dit hoofdstuk niet na te leven.
- Norm 61: Maak geen oneigenlijk gebruik van onderzoeksfondsen.

De instelling heeft de plicht om ervoor te zorgen dat in overeenkomsten met opdrachtgevers en financiers eerlijke afspraken worden gemaakt over het al dan niet openbaar en toegankelijk maken van data en onderzoeksmateriaal. Ook zorgt de instelling ervoor dat de communicatie van onderzoeksresultaten naar het publiek zorgvuldig plaatsvindt (randnummers 16 en 17 van de gedragscode).

## 5.9 Tussenconclusie

Samenvattend kan gesteld worden dat het academisch ondernemerschap risico's meebrengt die kunnen afdoen aan de wetenschappelijke integriteit van wetenschappelijk personeel. Daarom is voor de waarborging van de wetenschappelijke integriteit een systeem van zelfregulering gecreëerd aan de hand van nationale en Europese gedragscodes die binnen de wetenschappelijke instellingen worden gehandhaafd. De belangrijkste norm hierbij is het onafhankelijk kunnen uitvoeren van onderzoek, inclusief contractonderzoek. Het wetenschappelijk personeel kan formeel gezien geen klachten indienen tegen externe partijen die deze vrije bepalingen niet respecteren. De externe partijen zijn immers niet gebonden aan de gedragscode. Het respecteren van de normen uit de gedragscodes zou daarom steeds moeten worden bedongen bij het sluiten van overeenkomsten met externe partijen.

De Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke integriteit bevat bepalingen die relevant zijn voor het academisch ondernemerschap. Het gaat hier ten eerste om het beginsel van onafhankelijkheid, dat ook onpartijdigheid omvat. Keuzes rondom de onderzoeksmethode, het beoordelen van data en het wegen van alternatieve verklaringen mogen niet afhankelijk zijn van buitenwetenschappelijke overwegingen. Wetenschappers die zich daarbij mede laten leiden door commerciële belangen handelen dus in strijd met dit beginsel. De gedragscode hanteert als eis dat over (commerciële) belangen transparant moet worden gecommuniceerd.

Bij de toepassing van de toenmalige Nederlandse gedragscode voor de wetenschapsbeoefening 2012/2014 ontzag het LOWI wetenschappers die gebruik maakten van het 'merk hoogleraar' voor hun niet-wetenschappelijk werk, zoals lobbyactiviteiten die niet zijn ingegeven door wetenschappelijke inzichten. Deze activiteiten werden niet getoetst aan de gedragscode, omdat zij niet op wetenschappelijk werk neerkwamen. Dit soort werk geniet echter wel de bescherming van de academische vrijheid uit artikel 10 EVRM. Zo geniet een deel van de activiteiten van niet-wetenschappelijk werk eenzijdig bescherming, zonder dat daarbij verantwoordelijkheden horen. Dat is anders in de huidige Gedragscode voor de wetenschappelijke integriteit, waarin in hoofdstuk 1 staat dat de code ook van toepassing is op populairwetenschappelijke uitingen, onderwijsmateriaal en adviezen 'voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd'. Zulke uitlatingen worden echter bij het beoordelen of er sprake is van bedenkelijk gedrag of lichte tekortkomingen anders gewogen. Het niet open zijn over mogelijke belangenconflicten kan bovendien schendingen van wetenschappelijke integriteit opleveren, al wordt hierbij ook rekening gehouden met de eventueel populairwetenschappelijke aard van de uitlating.

De normen uit de gedragscode spreken de wetenschapper aan op de eigen verantwoordelijkheid. Zij zijn echter niet altijd concreet geformuleerd. De bloeiende praktijk met LOWI-adviezen, waaraan iets concretere interpretaties van deze normen kunnen worden ontleend, mag in het kader van het promoten van *compliance* in de vorm van voorlichting breder onder de aandacht van wetenschappers worden gebracht.

## 5.10 TOT SLOT: DUIDELIJKHEID VAN DE ACADEMISCHE VRIJHEID EN WETENSCHAPPELIJKE INTEGRITEIT

Afsluitend wordt hier besproken in hoeverre er sprake is van duidelijke normering op het gebied van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit.

De volgende kenmerken vormen het beoordelingskader in dit proefschrift:
- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;

– de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
– het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;
– de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
– de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.

Vooropgesteld moet worden dat de academische vrijheid afhankelijk van de rechtsbron die wordt ingeroepen een beginsel of een grondrecht is. In die zin kan de duidelijkheid niet in dezelfde mate worden beoordeeld als bij een regel met een gebod, verlof, of een verbod. De plicht in artikel 1.6 WHW om de academische vrijheid in acht te nemen is weliswaar een gebod, maar het is geen gedetailleerde regel, met onder andere specifieke normadressaten en normcondities. De normstelling is daarmee niet in hoge mate gespecificeerd. Daarnaast is het onduidelijk wanneer een beperking gerechtvaardigd is. Dit kan bijvoorbeeld gaan over de beperking van het bepalen van het eigen onderzoeksthema, een beperking in het volgen van de eigen inzichten of een tijdelijke beperking van de publicatievrijheid.

De Nederlandse Gedragscode voor de wetenschappelijke integriteit bestaat uit principes en normen, waarbij de normen in voorkomende gevallen als beginselen zijn geformuleerd doordat ze een bepaalde richting uitwijzen. Zo luidt norm 8: 'Betracht openheid over de rol van externe belanghebbenden en over mogelijke belangenconflicten'. Vergelijk dit met het concretere gebod uit de Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid van de KNAW uit 2005: 'Externe financiers van uitgevoerde opdrachten en/of andere sponsors worden bij naam genoemd in publicaties en bij andere vormen van openbaarmaking.' Deze twee normen verschillen ook in de mate van vaagheid van opgenomen begrippen: zo is de rol van externe belanghebbende in norm 8 niet gespecificeerd, terwijl het gebod uit 2005 zich beperkt tot externe financiers of sponsors.

Deze vorm van beginselgedreven regelgeving heeft zijn voordelen. In de eerste plaats zijn beginselen meer gericht op het achterliggende doel, zonder dat een gedetailleerde normstelling wordt geformuleerd.[599] Bovendien bieden zij flexibiliteit in de wijze waarop zij worden nageleefd, hetgeen nodig is als de regelgever niet van tevoren kan voorzien hoe die naleving kan plaatsvinden.[600] Dit vereist wel dat er op het niveau van bijvoorbeeld de universiteit aandacht is voor de organisatie rondom de naleving van beginselen.[601] Een volgend voordeel houdt verband met de omstandigheid dat concrete gedragsregels soms een te kleine reikwijdte hebben, waardoor er ruimte is om ze creatief te omzeilen. Bij beginselen is daarvoor minder ruimte, omdat het doel voorop staat en niet de beschrijving van de specifieke handeling (doen of

599 Black, Hoppen & Band, *Law and Financial Markets Review* 2007, p. 195,
600 *Ibid.*
601 *Ibid.*

nalaten).[602] Met beginselgedreven regelgeving kan voorts het aantal regels worden verminderd en daarmee ook de complexiteit van het geheel.[603] Tegelijkertijd vergen beginselen meer inspanning om een oordeel te vellen over toepassing ervan, hetgeen ook complexiteit meebrengt.[604] Ten slotte – het laatste voordeel dat we hier noemen – bieden beginselen een basis voor een open dialoog tussen de regelgever en de betrokken organisatie, met een meer coöperatieve en educatieve vorm van naleving (waarbij meer aandacht is voor nalevingsbevordering dan voor sanctionering).[605]

Een nadeel van beginselen in vergelijking met concrete gedragsregels is een gebrek aan zekerheid. Of beginselen zekerheid bieden, is afhankelijk van de mate waarin sprake is van een gedeeld begrip over de betekenis en toepassing tussen de regelgever, de normadressaten en geschillenbeslechters zoals rechters.[606] Een bepaalde mate van onzekerheid kan acceptabel zijn als de normadressaten enige beoordelingsvrijheid hebben met betrekking tot de interpretatie van het beginsel.[607] Veelal gaat het niet zozeer om het juist krijgen van de interpretatie van het beginsel, maar om de voorspelbaarheid van de handhaving ervan.[608] De mate van voorspelbaarheid wordt vergroot met diverse *guidance*-documenten zoals handreikingen en richtsnoeren.[609] Nadelen van zulke documenten zijn dan weer onder andere dat ze de eigen invulling van het beginsel kunnen beperken, dat er inconsistenties kunnen ontstaan tussen *guidance*-documenten onderling en dat het onzeker kan zijn of elk relevante *guidance*-document in acht is genomen.[610]

Tegen de achtergrond hiervan valt met name op dat de handhaving van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit mogelijk onvoorspelbaar is. Dat ligt onder andere aan de vage formulering van de reikwijdte van de code waarin bijvoorbeeld ten aanzien van adviezen is bepaald dat de normen en beginselen van de code van toepassing zijn 'voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd'. Het ligt ook aan de onduidelijkheid omtrent de vraag in hoeverre het instellingsbestuur en het LOWI de principes uit de code gebruiken voor de interpretatie van de normen waaraan zij toetsen. Een volgende factor van betekenis is dat de normen, zoals hiervoor is gezegd, in voorkomende gevallen als een beginsel zijn opgeschreven en niet als een duidelijk gebod of verbod, terwijl de kwalificaties van schendingen van de code en de sancties die erop volgen ingrijpend voor de academicus zijn. Verder staat voor de zorgplichten van de instelling, die niet als normen gelden, bij

602 *Ibid.*
603 *Ibid.*
604 *Ibid.*
605 *Ibid.*
606 *Ibid.*, p. 196-197.
607 *Ibid.*
608 *Ibid.*, p. 197.
609 *Ibid.*
610 *Ibid.*, p. 197-198.

niet-naleving de klachtprocedure uit de code niet open; aandacht besteden aan de naleving kan blijkens paragraaf 4.1 van de code via medezeggenschap of de raad van toezicht. De handhaving van de normen via de klachtprocedure roept overigens ook op zichzelf onvoorspelbaarheid op: in plaats van dat de academicus als normadressaat een zekere mate van beoordelingsvrijheid krijgt, is hij of zij in de code overgeleverd aan de interpretatie van het instellingsbestuur met betrekking tot de kwalificatie van de schending en de invulling van de wegingscriteria.

In het volgende hoofdstuk wordt een samenvattend overzicht gegeven van de juridische mogelijkheden en grenzen van het academisch ondernemerschap.

# 6 Samenvattende slotbeschouwing

## 6.1 Inleiding

In dit proefschrift stond de volgende hoofdvraag centraal:

> *op welke wijze wordt het academisch ondernemerschap in Nederland genormeerd en in hoeverre is deze normering duidelijk voor betrokken actoren binnen universiteiten en andere betrokkenen?*

Deze hoofdvraag is onderverdeeld in de volgende vier deelvragen:

1. *Wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren?*
2. *In hoeverre mogen universiteiten in het academisch ondernemerschap publieke middelen investeren en hoe dienen universiteiten zich hierbij te verhouden tot andere ondernemers?*
3. *Op welke wijze worden in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit gewaarborgd?*
4. *Er is normering van het academisch ondernemerschap inzake (1) investeringen met publieke middelen en (2) het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. In hoeverre is die normering duidelijk, in die zin dat de normering zodanig is geformuleerd dat betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht?*

Om de deelvragen en de hoofdvragen te beantwoorden is klassiek juridisch onderzoek gedaan, waarbij gebruik is gemaakt van rechtsliteratuur en juridisch gezaghebbende bronnen. Daarnaast is kennisgenomen van niet-juridische literatuur over het academisch ondernemerschap, publiek toegankelijke jaarverslagen van universiteiten en nationale krantenberichten en zijn er verslagen van gevoerde gesprekken met deskundigen en stakeholders gebruikt als achtergrondkennis. De methode van onderzoek is beschreven in paragraaf 1.4.3.

De resultaten van dat het onderzoek zijn opgenomen in hoofdstukken 2 tot en met 5 van dit proefschrift. Op basis van deze resultaten wordt in dit hoofdstuk een samenvattende slotbeschouwing gegeven waarin op basis van de onderzoeksresultaten antwoorden worden geformuleerd op de deel-onder-

zoeksvragen (par. 6.2). De hoofdvraag wordt vervolgens beantwoord onder paragraaf 6.3. Daarna volgt nog een kort slotwoord (par. 6.4).

## 6.2 Bevindingen en beschouwingen ten aanzien van de deelvragen

### 6.2.1 Wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren?

De eerste deelvraag gaat over het fenomeen van academisch ondernemerschap en is behandeld in hoofdstuk 2. Aan de hand van literatuur over *academic entrepreneurship* is in paragraaf 2.2.2 een beschrijving van dat begrip gegeven en zijn er in paragraaf 2.2.3 vormen van academisch ondernemerschap genoemd. Vervolgens is in paragrafen 2.3.3 en 2.3.4 de achtergrond van het academisch ondernemerschap bezien door de lens van steeds veranderend octrooibeleid en onderwijs- en innovatiebeleid. Daarna zijn in paragraaf 2.4 de risico's van het academisch ondernemerschap uiteengezet aan de hand van het rapport *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen* van de Inspectie van het Onderwijs van 18 mei 2015. Ten slotte zijn in paragraaf 2.5 de actoren genoemd met de bijbehorende regelgeving die tot hen gericht is of die zij moeten uitvoeren dan wel naleven.

Hierna volgt een samenvatting van de bevindingen uit hoofdstuk 2. Waar nodig wordt een aanvullende toelichting gegeven op basis van de bevindingen uit andere hoofdstukken.

#### *6.2.1.1 Wat is het academisch ondernemerschap?*

In dit proefschrift is aangesloten bij de volgende werkdefinitie van Cantaragiu:

> 'Academisch ondernemerschap is een praktijk, verricht met de intentie om kennis over te dragen tussen de universiteit en de externe omgeving teneinde economische en sociale waarde te produceren voor zowel externe actoren als de leden van de academische gemeenschap, en waarbij in ieder geval één lid van de academische gemeenschap een primaire rol heeft.'[1]

Deze brede definitie is in dit onderzoek gehanteerd om te kunnen spreken over de diverse vormen van het academisch ondernemerschap. Zij is niet bedoeld als juridische begripsomschrijving. Daarvoor is deze definitie niet geschikt. Zo spreekt de werkdefinitie van intenties. Die betreffen de innerlijke belevingswereld, terwijl rechtsregels zoveel mogelijk gericht moeten zijn op zichtbare of objectief controleerbare feiten.[2] Desalniettemin is het een definitie die geschikt is om het fenomeen van academisch ondernemerschap te beschrijven, omdat die werkdefinitie de volgende hoofdingrediënten bevat: de univer-

1 Cantaragiu, *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 687.
2 Toelichting AR 2.7 (Handhaafbaarheid).

siteit(en) en externe partij(en) als subjecten, kennisoverdracht als object, en creëren van economische én sociale waarde als doel van die kennisoverdracht.

In paragraaf 2.2.3 zijn verschillende vormen van het academisch ondernemerschap besproken:

- Het opzetten van bedrijven door de universiteit of een lid van de academische gemeenschap. Dat kan in de vorm van een spin-off als dochteronderneming van de universiteit of als een zelfstandige onderneming. Ieder lid van het wetenschappelijk personeel, student of alumnus kan een bedrijf opzetten. Het opzetten van het bedrijf valt pas onder de werkdefinitie van academisch ondernemerschap als er sprake is van kennisoverdracht tussen de universiteit en het bedrijf, bijvoorbeeld via inhuur van wetenschappelijk personeel of het afnemen van licenties van een universitair octrooi.
- Contractactiviteiten, zoals contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening waaronder advisering voor overheden, maatschappelijke organisaties of bedrijven. Onder de brede werkdefinitie van academisch ondernemerschap kan ook onderzoek in samenwerking vallen. In hoofdstuk 5 is specifiek aandacht besteed aan nevenwerkzaamheden van wetenschappelijk personeel van universiteiten. Ook die vallen in sommige gevallen onder de werkdefinitie. Daarnaast zou het netwerken met deze professionals onder academische ondernemerschap kunnen worden geschaard, maar hierbij lijkt het doel van het cre'ren van economische waarde in een te ver verwijderd verband te staan van de kennisoverdracht die in die contexten plaatsvindt.

Naast deze directe vormen van academisch ondernemerschap zijn er activiteiten die deze vormen van academisch ondernemerschap faciliteren. Die activiteiten betreffen met name het faciliteren van het opzetten van bedrijven of het exploiteren van intellectueel eigendomsrechten. De faciliterende activiteiten zijn diensten van kennistransferoffices, diensten van incubators, en diensten op wetenschapsparken. Kennistransferoffices vormen een schakel tussen de wetenschap en het bedrijfsleven. Zij ondersteunen bij het veiligstellen van intellectuele eigendomsrechten en het aantrekken van financiering. Incubators (ondernemingswerkplaatsen) bieden faciliteiten, huisvesting en advisering aan voor jonge ondernemingen. Wetenschapsparken verkleinen de fysieke afstanden tussen de daarop gevestigde onderzoeksfaciliteiten en ondernemingen. Daarmee wordt beoogd een stimulerende omgeving te creëren voor samenwerkingsverbanden. Andere manieren om ondernemerschap te faciliteren, zijn het aanbieden van durfkapitaal en ondernemerschapsonderwijs.

Deze activiteiten kunnen onder de werkdefinitie van academisch ondernemerschap vallen wanneer er sprake is van kennisoverdracht. Dat is in principe niet het geval bij ondersteuning voor een octrooiaanvraag, het adviseren over een ondernemingsplan, het aanbieden van kantoorruimte en het verstrekken van kapitaal. Toch zijn de faciliterende activiteiten in hoofdstuk 2

genoemd, omdat zij ondersteunend zijn aan de hiervoor besproken vormen van academisch ondernemerschap.

*6.2.1.2 Wat is de achtergrond hiervan?*

In paragraaf 2.3 is de achtergrond van het academisch ondernemerschap besproken, waarbij een deel ook is uitgewerkt in hoofdstuk 3. Hier wordt een focus gelegd op het steeds veranderende beleid in Nederland.[3]

De beschrijving is gestart bij de situatie aan het begin van de vorige eeuw. Geconstateerd is dat er destijds al regelmatige contacten waren tussen het bedrijfsleven en universiteiten (of destijds technische hogescholen). Dat resulteerde in advisering door wetenschappers of financiering door het bedrijfsleven van bijvoorbeeld laboratoria.[4]

Halverwege de vorige eeuw kwam in het beleid en de regelgeving meer aandacht voor contractonderzoek. Zo konden technische hogescholen vanaf 1956 (na toestemming van de onderwijsminister) onderzoek in opdracht doen.[5] In de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs 1960 kregen rijksuniversiteiten rechtspersoonlijkheid en kregen universiteiten de mogelijkheid om inkomsten te verkrijgen uit bewezen diensten.[6] In 1963 sprak onderwijsminister Cals zich gematigd positief uit over contractonderzoek, mits universiteiten en hogescholen over een zodanige uitrusting kunnen beschikken dat zij niet afhankelijk van het bedrijfsleven hoeven te zijn.[7] Vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw begonnen technische hogescholen en universiteiten ook zelf octrooien aan te vragen.[8]

In de jaren 70 van de vorige eeuw bracht de Minister voor Wetenschapsbeleid Trip de eerste Nota Wetenschapsbeleid 1974 uit. Daarin stond dat de sector van 'contractresearch' niet optimaal functioneerde. In 1979 bracht een door de minister van Economische zaken ingestelde Commissie Van Weel een rapport uit over de vraag aan wie octrooirechten toekomen bij universiteiten, waarbij het antwoord was dat deze aan het personeel toekwamen.[9]

In de jaren 80 van de vorige eeuw werd de Nota Contractonderzoek (1981) opgesteld.[10] Daarin werden universiteiten opgeroepen om het universitair onderzoek mede te richten op de behoefte van de samenleving. In deze nota stonden enkele uitgangspunten, die uiteen zijn gezet in hoofdstuk 3 van dit proefschrift. Een daarvan was het in rekening moeten brengen van de kostprijs

3 Par. 2.3.3 en 2.3.4.
4 Par. 2.2.3.
5 Artikel 45 lid 9, *Stb.* 1956, nr. 310 (Wet van 7 juni 1956 tot wijziging van de hogeronderwijswet betreffende het technisch hoger onderwijs).
6 Art. 100 lid 1 WWO 1960.
7 Par. 2.3.4.
8 Par. 2.3.3.
9 Genoemd in Kabel e.a. 2001, p. 74 en Cohen Jehoram, *BIE* 1977.
10 Par. 2.3.4 en uitgebreider besproken in par. 2.3.1.

bij contractonderzoek, waarvan de Algemene Rekenkamer in 1988 moest constateren dat deze aanbeveling in de praktijk zelden werd gerealiseerd.[11] Vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw hoefden universiteiten de inkomsten uit bewezen diensten niet meer te verrekenen met de ontvangen rijksbijdrage.[12] In de Nota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit uit 1985 werd nadien meer nadruk gelegd op de financiële onafhankelijkheid van de universiteiten, waarbij een terughoudende sturing vanuit de overheid zou bijdragen aan de mogelijkheid tot flexibel en marktgericht handelen door instellingen.[13]

In de jaren 90 van de vorige eeuw is in artikel 1.3 van de WHW de derde doelstelling van hoger onderwijs geïntroduceerd: het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij.[14] Later is dat in het Wetenschapsbudget 2004 door de onderwijsminister geduid als de valorisatietaak van universiteiten.[15]

In 2001 gaf de zogenoemde hbo-fraude aanleiding tot verscherping van de bekostigingsregelgeving.[16] In die context is de Notitie helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (2003) opgesteld, na bekostigingsoverleg met instellingen en koepelorganisaties.[17] De onderwijsminister deed in die notitie richtinggevende uitspraken over de interpretatie van bekostigingsregels, in het bijzonder de wettelijke verantwoordingsplicht ten aanzien van de doelmatige en rechtmatige besteding van de rijksbekostiging.[18] Thema 2 van de notitie gaat over het investeren van publieke middelen in private activiteiten. In de brief aan de Tweede Kamer 'Verantwoording van publieke middelen' van 20 juli 2005 van de staatssecretaris van OCW is deze notitie aangescherpt.[19]

Vanaf 2012 werd het toezicht op het thema publiek-privaat bij de Inspectie van het onderwijs belegd.[20] De inspectie kreeg er vanaf 1 juli 2012 nieuwe taken bij met betrekking tot het toezicht op de financiële rechtmatigheid van de bestedingen en beheer van de bekostigde onderwijsinstellingen.[21] De inspectie constateerde in haar rapport *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen* van 18 mei 2015 dat de juridische kaders omtrent het investeren van publieke middelen in private activiteiten nog niet duidelijk zijn.[22] In dit rapport bespreekt de Inspectie van het Onderwijs ook enkele risico's van private activiteiten van onderwijsinstellingen. Private activiteiten kunnen onder

11 Par. 3.2.1.
12 Par. 2.3.3.
13 Par. 2.3.4.
14 Par. 2.3.4.
15 Par. 2.2.2.
16 Par. 3.2.4.
17 Par. 3.2.4.
18 Par. 3.2.4.
19 Par. 3.2.4.
20 Par. 3.2.4.
21 Par. 3.2.4.
22 Par. 3.2.4.

de hiervoor genoemde werkdefinitie van academisch ondernemerschap vallen, voor zover die gericht zijn op kennisoverdracht (de verhuur van een ruimte is een private activiteit, maar is niet per se bedoeld voor kennisoverdracht). De besproken risico's komen hierna aan bod.

*6.2.1.3 Welke risico's zijn er?*

Het academisch ondernemerschap kent kansen, zoals betere benutting van kennis en de verspreiding ervan, het oplossen van maatschappelijke problemen, het verkrijgen van toegang tot externe data of onderzoeksfaciliteiten en het aanboren van nieuwe financiële bronnen.[23] Er zijn evenwel ook risico's verbonden aan het academisch ondernemerschap. In paragraaf 2.4 zijn de volgende risico's genoemd:

- Het weglekken van publieke middelen voor ondernemende activiteiten als de integrale kostprijs niet in rekening wordt gebracht aan afnemers (kruissubsidiëring).
- Oneerlijke mededinging met particuliere ondernemers als de ondernemende activiteiten onder de marktprijs worden aangeboden vanwege de kruissubsidiëring. Als dit geschiedt tegen de marginale kostprijs wordt het speelveld ongelijk en kunnen private ondernemingen uit de markt worden gedrukt. Ook het gebruik van de hoogleraarstitel voor commerciële doeleinden kan worden ervaren als concurrentievervalsing.[24]
- De aantasting van de academische vrijheid (onafhankelijk onderzoek kunnen doen naar eigen inzichten, publicatievrijheid) en de wetenschappelijke integriteit (zoals onvoldoende transparantie over financiers en belangenverstrengeling).

Daarnaast is er een risico ten aanzien van de continuïteit van de kerntaken van het initieel onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek en de kwaliteit hiervan dat het gevolg kan zijn van het verschuiven van de focus van academici van de zuiver academische activiteiten naar de ondernemende activiteiten. Dit is met name het geval wanneer eventuele verliezen niet kunnen worden afgedekt uit private reserves. Bovendien bestaat het risico dat universiteiten de kwaliteit van hun kerntaken verwaarlozen ten behoeve van commerciële activiteiten. De verdeling van aandacht en gelden kan intern tot spanning leiden binnen een vakgroep of tussen vakgroepen onderling.

*6.2.1.4 Wie zijn de betrokken actoren?*

Er zijn diverse betrokkenen bij het academisch ondernemerschap. In paragraaf 2.5 is een (niet-uitputtend) overzicht gegeven. Daarin is onderscheid gemaakt

23 Vgl. Davey e.a. 2018, par. 4.2.
24 Kinneging, *Trouw* 1988.

tussen enerzijds de universiteit en haar interne actoren, en anderzijds de betrokkenen van buiten de universiteit.

De universiteit en het universitair medisch centrum (academisch ziekenhuis) zijn hoofdrolspelers. De WHW is voor deze organisaties de belangrijkste wet, die onder andere de wettelijke doelstellingen van universiteiten en academische ziekenhuizen, hun rechtspersoonlijkheid en hun rijksbekostiging regelt. Binnen de universiteit spelen de volgende actoren een rol:

- Het personeel dat in voorkomende gevallen het ondernemerschap initieert. De belangrijkste regeling voor personeelsleden is de cao Nederlandse Universiteiten. Deze is gesloten door de Universiteiten van Nederland en de vakbonden. In de cao zijn aanvullend op de Rijksoctrooiwet, de Zaaizaad- en Plantgoedwet en de Auteurswet de rechtsbetrekkingen tussen het personeel en de werkgever op het terrein van academisch ondernemerschap geregeld.
- Het kennistransferoffice dat namens de universiteit helpt met de octrooiaanvraag voor de vindingen van personeelsleden.
- Medezeggenschapsorganen. Zo heeft de universiteitsraad een instemmingsrecht met betrekking tot de hoofdlijnen van de begroting.
- Het college van bestuur van de universiteit beslist uiteindelijk over het aangaan van overeenkomsten met externe partijen. Daarvoor kan het mandaat of volmacht verlenen binnen de instelling. Een belangrijke taak voor het college van bestuur is de jaarlijkse verantwoording van de rechtmatige en doelmatige besteding van de middelen in het bestuursverslag. Volgens de Regeling jaarverslaggeving onderwijs moet het bestuur zich ook verantwoorden voor het gevoerde beleid zoals aangegeven in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten, alsmede de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' uit 2014 en de aanvullingen daarop.[25] De instellingsaccountant voert controle uit op basis van de Regeling onderwijsaccountantsprotocol OCW 2021.
- De raad van toezicht moet de begroting, de jaarrekening, het bestuursverslag en het instellingsplan goedkeuren. De raad van toezicht ziet toe op de rechtmatige verwerving van de rijksbijdrage en op de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de rijksbekostiging.
- Ten slotte is er intern een functionaris of commissie wetenschappelijke integriteit die klachten behandelt over veronderstelde schendingen van

25 Art. 4 lid 5. Het gaat om de aanvullingen 'Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 72)' en 'Helderheid in de bekostiging van het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 72)'. Sinds de invoeging van de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten in dit artikel bij *Stcrt*. 2022, 5140 hoeft geen verantwoording afgelegd te worden over het gevoerd beleid zoals is aangegeven in de 'Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84'. De beleidsregel vervangt immers Thema 2 van de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs uit 2004 en deze brief zag op een aanscherping van dit thema.

wetenschappelijke integriteit en daar onderzoek naar doet. Deze persoon of dit orgaan neemt geen bindende besluiten, maar adviseert het bestuur.

Ook buiten de universiteit zijn er relevante actoren:
- Overheden en ander universiteiten waarmee wordt samengewerkt voor het verstrekken van kapitaal aan start-ups.
- Gemeenten, provincies, ministeries en de Europese Unie die publieke financieringsinstrumenten aanbieden.
- De Minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs die extern toezicht uitvoeren door het toetsen van de jaarverslagen van universiteiten. De Inspectie van het Onderwijs voert bovendien naar aanleiding van signalen en uit eigen beweging onderzoek uit. In de afgelopen jaren is de Inspectie van het Onderwijs actief geweest op het gebied van *compliance assistance*. De website inzake het onderwerp private activiteiten is inzichtelijker gemaakt met enkele voorbeeldcasussen en er is voorzien in een vragen- en klachtenformulier.
- Ten slotte is er als externe actor het Landelijk Orgaan voor Wetenschappelijke Integriteit. Dat orgaan geeft een advies aan het college van bestuur van de universiteit, nadat het bestuur een voorlopig besluit over een vermeende integriteitsschending heeft genomen.

### 6.2.2 In hoeverre mogen universiteiten in het academisch ondernemerschap publieke middelen investeren en hoe dienen universiteiten zich hierbij te verhouden tot andere ondernemers?

De tweede deelvraag gaat over de normering van het investeren van publieke middelen in het academisch ondernemerschap. Die normering kan gaan over de vraag in hoeverre het investeren van publieke middelen is toegestaan en over de voorwaarden die daarbij gelden vanwege de verhouding tot andere ondernemers. Deze deelvraag is behandeld in de hoofdstukken 3 en 4. In hoofdstuk 3 betrof dit het nationale onderwijs(bekostigings)recht, waarin met name de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) en de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten centraal stonden. In hoofdstuk 4 is op vergelijkbare wijze het Europees staatssteunrecht behandeld.

#### *6.2.2.1 Onderwijs(bekostigings)recht*

Bekostigde instellingen ontvangen een lumpsum (*block grant).* Bij het besteden van de rijksbekostiging geldt het principe van bestedingsvrijheid. De beste-

dingsvrijheid is begrensd door artikelen 2.9 en 2.17 WHW.[26] In het laatstgenoemde artikel staat dat het bestuur van de universiteit de middelen van de instelling op een zodanige wijze moet beheren dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling verzekerd zijn. Het eerstgenoemde artikel verplicht het bestuur van de universiteit zich jaarlijks te verantwoorden over de rechtmatige en doelmatige besteding van de rijksbekostiging (art. 1.9 WHW). In de interpretatieve beleidsregel, die wordt aangeduid als notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs', en in een aanvullende brief hierover is uitgelegd wat onder 'doelmatigheid' wordt verstaan.[27] In die documenten is opgenomen dat investering van de rijksbekostiging in zogenoemde private activiteiten is toegestaan, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.

In 2016 is in artikel 4, vijfde lid, Regeling Jaarverslaggeving hoger onderwijs een bindende verplichting vastgelegd voor het universiteitsbestuur om zich over het gevoerde beleid te verantwoorden, zoals is aangegeven in de hiervoor genoemde notitie en de daarbij horende aanvullingen (hierna: notities Helderheid).[28] De inhoud van de notities Helderheid is terug te voeren op de eerste nota Contractonderzoek uit 1981. De notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' is ingedeeld in verschillende thema's. Thema 2 gaat over het investeren van publieke middelen in private activiteiten.

De Minister van OCW heeft op 14 april 2021 een nieuwe beleidsregel in de *Staatscourant* gepubliceerd: de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.[29] De beleidsregel bevat de voorwaarden waaronder bekostigde HO- en MBO-instellingen met publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. Deze beleidsregel trekt thema 2 van de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' en de Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen in.[30] De beleidsregel gaat over het gebruiken van publieke middelen of mede met publieke middelen gefinancierde voorzieningen voor private activiteiten door mbo- en ho-instellingen.[31] Buiten de reikwijdte van de beleidsregel vallen activiteiten genoemd in de Regeling beleggen, lenen en derivaten 2016, vanwege de voorschriften die in die regeling al worden gesteld.[32] Hiermee vallen buiten de reikwijdte van de beleidsregel leningen aan start-ups in het kader

26 Vgl. voor mbo-instellingen: art. 2.5.3 lid 2 en 2.8.3. Web.
27 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (bijlage bij *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2, pag. 23), en brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 84.
28 *Stcrt.* 2016, 7270.
29 *Stcrt.* 2021, 18237.
30 Art. 4 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.
31 Art. 1 onder 2 en art. 2 lid 1 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.
32 Art. 2 lid 2 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

van valorisatie.[33] Dit geeft de vreemde situatie waarin bijvoorbeeld het aanbieden van Hoger onderwijs voor volwassenen (collegereeksen voor ouderen) – dat nauwelijks een effect lijkt te hebben op de markt – een private activiteit is waarvoor de integrale kostprijs moet worden berekend, maar zachte leningen aan start-ups buiten de reikwijdte van de beleidsregel vallen.[34] Daarnaast vallen subsidies buiten de reikwijdte van de beleidsregel.[35] Daarvoor is het wettelijk kader van de betreffende subsidieregeling relevant.

De beleidsregel kent het begrip 'private activiteiten' en niet 'economische activiteiten', zoals in het Europees staatssteunrecht of de Wet markt en overheid. Private activiteiten zijn volgens de beleidsregel 'alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover deze activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.'[36]

Het bevoegd gezag is hier het onderwijsbestuur van de hogeronderwijsinstelling. De 'bekostigde wettelijke taak' is 'de taak waarvoor de onderwijsinstelling op grond van de onderwijswetgeving wordt bekostigd'.[37] Kort gezegd gaat het om het verzorgen van initieel onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek.

Blijkens de begripsbepaling in de beleidsregel worden ook niet wettelijk voorgeschreven activiteiten of voorzieningen die de toegankelijkheid en de kwaliteit van het bekostigde onderwijs bevorderen, tot de bekostigde wettelijke taak gerekend, met de volgende voorwaarden:

> 'Dan moeten die activiteiten of voorzieningen wel zijn gericht op de studenten die aan het bekostigd onderwijs deelnemen. En die studenten moeten vrijwillig, kosteloos of tegen een geringe niet-kostendekkende vergoeding, van die activiteiten of voorzieningen gebruik kunnen maken. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om honoursprogramma's, studium generale, of een bibliotheekvoorziening.'

33 Par. 3.3.2.3.1.
34 Par. 3.3.3.1.1.
35 Art. 2 lid 3 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.
36 Art. 1 onder g Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.
37 Art. 1 onder b Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten. Verwezen wordt naar art. 1.9 WHW. Het eerste lid daarvan luidt: 'Ten behoeve van het verzorgen van initieel onderwijs en, voorzover het universiteiten betreft, mede ten behoeve van het verrichten van wetenschappelijk onderzoek hebben de in de bijlage van deze wet onder a, c, h en j opgenomen instellingen, onderscheidenlijk rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid, waarvan de overige in de bijlage van deze wet opgenomen instellingen uitgaan, aanspraak op bekostiging uit 's Rijks kas, voorzover aan de aan die instellingen verbonden opleidingen accreditatie is verleend of die opleidingen de toets nieuwe opleiding met positief gevolg hebben ondergaan. Voor de toepassing van dit lid worden de ontwerp- en ontwikkelactiviteiten en onderzoek gericht op de beroepspraktijk, aan hogescholen gerekend tot het daarop betrekking hebbende onderwijs.'

De beleidsregel geeft een aantal voorbeelden van private activiteiten, zoals:[38]

- Niet-bekostigd onderwijs, met uitzondering van het onderwijs waarvoor op grond van artikel 7.46 van de WHW het instellingscollegegeld wordt berekend[39] en het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij.[40]
- Het ontwikkelen van activiteiten en voorzieningen ten behoeve van beroepspraktijkvorming (BPV), wanneer uit die activiteiten ook economische voordelen voor derden kunnen voortvloeien.[41] De beleidsregel noemt de voorbeelden van de reparatiewerkplaats, de kapsalon en de horecavoorziening, waarvan ook anderen dan de docent of student binnen het kader van de bekostigde opleiding gebruik kunnen maken.[42]
- Onderzoeken in opdracht of op verzoek van derden.
- Voorzieningen voor medewerkers en onderwijsdeelnemers,[43] zoals huisvesting/logies; reisbureau; boekwinkel; horeca/catering of een kopieer/printvoorziening.
- Het ter beschikking stellen van ruimte voor een onderneming van een derde[44] die de betreffende voorziening tegen een vergoeding mag exploiteren (hier wordt gedoeld op ondernemerswerkplaatsen).
- Dienstverlening aan derden door de bekostigde instelling, zoals detachering, verhuur, laboratoriumdiensten, financiële diensten, ICT-diensten, reisbureau en HRM-diensten.

---

38 Art. 1 onder g Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten,

39 Vgl. de uitleg van het begrip economische activiteit ten aanzien van het instellingscollegegeld in ACM, 'Vergunningseis voor de concentratie tussen het Academisch Medisch Centrum en Stichting VUmc', 14 december 2016, zaaknummer 16.0685.22: '[g]elet op het voorgaande concludeert de ACM dat het aanbieden van de bachelor- en masteropleiding geneeskunde waarvoor studenten instellingscollegegeld verschuldigd zijn, als een economische activiteit dient te worden aangemerkt'. Vgl. AG Langemeijer 22 januari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:8 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*) HR 3 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*).

40 De beleidsregel maakt niet duidelijk wanneer kennisoverdracht een wettelijke taak is en wanneer dit een private activiteit is.

41 De beleidsregel beperkt de reikwijdte van private activiteiten kennelijk niet wanneer het verrichten van diensten aan derden onlosmakelijk verbonden is met de wettelijke taak van het verzorgen van onderwijs. Dat is anders bij het begrip economische activiteiten in het Europees staatssteunrecht en de Wet markt en overheid. Zie daarover par. 4.3.1.

42 Vgl. Rb. Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF8040 waarin horeca-exploitant Metropool B.V. procedeert tegen de Christelijke Hogeschool Noord Nederland vanwege vermeende oneerlijke concurrentievervalsing door de hotelschool.

43 Aangenomen wordt dat dit ook ten aanzien van derden geldt. De beleidsregel maakt geeft geen voorbeelden van voorzieningen als bedoeld in artikel 7.34 WHW en andere voorzieningen die als private activiteit zijn aan te merken. In dit kader kan met name over sportvoorzieningen verschil van mening bestaan. Zie daarover met betrekking tot de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs: Louw 2011, p. 144.

44 Aangenomen wordt dat dit ook ten aanzien van medewerkers en onderwijsdeelnemers geldt.

– Arbeidsbemiddeling, ondersteuning van start-ups (o.a. middels zogenoemde incubators), kennis-exploitatie, valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken, maar in het verlengde daarvan, bij voorbeeld voor oud-studenten die hun bekostigde opleiding al hebben afgerond en/of oud-medewerkers, en waarbij veelal de betreffende oud-student of oud-medewerker dan wel een andere specifieke derde een economisch voordeel verkrijgt.

De beleidsregel geeft de volgende voorwaarden, waarbij blijkens de toelichting niet is beoogd andere voorwaarden te stellen dan die al golden in de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs:

1. De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling.
2. De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak.
3. Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard.
4. De investering is proportioneel: staat – ook in de tijd – in een redelijke verhouding tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.
5. De investering leidt niet tot oneerlijke concurrentie.
6. Een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd.
7. Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag.

Voor het berekenen van de integrale kostprijs sluit de beleidsregel aan bij de Wet markt en overheid.[45] Daarbij is de beleidsregel strenger, omdat zij anders dan de Wet markt en overheid zowel een berekening van de integrale kostprijs vooraf als achteraf voorschrijft.[46] De resultaten van de nacalculatie kunnen

45 Art. 25i lid 1 Mw en art. 3-8 en 10 Besluit markt en overheid. Volgens artikel 5 lid 1 Besluit markt en overheid worden in ieder geval in aanmerking genomen: de operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en de vermogenskosten. Artikel 1 onder d van de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten noemt (niet-limitatief): ontwikkelkosten van de private activiteit, zoals de ontwikkelkosten van een niet-bekostigde opleiding, of van daarvan afgeleide varianten, al dan niet in modules; personeelskosten; kosten van dienstverlening door derden; huisvestingskosten; afschrijvings- en onderhoudskosten; kostprijsverhogende belastingen, zoals btw en loonbelasting; vermogenskosten vreemd vermogen, indien ten behoeve van de activiteit investeringen zijn gefinancierd met vreemd vermogen; indirecte kosten; een risico-opslag (nader gedefinieerd in artikel 1, onder i). Zie par. 3.3.3.1.3.

46 Par. 3.3.3.2.

ertoe leiden dat de kostprijs moet worden aangepast.[47] Hier moet worden opgemerkt dat het tegengaan van oneerlijke concurrentie in de beleidsregel zich slecht verhoudt tot de grondslag van artikel 2.9 WHW waarin wordt gesproken van een 'doelmatige' besteding van de rijksbekostiging. Het kan juist doelmatig zijn om bijvoorbeeld op tijden waarin een lokaal onbenut is voor het initieel onderwijs, daarin betaalde cursussen te verzorgen en daarvoor alleen de marginale kosten in rekening te brengen zoals de kosten voor het onderwijsmateriaal en de personeelskosten. Die lijn wordt echter niet gevolgd, omdat concurrentievervalsing als ondoelmatig wordt gezien.

Daarnaast is het opvallend dat bij de zesde voorwaarde is toegelicht dat wanneer met een private activiteit, waarin publieke middelen zijn geïnvesteerd, een negatief financieel resultaat wordt behaald, dat negatieve resultaat ten laste mag worden gebracht van het publieke deel van het eigen vermogen.[48] Hoewel de private activiteit dan opnieuw tegen het licht moet worden gehouden, is hier kennelijk wel ruimte voor oneerlijke concurrentie.[49] Particulieren kunnen hun risico's immers niet dekken met publieke middelen.

Los van deze voorwaarden kent artikel 2.7a WHW sinds 2014 een wettelijke basis voor een algemene maatregel van bestuur waarin regels kunnen worden gesteld over de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek.[50] Deze grondslag is nog niet benut. Op grond van artikel 2.7a WHW kan een algemene maatregel van bestuur (AMvB) worden vastgesteld over 'private activiteiten ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek'. Blijkens de toelichting bij deze delegatiebepaling vormde de (oorspronkelijke) notitie Helderheid een bruikbaar uitgangspunt voor bestedingsbeslissingen, maar deden zich ook gevallen voor waarbij de notitie ontoereikend bleek te zijn.[51] Het instrument 'bood onvoldoende concrete aanknopingspunten voor onderwijsinstellingen om naar te handelen en voor de overheid om in te grijpen waar dat wel te overwegen zou zijn geweest'.[52] De delegatiebepaling maakt regelgeving over private activiteiten mogelijk. Volgens de toelichting bij het ingevoegde artikel 2.7a WHW 'staat steeds voorop dat rijksbijdrage verstrekt wordt voor het verzorgen van onderwijs of het doen van onderzoek, zodat een investering van publieke middelen in private activiteiten alleen aan de orde kan en mag zijn als daarmee het belang van het onderwijs of het onderzoek is gediend'.[53] Het voornemen was om in de AMvB

47 Vanwege het ontbreken van een voorwaarde tot het contracteren op basis van een nacalculatie, wordt hier ervan uitgegaan dat de aangepaste kostprijs is bedoeld is voor toekomstige gevallen. De beleidsregel spreekt van het voorkomen van het blijvend verstoren van de mededinging (art. 3 lid 5).

48 Par. 3.3.3.2.

49 Art. 3 lid 6 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

50 *Stb.* 2013, 288. Vgl. 2.2.4a Web.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 33187, nr. 3, p. 26-27.

52 *Ibid.*, p. 27.

53 *Ibid.*

'een aantal principes op te nemen, zoals de beperking van financiële risico's en de proportionaliteit van de investeringen ten opzichte van de onderwijskundige meerwaarde'.[54] Deze principes zouden concreet worden uitgewerkt in een ministeriële regeling.[55] De wetgever hoopte blijkens de toelichting dat de kans op onrechtmatigheden zou dalen en dat onderwijsinstellingen beter zouden kunnen bepalen onder welke voorwaarden publiek-private investeringen mogelijk zijn.[56] Tot op heden is van de grondslag van artikel 2.7a WHW geen gebruik gemaakt en is uiteindelijk de weg gekozen om private activiteiten te normeren in artikel 4, vijfde lid, Regeling jaarverslaggeving onderwijs waarin voor instellingen de plicht is neergelegd zich over het gevoerde beleid zoals aangegeven in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten te verantwoorden.

*6.2.2.2 Europees staatssteunrecht*

In hoofdstuk 4 is de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht op het academisch ondernemerschap aan bod gekomen.

Artikel 107, eerste lid, VWEU regelt de reikwijdte van het staatssteunrecht. Het staatssteunrecht heeft betrekking op steunmaatregelen die:
- door de Staat worden verleend of met staatsmiddelen zijn bekostigd;
- ten goede komen aan bepaalde ondernemingen;
- een voordeel verschaffen dat niet langs de normale weg zou zijn verkregen;
- de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen;
- het EU-handelsverkeer op ongunstige wijze beïnvloeden.

Lidstaten van de EU mogen op grond van artikel 108, derde lid, VWEU geen staatssteun verlenen zonder voorafgaande toestemming van de Europese Commissie (de *standstill*-bepaling). Anders is er sprake van onrechtmatige steun. De Europese Commissie toetst de verenigbaarheid van die steun met de interne markt. In paragraaf 4.2 zijn drie uitzonderingen op de *standstill*-bepaling behandeld. Het gaat om de toepasselijkheid van (1) de algemene *De-minimis*verordening, (2) de Algemene groepsvrijstellingsverordening en (3) de kaders voor diensten van algemeen economisch belang.

Een universiteit kan als onderneming ontvanger van steun zijn, maar kan ook steun verlenen aan ondernemingen. In hoofdstuk 4 is met name ingegaan op de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht wanneer universiteiten handelen als onderneming en mogelijk publiek geld hiervoor inzetten door middel van kruissubsidiëring. In dat hoofdstuk stond daarom vooral de vraag centraal wanneer sprake is van een onderneming.

54 *Ibid.*
55 *Ibid.*
56 *Ibid.*

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[57] In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt voor onderwijsactiviteiten onderscheid gemaakt tussen:

– Onderwijs, verstrekt door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit particuliere middelen die niet van de dienstverrichter zelf afkomstig zijn. Het is niet nodig dat deze particuliere financiering hoofdzakelijk door de leerlingen of hun ouders wordt verricht, aangezien de economische aard van een activiteit niet afhangt van het feit dat de dienst wordt betaald door degenen die deze ontvangen.[58] Deze hoofdzakelijk uit particuliere middelen gefinancierde onderwijsactiviteiten zijn een economische activiteit.
– Onderwijs, verstrekt door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en dat volledig of hoofdzakelijk uit overheidsmiddelen worden gefinancierd. Bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, heeft de staat niet de bedoeling activiteiten tegen vergoeding te verrichten, maar vervult hij zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak tegenover de bevolking.[59] Deze onderwijsactiviteit is geen economische activiteit.

Wanneer een instelling zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dan moet zij een gescheiden boekhouding voeren voor de verschillende financieringen die zij ontvangt, zodat zij elk risico van kruissubsidiëring van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, uitsluit.[60]

Ten aanzien van het verrichten van onderzoek wordt in de *soft law* van de Europese Commissie onderscheid gemaakt tussen:[61]

– 'Onafhankelijk onderzoek' (door organisaties voor onderzoek en kennisverspreiding of infrastructuur) met oog op betere kennis en inzicht en de brede verspreiding van onderzoeksresultaten (op een niet-exclusieve en niet-discriminerende basis). Dit onafhankelijk onderzoek kan ook in samenwerkingsverband met andere instellingen of met ondernemingen worden uitgevoerd. Dit soort onderzoek is geen economische activiteit.

57 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 november 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, (*Congregracion de Escuelas Pías Provincia Betania).*

58 HvJ EG 16 november 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, (*Congregracion de Escuelas Pías Provincia Betania)*, r.o. 49.

59 *Ibid.*, r.o. 50.

60 *Ibid.*, r.o. 51.

61 Par. 4.3.4.

– 'Onderzoek namens ondernemingen' en andere economische activiteiten zoals de verhuur van uitrusting of laboratoria aan ondernemingen en dienstverlening aan ondernemingen.

Kennisoverdracht door middel van het exploiteren van IER is een economische activiteit. Volgens *soft law* van de Europese Commissie wordt er geacht geen sprake te zijn van een economische activiteit als alle inkomsten uit deze activiteit opnieuw in de primaire activiteiten van de betrokken onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur worden geïnvesteerd.[62] De vraag of deze 'uitzondering' houdbaar is, is nog niet voorgelegd aan het Hof van Justitie.

Een vergelijkbare uitzondering in de *soft law* is die van de zuiver ondersteunende activiteiten, die in paragraaf 4.3.6 is behandeld. Het gaat hier om activiteiten die rechtstreeks verband houden met, en noodzakelijk zijn voor het functioneren van de instelling, of die intrinsiek verband houden met het niet-economisch hoofdgebruik. De ondersteunende activiteit moet dezelfde input (zoals materialen, uitrusting, arbeid en vast kapitaal) verbruiken als de niet-economische activiteit. De jaarlijkse (gebruiks)capaciteit voor deze ondersteunende activiteit mag maximaal 20% bedragen van de totale capaciteit. Deze uitzondering is door Advocaat-Generaal Kokott geproblematiseerd in haar conclusie voor de zaak *Congregracíon de Escuelas Pías Provincia Betania*.[63] Het Hof van Justitie heeft deze uitzondering in het arrest niet genoemd.

In hoofdstuk 5 is naast het ondernemingsbegrip ook aandacht uitgegaan naar het criterium van het verschaffen van een voordeel uit artikel 107, eerste lid, VWEU.

De Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie noemt een aantal uitgangspunten voor het voorkomen van het verschaffen van voordelen aan een onderneming. Kort gezegd gaat het om:[64]

– Een gescheiden boekhouding voor economische en niet-economische activiteiten.
– Het rekenen van een markttarief voor contractonderzoek, of als er geen markttarief is de volledige kosten en een gebruikelijke marge in de betreffende sector of een prijs die uitkomst is van een onderhandeling op *arm's length.*
– Deelnemende partijen dragen de volledige kosten en de een vergoeding voor IER is gelijkwaardig aan de marktprijs. Ook voor IER kan het gaan om een prijs die uitkomst is van een onderhandeling op *arm's length.*

Deze voorwaarden zijn uitgebreider beschreven in paragraaf 4.5.2.

62 Par. 4.3.5.
63 Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2017, ECLI:EU:2017:135, punt 53.
64 Par. 4.5.2.

### 6.2.3 Op welke wijze worden in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit gewaarborgd?

#### *6.2.3.1 Academische vrijheid*

De wettelijke kaders voor de academische vrijheid zijn te vinden in verschillende bronnen. In artikel 1.6 WHW is bepaald dat aan de instellingen (waaronder universiteiten) de academische vrijheid in acht moet worden genomen.[65] Dit is een zorgplichtbepaling die zich richt tot iedereen binnen de instelling. De vrijheid omvat de vrijheid in het geven van onderwijs, het verrichten van onderzoek en het ontvangen van onderwijs. Deze vrijheid is nauw verbonden met de wetenschappelijke integriteitsnormen: de academisch vrijheid moet het personeel in staat stellen zich daaraan te kunnen houden. Relevante nevenrechten, die niet onder de academische vrijheid vallen maar daarmee wel worden geassocieerd, zijn onder andere de institutionele autonomie en het beginsel van zeggenschap voor de leden van de universitaire gemeenschap.[66]

Naast deze verschijningsvorm als zorgplicht is academische vrijheid ook constitutioneel verankerd. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (het Hof) leest de academische vrijheid in artikel 10 EVRM.[67] In artikel 13 van het Handvest voor de Grondrechten van de EU is de academische vrijheid expliciet opgenomen.[68] Dit artikel wordt uitgelegd aan de hand van de jurisprudentie over artikel 10 EVRM. Daarin is de 'academische vrijheid, zowel in het onderzoek als in het onderwijs, de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden waarborgen'.[69] Het Hof van Justitie legt daarbij ook de nadruk op de vrijheid van universiteiten om vrijelijk hun standpunten kenbaar te maken en schaart ook de institutionele autonomie onder de academische vrijheid.[70] De 'vrijheid van wetenschap' is ook neergelegd in artikel 15 IVESCR, dat overigens in de Nederlandse rechtsorde geen rechtstreekse werking heeft.[71]

#### *6.2.3.2 Wetenschappelijke integriteit*

De gecodificeerde wetenschappelijke integriteitsnormen zijn in ons land voor het laatst herzien met de Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke

65 Par. 5.3.1.1.
66 Par. 5.3.2.
67 Par. 5.4.3.
68 Par. 5.4.1.
69 Par. 5.4.1.
70 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 226-227.
71 Par. 5.5.1.

integriteit 2018.[72] Deze code geldt voor VSNU, NFU, Vereniging Hogescholen, NWO, TO2-Federatie en KNAW. De code betreft uitdrukkelijk ook privaat gefinancierd onderzoek. Ook advieswerk valt in principe binnen deze code; de principes en normen zijn van toepassing voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd.[73]

De code kent vijf leidende principes: eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid.[74] Voor academisch ondernemerschap zijn met name transparantie en onafhankelijkheid relevant. Transparantie houdt onder andere in dat de rol van externe belanghebbenden bij het onderzoek helder moet worden gemaakt. Onafhankelijkheid betekent onder andere dat wetenschappers zich niet mogen laten leiden door buitenwetenschappelijke overwegingen.

De principes zijn uitgewerkt in 61 normen.[75] Een aantal daarvan is in het bijzonder relevant voor academisch ondernemerschap, zoals het duidelijk moeten maken van de opdrachtgever of financier als het onderzoek in opdracht wordt uitgevoerd of door derden wordt gefinancierd (norm 8), het maken van heldere afspraken met externe partners over zaken die de wetenschappelijke integriteit betreffen en die daaraan kunnen raken (norm 9) en het open en volledig zijn over de rol van externe opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante nevenwerkzaamheden (norm 44).

Voor (bestuurders van) de instellingen gelden zorgplichten.[76] Ze moeten er bijvoorbeeld voor zorgen dat in de overeenkomsten met opdrachtgevers en financiers eerlijke afspraken staan over het al dan niet openbaar en toegankelijk maken van data en onderzoeksmateriaal.[77]

Klagen over schendingen van de wetenschappelijke integriteit kan bij een door de instelling aangewezen commissie of functionaris.[78] Ook kan het instellingsbestuur uit eigen beweging onderzoek verrichten. In beide gevallen moet sprake zijn van een eerlijke en zorgvuldige procedure waarin de onschuldpresumptie geldt. Klagers kunnen binnen zes weken na het oordeel van de commissie of functionaris een *second opinion* aanvragen, bijvoorbeeld bij het Landelijk Orgaan voor Wetenschappelijke Integriteit (LOWI).

Het LOWI heeft een aantal keer handelingen van wetenschappers getoetst aan de normen uit de Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke integriteit 2018. Zo is een *legal opinion* getoetst aan norm 22 (controleerbaarheid van bronnen) en norm 34 (zorgvuldige presentatie van bronnen, data en

72 Par. 5.7.2.4.
73 *Ibid.*
74 *Ibid.*
75 *Ibid.*
76 Par. 5.10.
77 Par. 4.5 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
78 Par. 2.5.3.7.

argumenten).[79] Deze normen waren niet geschonden. Ook zijn populairwetenschappelijke uitingen getoetst aan norm 18 (vermijd dat de keuze van methode wordt bepaald door buitenwetenschappelijke belangen) en andere normen, waaronder norm 39 (wees expliciet over serieuze alternatieve inzichten die relevant kunnen zijn voor de interpretatie van de data en de onderzoeksresultaten).[80] Deze normen bleken ook niet geschonden te zijn. De reactie op een indringende, externe, poging tot beïnvloeding van beleidsonderzoek is getoetst aan de hiervoor genoemde normen 8, 39 en 44 en norm 53 (wees eerlijk in publieke communicatie en helder over de beperkingen van het onderzoek en van de eigen expertise; communiceer pas over onderzoeksresultaten aan het algemene publiek als er voldoende zekerheid over de resultaten bestaat).[81] De onderzoekers hadden van deze poging geen melding gemaakt en het gebrek aan transparantie over deze poging in de verslaglegging was volgens het LOWI te kwalificeren als 'bedenkelijk gedrag' (dat is lichter dan een schending van de wetenschappelijke integriteit, maar zwaarder dan een 'lichte tekortkoming').[82]

Waar ten aanzien van de academische vrijheid weinig geput kan worden uit jurisprudentie of adviespraktijk om deze vrijheid te duiden in de context van het academisch ondernemerschap, geeft de adviespraktijk van het LOWI ten aanzien van de wetenschappelijke integriteit meer inzicht in de vraagstukken die in de praktijk kunnen spelen en hoe de integriteitsnormen kunnen worden uitgelegd. De adviespraktijk van het LOWI is beschreven in paragraaf 5.8.2.

6.2.4 Er is normering van het academisch ondernemerschap inzake (1) investeringen met publieke middelen en (2) het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. In hoeverre is die normering duidelijk, in die zin dat de betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht?

In de hiervoor besproken regelgeving is in hoofdlijnen gekeken naar de volgende kenmerken van de normering:[83]
- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;
- de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
- het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;

79 LOWI advies 2021, 18.
80 LOWI 2021, 16.
81 LOWI 2021, 8.
82 Par. 5.2 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.
83 Deze kenmerken zijn geformuleerd in Van den Heuvel 2018, p. 67.

– de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
– de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.

Daarbij zijn enige onduidelijkheden in de regelgeving aangewezen. Deze zijn voor het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de kaders voor de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit afzonderlijk behandeld.

*6.2.4.1 Onderwijs(bekostigings)recht*

De onduidelijkheden in de regelgeving, die in paragraaf 3.4 zijn besproken, betreffen specifieke formuleringen in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

Allereerst gaat het om het begrip private activiteiten. Private activiteiten zijn volgens de beleidsregel 'alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover die activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.' Door middel van voorbeelden maakt de beleidsregel duidelijk om wat voor activiteiten het gaat. Onderdeel daarvan is de 'ondersteuning van start-ups (o.a. middels zogenoemde incubators), kennis-exploitatie, valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken'. Bij incubators wordt in een voetnoot toegelicht dat '[hier] onder incubators wordt (…) verstaan, organisaties die een (incubatie-) proces realiseren om de versnelde groei van hoogwaardige starters naar succesvolle ondernemingen mogelijk te maken door een geïntegreerd pakket diensten aan te bieden zoals werkruimte, services, cultuur, coaching, netwerk, (toegang tot) kapitaal, et cetera'. Bij de bekostigde wettelijke taak wordt in een voetnoot toegelicht: '[v]oor zover universiteiten en hogescholen zich richten op het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij, is er sprake van het uitvoeren van een bekostigde wettelijke taak (artikel 1.3, eerste en derde lid, van de WHW)'. Dit artikel gaat evenwel niet over de aanspraak op de rijksbekostiging maar over de wettelijke doelstellingen van universiteiten. Kijkt men buiten de beleidsregel om wat de minister van OCW verstaat onder de wettelijke taken, dan valt op dat volgens de toelichting op de Regeling beleggen en belenen het verschaffen van een lening aan een start-up als invulling van de valorisatietaak valt onder de 'uitvoering van een wettelijke taak.'[84] Hoewel het duidelijk is dat universiteiten niet voor deze taak bekostigd worden op grond van artikel 1.9 WHW, blijft het onduidelijk of de uitvoering van een wettelijke taak tegelijkertijd een private activiteit (in dit geval 'ondersteuning van start-ups') kan zijn.

Op dit specifieke voorbeeld van het verstrekken van een lening aan een start-up lijkt de beleidsregel – ondanks het voorbeeld van kapitaal – overigens

84 Artikelsgewijze toelichting, artikel 6, *Stcrt*. 2016, 30576.

niet van toepassing. Volgens artikel 2, tweede lid, van de beleidsregel zijn de beleidsregel en de voorwaarden niet van toepassing op de activiteiten genoemd in de Regeling beleggen, belenen en derivaten 2016, vanwege de voorschriften die in die regeling al worden gesteld.

Daarnaast kunnen bij de meeste voorwaarden die in de beleidsregel zijn genoemd vragen worden gesteld, hetgeen mogelijk duidt op enige ontoereikendheid in de specificatie van normstelling of vaagheid in begrippen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard van een voorwaarde (is de aantoonbare meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting?), de betekenis van bepaalde woorden of kwalificaties (wanneer is sprake van 'tijdelijke' overcapaciteit die kan worden ingezet voor private activiteiten?), of de reikwijdte van een verplichting (moet op verzoek van de onderwijsminister inzage worden gegeven in de kostentoerekeningen van alle specifieke private activiteiten of alleen de private activiteiten waarvoor publieke middelen zijn ingezet?).

Daarnaast zijn er vraagtekens te plaatsen bij de consistentie van de voorwaarden. Bij de toelichting van de zesde voorwaarde ('een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd') staat dat verliezen ten laste mogen komen van het publieke deel van het eigen vermogen als er deels publiek vermogen is geïnvesteerd. Dat verdraagt zich slecht met de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. Daarnaast is bij de uitleg van het begrip integrale kostprijs uitdrukkelijk aangesloten bij het Besluit markt en overheid; de beleidsregel is evenwel strenger. Volgens de toelichting van de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie wordt de integrale kostprijs zowel vooraf (ex ante) als achteraf (ex post) berekend. Met de berekening achteraf kan de kostprijs worden bijgesteld, maar in de beleidsregel is niet vermeld dat dit verder gaat dan het Besluit markt en overheid, die geen nacalculatie verplicht stelt.

#### *6.2.4.2 Europees staatssteunrecht*

In paragraaf 4.8 zijn de volgende onduidelijkheden binnen de kaders van het Europees staatssteunrecht besproken:

– De kwalificatie van onderwijs dat onderdeel uitmaakt van het 'nationale onderwijsstelsel' of 'openbare onderwijsstelsel' kan lastig worden vertaald naar de Nederlandse situatie. Gedacht kan worden aan bekostigde onderwijsinstellingen wanneer zij initiële opleidingen verzorgen (bacheloropleidingen en masteropleidingen volgend op bacheloropleidingen). In een besluit van de Europese Commissie over de publieke financiering van een opleiding van een Catalaans conservatorium lijkt echter accreditatie (erkenning) van de opleiding voorop te staan. Dit besluit is besproken in paragraaf 4.3.3.1.

- In de beoordelingskaders in de *soft law* van de Europese Commissie en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de vraag of er sprake is van een onderwijsinstelling die handelt als onderneming is relevant of de onderwijsinstelling hoofdzakelijk met publieke of private middelen wordt gefinancierd. Dit is inconsistent met de definitie van een onderneming: elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd. Hoewel in de beoordelingskaders in de *soft law* van de Europese Commissie en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over onderwijs als economische activiteit wel de financiering relevant wordt geacht, zou dat mijns inziens moeten gaan over de financiering op activiteitsniveau en niet over financiering op organisatieniveau.
- Met name voor commerciële partijen kan het onduidelijk zijn of zij vallen onder het begrip onderzoeksorganisatie.
- Het omslagpunt van een niet-economische activiteit naar een economische activiteit kan lastig te bepalen zijn bij onderzoek in samenwerking. Dat omslagpunt is relevant voor de vraag wanneer bepaalde kosten beginnen 'mee te tellen' voor het bepalen van een volledige kostprijs met opslag als alternatief voor de marktprijs.
- De status van de uitzonderingen op het zijn van een economische activiteit die de Europese Commissie in niet-bindende *soft law*-documenten heeft neergelegd is onduidelijk. Het gaat om de uitzondering voor kennisoverdracht wanneer alle 'inkomsten' of 'winst' (de *soft law*-documenten zijn hierin niet consistent) opnieuw worden/wordt geïnvesteerd in de primaire activiteiten (onderwijs en onafhankelijk onderzoek als niet-economische activiteiten). Ook gaat het om de uitzondering voor zuiver ondersteunende activiteiten.
- Er is een interpretatie denkbaar, inhoudende dat alle middelen van openbare onderwijsinstellingen overheidsmiddelen zijn. Vanwege de eis van de administratieve scheiding voor onderwijsinstellingen die economische en niet-economische activiteiten verrichten lijkt die interpretatie niet realistisch.

Het is onduidelijk wanneer bepaalde subsidie-calls zodanig gedetailleerd zijn omschreven, dat ze duiden op een onderzoek dat in opdracht zal worden uitgevoerd. Daarbij kan de gangbare *matching*-praktijk bij het subsidiëren van onderzoeksprojecten niet zonder meer voortgezet worden, omdat universiteiten in de praktijk genoodzaakt zijn tot kruissubsidiëring.

#### *6.2.4.3 Academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit*

Bij de bespreking van de duidelijkheid van de kaders voor de academische vrijheid is rekening gehouden met het karakter van deze vrijheid als beginsel of grondrecht. De plicht uit artikel 1.6 WHW om de academische vrijheid in

acht te nemen is niet in hoge mate gespecificeerd. Bij de academische vrijheid gaat het met name om onduidelijkheden over de beperking van deze vrijheid. Die beperking kan bijvoorbeeld zien op het bepalen van het eigen onderzoeksthema, het volgen van eigen inzichten in het onderzoeksproces of het tijdelijk niet kunnen publiceren van de bevindingen. Er is geen (duidelijk) kader waarin is bepaald welke beperkingen al dan niet gerechtvaardigd zijn.

Ook de normen uit de Nederlands gedragscode wetenschappelijke integriteit zijn open geformuleerd en zijn soms eerder te lezen als beginselen dan als verboden of geboden. Een gevaar daarvan is dat de handhaving lastig te voorspellen kan zijn. Dat ligt onder andere aan:

- De open formulering van de reikwijdte van de gedragscode. Zo is met betrekking tot adviezen bepaald dat de normen en beginselen van code van toepassing zijn 'voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd'.
- De relatie tussen principes en de normen, waarbij het onduidelijk is in hoeverre de normen (vergelijkbaar met minimumstandaarden) kunnen worden geïnterpreteerd aan de hand van principes (vergelijkbaar met *best practices*).
- De academicus is in deze code overgeleverd aan de interpretatie van het instellingsbestuur met betrekking tot de kwalificatie van de schending en de invulling van de wegingscriteria die hiervoor zijn geformuleerd. Waar de formulering van een norm als een beginsel als voordeel heeft dat er een zekere mate van discretionaire ruimte is om te bepalen of in een concreet geval aan de norm wordt voldaan, is die ruimte in de handhavingssfeer vooral toegekend aan het instellingsbestuur en niet aan de academicus. De gevolgen voor academici bij constatering van schending van een norm zijn overigens ingrijpend. Voor niet-naleving van de in de code geformuleerde zorgplichten van de instelling (die niet als normen gelden) staat de klachtprocedure niet open. Dat geeft een scheve verhouding tussen het instellingsbestuur en academici.

## 6.3 Beantwoording van de hoofdvraag:

*op welke wijze wordt het academisch ondernemerschap in Nederland genormeerd en in hoeverre is deze normering duidelijk voor betrokken actoren binnen universiteiten en andere betrokkenen?*

*Normering*

In Nederland wordt het academisch ondernemerschap in ieder geval genormeerd met regels die in hoofdlijnen (en in eigen woorden) de volgende uitgangspunten betreffen:

1. *Publiek geld wordt rechtmatig en efficiënt besteed en dit wordt transparant verantwoord*

Dit uitgangspunt komt in het onderwijs(bekostigings)recht terug in de verplichting voor het college van bestuur om zich in het jaarverslag te verantwoorden over de rechtmatige en doelmatige inzet van de rijksbekostiging. In de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten komt de efficiëntie tot uitdrukking in de eerste vier voorwaarden en de laatste, zevende, voorwaarde.[85] In het Europees staatssteunrecht voeren rechtmatigheid en efficiëntie ook de boventoon. In de toepassing van de uitzonderingen op het staatssteunverbod gelden allerlei voorwaarden die efficiëntie van bestedingen vooropstellen, zoals het feit dat er steeds cofinanciering moet zijn om de Algemene groepsvrijstellingsverordening toe te kunnen passen.

Het waarborgen van de continuïteit van de kerntaken van de universiteit en het tegengaan van verdringing van deze taken ten gunste van ondernemende activiteiten zou ook onder dit efficiëntie-beginsel kunnen worden geschaard. Dit is indirect geregeld in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten, met de voorwaarden 'De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling' en 'De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak'.

2. *Oneerlijke concurrentie wordt tegengegaan*

Dit komt terug in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten in de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. De integrale kostprijs van de private activiteiten moet daarom in rekening worden gebracht aan de afnemers. Publiek geld zou ook niet mogen weglekken naar de private activiteiten. Dat geldt ook voor de vruchten ervan. De beleidsregel kent als voorwaarde dat een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, aan het publieke eigen vermogen wordt toegevoegd.

Het Europees staatssteunrecht heeft als doel om concurrentievervalsing in de interne markt tegen te gaan. Het is wel mogelijk om steun te verlenen die verenigbaar met de interne markt is of wordt geacht. Zo wordt steun die wordt verleend onder de voorwaarden van de Algemene groepsvrijstellingsver-

85 Voorwaarden: 1. De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling; 2. De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak; 3. Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard; 4. De investering is proportioneel: staat – ook in de tijd – in een redelijke verhouding tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak; 7. Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag.

ordening als verenigbare steun geacht. Kruissubsidiëring zal daar niet snel onder vallen, omdat dit geen transparante steun is.

Naast het tegengaan van oneerlijke concurrentie aan de aanbodkant (andere aanbieders van goederen of diensten die concurreren met de universiteit), is in hoofdstuk 2 ook het gelijk speelveld aan de vraagkant (de afnemers van universiteiten) aangestipt. Het college van bestuur van een openbare universiteit is gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad oordeelde in het recente *Didam*-arrest dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam bij het verkopen van een onroerende zaak mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden (wanneer er meer gegadigden zijn voor de aankoop of als dat redelijkerwijs te verwachten is).[86] In paragraaf 2.5.2.2 is gewezen op de onduidelijkheid over de impact van deze uitspraak op universiteiten en de vraag of deze uitspraak alleen ziet op de verkoop van onroerende zaken.

*3. Academische vrijheid moet gewaarborgd blijven en academici moeten integer hun werk kunnen doen*

De academische vrijheid omvat onder andere de vrijheid om zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen. Ook omvat dit begrip – zowel in het onderzoek als in het onderwijs – de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden waarborgen.

Op institutioneel niveau heeft de universiteit een zekere autonomie ten opzichte van de overheid en is er zeggenschap voor de leden van de universitaire gemeenschap. De academische vrijheid waarborgt dat academici zich kunnen houden aan professionele normen, zoals de normen uit de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.

Wat opvalt is dat valorisatie in het beleid hoog op de agenda staat, maar de uitgangspunten van de regelgeving in het onderwijs(bekostigings)recht 'defensief' zijn ingestoken vanuit de rechtmatigheid en doeltreffendheid.

*Duidelijkheid*

De duidelijkheid van de normering kan op bepaalde vlakken verbeterd worden. Dat kan in het onderwijs(bekostigings)recht door verduidelijkingen aan te brengen in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten of door rechtstreeks normen te stellen aan hogeronderwijsinstellingen op grond van artikel 2.7a WHW. Binnen het Europees staatssteunrecht zijn er inconsistenties en andere onduidelijkheden in de *soft law*-documenten van de Europese Commissie. Ook de manier waarop het Hof van Justitie oordeelt of een onderwijsinstelling een onderneming is, mist consistentie met de wijze

86 Par. 2.5.2.2.

waarop het Hof dit doet ten aanzien van andere organisaties. Met betrekking tot de academische vrijheid is het onduidelijk wanneer een beperking van die vrijheid gerechtvaardigd is in de context van het academisch ondernemerschap. De Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit ten slotte kent onduidelijke formuleringen die afdoen aan de voorspelbaarheid van de handhaving van de code.

## 6.4 HOE NU VERDER?

Dit proefschrift ving in paragraaf 1.3 aan met de constatering dat wie de WHW openslaat er niet uit kan afleiden dat universiteiten allerlei initiatieven ontplooien die getypeerd kunnen worden als academisch ondernemerschap. Hoewel de minister van OCW recentelijk de nieuwe Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten heeft vastgesteld, benadert de minister van OCW de bepalingen daar (vanwege de beperkte grondslag hiervoor in de WHW) slechts vanuit het uitgangspunt van doelmatige besteding van publieke middelen door het instellingsbestuur. Voor het daadwerkelijk bieden van een duidelijk normenkader voor het academisch ondernemerschap zijn er meer uitgangspunten nodig dan doelmatige besteding. Er zijn daarvoor ook concrete normen nodig die de interactie tussen verschillende actoren regelen. Die normen kunnen (op termijn) hun neerslag vinden in een wijziging van de WHW (of in de opvolger van de al zo vaak gewijzigde WHW).

Daarbij moet mijns inziens worden begonnen met het opnieuw doordenken en formuleren van de taken van bekostigde universiteiten. Het is aan de democratisch gelegitimeerde wetgever om de reikwijdte van het openbaar gezag te bepalen en de wetgever heeft hiermee invloed op wat als een economische activiteit moet worden gezien. Het Europees staatssteunrecht biedt daarvoor ook voldoende ruimte. Naar analogie met de uitspraak *Compass-Datenbank* van het Hof van Justitie van de EU kan beargumenteerd worden dat activiteiten die voor afnemers geld kosten maar onlosmakelijk zijn verbonden met een wettelijke taak, geen economische activiteiten zijn.[87] De Europese Commissie biedt zelfs de ruimte om bepaalde activiteiten inzake kennisoverdracht als niet-economisch te beschouwen, waaronder 'licentiëring, het creëren van spin-offs of andere vormen van beheer van door de onderzoeksorganisatie of -infrastructuur gecreëerde kennis', waarbij wel de inkomsten opnieuw in de primaire activiteiten worden geïnvesteerd.[88] Ook als het Europees staatssteunrecht van toepassing is, zijn daarbinnen en op grond van DAEB-regels voldoende mogelijkheden om zulke kennisoverdracht te faciliteren – hoewel

87 HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*), r.o. 49. Zie ook Sluijs, *NJB* 2021, p. 2401-2405 en Rb. Den Haag 21 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8623.

88 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, randnr. 32.

verduidelijkingen en versoepelingen daarin ook wenselijk zijn (zo komt het financieren van een KTO niet uitdrukkelijk terug in de Algemene groepsvrijstellingsverordening en is het principe van cofinanciering voor een dergelijke interne organisatie van de universiteit niet logisch).

Daarnaast zou de WHW of de onderliggende regelgeving (zoals een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 2.7a WHW) op een centrale plaats gedragsnormen of zorgplichten kunnen bevatten omtrent het in de context van het academisch ondernemerschap voorkomen van de verwaarlozing van het onderwijs en onderzoek, het tegengaan van bestuurlijke en financiële belangenverstrengeling, het waarborgen van de academische vrijheid en het tegengaan van ongelijke concurrentie met particuliere ondernemers. Codes en richtsnoeren zouden verankering kunnen krijgen in de regelgeving, maar hoeven daarbij uiteraard niet geheel overgenomen te worden. Zo kan wel bijvoorbeeld op regelniveau worden verplicht om de Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid van de KNAW in onderzoekscontracten te gebruiken, tenzij dwingende redenen van algemeen belang zich daartoe verzetten. Op richtsnoerniveau kan bijvoorbeeld worden geregeld dat de personen die opkomen voor de belangen van studenten en onderzoekers binnen een KTO, niet dezelfde personen mogen zijn die de belangen van de universiteit behartigen tijdens onderhandelingen over intellectuele eigendomsrechten en aandelenbelangen. Met betrekking tot het tegengaan van oneerlijke concurrentie kan bijvoorbeeld in regelgeving worden bepaald dat de marktprijs, of een prijs die daarmee overeenkomt zoals een prijs voor een licentie die voortkomt uit een zakelijk onderhandeling, in rekening moet worden gebracht aan afnemers van goederen of diensten, en dat een kostenscheiding wordt aangebracht bij onderzoek in samenwerking met externe partijen.

Wetgeving moet worden nageleefd en gehandhaafd. In de afgelopen jaren is de Inspectie van het Onderwijs actief geweest op het gebied van nalevingsondersteuning bij private activiteiten. De website inzake het onderwerp van private activiteiten is inzichtelijker gemaakt met enkele casussen en er is voorzien van een vragen- en klachtenformulier. Zoals hiervoor is opgemerkt, gaat de casuïstiek nu over initiatieven die weinig effect hebben op de markt, zoals het aanbieden van Hoger Onderwijs voor Ouderen. Ook standpunten over meer 'gevoelige' activiteiten zouden openbaar moeten worden gemaakt. Een dergelijk corpus aan vragen en antwoorden kan knelpunten boven water halen en biedt een terugkoppeling voor de wet- of regelgever om de regelgeving te optimaliseren.

## 6.5 SLOT

Met dit onderzoek is beoogd vanuit de rechtsgeleerdheid een bijdrage te leveren aan de academische discussie over het academisch ondernemerschap. Dit onderzoek heeft als vetrekpunt de heersende gedachte dat academisch

ondernemerschap een wenselijk fenomeen is en dat rechtszekerheid kan bijdragen aan de bereidheid om te ondernemen en investeren. In dit boek is een belangrijk deel van het juridische speelveld daarvoor geschetst. Verder is gebleken dat de vooronderstelling, genoemd in de inleiding van dit proefschrift, dat het geheel van de normering van academisch ondernemerschap onduidelijk is, moet worden genuanceerd. In dit proefschrift is wel een aantal onduidelijkheden aangewezen en zijn waar mogelijk suggesties gedaan deze weg te nemen. De hoop is dat deze bijdrage in ieder geval een nadere discussie oplevert over hoe het recht academisch ondernemerschap normeert en waar dat beter zou kunnen.

# Summary

## The regulation of academic entrepreneurship

*Views from Education and Funding Law, European State Aid Law, and Academic Freedom & Scientific Integrity*

Universities are part time enterprises. They engage in formation of companies, conduct contract research, and provide venture capital. However, the Dutch Higher Education and Scientific Research Act (HESRA) is silent on these entrepreneurial activities. Instead, the regulation of academic entrepreneurship is scattered over various sources. This dissertation addresses the regulations applicable to academic entrepreneurship and the clarity of these regulations.

*Chapter one* introduces the research question: how is academic entrepreneurship regulated in the Netherlands and to what extent are these regulations clear to the involved actors within and outside universities? This question is addressed primarily by conducting classical legal research.

*Chapter two* is concerned with describing academic entrepreneurship, its (policy) background, risks, and the involved actors. It employs a definition of academic entrepreneurship provided by Cantaragiu: 'a practice performed with the intention to transfer knowledge between the university and the external environment in order to produce economic and social value both for external actors and for members of the academia, and in which at least a member of academia maintains a primary role'. The identified forms of academic entrepreneurship are (1) university spin-off formation, startup formation and technology transfer, (2) contract education, contract research and other forms of service provision, and (3) facilitation of entrepreneurship in the form of venture capital or services provided by knowledge transfer offices, incubators and science parks.

The background of Dutch education policy relevant to academic entrepreneurship includes (a) the development of policy on contract research in the second half of the previous century, (b) the formulation of principles in the Ministry of Education, Culture and Science's 1981 policy document *Nota contractonderzoek*, (c) the introduction of the higher education institutes' mission of 'the transfer of knowledge for the benefit of society' in the HESRA, which came into force in 1993, (d) the introduction of the policy rule *Notitie helderheid*

*in de bekostiging van het hoger onderwijs* in 2003, which contains conditions for investing public funds in private activities by higher education institutes, (e) the shift of supervision of the appropriate use of public funds by the board of universities from the Ministry of Education, Culture and Science to the Inspectorate of Education in 2012 and (f) the replacement of the aforementioned policy rule under (d) by the new policy rule *Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten* as of 2021.

The risks of academic entrepreneurship discussed in chapter two are (i) cross-subsidization between public and private activities, (ii) unfair competition between publicly funded universities and private businesses, (iii) impairment of academic freedom (*e.g.* by limiting publication freedom) and scientific integrity (*e.g.* by conflicts of interests). Another discussed risk is (iv) the discontinuation of education or research, or potential deterioration of its quality, resulting from financial losses that are not covered by private funds or by shifting priorities towards commercial activities and neglect of public activities. Such shifting priorities and issues on sharing profits could also lead to (v) tension within and between research groups.

The involved actors described in this chapter are the personnel, knowledge transfer offices, representative bodies, the executive board, the supervisory board, and the scientific integrity committee or official – and, outside of the university, various government bodies and LOWI, the Dutch independent advisory board on scientific integrity.

*Chapter three* and *four* are concerned with the extent to which universities are allowed to invest in academic entrepreneurship and how they relate to other businesses in this regard. Chapter three addresses the perspective of education (funding) law, whilst chapter four addresses the perspective of European state aid law.

In *chapter three*, the applicable provisions in HESRA and its delegated rules are discussed. In short, universities receive annual government funding, and they have discretion on its spending. However, executive boards of publicly funded universities must account for the legitimate and efficient spending of the funds (article 2.9 HESRA) and are obliged to manage the resources of the institution for proper operation and ensuring the continuity of the institution (article 2.17 HESRA). The HESRA contains an unused legal basis for regulating the use of public funds for private activities for the benefit of education or scientific research (article 2.7a HESRA). Instead, article 4 § 5 of the ministerial decree on annual reporting by education institutes (*Regeling jaarverslaggeving onderwijs*) obliges universities to account for the policy pursued as set out in the policy rule *Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten*. This policy rule concerns the use of public funds and publicly funded facilities for private activities. The policy rule defines private activities as 'all activities that are partly carried out under the responsibility of the competent authority of a

higher education institution, insofar as the activities are aimed at more than just the performance of a publicly funded statutory mandate'. The policy rule provides seven conditions for the allocation of public funds for private activities, including that 'the investment does not lead to unfair competition'. This condition is expanded upon by the condition that higher education institutes must charge the full economic cost of the private activity. For elements that must be included in the calculation of the full economic cost, the policy rule refers to the provisions of the Market and Government Act (*i.e.* Chapter 4B of the Dutch Competition Act) and the Decree Market and Government. However, the policy rule is stricter by requiring an *ex post facto* calculation of the costs, while the Market and Government Act only requires a realistic estimate of the costs.

In *chapter four*, the focus is on the applicability of European state aid law. State aid law is only applicable when undertakings are the beneficiary of such aid. An undertaking is any entity engaged in an economic activity, irrespective of its legal form and the way in which it is financed. An economic activity consists of offering goods or services on a given market. The chapter discusses case law of the European Court of Justice on the qualification of education as a service and as an economic activity. The chapter also discusses soft law on state aid for research, development, and innovation. In this soft law, the European Commission gives member states leeway to invest in the exploitation of intellectual property by research organizations (or research infrastructure), provided that the profits are reinvested in primary activities of these research organizations (or that research infrastructure). The European Commission is also lenient towards using state funds for limited purely ancillary activities that are economic in nature but are regarded as non-economic activities and are therefore outside the scope of European state aid law. This lenient approach has neither been affirmed nor rejected by the European Court of Justice.

*Chapter five* is concerned with the way in which academic freedom and scientific integrity are guaranteed in the context of academic entrepreneurship. Academic freedom is derived from various sources. Article 1.6 HESRA states that academic freedom is observed (by everyone) at the institutions. Academic freedom includes the freedom to provide education, conduct research and receive education. Academic freedom is also protected by article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and by article 13 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR EU). In the form of freedom of sciences, academic freedom is also guaranteed in article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Court of Justice of the EU interprets article 13 CFR EU consistently with the case law of the European Court of Human Rights on academic freedom (See: European Commission/Hungary of 6 October, ECLI:EU:C:2020:792). In this regard, it notes that 'academic freedom in research and in teaching should guarantee freedom of expression and of

action, freedom to disseminate information and freedom to conduct research and to distribute knowledge and truth without restriction' (ECLI:EU:C:2020:792, par. 225). The European Court of Justice of the EU also considers the institutional and organizational dimension of academic freedom (protection from threats to the autonomy of the institution). There is limited case law on academic freedom in the context of academic entrepreneurship. This cited case is an exception and concerns a (private) institution's freedom of establishment in Hungary and its institutional freedom.

Academic freedom is necessary to be able to comply with standards of scientific integrity which are enshrined in codes of conduct. Chapter five focuses on the Netherlands Code of Conduct for Research Integrity (2018) which includes five principles and 61 standards for good research practices. The five principles are honesty, scrupulousness, transparency, independence, and responsibility. Examples of standards relevant in the context of academic entrepreneurship are '[i]f the research is conducted on commission and/ or funded by third parties, always specify who the commissioning party and/or funding body is' (standard 7), '[b]e open about the role of external stakeholders and possible conflicts of interest' (standard 8) or '[i]n research with external partners, make clear written agreements about research integrity and related matters such as intellectual property rights' (standard 9). The Code of Conduct also includes the institution's duties of care, such as to '[e]nsure that contracts with commissioning parties and funding bodies include fair agreements about access to and the publication of data and research material' (no. 16). According to the Code of Conduct non-compliance of standards could constitute 'research misconduct', 'questionable research practices' or 'minor shortcomings' and the Code of Conduct provides assessment criteria to weigh the seriousness of this non-compliance. Chapter five discusses advisory opinions of LOWI regarding cases of alleged non-compliance with the Code of Conduct, including a case that concerned an intrusive, external, attempt to influence certain policy research. The lack of reporting on this attempt constituted a questionable practice on behalf of the researchers.

*Chapter six* summarizes the regulations on (1) investing public resources and (2) guaranteeing academic freedom and scientific integrity. The chapter is concerned with the extent to which these regulations are clear, in the sense that they are formulated such that the involved actors within universities or other parties subjected to the regulations can deduce what is expected of them. The chapter identifies several issues regarding the clarity of the norms. Theses issues include:

– The inconsistent use of the concepts of 'statutory mandate' and 'private activities' of universities by the Ministry of Education, Culture and Science in its regulations and policy.

- The question whether the legal basis of the policy rule *Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activities* in the HESRA is sufficient to regulate fair competition.
- One of the elements of assessment of education as an economic activity by the Court of Justice of the EU is whether the educational establishment is financed essentially by private funds. As Fierstra remarked as well in his case note on the *Getafe*-case (ECLI:EU:C:2017:496, NtER 2017, p. 181-189), this is inconsistent with the concept of 'undertaking' in European state aid law, which is any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed.
- As discussed before, in its soft law the European Commission grants certain leeway for the public funding of economic activities of research organizations. However, there is little legal certainty as long as the Court of Justice of the EU has not affirmed or rejected the extensive interpretation applied by the European Commission.
- The Netherlands Code of Conduct for Research Integrity entails certain standards that are more comparable to best practices than clear prohibitions, which may lead to legal uncertainty for academics.

This dissertation concludes that to reach a clear legal framework for academic entrepreneurship concrete norms for various actors are necessary. Considering the risks of academic entrepreneurship, such norms should be based on multiple principles rather than the sole principle of 'efficient spending' of public funds. The main document that is relevant to academic entrepreneurship – the policy rule *Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activities* – is based on this principle of efficient spending of public funds. These multiple principles and norms should be regulated holistically in one regulation, such as in the HESRA or in a decree under article 2.7a HESRA.

To this end, the legislator should start with redefining the universities' statutory mandates for which they should receive and spend public funds. In this process the legislator has the prerogative to formulate the scope of public tasks as well as to decide to introduce market mechanisms. According to the European Commission's soft law, what constitutes an 'economic activity' relies partly on political choices and economic developments of the Member State. Such choices or developments make it possible for an economic activity to become a non-economic activity and vice-versa. What constitutes an 'economic activity' is therefore partly influenced by choices of the legislator. Thus, the legislator should actively re-think and clarify which aspects of academic entrepreneurship should be part of the universities' statutory mandate. This dissertation aims to serve as a starting point for discussions on how academic entrepreneurship is regulated and how such regulation could be improved.

# Literatuurlijst


Aalbers & Ament 2015
M. Aalbers & L. Ament, 'Nieuwe woningwet aangenomen door de Eerste Kamer', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, nr. 2

AAUP 2014
AAUP, *Recommended Principles to Guide Academy-Industry Relationships*, 2014

Abreu & Grinevich 2013
M. Abreu & V. Grinevich, 'The nature of academic entrepreneurship in the UK: Widening the focus on entrepreneurial activities', *Research Policy* 2013, p. 408-422

Agerbeek 2003
F.R. Agerbeek, 'Brutaal of loyaal. Het EVRM en de ambtelijke klokkenluider', *NTM/NJCM-Bull.* 2003, p. 735

Adriaanse 2019
P.C. Adriaanse, 'Stimulerende steunverlening volgens het arrest Eesti Pagar', *NtER* 2019, 7/8

Albeda 1987
W. Albeda, 'Veranderende rol van universiteiten', *Christen-Democratische Verkenningen* 1987

Alexander & Childe 2013
A.T. Alexander & S.J. Childe, 'Innovation: A knowledge transfer perspective', *Production Planning & Control* 2013, p. 208–225

Algemene Rekenkamer 2019
Algemene Rekenkamer, *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, 2019

Algemene Rekenkamer 2012
Algemene Rekenkamer, *Publieke organisaties en private activiteiten*, 2012

Algemene Rekenkamer 2005
Algemene Rekenkamer, *Publiek ondernemerschap Toezicht en verantwoording bij publiek-private arrangementen*, 2005

Al Khatib 2020
Al Khatib, ''Marktfalen' en Diensten van algemeen economisch belang', *Tijdschrift voor staatssteun* 2020, 4

Apple 1989
R.D. Apple, 'Patenting University Research: Harry Steenbock and the Wisconsin Alumni Research Foundation', *The History of Science Society*, Isis 1989

Ariens 1970
Th.E.H. Ariens, *Universitaire bestuursorganisatie*, Alphen a/d Rijn: Samson 1970

AWTI 2014
AWTI, *Regionale hotspots. Broedplaatsen voor innovatie*, oktober 2014

AWTI 2001
AWTI, *Handelen met kennis. Universitair octrooibeleid omwille van kennisbenutting*, juni 2001
AWTI 2020
AWTI, *Beter van start. De sleutel tot doorgroei van kennisintensieve start-ups*, oktober 2020

Backx 1994
H.A.M. Backx, *Het particulier onderwijs: een onderzoek naar de rol en de taak van de wetgever inzake het niet door de overheid bekostigde onderwijs, in het bijzonder het erkend onderwijs* (diss. Tilburg), [s.l.]; [s.n.] 1994
Baneke 2012
D. Baneke, 'De vette jaren: de Commissie-Casimir en het Nederlandse wetenschapsbeleid 1957-1970', *Studium* 2012
Barendt 2010
E. Barendt, *Academic Freedom and the law (a comparative study)*, Hart Publishing 2010
Barnes & Bero 1996
D.E. Barnes & L.A. Bero, 'Industry-Funded Research and Conflict of Interest: An Analysis of Research Sponsored by the Tobacco Industry through the Center for Indoor Air Research', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 1996, p. 516-542
Barnes & Bero 1998
D.E. Barnes & L.A Bero, 'Why Review Articles on the Health Effects of Passive Smoking Reach Different Conclusions', *JAMA* 1998, p. 1566-1570
Bekker 2020
R. Bekker, *Het rapport van de evaluatiecommissie RUG Yantai*, 2020
Bekkers, Gilsing & Van der Steen 2006
R. Bekkers, V. Gilsing & M. van der Steen, 'Determining Factors of the Effectiveness of IP-based Spin-offs: Comparing the Netherlands and the US', *The Journal of Technology Transfer* 2006, p. 545–566
Belmin & Zenger 2016
P. Belmin & H. Zenger, 'Research, Development and Innovation Aid', in: P. Werner & V. Verouden (red.), *EU State Aid Control. Law and Economics*, Kluwer Law International 2016
Berkhout 2016
E. Berkhout, 'De invloed van belastingadvieskantoren op het Nederlandse beleid', in: J. Schuiling (red.), *Nederland belastingparadijs. Leuker kunnen we het niet maken, wel eerlijker*, Den Haag: Oxfam Novib 2016
Berman 2008
E.P. Berman, 'Why Did Universities Start Patenting? Institution-Building and the Road to the Bayh-Dole Act', *Social Studies of Science* 2008
Berman 2012
E.P. Berman, *Creating the Market University. How academic science became and economic engine*, Princeton University Press
Bernthal 2018
J.D. Bernthal, 'The Evolution of Entrepreneurial Finance: A New Typology', *Brigham Young University Law Review* 2018, 4

Bero 2013
L.A. Bero, 'Tobacco industry manipulation of research in: *EEA, Late lessons from early warnings*, EEA Report No 1/2013, hoofdstuk 7
Black, Hopper & Band 2007
J. Black, M. Hopper & C. Band, 'Making a success of Principles-based regulation', *Law and Financial Markets Review* 2007, p. 191-206
Bok 2003
D. Bok, *Universities in the Marketplace: The Commercialization of Higher Education*, Princeton University Press 2003
Bokhorst 2014
A.M. Bokhorst, *Bronnen van legitimiteit: over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag* (diss. Tilburg), Bju 2014
Boot & Van de Ven 2012
A.W.A. Boot & J. van de Ven, 'Universiteit en onderzoek: dilemma's en integriteitsvraagstukken', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2012, p. 263-271
Braaksma, De Jong & Stam 2005
M. Braaskma, J.P.J de Jong & E. Stam, 'Creatieve bedrijvigheid in Nederland. Structuur, ontwikkeling en innovatie', *EIM* 2005
Brandsen, Van de Donk & Kenis 2006
T. Brandsen, W.B.H.J. van de Donk & P.N. Kenis (red.), *Meervoudig bestuur: publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag: Lemma 2006
Brandsen & Karré 2010
T. Brandsen & P.M. Karré, 'Hybride organisaties: een overzicht van het onderzoek in de Nederlandse bestuurskunde', *Bestuurswetenschappen* 2010
Bush 1945
V. Bush, *Science, the endless frontier. Report to the President on a Program for Postwar Scientific Research*, Washington: United States Government Printing Office 1945
Buts, Nicolaides & Pirlet 2019
C. Buts, P. Nicolaides & H. Pirlet, 'Puzzles of the State Aid Rules on RDI', *European State Aid Law Quarterly 2019*, 4

Cisneros 2014
M. Cisneros, *The Role of EU State Aid Law in Promoting a Pro-Innovation Policy. A Review from the Perspective of University-Industry R&D Cooperation* (diss. Maastricht), Intersentia 2014
Clark 1998
B.R. Clark, *Creating Entrepreneurial Universities. Organisational Pathways of Transformation*, Emerald Publishing 2001
Clarysse e.a. 2007
Clarysse e.a., 'Academic spin-offs, formal technology transfer and capital raising', *Industrial and Corporate Change* 2007, p. 609-640
Cohen Jehoram 1977
H. Cohen Jehoram, 'Octrooi voor uitvindingen, gedaan aan universiteiten en hogescholen', *BIE* 1977, p. 156-158
Commissie Verkenning Herziening Gedragscode Wetenschapsbeoefening 2016
Commissie Verkenning Herziening Gedragscode Wetenschapsbeoefening, Adviesrapport, oktober 2016

CPB 2020
CPB, *Kansrijk innovatiebeleid (update)*, mei 2020
CPB 2017
CPB, *Analyse en internationale vergelijking sbir*, juni 2017
CPB 2016
CPB, *Kansrijk innovatiebeleid*, februari 2016
CPB 2015
CPB, *Financiering van start-ups en venture capital*, 17 september 2015
Cantaragiu 2012
R. Cantaragiu, 'Towards a conceptual delimitation of academic entrepreneurship', *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 684-700
Chartres, Fabbri & Bero 2016
N. Chartres, A. Fabbri & L.A. Bero, 'Association of Industry Sponsorship with outcomes of Nutrition Studies. A Systematic Review and Meta-analysis', *JAMA Internal Medicine* 2016, E1-E9

Davey e.a. 2018
Davey e.a. 2018, *The state of university-business cooperation in Europe*, EC 2018
Davey, Rossano & Van der Sijde 2016
T. Davey, S. Rossano & P. van der Sijde, 'Does context matter in academic entrepreneurship? The role of barriers and drivers in the regional and national context', *Journal of Technology Transfer* 2016/41
Debackere 2006
K. Debackere, 'Commercialisering van universitair onderzoek', in B. Pattyn and G. Van Overwalle (eds.), *Tussen Markt en Agora. Over het statuut van universitaire kennis*, Leuven, Peeters, 2006
De Baets 2021
A.H.M. De Baets, 'Academic Freedom between History and Human Rights in a Global Context', in: J. Zajda (red.), *Third International Handbook of Globalisation, Education and Policy Research*, Dordrecht: Springer 2021
De Baets 2020
A.H.M. De Baets, 'Academische vrijheid tussen geschiedenis en mensenrechten', in: K. van Berken & C. van Bruggen (red.), *Academische vrijheid: Geschiedenis en actualiteit*, Amsterdam: Boom 2020, p. 15-32
De Jong 2015
S. de Jong, Engaging *scientists. Organising Valorisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Rathenau Instituut 2015
De Melo-Martín 2019
I. De Melo-Martín, 'The commercialization of the biomedical sciences: (mis)understanding bias', *History and Philosophy of the Life Sciences* 2019, 34
Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021
W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht* (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2021
Den Ouden & Van den Brink 2016
W. den Ouden & J.E. van den Brink, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016

De Wit 2018
A.M. de Wit, 'Het arrest-gemeente Borsele: het laatste woord nog niet over gezegd', *Weekblad Fiscaal Recht* 201, 175

De Zwart, Broeks & Boot 2016
S. de Zwart, L. Broeks & J. Boot, *Inventarisatie en analyse historische cases publiek/privaat ten behoeve van het Ministerie van OCW*, Berenschot 16 december 2016

Diercks e.a. 2018
G. Diercks, P. Faasse, B. van der Meulen & P. Diederen, e.a., *Met gepaste afstand. Onafhankelijkheid en integriteit bij onderzoek door rijksinstellingen*, Rathenau Instituut 2018

Díez-Vial & Montoro-Sánchez 2016
I. Díez-Vial & M. Montoro-Sánchez, 'How knowledge links with universities may foster innovation: The case of a science park', *Technovation* 2016, p. 41-52

Dokter 1989
H.D. Dokter, 'De universitaire uitvinder en artikel 10 Rijksoctrooiwet', *BIE* 1989/3

Dorsman & Knegtmans 2007
L.J. Dorsman & P.J. Knegtmans (red.), *Onderzoek in opdracht. De publieke functie van het universitaire onderzoek in Nederland sedert 1876*, Hilversum: Verloren 2007

Dorsman 2007
L.J. Dorsman, 'Inleiding: onderzoek in opdracht', in: L.J. Dorsman & P.J. Knegtmans (red.), Onderzoek in opdracht. *De publieke functie van het universitaire onderzoek in Nederland sedert 1876*, Hilversum: Verloren 2007

Dosi e.a. 2006
G. Dosi, P. Llerena & M.S. Labini, 'The relationships between science, technologies and their industrial exploitation: An illustration through the myths and realities of the so-called "European Paradox"', *Research Policy* 2006, p. 1450-1464

Drahmann 2015
A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht (*diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015

Drahmann 2011
A. Drahmann, ´Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115

Europese Commissie & OESO 2012
Europese Commissie & OESO, A Guiding Framework for Entrepreneurial Universities, 18 december 2012

Fagerberg, Mowery & Nelson 2006
J. Fagerberg, D.C. Mowery & R. Nelson, (red.), *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford University Press 2006

Feddema & Van den Muijzenberg 1977
H. Feddema & O.D. van den Muijzenberg, 'Was de Utrechtse opleiding een petroleum faculteit?', *Amsterdam sociologisch tijdschrift* 1977

Fierstra 2017
M.A. Fierstra, 'Staatssteun en economische activiteiten van de kerk', *NtER* 2017/7

Foppen 1989
J.W. Foppen, 'Taken van het Wetenschappelijk Onderwijs sinds 1815', *Tijdschrift voor hoger onderwijs* 1989, 3
Fuller 1969
L.L. Fuller, 'The morality of law', New Haven & London: Yale University Press 1969

Gerards 2020
J.H. Gerards e.a. (red.), Sdu Commentaar EVRM – Deel 1, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.1.1
Gerards & Bomhoff 2007
J.H. Gerards & J.A. Bomhoff, 'Categorisering als alternatief voor belangenafweging?', in: J.A. Pontier, *Alles afwegende*, Ars Aequi 2007
Gerzon 1983
F. Gerzon, Professor Ir Adrien Huët, 'Een strijder voor de herinvoering van een Nederlandse Octrooiwet', *De Industriële Eigendom* 1983/7
Gideon 2017
A. Gideon, *Higher Education Institutions in the EU: Between Competition and Public Service*, T.M.C. Asser Press 2017
Gotkin 2012
J. Gotkin, *The United States Bayh-Dole Act and its Effect on University Technology Transfer*, Nomos 2012
Granieri & Renda 2012
M. Granieri & A. Renda, *Innovation Law and Policy in the European Union: Towards Horizon 2020*, Springer-Verlag Italia 2012 (e-book)
Granstrand 2013
O. Granstrand, Innovation and Intellectual Property Rights, in: E.F. Damsgaard & M.C. Thursby, University entrepreneurship and professor privilege, *Industrial and Corporate Change* 2013
Greaves & Scicluna 2010
Greaves & A. Scicluna, 'Commercialization and competition in the education services sector. Challenges to the education services sector from the application of Articles 101 and 102 TFEU', *International Journal for Education Law and Policy* 2010
Gribnau & Dusarduijn 2018
S.M.H. Dusarduijn & J.L.M. Gribnau J.L.M. 2018, 'Principles-based legislation in context: a Dworkinian perspective', Working Papers on SSRN. [Working paper]
Grimaldi, Kenney & Siegel 2011
R. Grimaldi, M. Kenney, D. S. Siegel, M. Wright, '30 years after Bayh–Dole: Re-assessing academic entrepreneurship', *Research Policy* 2011, p. 1045-1057
Grit 2000
K.J. Grit. *Economisering als probleem. Een studie naar de bedrijfsmatige stad en de ondernemende universiteit* (diss. Groningen), Van Gorcum 2000
Groen 2017
J. Groen, *Academische vrijheid: een juridische verkenning* (diss. Rotterdam), Erasmus University Rotterdam 2017

Haring 2019
M.J. Haring, *With a little help from my friends. A study of the development of social networks of student entrepreneurs over time during and after a venture creation program* (diss. VU Amsterdam), 2019
Hayter, Nelson, Zayed & O' Conor 2018
C.S. Hayter, A.J. Nelson, S. Zayed & A. O'Conor, 'Conceptualizing Academic Entrepreneurship Ecosystems: A Review, Analysis and Extension of the Literature', *The Journal of Technology Transfer* 2018, p. 1039-1082
Hayter & Rooksby 2015
C.S. Hayter & J.H. Rooksby, 'A legal perspective on university technology transfer,' *Journal of Technology Transfer* 2016
Hess 1997
D.J. Hess, *Science Studies. An advanced introduction*, New York University Press 1997
Hessels & Deuten 2012
L. Hessels & J. Deuten, *De coördinatie van publiek-privaat onderzoek. Van variëteit naar maatwerk*, Den Haag: Rathenau 2012
Hladchenko 2016
M. Hladchenko, 'Knowledge valorisation- a route of knowledge that ends in surplus value (on example of the Netherlands),' *International Journal of Education Management* 2016
Hohfeld 1917
Hohfeld, 'Fundamental Legal Conceptions Applied in Judicial Reasoning', *The Yale Law Journal* 1917, 8
Horlings, Gurney, Deuten & Van Drooge 2013
E. Horlings,/Gurney, J. Deuten & L. van Drooge, *Patentaanvragen door kennisinstellingen*, Den Haag: Rathenau Instituut 2013
Huijnen 2007
P. Huijnen. 'Universiteit, Bedrijfsleven en de opkomst van de beroepsonderzoeker, 1880-1940', in: L.J. Dorsman & P.J. Knegtmans, *Onderzoek in opdracht: de publieke functie van het universitaire onderzoek in Nederland sedert 1876,* Hilversum: Verloren 2007

Inspectie van het Onderwijs 2019
Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de financiering van de aanloopkosten voor Yantai door de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn er publieke middelen gebruikt voor Yantai?*, juni 2019
Inspectie van het Onderwijs 2018
Inspectie van het onderwijs, *Hoger Onderwijs voor Ouderen*, 28 november 2018
Inspectie van het Onderwijs 2015
Inspectie van het onderwijs, *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen. Rapportage over een inventariserend onderzoek 2012-2014*, mei 2015
In 't Veld 1997
R.J. in 't Veld, *Noorderlicht, over scheiding en samenballing*, Den Haag: VUGA 1997
In 't Veld 1995
R.J. in 't Veld, *Spelen met vuur. Over hybride organisaties*, Den Haag: VUGA 1995

Jackimowicz e.a. 2017
K. Jackimowicz e.a., *New financial instruments for innovation as a way to bridge the gaps of EU innovation support*, EC 2017
Jacobs 1994
J. Jacobs, *Systems of survival*, New York: Vintage Books 1994
Jak 2014
N. Jak, *Semipublieke instellingen: De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014
Jansen, Driessen & Fontaine 2022
J. Jansen, N. Driessen & T.E. Fontaine, 'Een vak apart: Onderwijsdiensten op de interne markt', *SEW* 2022/41
Jansens 1996
M. Jansens, *Uitvindingen in dienstverband met bijzondere aandacht voor uitvindingen aan universiteiten*, Brussel: Bruylant 1996
Janssen 2018
W.A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-organisation. A Nexus of Tensions & Reconciliations* (diss. Utrecht), Eleven International Publishing 2018
Janssen e.a. 2018
M. Janssen e.a., *Eindevaluatie Valorisatieprogramma*, Dialogic 2018
Jongbloed & Van der Sijde 2008
B. Jongbloed & P. van der Sijde, 'Over het slechten van barrières voor kennistransfer tussen universiteit en het midden- en kleinbedrijf', *Tijdschrift voor Hoger Onderwijs* 2008/3
Jongbloed & Zomer 2012
B.W.A. Jongbloed & A. Zomer, 'Valorisation, Knowledge Transfer and IP. Creating Value from Academic Knowledge', in: P. Temple (red.), *Universities in the Knowledge Economy: Higher education organisation and global change*, London/New York: Routledge 2012

Kabel, Hugenholtz, Alberdink Thijm & Bosscher 2001
J.J.C. Kabel, P.B. Hugenholtz, Chr. Alberdink Thijm & D.J.B. Bosscher, *Kennisinstellingen en informatiebeleid. Lusten en lasten van de publieke taak, Instituut van het Informatie recht*, Universiteit van Amsterdam 2001
Kearns, Schmidt & Glantz 2016
C.E. Kearns, A.A. Schmidt & S.A. Glantz, 'Sugar Industry and Coronary Heart Disease research. A Historical Analysis of Internal Industry Documents', *JAMA Internal Medicine* 2016, p. E1-E6
Kenesei 2017
I. Kenesei, 'University Autonomy in Hungary in Perspective', in: M. Ignatieff & S. Roch (red.), *Academic Freedom: The Global Challenge*, Central European University Press 2017, p. 123-128
Kjaergard & Als-Nielsen 2002
L.L. Kjaergard & B. Als-Nielsem, 'Association between competing interests and authors' conclusions: epidemiological study of randomised clinical trials published in the BMJ', *BMJ* 2002, 325

Kochenkova, Grimaldi & Munari 2015
A. Kochenkova, R. Grimaldi & F. Munari, 'Public policy measures in support of knowledge transfer activities: a review of academic literature', *The Journal of Technology Transfer* 2015
Kooij 2015
H-J. Kooij, 'Object formation and subject formation: The innovation campus in the Netherlands,' *Planning Theory* 2015
KNAW 2018A
KNAW, *Wederzijdse versterking. Hoe publieke en private investeringen in onderzoek en ontwikkeling samenhangen*, 2018
KNAW 2018B
KNAW, *Vrijheid van wetenschapsbeoefening*, maart 2018
KNAW 2014
KNAW, *Benutting van octrooien op resultaten van wetenschappelijk onderzoek*, 2014
KNAW 2003
KNAW, *De gevolgen van het octrooieren van humane genen voor het wetenschappelijk onderzoek in Nederland. Advies van de commissie genoctrooien*, 2003
KNAW 2001
KNAW, *Notitie Wetenschappelijke Integriteit. Over normen van wetenschappelijk onderzoek en een Landelijk Orgaan voor Wetenschappelijke Integriteit (LOWI)*, 2001
Knook, Nouhuys & Heijnsbroek 2020
A.D.L. Knook, J.F. van Nouhuys & P. Heijnsbroek, 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie staatssteunrecht 2018-2019', *Tijdschrift voor aanbestedingsrecht en staatssteun* 2020, p. 32-40
Knook 2018
A.D.L. Knook, *Staatssteun: handboek voor de praktijk*, Kluwer 2018
Köbben & Tromp 1999
A.J.F. Köbben & H. Tromp, *De onwelkome boodschap, of hoe de vrijheid van De onwelkome boodschap, of hoe de vrijheid van wetenschap bedreigd wordt*, Amsterdam: Jan Mets 1999
KNAW 2005
KNAW, *Wetenschap op bestelling. Over de omgang tussen wetenschappelijk onderzoekers en hun opdrachtgevers* (KNAW-werkgroep opdrachtonderzoek), Amsterdam, 25 september 2006
Koeman e.a. 2005
J.H. Koeman e.a. (red.), *Wetenschappelijk onderzoek: dilemma's en verleidingen*, Amsterdam: KNAW 2005
Koenraad 2019
L.M. Koenraad, 'Rechtszekerheidsbeginsel', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019/22.2.4
Krimsky 2012
S. Krimsky, 'Do Financial Conflicts of Interest Bias Research? An Inquiry into the 'Funding Effect', *Hypothesis, Science, Technology & Human Values* 2012, p. 566-587
Kwikkers 2019
P.C. Kwikkers, *Wet op het Hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek. Toelichtend Commentaar*, Sdu 2019

Kwikkers 2012
P.C. Kwikkers, 'Artikel 1.6. Academische vrijheid', 16 november 2012, Schoolmanagementtotaal.nl (SDU)

Leefmann 2021
Leefmann, 'How to Assess the Epistemic Wrongness of Sponsorship Bias? The Case of Manufactured Certainty', *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 2021, 6
Leisyte 2011
L. Leisyte, 'University commercialization policies and their implementation in the Netherlands and the United States', *Science and public policy* 2011
Lesser e.a. 2017
L.I. Lesser e.a., 'Relationship between Funding Source and Conclusion among Nutrition-Related Scientific Articles', *PLoS Medicine* 2017/1
Lexchin 2012
J. Lexchin, 'Those who have the gold make the evidence: how the pharmaceutical industry biases the outcomes of clinical trials of medications', *Science and Engineering Ethics* 2012, p. 254
Lieftink e.a. 2018
B. Lieftink e.a., *Evaluatie Vroege-fasefinanciering. Onderzoeksrapporage*, KplusV 2018
Lintsen & Velzing 2012
H. Lintsen & E-J Velzing, *Onderzoekscoödinatie in de gouden driehoek. Een geschiedenis*, Rathenau Instituut 2012
Lorenz 2005
C. Lorenz, 'De universiteiten en het New Public Management', in: C. Lorenz (red), *If you're so smart, why aren't you rich? Universiteit, markt en management*, Amsterdam: Boom 2008
L'Ortije 2017
D. L'Ortije, *Bijdragen aan het publiek belang door publiek- (semi)private investeringsfondsen. Bijdragen aan het publiek belang door publiek- (semi)private investeringsfondsen*, Rotterdam 2017
Louw 2011
R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht: een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek* (diss. Leiden), Leiden University Press 2011

Martínez & Sterzi 2020
C. Martínez & V. Sterzi, 'The impact of the abolishment of the professor's privilege on European university-owned patents', *Industry and Innovation* 2020
Mazzucato 2017
M. Mazzucato, *De ondernemende staat: waarom de markt niet zonder overheid kan*, Nieuw Amsterdam 2017
McGandy, Hegsted & Stare 1967
R.B. McGandy, D.M. Hegsted & F.J. Stare, 'Dietary fats, carbohydrates and atherosclerotic vascular disease', *New England Journal of Medicine* 1967, p. 186-192; 245-247
McKusic 1948
V.L. McKusic, 'A Study of Patent Policies in Educational Institutions, Giving Specific Attention to the Massachusetts Institute of Technology', *Journal of the Franklin Institute* 1948, p. 193-225

Merton 1973
R.K. Merton, *The Sociology of Science Theoretical and Emperical Implication* (edited and with an introduction by Norman W. Storer), Chicago & London: The University of Chicago Press 1973
Munari, Sobrero & Toschi 2017
F. Munari, M. Sobrero & L. Toschi, 'Financing technology transfer: assessment of university-oriented proof-of-concept programmes', *Technology Analysis & Strategic Management* 2017, p. 233-246
Mautner 2005
G. Mautner, 'The Entrepreneurial University: a discursive profile of a higher education buzzword', *Critical Discourse Studies* 2005
Mian, Lamine & Fayolle 2016
S. Mian, W. Lamine & A. Fayolle, 'Technology Business Incubation', *Technovation* 2016
Miller e.a. 2018
M. Miller e.a., 'Entrepreneurial academics and academic entrepreneurs: A systematic literature review', *International Journal of Technology Management* 2018
Ministerie van Economische Zaken 2001
Ministerie van Economische Zaken, *Intellectueel eigendom en innovatie: over de rol van intellectueel eigendom in de Nederlandse kenniseconomie*, Den Haag 2001
Mohammad 2016
A.H.A. Mohammad, 'Universiteiten en hogescholen in de Wet markt en overheid', *Markt & Mededinging* 2016
Mohammad 2015
Mohammad, 'Ongelijke spelregels voor het online onderwijs', *SEW* 2015/10
Mohammad 2013
A.H.A. Mohammad, 'Instellingen voor hoger onderwijs op de markt. Normen voor investeringen in private activiteiten', *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbelei*d 2013
Mommers 2002
L. Mommers, *Applied legal epistemology. Building a knowledge-based ontology of the legal domain* (diss. Leiden), SIKS 2002
Mowery & Sampat 2005
D.C. Mowery & B.N. Sampat, 'The Bayh-Dole Act of 1980 and University-Industry Technology Transfer: A Model for Other OECD Governments?', *Journal of Technology Transfer* 2005, p. 115-127
Mouwen & Van Bijsterveld 2000
C.A.M. Mouwen & S.C. van Bijsterveld, *De hybride universiteit, het onverenigbare verenigd?*, Den Haag: Vuga 2000
Mowery e.a. 2001
D.C. Mowery e.a., 'The Growth of Patenting and Licensing by U.S. Universities: An Assessment of the Effects of the Bayh-Dole Act of 1980', *Research Policy* 2001
Mowery & Sampat 2001A
D.C. Mowery & B.N. Sampat, 'Patenting and Licensing University Inventions: Lessons from the History of the Research Corporation', *Industrial and Corporate Change* 2001

Mowery & Sampat 2001B
D.C. Mowery & B.N. Sampat, 'University Patents and Patent Policy Debates in the USA, 1925–1980', *Industrial and Corporate Change* 2001
Munari, Sobrero & Toschi 2017
F. Munari, M. Sobrero & L. Toschi, Financing technology transfer assessment of university-oriented proof-of-concept programmes, *Technology analysis & Strategic Management* 2017

Ng 2020
W.K.B. Ng, *Demand-driven science parks: the perceived benefits and trade-offs of tenant firms with regard to science park attributes* (diss. Eindhoven), Eindhoven: Technische Universiteit Eindhoven 2020
Nicolaï 2016
P. Nicolaï, 'Rechtszekerheid en eisen van behoorlijk bestuur', in: T. Barhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2016
Nicolaides 2016A
P. Nicolaides, *State Aid Uncovered. Critical Analysis of Developments in State Aid 2015*, Lexxion 2016
Nicolaides 2016B
P. Nicolaides, 'The Pricing of Access to Publicly-Funded Research Infrastructure and State Aid Rules', *European State Aid Law Quarterly* 2016
Nieuwenhuis 2011
A. Nieuwenhuis, 'Voorafgaand verlof', *NJCM-bull.* 2011/1, p. 24-43
Nistor 2011
L. Nistor, *Public Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, T.M.C. Asser Press 2011

OECD 2022
OECD, *Continuing Education and Training and the EU Framework on State Aid. Implications for the Public Higher Education Sector in Brandenburg*, 25 april 2022
OECD 2018
OECD, *Supporting Entrepreneurship and Innovation in Higher Education in The Netherlands*, 2018
OECD 2014
OECD, *OECD Reviews of Innovation Policy: The Netherlands*, 2014
OECD 2003
OECD, *Turning Science into Business. Patenting and Licensing at Public Research Organisations*, 2003
OECD 1996
OECD, *The Knowledge Based Economy*, Paris: OECD 1996
O'Shea e.a. 2014
R.P. O'Shea e.a., 'University based entrepreneurship: a synthesis of the literature', in: J.A. Thomas & R.P. O'Shea, *Building Technology Transfer within Research Universities. An entrepreneurial approach,* Cambridge University Press 2014

Palmer 1934
A.M. Palmer, 'University Patent Policies', *Journal of the Patent Office Society* 1934

Perkmann e.a. 2013
M. Perkmann e.a., 'Academic engagement and commercialisation: A review of the literature on university-industry relations', *Research Policy* 2013, p. 423-442
Pitsakis, Souitaris & Nicolaou 2015
K. Pitsakis, V. Souitaris & N.Nicolaou, 'The Peripheral Halo Effect: Do Academic Spinoffs Influence Universities' Research Income?, *Journal of Management Studies* 2015
Philpott e.a. 2011
K. Philpott, L. Dooley, C. O'Reilly & G. Lupton, 'The entrepreneurial university: Examining the underlying academic tensions', *Technovation* 2011, p. 161-170
Polak 1972
J.M. Polak, *De universitaire onderzoeker*, Rede uitgesproken op 1 september 1972 bij het einde van het studiejaar 1971-1972 door de Rector Magnificus
Popelier 2004
P. Popelier, *De wet juridisch bekeken*, Brugge: De Keure 2004
Potter 1934
A.A. Potter, 'Research and Invention in Engineering Colleges', *Science* 1934
Putting 2018
S. Putting, *Publiek geld in een privaat jasje. Een onderzoek naar de waarborgen die in acht zouden moeten worden genomen bij het uitgeven van publiek geld middels het revolverend fonds UNIIQ*, Leiden 2018
PwC & Van Doorne 2005
PwC & Van Doorne, *Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid*, Den Haag, 20 april 2005

Radder 2010
H. Radder (red.), *The Commodification of Academic Research: Science and the Modern University*, University of Pittsburgh Press 2010
Rasmussen & Sørheim 2012
E. Rasmussen & R. Sørheim, 'How governments seek to bridge the financing hap for university spin-offs: proof-of-concept, pre-seed and seed funding', *Technology Analysis & Strategic Management* 2012, p. 663-678
Redactie 1868
Redactie, 'Een dringend woord over een niet-politieke hervorming', *De Economist* 1868
Rijlaarsdam 2005
A. Rijlaarsdam, *Octrooi en dienstbetrekking. Een voorstel tot verbetering van de positie van de werknemer-uitvinder* (diss. Delft), Delft: 2005
Rijlaarsdam 2000
A. Rijlaarsdam, 'Art. 12 lid 3 ROW 1995 is in strijd met een internationaal verdrag en niet verbindend', *BIE* 2000, p. 301-330
Robertson 1917
T.B. Robertson, 'The Utilization of Patents for the Promotion of Research', *Science* 19 oktober 1917
Rodríguez-Navarro & Narin 2018
A. Rodríguez-Navarro & F. Narin, 'European Paradox or Delusion. Are European Science and Economy Outdated?', *Science and Public Policy* 2018

Rooney 1992
P. Rooney, 'On Values in Science: Is the Epistemic/Non-Epistemic Distinction Useful?', *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association* 1992

Rothan 2009
D.J. Rothan, W.J. McDonald, D. Berkowitz et al., 'Professional Medical Associations and Their Relationships With Industry: A Proposal for Controlling Conflict of Interest', *JAMA* 2009, p. 1367-1372

Rothermel, Agung & Jiang 2007
F.T. Rothermel, S.D. Agung & L. Jiang, 'University entrepreneurship: a taxonomy of the literature', Industrial and Corporate Change 2017/4

Ruffert & Steinecke 2011
M. Ruffert & S. Steinecke, *The Global Administrative Law of Science*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011

Rutgers 2017
F. Rutgers, *Who owns intellectual property created by students? An assessment of the Dutch legal system* (masterscriptie Tilburg University), 2017

Sam & Van der Sijde 2014
C. Sam & P. Van der Sijde, 'Understanding the concept of the entrepreneurial university from the perspective of higher education models', *Higher Education* 2014

Sandström 2018
C. Sandström, 'Public Policy for Academic Entrepreneurship: A review and critical discussion Public Policy for Academic Entrepreneurship: A review and critical discussion', *The Journal of Technology Transfer* 2018

Sánchez-Barrioluengo & Benneworth 2019
M. Sánchez-Barrioluengo & P. Benneworth, 'Is the entrepreneurial university also regionally engaged? Analysing the influence of university's structural configuration on third mission performance', *Technological Forecasting and Social Change* 2019, p. 206-218

Sarwas 2010
C. Sarwas, 'Towards the Third Generation University. Managing the University in Transition' (Buchbesprechung), *Wissenschaftmanagement*, p. 57-58

Sauter 2015
W. Sauter 2015, *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press 2015

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, 'Formeel rechtszekerheids- of duidelijkheidsbeginsel', in: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra (red.), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer, 2010

Schmitz e.a. 2017
A. Schmitz, D. Urbano & M. Guerrero, 'Activities related to Innovation and Entrepreneurship in the Academic Setting: A Literature Review, in: M. Pertis-Ortiz e.a., Entrepreneurial Universities. Innovation', *Technology and Knowledge Management* 2017

Schinkel 2015
W. Schinkel, 'Wat zijn de publieke taken van de universiteit?', *Beleid en Maatschappij* 2015, 1

Scholten 1928
L.W.G. Scholten, *Thorbecke en de vrijheid van onderwijs tot 1848* (diss. Utrecht), Utrecht: Schotanus & Jens 1928
Schot e.a. 2003
J.W. Schot e.a. (red.), *Techniek in Nederland in de twintigste eeuw. Deel 7.Techniek en modernisering, balans van de twintigste eeuw*, Stichting Historie der Techniek, z.p. [Eindhoven]/Walburg Pers, Zutphen 2003
Schuyt 2019
K. Schuyt, *Scientific integrity: The rules of Academic Research*, Leiden University Press 2019
Schuyt 2014
K. Schuyt, *Tussen fout en fraude: integriteit en oneerlijk gedrag in wetenschappelijk onderzoek*, Leiden University Press 2014
Shane 2004
S. Shane, *Academic Entrepreneurship. University Spinoffs and Wealth Creation*, Edward Elgar Publishing 2004
Siegel, Link & Wright 2014
A.N. Siegel, S. Link & M. Wright, *The Chicago Handbook of University Technology Transfer and Academic Entrepreneurship*, Chicago & London: The University of Chicago Press 2014
Simon 1989
M. Simon, *De Strategisch Functie Typologie,* Deventer: Kluwer 1989
Slaughter & Leslie 1999
S. Slaughter & L. L. Leslie, *Academic Capitalism, Politics, Policies and the Entrepreneurial University*, The John Hopkins University Press 1999
Sluijs 2021
J.P. Sluijs, 'Ongehinderd ondernemen. Hoe commerciële initiatieven van ZBO's buiten het mededingingsrecht opereren', *NJB* 2021, 29
Swennen 2008
H. Swennen, 'Onderwijs en Mededingingsrecht', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2008, afl. 4

Tenreiro & Ianakiev 2016
C. Tenreiro & F. Ianakiev, 'Research, development en Innovation', in: N. Pesaresi, K. Van de Casteele, L. Flynn & C. Siaterli (red.), *EU Competition Law*. Volume IV. State Aid. Book One, Deventer & Leuven: Claes Casteels 2016

Van Asperen 2019
P. van Asperen, 'Publieke financiering met aandelenkapitaal. Is een aandelenparticipatie vanuit een 'revolving fund' een subsidie?', *Gst.* 2019/83
Van de Gronden 2019
J.W. van de Gronden, 'Het hoger onderwijs in Nederland en de EU-regels voor de interne markt en mededinging', *SEW* 2019/40
Van den Brink 2018
J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Deventer: Kluwer 2018

Van den Brink 2012
J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland: juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012
Van den Broek-Honingh, Schel & Vennekens 2020
N. van den Broek-Honingh, M. Schel & A. Vennekens, *Ontwikkeling derde geldstroom en bei¨nvloeding van wetenschappelijk onderzoek – Een data- en literatuuronderzoek ter beantwoording van de motie-Westerveld*, Den Haag: Rathenau Instituut
Van den Heuvel 2018
R.L.G. van den Heuvel, *Duidelijkheid van fiscale wetgeving: een onderzoek naar een nadere invulling van de kwaliteitseis van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid voor fiscale wetgeving* (diss. Leiden), 2018, <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2974358/view>
Van Delden e.a. 1987
A.Th. van Delden e.a., *Naar een ondernemende universiteit* (Nederlands Gesprek Centrum), Utrecht/Antwerpen: Veen 1987
Van der Meer & Spieksma 1998
J. van der Meer & A.T. Spieksma, *Een academische zaak, deel II: een institutioneel onderzoek naar universiteiten op het beleidsterrein wetenschappelijk onderwijs (1945) 1960-1997*, 1998
Van Nuland & Franssen 2013
N. van Nuland & T. Franssen, 'Grenzen aan ondernemen,' in: D. van Tilborg & S. Bakhtari, *De markt(on)macht van de overheid. De overheid als opdrachtgever, ondernemer, financier en marktmeester*, Deventer: Den Hollander 2013
Van der Sijde & Jongbloed 2009
P. van der Sijde & B.W.A. Jongboed, 'Hoe de barrières voor kennistransfer tussen universiteit en MKB te slechten?', in: P. Schramada (red.), *Handboek effectief opleiden*, Den Haag: Reed Business 2009
Van der Sijde, Groen & Van Benthem 2004
P. van der Sijde, A. Groen & J. Van Benthem, 'Academisch ondernemen aan de Universiteit Twente', in: W. Hulsink, D. Manuel & E. Stam (red.), *Ondernemen in netwerken. Nieuwe en groeiende bedrijven in de informatiesamenleving*, Assen: Van Gorcum 2004
Van Dommelen 1993
J. van Dommelen, 'Bijklussende hoogleraren: een overzicht van opvattingen en argumenten', in: H.L. Verster (red.), *Verdiensten van de ondernemende universiteit*, Erasmus Universiteit Rotterdam 1993
Van Dongen 2018
P.H. van Dongen, *How academic patents shape innovations: A study into factors that determine the use of patents in pathways of research commercialisation* (diss. VU Amsterdam), 2018
Van Dongen, Winnink & Tijssen 2014
P. van Dongen, J. Winnink & R. Tijssen, 'Academic inventions and patents in the Netherlands: A case study on business sector exploitation', *World Patent Information* 2014, p. 27-32
Van Gestel 2021
Van Gestel, 'Wettelijke bescherming van de academische vrijheid?', *RegelMaat* 2021, 4

Van de Gronden 2019
J.W. van de Gronden, 'Het hoger onderwijs in Nederland en de EU-regels voor de interne markt en mededinging', *SEW* 2019
Van Gelderen, Verduyn & Masurel 2012
M. van Gelderen, K. Verduyn & E. Masurel, *Entrepreneurship in Context*, Edward Elger 2012
Van Male 2018
R. van Male, 'Klassiek bestuursrecht: lening bestuursrecht voor een lenig bestuur', *NTB* 2018, p. 216
Van Steijn 1990
F. van Steijn 1990, *The Universities in Society. A study of Part-time Professors in the Netherlands* (diss. UvA 1990)
Van Strien & Meijerman 2015
J. van Strien & V.L. Meijerman, 'Overheid in last. Belast of niet belast, dat is de vraag!', in; F.P.G. Pötgens & J. van Strien, *De publieke overheid; waar ligt de (fiscale) grens?*, Deventer: Kluwer 2015
Verdult e.a. 2019
V. Verdult e.a., *Extern onderzoek naar alle personele kosten van de voorbereidingsfase Yantai. Eindrapport*, Rotterdam, Ecorys 25 januari 2019
Vester 1993
H.L. Vester (red.), *Verdiensten van de ondernemende universiteit. Analyse en opinies over betaalde dienstverlening door Nederlandse universiteiten*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1993
Vleggeert
J. Vleggeert, *Over onafhankelijkheid, de verschraling van het fiscale debat en wat we daaraan kunnen doen* (Oratie. Instituut voor Fiscale en Economische vakken, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden), 30 oktober 2020
Von Wendland 2015
B. von Wendland, 'New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation', *European State Aid Law Quarterly* 2015, 1
Vrielink e.a. 2010
J. Vrielink e.a., Academic Freedom as a Fundamental Right, LERU 2010
Vrieland e.a. 2011
Vrielink e.a. 2011, 'Academic Freedom as a Fundamental Right', *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 117-141
VSNU 2019
VSNU, *Publiek-private activiteiten in het wo. Overzicht van activiteiten, risico's en beheersmaatregelen*, april 2019

Weerdenburg 1987
J. Weerdenburg, 'Tien jaar wetenschapswinkels', in: F. Pennings & J. Weerdenburg, *Een deurtje in de toren. Tien jaar Wetenschapswinkels*, Bureau Studium generale, Rijksuniversiteit Utrecht 1987
Wieland 2018
J. Wieland, De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers 2018

Wissema 2009
J.G. Wissema, *Towards the Third Generation University: Managing the University in Transition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009
Wright 2007
M. Wright, *Academic Entrepreneurship in Europa*, Edward Elgar 2007
Wood 2011
M.S. Wood, 'A process model of academic entrepreneurship', *Business Horizons* 2011, p. 153-161
WRR 2013
WRR, *Naar een lerende economie. Investeren in het verdienvermogen van Nederland*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013

Zeeuw 1969
R.A. Zeeuw, 'Het recht op octrooi bij de Nederlandse Universiteiten en hogescholen', *Chemisch Weekblad* 1969
Zijlstra 2009
S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2019
Zijlstra 2012A
S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra & T.C. Borman e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012
Zijlstra 2012B
S.E. Zijlstra, De waarde van wetgevingstechniek (Preadvies Christen Juristen Vereniging), Amsterdam: Paris 2012
Zomer & Jongbloed 2010
A.H. Zomer & B.W.A. Jongbloed, 'Do Spin-Offs Make the Academics' Heads Spin?', *Minerva* 2010
Zoontjens 2021
PJ.J. Zoontjens, *Tekst & Toelichting WHW 2021*, Sdu 2021
Zoontjens 2019
P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Boom Juridische uitgevers 2019
Zoontjens 1993
P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van wetenschap: juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en hoger onderwijs* (diss. Tilburg), W.E.J. Tjeenk Willink 1993

## Mediaberichten en opinies

Bruijns 2017
P. Bruijns, 'Belangenverstrengeling: hoogleraar terecht ontslagen', *Limburgs Dagblad* 15 maart 2017
Bollen 2018
T. Bollen, 'Door Shell gefinancierd onderzoek stond aan de basis van afschaffing dividendbelasting', *FTM* 7 juni 2018
Bouter 2019
S. Bouter, 'Iederéén wil dat innovatieve idee hebben', *NRC* 28 maart 2019

Dahl 2018
I. Dahl, 'De verborgen deals van topartsen met de hulpmiddelenindustrie', *FTM* 13 december 2018
De Blok & Duijst 2019
A. de Blok & J. Duijst, 'Mijn universiteit zette me op een botte manier uit mijn bedrijf', *NOS* 6 januari 2019
De Graaf 2015
P. de Graaf, 'Hoogleraar VUmc verzweeg belangen kankeronderzoek', *de Volkskrant* 14 juni 2015
De Koning 1998
P. de Koning, 'De bijzonder hoogleraar is op zijn retour; Stoelendans op de universiteit', *NRC* 28 februari 1998
Driessen & Sterk 2005
C. Driessen & A. Sterk, 'De UvA is óók hotelbaas, vastgoedboer en een gym', *NRC* 4 maart 2015
Dohmen 2011A
J. Dohmen, 'Decaan TU Delft gaat in de fout', *NRC* 11 juni 2011
Dohmen 2011B
J. Dohmen, 'Ondernemende universiteit in zwaar weer', *NRC* 22 oktober 2011

Evenblij 1996
E. Evenblij, 'Professoren van de zaak', *de Volkskrant* 28 september 1996
Efting 2014
M. Efting, '' Zembla' brengt promotie op lustpil in diskrediet', *de Volkskrant* 10

Geels 2019
M. Geels, 'Onderzoekers Maastricht University fraudeerden met patenten', *NRC* 26 juni 2019
Gerth 2019
T. Gerth, 'Lightyear onthult prototype particuliere zonnewagen One', *Cursor* 2019

Hueck 2019
H. Hueck, 'Biotechbedrijf In Ovo haalt "enkele miljoenen" op', *FD* 29 oktober 2019
Huygen 2018
M. Huygen, 'Toets of onderzoek voor de overheid onafhankelijk is', *NRC* 9 oktober 2018
Hüzeir 2019
V. Hüzeir, 'In stilte brak de Erasmus Universiteit met Shell', *NRC* (Opinie) 13 maart 2019

Kinneging 1998
A.A.M. Kinneging, 'Contractonderzoek profiteert ten onrechte van faam universiteit', *Trouw* 19 december 1998
Kleef 2007
M. Kleef, 'Het mes snijdt aan twee kanten', *Delta* 5 april 2007
Kouwenhoven & Chorus 2018
A. Kouwenhoven & J. Chorus, 'Philip Morris wil invloed via terreurstudies', *NRC* 25 september 2018

Kwikkers 2017
P. Kwikkers, 'Transnationaal onderwijs: eigen vermogen bestaat niet', *Science Guide* 3 juli 2017
Kwikkers 2015
P. Kwikkers, 'Academische vrijheid: geest of spook?', *Science Guide* 19 november 2015

Lievisse Adriaanse 2019
M. Lievisse Adriaanse, 'Justitie-ambtenaren beïnvloeden WODC-onderzoek', *NRC* 15 januari 2019

Mevius 2017
L. Mevius, 'Financiële belangenconflicten bij onderzoekers, richtlijnenmakers en patiëntenorganisaties', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 13 februari 2017

O'Connor 2015
A. O'Connor, 'University Returns $1 Million Grant to Coca-Cola', *New York Times* (Blog) 6 november 2015

Piersma 2017
J. Piersma, 'Harde woorden over zwijgende hoogleraren accountancy', *Het Financieele Dagblad* 14 april 2017
Pols 2016
G. Pols, 'Belastingprofessoren zelden volledig onafhankelijk', *de Volkskrant* 21 mei 2016
Putters 2016
K. Putters, 'Spreek niet van hoog en laag onderwijs', *Trouw* 23 juli 2016

Redactie *FD* 2019
Redactie, 'KLM en TU Delft ontwikkelen nieuw type vliegtuig', *FD* 2 juni 2019
Redactie *NRC* 2014
Redactie, 'In stilte gepromoveerd op lustpil', *NRC* 6 oktober 2014
Redactie *De Telegraaf* 1999
Redactie, 'TU Delft stimuleert nevenbanen', *De Telegraaf* 2 juli 1999
Redactie *Trouw* 1993
Redactie, 'Bijklussen mag bij afdracht verdiensten', 1 september 1993
Redactie *de Volkskrant* 1995
Redactie, 'UvA kan salaris hoogleraar met bijbaan korten', *de Volkskrant* 1 juli 1995
Roelants 2019
J. Roelants, 'De fiets die niet kan omvallen', *FD* 16 augustus 2019

Schouten & Woutersen 2022
J. Schouten, E. Woutersen, 'Kluwen van belangen', *De Groene Amsterdammer* 20 april 2022
Schouten, Woutersen & Visser 2022
J. Schouten, E. Woutersen & M. Visser, 'Deskundigen zien belangenconflict bij prominente alzheimeronderzoeker', *Trouw* 20 april 2022

Schotman 2022
T. Schotman, 'Eerste 150.000 kuikens geboren zonder het doden van haantjes met In Ovo-technologie', *Pluimveeweb* 2022
Simons 2018
W. Simons, 'International Tax Centre gaat dicht', *Leidsch Dagblad* 30 oktober 2018
Spijkerman 2013
C. Spijkerman, 'In wiens belang is die nevenfunctie?', *NRC* 23 november 2013
Stokmans 2018
D. Stokmans, 'Hoe een Leidse professor bouwde aan zijn eigen Harvard aan de gracht', *NRC* 5 oktober 2018
Strom 2016
M. Strom, 'Coca-Cola's secret plan to monitor Sydney University academic Lisa Bero', *The Sydney Morning Herald*, 21 oktober 2016

Van Beek & Kuijpers 2019
S. van Beek & K. Kuijpers, 'Ondernemende professoren van de universiteit Maastricht staken geld in eigen zak', *De Groene Amsterdammer,* 26 juni 2019
Van der Boon 2018
V. van der Boon, 'Minister eist miljoenen van Groningse universiteit voor boekhoudtruc bij Chinese campus', *FD* 31 augustus 2018
Van de Roer & Wessels 1992
R. van de Roer & P. Wessels, Privé-betalingen EUR-hoogleraren al jaren toegestaan, *NRC Handelsblad* 1 december 1999
Van Maanen 2015
H. van Maanen, 'Gesponsorde chirurgische trials vaker positief', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 10 november 2015
Van Uffelen 2012
C. van Uffelen, 'Inspectie berispt college TU Delft', *Delta* 12 april 2012
Van Uffelen 2011
C. van Uffelen, 'TU neemt afstand van artikel NRC', *Delta* 22 oktober 2011
Vermeulen 2014
M. Vermeulen, 'Meer regels tegen verstrengeling van belangen bij promoties?', *de Volkskrant* 11 september 2014
Vernout 1994
E. Vernout, 'Geldschieter drukt stempel op onderzoek', *Het Parool* 27 april 1994
Versluis 1996
K. Versluis, 'Feodale regeling nevenwerkzaamheden', *Delta* 3 oktober 1996
Versteegh 1993
K. Versteegh, Ondernemende professor is vinding van Ritzen, *NRC Handelsblad* 19 juni 1993
Visser 2012
E. de Visser, Psychiatrie in greep commercie', *de Volkskrant* 14 maart 2012
Van der Wiel 2019
C. van der Wiel, 'Onderwijsinspectie: RUG stak onterecht 1 miljoen in Chinese campus', *NRC* 8 juli 2019
Von der Dunk 2013
T. Von der Dunk, 'Universiteit is tot hoer van het bedrijfsleven verworden', *de Volkskrant* 1 juli 2013

Zeemeijer 2018
I. Zeemeijer, 'Twijfels over onafhankelijkheid Rotterdam School of Management', *FD* juni 2018
Zeemeijer 2016A
I. Zeemeijer, 'Kritiek op innovatieclusters splijt de sector', *FD* 23 november 2016
Zeemeijer 2016B
I. Zeemeijer, 'Universiteiten en ziekenhuis starten gezamenlijk investeringsfonds', *Het Financieele Dagblad* 20 juni 2016
Zeemeijer 2016C
I. Zeemeijer 2016 'Start-ups betalen lening vaak niet volledig terug aan universiteit', *Het Financieele Dagblad* 10 maart 2016
Zeemeijer 2016D
Zeemeijer, 'Spin-offs zijn aangewezen op diepe zakken universitaire holding', *Het Financieele Dagblad* 25 februari 2016

# Rechtspraakregister

## Hof van Justitie van de EU


- HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:13 (*RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA/Vlaams Gewest*) | 1.4.2
- HvJ EU 28 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:865 (*INAIL/Zennaro Giuseppe Legnami Sas di Zennaro Mauro & C*) | 4.2.1
- HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*) | 5.2.1; 5.4.1; 6.2.3.1
- HvJ EU 27 september 2020, ECLI:EU:C:2020:754 (*NMI Technologietransfer GmbH/EuroNorm GmbH*) | 2.5.3.1
- HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:450 (*Dôvera zdravotná poist' ovňa*) | 4.3.3.2
- HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham e.a./Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*) | 5.2.1
- HvJ EU 28 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:634 (*Bayerische Motoren Werke AG/Europese Commissie)* | 4.2.2 | 4.3.4
- HvJ EU 4 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:563 (*Kirschstein*) | 4.3.3.1
- Conclusie AG Bobek 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:918 (*Kirschstein*) | 4.3.3; 4.3.3.1
- HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori/de Commissie*) | 4.3.3; 4.3.3.1
- HvJ EU 17 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:320 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZWl*), *SEW* 2019, 32, m.nt. Straetmans & Coenen | 4.3.1
- HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*), *AB* 2017, 387, m.nt. Mohammad & Al Khatib |4.1; 4.3.2.; 4.3.3; 4.3.3.1; 6.2.2.2
- Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2017, ECLI:EU:2017:135 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*) | 6.2.2.2
- HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:687 (*Landkreis Potsdam-Mittelmark/Finanzamt Brandenburg*) | 4.3.6
- HvJ EU 12 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:334 (*Gemeente Borsele/Staatssecretaris van Financiën en Staatssecretaris van Financiën/Gemeente Borsele*) | 4.3.3.1
- HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:716 (*'EasyPay' AD, 'Finance Engineering' AD/Ministerski savet na Republika Bulgaria, Natsionalen osiguritelen institut*) | 4.3.3.2
- HvJ EU 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:831 (*Dirextra Alta Formazione srl/Regione Puglia*), *AB* 2014, 389, m.nt. Van den Brink & Mohammad | 4.1; 4.3.3; 4.3.3.1
- HvJ EU 9 december 2013, EU:C:2013:851 (*Association Vent De Colère! E.a.*) | 4.4
- HvJ EU 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:514 (*Europese Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje*) | 4.3.6

- HvJ EU 19 december 2012, ECLI:EU:C:2012:821 (*Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Europese Commissie*) | 4.3.1
- HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*) | 4.3.1; 6.4
- Conclusie AG Kokott 29 november 2012, ECLI:EU:C:2012:763 | 4.3.6
- HvJ 3 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*) | 4.3.3.2
- HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:288 (*Emiliano Zanotti/Agenzia delle Entrate – Ufficio Roma 2*) | 4.3.3.1
- HvJ EU 16 december 2010, ECLI:EU:C:2010:787 (*AceaElectrabel Produzione SpA/Europese Commissie*) | 4.3
- HvJ EU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:254 (*Sandra Puffer/Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Linz*) | 4.4
- HvJ EG 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner Stahlbau GmbH/Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*) | 4.3.1; 4.3.3.2
- HvJ EU 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio*) | 2.5.3.1
- HvJ EU 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:816 (*Hans-Dieter Jundt en Hedwig Jundt/Finanzamt Offenburg*) | 4.3.3.1
- HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:492 (*Herbert Schwarz en Marga Gootjes-Schwarz/Finanzamt Bergisch Gladbach*) | 4.3.3.1
- HvJ EG 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:495 (*Commissie/Bondsrepubliek Duitsland*) | 4.3.3; 4.3.3.1
- HvJ EG 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:8 (*Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*) | 4.3.1
- Conclusie AG Jacobs 27 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:655 | 4.3.1
- HvJ EG 16 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*) | 4.3.1
- HvJ EG 24 juli 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans GmbH*) | 4.2.3
- Conclusie AG Jacobs HvJ EG 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:304 (*AOK Bundesverband*),
- HvJ EG 16 mei 2002, ECLI:EU:C:2002:294 (*Franse Republiek/Commissie*) | 4.3.1; 4.4
- HvJ EG 22 januari 2002, ECLI:EU:C:2002:36 (*Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*) | 4.3.1; 4.3.3.2
- HvJ EG 12 september 2000, ECLI:EU:C:2000:428 (P. *Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*) | 4.3
- HvJ EG 3 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:529 (*The Queen/H.M. Treasury*) | 4.3.3.1
- HvJ EU 16 november 1995, ECLI:EU:C:1995:392 (*Fédération française des sociétés d'assurance e.a./Ministère de l' Agriculture et de la Pêche*) | 4.3.1; 4.3.3.2
- HvJ EG 7 december 1993, ECLI:EU:C:1993:916 (*S.M. Wirth S/Landeshauptstadt Hannover*) | 4.3.3.1
- HvJ EG 17 februari 1993, ECLI:EU:C:1993:63 (*Chr. Poucet/AG en Camulrac en D. Pistre/Cancava*) | 4.3.1; 4.3.3.2
- HvJ EG 21 maart 1990, ECLI:EU:C:1990:125 (*Koninkrijk België/Commissie*) | 4.5.1
- HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:451 (*Belgische Staat/R. Humbel en M.-Th. Edel*) | 4.3.3.1
- HvJ EG 16 juni 1987, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italiaanse Republiek*) | 4.3.3.2
- HvJ EG 9 maart 1978, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*) | 5.3.3.2

GERECHT EU EN EVA-HOF


- Gerecht EU 14 juli 2016, ECLI:EU:T:2016:406 (*Bondsrepubliek Duitsland/Europese Commissie*) | 4.1
- Gerecht EU 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:497 (*Scheepsbouwkundig Advies- en Rekencentrum (Sarc) BV/Europese Commissie*) | 2.4.3; 4.5.3
- Gerecht EU 28 januari 1999, ECLI:EU:T:1999 (*BAI/Commissie*) | 4.5.1
- Gerecht EG 12 december 1996, ECLI:EU:T:1996:194 (*Compagnie nationale Air France/verzoekster*) | 4.4
- EVA-Hof 21 februari 2008, zaak E-5/07 (*Private Barnehagers Landsforbund*) | 4.3.3.1


EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS


- EHRM 7 juli 2020, nr. 57462/19, ECLI:CE:ECHR:2020:0707DEC005746219, *JAR* 2020/255 | 5.4.5
- EHRM 5 november 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1104JUD001160815 | 5.4.5
- EHRM 19 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD002023306 (*Kula/Turkije*) | 5.4.3
- EHRM 28 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007083813 (*Antović and Mirković/Montenegro*) | 5.4.3
- EHRM 17 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1117JUD005900108 (*Karapetyan e.a./Armenië*) | 5.4.3
- EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2013:1217JUD002751008 | 5.4.3
- EHRM 16 april 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD007904012 (*Rubins/Letland*) | 5.4.3
- EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD007904012 | 5.4.3
- EHRM (GK) 15 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD000414904 (*Aksu/Turkije*) | 5.4.3
- EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD000034604 (*Mustafa Erdoğan e.a./Turkije*) | 5.2.2.1; 5.4.3
- EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD000034604 | 5.4.3
- EHRM (GK) 13 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406 (*Mouvement Raelien Suisse/Zwitserland*) | 5.4.3
- EHRM (GK) 22 mei 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605 (*Scoppola/Italië*) | 5.4.3
- EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR: 2012: 0403JUD004172306 (*Gillberg/Zweden*) | 5.2.2.7; 5.4.3
- EHRM 20 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001725209 (*Sapan/Turkije*) | 5.2.2.1; 5.4.3
- EHRM 23 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1123JUD006004108 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*) | 5.4.3
- EHRM 20 oktober 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1020JUD003912805 (*Lombardi Vallauri/Italië*) | 5.4.3
- EHRM 23 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0623JUD001708903 (*Sorguç/Turkije*) | 5.2.1; 5.2.21; 5.2.2.3; 5.4.3
- EHRM 15 februari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0215JUD001999702 (*Boldea/Roemenië*) | 5.4.3
- EHRM 6 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*) | 5.4.3

- EHRM 28 februari 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD002927195 (*Dichand e.a./Oostenrijk*) | 5.4.3
- EHRM 27 februari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD002695895 (*Jerusalem/Oostenrijk*) | 5.4.3
- EHRM 25 november 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1125JUD002311893 | 5.4.3
- EHRM 28 oktober 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1028JUD002839695 (*Wille/Liechtenstein*) | 5.4.3
- EHRM 28 september 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0928JUD002811495 (*Dalban/Roemenie*) | 5.4.3
- EHRM 25 augustus 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194 (*Hertel/Zwitserland*) | 5.4.3
- EHRM 27 maart 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*) | 5.2.2.7
- EHRM 26 september 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0926JUD001785191 (*Vogt/Duitsland*) | 5.4.3
- EHRM 26 november 1991, appl.no. 13585/88 (*The observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*) | 5.4.3.2
- EHRM 20 november 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283 (*Markt intern Verlag en Beermann/Duitsland*) | 5.4.3
- EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582 (*Lingens/Oostenrijk*) | 5.4.3
- ECvRM 12 oktober 1983, ECLI:CE:ECHR:1981:1105JUD000721575 (*X/Verenigd Koninkrijk*) | 5.4.3


### Hoge Raad


- Conclusie AG De Bock HR 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231 | 5.3.3.2
- HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 | 2.5.2.2
- Conclusie AG De Bock, HR 11 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:231 | 5.3.1.3; 5.4.5
- AG De Bock 24 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:992 (*Hollanda Türkiyeli Isciler Birligi e.a./De Staat der Nederlanden*) | 5.4.2
- AG Langemeijer 22 januari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:8 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*)
- HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2341 | 5.4.2
- HR 3 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*)
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS media b.v./Sanoma Media e.a.*)| 5.4.3
- HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3210 (*Onrechtmatige perspublicatie*) | 5.4.5
- HR 26 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 | 2.5.2.7
- HR 23 mei 1961, ECLI:NL:HR:1961:154 (*Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven*) | 5.3.3.2
- HR 21 april 1910, W. 9018 | 5.3.3.2
- HR 7 november 1892, W. 6259 | 5.3.4.2


### Gerechtshof


- Hof Amsterdam 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4091 (*dr. X/Academisch Medisch Centrum Amsterdam e.a.)* | 5.7.1

- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5204 (*Inspecteur van de Belastingdienst/kantoor Groningen/Stichting X)* | 4.3.3.1
- Hof Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2913 (*Uitvoervergunning wetenschappelijke manuscripten*) | 5.3.4.2
- Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BH1623 (*Consumentenbond/curator Eye Center Europe b.v.*) | 5.4.5


### Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State


- Conclusie AG Widdershoven, Raad van State 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*exceptieve toetsing*) | 1.4.2
- ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:143 | 2.4.4
- ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302 (*Medice*), AB 2021/24, mnt. Drahmann & Bakkum | 5.3.1.2
- ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (*HV Desk*), AB 2016/286, m.nt. Drahmann | 3.3.2.3.2
- ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*LOI en NTI/Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap*), *AB* 2014, 344, m.nt. Barkhuysen & Claessens | 4.3.3
- ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), *AB* 2015/129, m.nt. Peters | 3.3.2.3.2
- ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735 | 5.3.1.2
- ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735, *JB* 2017, 15, *M.O-V; Mediaforum* 2007-II, 12, m.nt. Daalder | 5.3.1.2
- ABRvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882 (*Appellant/de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*) | 2.3.3
- ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273 (*Appellant/college van beroep voor de examens Hogeschool Zuyd*) | 2.5.2.2


### Centrale Raad van Beroep


- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2009:2018 | 1.4.2
- CRvB 26 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2797 | 5.3.1.3
- CRvB 27 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5749 (*Raad van Bestuur van het academisch ziekenhuis Maastricht*)
- CRvB 23 juni 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB5052 | 5.3.3.3
- CRvB 13 mei 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:AK5601 (*Eiser/College van bestuur van de Erasmus Universiteit Rotterdam*), *TAR* 1993/152, m.nt. Pennarts | 1.4.2
- CRvB 16 november 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK4870| 5.3.3.1


### College van Beroep voor het bedrijfsleven


- CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 | 4.3.1
- CBb 19 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:71 (*Appellant/Minister van Economische Zaken en Klimaat*) | 4.4

· CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland b.v. /Staatssecretaris van Economische Zaken*) , *AB* 2008, 340, m.nt. Van Angeren | 3.3.2.3.2

RECHTBANKEN

· Rb. Den Haag 21 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8623 | 6.4
· Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, AB 2020/426, m.nt. Van den Brink en Van Waarde | 3.3.2.3.2
· Rb. Midden-Nederland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:22 | 5.4.5
· Rb. Gelderland 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5368 | 5.4.5
· Rb. Overijssel 27 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1798 | 2.5.3.7
· Rb. Amsterdam 21 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2198 | 5.7.1
· Rb. Midden-Nederland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3117 | 5.2.2.5
· Rb. Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4902| 2.5.2.7
· Rb. Rotterdam 22 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4648 | 3.2.5.3
· Rb. Overijssel 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2050 | 5.8.4.1
· Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278 | 2.4.3
· Rb. Limburg 3 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1964 | 5.8.4.1
· Rb. Amsterdam 21 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7688 | 5.8.2
· Rb. Amsterdam 17 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4472 | 2.5.3.7 | 5.8.1
· Rb. Den Haag 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9797 | 3.3.2.3.2
· Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, *AB* 2015/124, m.nt. Den Ouden | 3.3.2.3.2
· Rb. Noord-Holland 20 september 2013; ECLI:NL:RBNHO:2013:8527 | 5.3.3.2
· Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591, *JG* 2013/68, m.nt. Al Khatib & Barkhuysen (*MuzyQ*) | 3.3.2.3.2
· Rb. Utrecht 12 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6274 | 5.4.3
· Rb. Arnhem (vzr.) 7 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0659 (*NIK/WUR*) | 5.4.5
· Rb. Arnhem (vzr.) 13 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4381 (*Orbus)* | 5.4.5
· Rb. (vz) Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*Academische Ziekenhuis Maastricht/Provincie Limburg*) | 4.5.1
· Rb. Arnhem 26 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL7287 | 2.5.2.2
· Rb. Arnhem 18 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7578, RAV 2008, 94 | 5.4.5
· Rb. Amsterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH6937 | 3.3.2.1
· Rb. Leeuwarden 10 juli 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BD7123 | 2.5.2.2
· Rb. Roermond 19 februari 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BC6872 | 2.5.2.2
· Rb. Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF8040 | 6.2.2.1
· Rb. Den Haag 21 augustus 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE7365 | 5.4.5
· Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, *NJB* 1988/28, p. 1031-1032, m.nt. Van Male | 1.4.2

# Curriculum vitae

Ali Hussein Ali Mohammad (1991) behaalde zijn bachelor Rechtsgeleerdheid (2013) en masterspecialisatie Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden (2015). Tijdens zijn studies voltooide hij het Honours College Law en het Talent Programme van de Graduate School van de rechtenfaculteit. Naar aanleiding van zijn bachelorscriptie publiceerde hij een artikel over private activiteiten in het hoger onderwijs. Deze publicatie is bekroond met de NVOR/Mentink Award, een prijs ter aanmoediging van debuterende onderwijsrechtelijke auteurs.

Naast zijn studie was hij student-assistent Staats- en bestuursrecht (2011-2013) en redactie-assistent bij het Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten (2011-2014). Verder is hij in 2013 onder meer actief geweest als stagiair onderzoeker voor de WODC-wetsevaluatie van titel 4.4 Awb (bestuursrechtelijke geldschulden), juridisch assistent bij het advocatenkantoor Stibbe en stagiair bij AKD.

Tijdens en na zijn masterstudie was hij werkzaam als onderzoeks- en onderwijsmedewerker bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden (2014-2015) en heeft hij in opdracht van Wetgevingswerken meegeschreven aan een onderzoeksrapport over een fraudebestendig persoonsgebonden budget (2015).

In 2015 verwierf hij financiering uit het programma *NWO Onderzoekstalent* en hij werkte van 2015 tot 2020 als promovendus aan zijn onderzoek bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Naast het verzorgen van bachelor- en masteronderwijs, gaf hij regelmatig postacademische cursussen.

Sinds 2020 is hij werkzaam als wetgevingsjurist bij Wetgevingswerken te Rotterdam. Hij is daarnaast vanaf 2018 bestuurslid van Stichting Civic en sinds 2021 extern lid van de examencommissie van de Academie voor Wetgeving en de Academie voor Overheidsjuristen.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2020, 2021 en 2022 verschenen:

MI-356 N. Sánchez, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4

MI-358 J. Reef, M. Jeltes & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7

MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 8710

MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the Case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5

MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4

MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier 2021, ISBN 978 90 8216 072 7

MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021

MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 2723

MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism – Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: – A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5

MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978-94-6290-965-6

MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk,* (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2

MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6

MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik,* Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven 2021, ISBN 978 94 6236 250 5

MI-378 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht. Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten,* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 998 4, ISBN 978 90 5189 194 2 (e-book)

MI-379 M. Gkliati, *Systemic Accountability of the European Border and Coast Guard. The legal responsibility of Frontex for human rights violations,* (diss. Leiden), Alblasserdam: Ridderprint 2021

MI-380 C.-I. Grigorieff, *The Regime for International Air Carrier Liability. To what Extent has the Envisaged Uniformity of the 1999 Montreal Convention been Achieved?,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-381 M. Stam, *Essays on Welfare Benefits, Employment, and Crime,* (diss. Leiden)

MI-382 C.M.F. Mommers, *Voluntary return and the limits of individual responsibility in the EU Returns Directive,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 583 0

MI-383 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6290 152 0

MI-384 B.L. Terpstra, *Instrumental and normative pathways to compliance. Results from field research on moped drivers,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-385 Q. Mauer, *Application, Adaptation and Rejection. The strategies of Roman jurists in responsa concerning Greek documents*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6236 291 8, ISBN (e-book) 978 90 5189 952 8

MI-386 F. Tan, *The Duty to Investigate in Situations of Armed Conflict. An examination under international humanitarian law, international human rights law, and their interplay*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-387 G.G. Lodder, *Recht doen of Recht hebben. Een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 679 0

MI-388 M. Mannan, *The Emergence of Democratic Firms in the Platform Economy: Drivers, Obstacles and the Path Ahead*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-389 A.M. Bouland, *'Please Give Me My Divorce'. An Ethnography of Muslim Women and the Law in Senegal*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-390 B.J. Braak, *Overcoming ruptures: Zande identity, governance, and tradition during cycles of war and displacement in South Sudan and Uganda (2014-9),* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-391 S.R. Varadan, *Article 5 of the UN Convention on the Rights of the Child. Parental guidance and the evolving capacities of the child*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 700 1

MI-392 J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 827 5

MI-393 D.S. Verkroost, *'Met zachte drang'. Uitgangspunten voor jeugdhulpverlening op het snijvlak van vrijwilligheid en dwang*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6212 735 7, ISBN 978 94 0011 197 4 (e-book)

MI-394 D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-395 A.H.A. Mohammad, *De normering van academisch ondernemerschap. Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

E.M. MEIJERS INSTITUUT

INSTITUUT VOOR RECHTSWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK

Universiteiten zijn parttime ondernemingen. Ze zetten bedrijven op, adviseren overheden en bedrijven en verstrekken durfkapitaal aan start-ups. Deze vormen van academisch ondernemerschap worden verricht door instituten die worden bekostigd uit publieke middelen. Maar wie de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) er op naslaat zal daarin geen normen over academisch ondernemerschap vinden. Deze normen moeten worden gezocht in diverse juridisch bindende en niet-juridisch bindende documenten. In dit proefschrift wordt onderzocht op welke wijze het academisch ondernemerschap in Nederland wordt genormeerd en in hoeverre deze normering duidelijk is voor actoren binnen universiteiten en andere betrokkenen. Om deze vraag te beantwoorden worden perspectieven betrokken vanuit het onderwijs (bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit. Diverse uitgangspunten passeren de revue, waaronder de doelmatige besteding van publieke middelen door universiteiten, eerlijke concurrentie met particuliere ondernemers die geen publiek geld ontvangen, publicatievrijheid en het tegengaan van belangenverstrengeling. Daarbij worden de betreffende normen geanalyseerd en onduidelijkheden daarin aangewezen.

*Dit is een boek in de Meijers-reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Het onderzoek werd verricht in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma 'The Legitimacy and Effectiveness of Law & Governance in a World of Multilevel Jurisdictions'.*