



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).

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 zijn⁷ 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 'kostprijscalculatie-formulier' 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 Kamerstuk-nr. 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 deel-aspect 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 octrooieregeling 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 octrooi-beheer 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, aanschaffkosten 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 (WVO 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 WVO 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 wetenschapswinkels⁶⁰ 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 markgericht 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-geldstroom-activiteiten 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 verslag⁹¹ 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 *Kamerstukken 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 betreft 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 paragraaf 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 geormerkte 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 dienstverlening 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 alle 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 valorisatetaak.

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 verantwoordingssystematiek 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-subsidie-definitie is het bestuursorgaan-begrip. 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 winstoverslag).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. Drahmman.

143 Drahmman 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 premieervangende belastingen of om de heffing van inkomensafhankelijke bijdragen dan wel bijdrageervangende 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 aanmoedigingssubsidies, contractsubsidies, subsidies à fonds perdu, kredietsubsidies en garantiesubsidies'.¹⁴⁶

b) Voorbeelden van subsidieregelingen

De hoofdregel in artikel 4:23 van de Awb is dat subsidieverstrekingen 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 bedoeld 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 subsidieverstrekingen 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.

misc 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 Synchrotron Radiation Facility (Grenoble), het Naturalis Biodiversity Center of het Advanced Research Centre for Nonolithography. 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 voorstellen), 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:

'investerings 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 maxumprijs 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 mogelijk 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 2005¹⁶⁴ 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 beleidsregel¹⁶⁵ 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 verantwoordelijkheidstoedeling;
- 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 alle 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 bedoeld 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 verzwarende 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 (vooralculatie) vereist. De beleidsregel maakt niet duidelijk dat deze vijfde voorwaarde neerkomt op een verzwarende 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 bedoeld 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 herstel-sanctie 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 assistance*-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.