



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).

6 | Samenvattende slotbeschouwing

6.1 INLEIDING

In dit proefschrift stond de volgende hoofdvraag centraal:

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

Deze hoofdvraag is onderverdeeld in de volgende vier deelvragen:

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

Om de deelvragen en de hoofdvragen te beantwoorden is klassiek juridisch onderzoek gedaan, waarbij gebruik is gemaakt van rechtsliteratuur en juridisch gezaghebbende bronnen. Daarnaast is kennisgenomen van niet-juridische literatuur over het academisch ondernemerschap, publiek toegankelijke jaarverslagen van universiteiten en nationale krantenberichten en zijn er verslagen van gevoerde gesprekken met deskundigen en stakeholders gebruikt als achtergrondkennis. De methode van onderzoek is beschreven in paragraaf 1.4.3.

De resultaten van dat het onderzoek zijn opgenomen in hoofdstukken 2 tot en met 5 van dit proefschrift. Op basis van deze resultaten wordt in dit hoofdstuk een samenvattende slotbeschouwing gegeven waarin op basis van de onderzoeksresultaten antwoorden worden geformuleerd op de deel-onder-

zoeksvragen (par. 6.2). De hoofdvraag wordt vervolgens beantwoord onder paragraaf 6.3. Daarna volgt nog een kort slotwoord (par. 6.4).

6.2 BEVINDINGEN EN BESCHOUWINGEN TEN AANZIEN VAN DE DEELVRAGEN

6.2.1 Wat is het academisch ondernemerschap, wat is de achtergrond hiervan, welke risico's zijn er en wie zijn de betrokken actoren?

De eerste deelvraag gaat over het fenomeen van academisch ondernemerschap en is behandeld in hoofdstuk 2. Aan de hand van literatuur over *academic entrepreneurship* is in paragraaf 2.2.2 een beschrijving van dat begrip gegeven en zijn er in paragraaf 2.2.3 vormen van academisch ondernemerschap genoemd. Vervolgens is in paragrafen 2.3.3 en 2.3.4 de achtergrond van het academisch ondernemerschap gezien door de lens van steeds veranderend octrooi beleid en onderwijs- en innovatiebeleid. Daarna zijn in paragraaf 2.4 de risico's van het academisch ondernemerschap uiteengezet aan de hand van het rapport *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen* van de Inspectie van het Onderwijs van 18 mei 2015. Ten slotte zijn in paragraaf 2.5 de actoren genoemd met de bijbehorende regelgeving die tot hen gericht is of die zij moeten uitvoeren dan wel naleven.

Hierna volgt een samenvatting van de bevindingen uit hoofdstuk 2. Waar nodig wordt een aanvullende toelichting gegeven op basis van de bevindingen uit andere hoofdstukken.

6.2.1.1 Wat is het academisch ondernemerschap?

In dit proefschrift is aangesloten bij de volgende werkdefinitie van Cantaragiu:

'Academisch ondernemerschap is een praktijk, verricht met de intentie om kennis over te dragen tussen de universiteit en de externe omgeving teneinde economische en sociale waarde te produceren voor zowel externe actoren als de leden van de academische gemeenschap, en waarbij in ieder geval één lid van de academische gemeenschap een primaire rol heeft.'¹

Deze brede definitie is in dit onderzoek gehanteerd om te kunnen spreken over de diverse vormen van het academisch ondernemerschap. Zij is niet bedoeld als juridische begripsomschrijving. Daarvoor is deze definitie niet geschikt. Zo spreekt de werkdefinitie van intenties. Die betreffen de innerlijke belevingswereld, terwijl rechtsregels zoveel mogelijk gericht moeten zijn op zichtbare of objectief controleerbare feiten.² Desalniettemin is het een definitie die geschikt is om het fenomeen van academisch ondernemerschap te beschrijven, omdat die werkdefinitie de volgende hoofdingrediënten bevat: de univer-

1 Cantaragiu, *Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society* 2012, p. 687.

2 Toelichting AR 2.7 (Handhaafbaarheid).

siteit(en) en externe partij(en) als subjecten, kennisoverdracht als object, en creëren van economische én sociale waarde als doel van die kennisoverdracht.

In paragraaf 2.2.3 zijn verschillende vormen van het academisch ondernemerschap besproken:

- Het opzetten van bedrijven door de universiteit of een lid van de academische gemeenschap. Dat kan in de vorm van een spin-off als dochteronderneming van de universiteit of als een zelfstandige onderneming. Ieder lid van het wetenschappelijk personeel, student of alumnus kan een bedrijf opzetten. Het opzetten van het bedrijf valt pas onder de werkdefinitie van academisch ondernemerschap als er sprake is van kennisoverdracht tussen de universiteit en het bedrijf, bijvoorbeeld via inhuur van wetenschappelijk personeel of het afnemen van licenties van een universitair octrooi.
- Contractactiviteiten, zoals contractonderwijs, contractonderzoek en andere vormen van dienstverlening waaronder advisering voor overheden, maatschappelijke organisaties of bedrijven. Onder de brede werkdefinitie van academisch ondernemerschap kan ook onderzoek in samenwerking vallen. In hoofdstuk 5 is specifiek aandacht besteed aan nevenwerkzaamheden van wetenschappelijk personeel van universiteiten. Ook die vallen in sommige gevallen onder de werkdefinitie. Daarnaast zou het netwerken met deze professionals onder academische ondernemerschap kunnen worden geschaard, maar hierbij lijkt het doel van het creëren van economische waarde in een te ver verwijderd verband te staan van de kennisoverdracht die in die contexten plaatsvindt.

Naast deze directe vormen van academisch ondernemerschap zijn er activiteiten die deze vormen van academisch ondernemerschap faciliteren. Die activiteiten betreffen met name het faciliteren van het opzetten van bedrijven of het exploiteren van intellectueel eigendomsrechten. De faciliterende activiteiten zijn diensten van kennistransferoffices, diensten van incubators, en diensten op wetenschapsparken. Kennistransferoffices vormen een schakel tussen de wetenschap en het bedrijfsleven. Zij ondersteunen bij het veiligstellen van intellectuele eigendomsrechten en het aantrekken van financiering. Incubators (ondernemingswerkplaatsen) bieden faciliteiten, huisvesting en advisering aan voor jonge ondernemingen. Wetenschapsparken verkleinen de fysieke afstanden tussen de daarop gevestigde onderzoeksfaciliteiten en ondernemingen. Daarmee wordt beoogd een stimulerende omgeving te creëren voor samenwerkingsverbanden. Andere manieren om ondernemerschap te faciliteren, zijn het aanbieden van durfkapitaal en ondernemerschapsonderwijs.

Deze activiteiten kunnen onder de werkdefinitie van academisch ondernemerschap vallen wanneer er sprake is van kennisoverdracht. Dat is in principe niet het geval bij ondersteuning voor een octrooiaanvraag, het adviseren over een ondernemingsplan, het aanbieden van kantoorruimte en het verstrekken van kapitaal. Toch zijn de faciliterende activiteiten in hoofdstuk 2

genoemd, omdat zij ondersteunend zijn aan de hiervoor besproken vormen van academisch ondernemerschap.

6.2.1.2 *Wat is de achtergrond hiervan?*

In paragraaf 2.3 is de achtergrond van het academisch ondernemerschap besproken, waarbij een deel ook is uitgewerkt in hoofdstuk 3. Hier wordt een focus gelegd op het steeds veranderende beleid in Nederland.³

De beschrijving is gestart bij de situatie aan het begin van de vorige eeuw. Geconstateerd is dat er destijds al regelmatige contacten waren tussen het bedrijfsleven en universiteiten (of destijds technische hogescholen). Dat resulteerde in advisering door wetenschappers of financiering door het bedrijfsleven van bijvoorbeeld laboratoria.⁴

Halverwege de vorige eeuw kwam in het beleid en de regelgeving meer aandacht voor contractonderzoek. Zo konden technische hogescholen vanaf 1956 (na toestemming van de onderwijsminister) onderzoek in opdracht doen.⁵ In de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs 1960 kregen rijksuniversiteiten rechtspersoonlijkheid en kregen universiteiten de mogelijkheid om inkomsten te verkrijgen uit bewezen diensten.⁶ In 1963 sprak onderwijsminister Cals zich gematigd positief uit over contractonderzoek, mits universiteiten en hogescholen over een zodanige uitrusting kunnen beschikken dat zij niet afhankelijk van het bedrijfsleven hoeven te zijn.⁷ Vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw begonnen technische hogescholen en universiteiten ook zelf octrooien aan te vragen.⁸

In de jaren 70 van de vorige eeuw bracht de Minister voor Wetenschapsbeleid Trip de eerste Nota Wetenschapsbeleid 1974 uit. Daarin stond dat de sector van 'contractresearch' niet optimaal functioneerde. In 1979 bracht een door de minister van Economische zaken ingestelde Commissie Van Weel een rapport uit over de vraag aan wie octrooirechten toekomen bij universiteiten, waarbij het antwoord was dat deze aan het personeel toekwamen.⁹

In de jaren 80 van de vorige eeuw werd de Nota Contractonderzoek (1981) opgesteld.¹⁰ Daarin werden universiteiten opgeroepen om het universitair onderzoek mede te richten op de behoefte van de samenleving. In deze nota stonden enkele uitgangspunten, die uiteen zijn gezet in hoofdstuk 3 van dit proefschrift. Een daarvan was het in rekening moeten brengen van de kostprijs

3 Par. 2.3.3 en 2.3.4.

4 Par. 2.2.3.

5 Artikel 45 lid 9, *Stb.* 1956, nr. 310 (Wet van 7 juni 1956 tot wijziging van de hogeronderwijs-wet betreffende het technisch hoger onderwijs).

6 Art. 100 lid 1 WWO 1960.

7 Par. 2.3.4.

8 Par. 2.3.3.

9 Genoemd in Kabel e.a. 2001, p. 74 en Cohen Jehoram, *BIE* 1977.

10 Par. 2.3.4 en uitgebreider besproken in par. 2.3.1.

bij contractonderzoek, waarvan de Algemene Rekenkamer in 1988 moest constateren dat deze aanbeveling in de praktijk zelden werd gerealiseerd.¹¹ Vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw hoefden universiteiten de inkomsten uit bewezen diensten niet meer te verrekenen met de ontvangen rijksbijdrage.¹² In de Nota Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit uit 1985 werd nadien meer nadruk gelegd op de financiële onafhankelijkheid van de universiteiten, waarbij een terughoudende sturing vanuit de overheid zou bijdragen aan de mogelijkheid tot flexibel en marktgericht handelen door instellingen.¹³

In de jaren 90 van de vorige eeuw is in artikel 1.3 van de WHW de derde doelstelling van hoger onderwijs geïntroduceerd: het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij.¹⁴ Later is dat in het Wetenschapsbudget 2004 door de onderwijsminister geduid als de valorisatetaak van universiteiten.¹⁵

In 2001 gaf de zogenoemde hbo-fraude aanleiding tot verscherping van de bekostigingsregelgeving.¹⁶ In die context is de Notitie helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (2003) opgesteld, na bekostigingsoverleg met instellingen en koepelorganisaties.¹⁷ De onderwijsminister deed in die notitie richtinggevende uitspraken over de interpretatie van bekostigingsregels, in het bijzonder de wettelijke verantwoordingsplicht ten aanzien van de doelmatige en rechtmatige besteding van de rijksbekostiging.¹⁸ Thema 2 van de notitie gaat over het investeren van publieke middelen in private activiteiten. In de brief aan de Tweede Kamer 'Verantwoording van publieke middelen' van 20 juli 2005 van de staatssecretaris van OCW is deze notitie aangescherpt.¹⁹

Vanaf 2012 werd het toezicht op het thema publiek-privaat bij de Inspectie van het onderwijs belegd.²⁰ De inspectie kreeg er vanaf 1 juli 2012 nieuwe taken bij met betrekking tot het toezicht op de financiële rechtmatigheid van de bestedingen en beheer van de bekostigde onderwijsinstellingen.²¹ De inspectie constateerde in haar rapport *Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen* van 18 mei 2015 dat de juridische kaders omtrent het investeren van publieke middelen in private activiteiten nog niet duidelijk zijn.²² In dit rapport bespreekt de Inspectie van het Onderwijs ook enkele risico's van private activiteiten van onderwijsinstellingen. Private activiteiten kunnen onder

11 Par. 3.2.1.

12 Par. 2.3.3.

13 Par. 2.3.4.

14 Par. 2.3.4.

15 Par. 2.2.2.

16 Par. 3.2.4.

17 Par. 3.2.4.

18 Par. 3.2.4.

19 Par. 3.2.4.

20 Par. 3.2.4.

21 Par. 3.2.4.

22 Par. 3.2.4.

de hiervoor genoemde werkdefinitie van academisch ondernemerschap vallen, voor zover die gericht zijn op kennisoverdracht (de verhuur van een ruimte is een private activiteit, maar is niet per se bedoeld voor kennisoverdracht). De besproken risico's komen hierna aan bod.

6.2.1.3 Welke risico's zijn er?

Het academisch ondernemerschap kent kansen, zoals betere benutting van kennis en de verspreiding ervan, het oplossen van maatschappelijke problemen, het verkrijgen van toegang tot externe data of onderzoeksfaciliteiten en het aanboren van nieuwe financiële bronnen.²³ Er zijn evenwel ook risico's verbonden aan het academisch ondernemerschap. In paragraaf 2.4 zijn de volgende risico's genoemd:

- Het weglekken van publieke middelen voor ondernemende activiteiten als de integrale kostprijs niet in rekening wordt gebracht aan afnemers (kruissubsidiëring).
- Oneerlijke mededinging met particuliere ondernemers als de ondernemende activiteiten onder de marktprijs worden aangeboden vanwege de kruissubsidiëring. Als dit geschiedt tegen de marginale kostprijs wordt het speelveld ongelijk en kunnen private ondernemingen uit de markt worden gedrukt. Ook het gebruik van de hoogleraarstitel voor commerciële doeleinden kan worden ervaren als concurrentievervalsing.²⁴
- De aantasting van de academische vrijheid (onafhankelijk onderzoek kunnen doen naar eigen inzichten, publicatievrijheid) en de wetenschappelijke integriteit (zoals onvoldoende transparantie over financiers en belangenverstrengeling).

Daarnaast is er een risico ten aanzien van de continuïteit van de kerntaken van het initieel onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek en de kwaliteit hiervan dat het gevolg kan zijn van het verschuiven van de focus van academici van de zuiver academische activiteiten naar de ondernemende activiteiten. Dit is met name het geval wanneer eventuele verliezen niet kunnen worden afgedekt uit private reserves. Bovendien bestaat het risico dat universiteiten de kwaliteit van hun kerntaken verwaarlozen ten behoeve van commerciële activiteiten. De verdeling van aandacht en gelden kan intern tot spanning leiden binnen een vakgroep of tussen vakgroepen onderling.

6.2.1.4 Wie zijn de betrokken actoren?

Er zijn diverse betrokkenen bij het academisch ondernemerschap. In paragraaf 2.5 is een (niet-uitputtend) overzicht gegeven. Daarin is onderscheid gemaakt

²³ Vgl. Davey e.a. 2018, par. 4.2.

²⁴ Kinneging, Trouw 1988.

tussen enerzijds de universiteit en haar interne actoren, en anderzijds de betrokkenen van buiten de universiteit.

De universiteit en het universitair medisch centrum (academisch ziekenhuis) zijn hoofdrolspelers. De WHW is voor deze organisaties de belangrijkste wet, die onder andere de wettelijke doelstellingen van universiteiten en academische ziekenhuizen, hun rechtspersoonlijkheid en hun rijksbekostiging regelt. Binnen de universiteit spelen de volgende actoren een rol:

- Het personeel dat in voorkomende gevallen het ondernemerschap initieert. De belangrijkste regeling voor personeelsleden is de cao Nederlandse Universiteiten. Deze is gesloten door de Universiteiten van Nederland en de vakbonden. In de cao zijn aanvullend op de Rijsoctrooiwet, de Zaaizaad- en Plantgoedwet en de Auteurswet de rechtsbetrekkingen tussen het personeel en de werkgever op het terrein van academisch ondernemerschap geregeld.
- Het kennistransferoffice dat namens de universiteit helpt met de octrooiaanvraag voor de vindingen van personeelsleden.
- Medezeggenschapsorganen. Zo heeft de universiteitsraad een instemmingsrecht met betrekking tot de hoofdlijnen van de begroting.
- Het college van bestuur van de universiteit beslist uiteindelijk over het aangaan van overeenkomsten met externe partijen. Daarvoor kan het mandaat of volmacht verlenen binnen de instelling. Een belangrijke taak voor het college van bestuur is de jaarlijkse verantwoording van de rechtmatige en doelmatige besteding van de middelen in het bestuursverslag. Volgens de Regeling jaarverslaggeving onderwijs moet het bestuur zich ook verantwoorden voor het gevoerde beleid zoals aangegeven in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten, alsmede de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' uit 2014 en de aanvullingen daarop.²⁵ De instellingsaccountant voert controle uit op basis van de Regeling onderwijsaccountantsprotocol OCW 2021.
- De raad van toezicht moet de begroting, de jaarrekening, het bestuursverslag en het instellingsplan goedkeuren. De raad van toezicht ziet toe op de rechtmatige verwerving van de rijksbijdrage en op de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de rijksbekostiging.
- Ten slotte is er intern een functionaris of commissie wetenschappelijke integriteit die klachten behandelt over veronderstelde schendingen van

25 Art. 4 lid 5. Het gaat om de aanvullingen 'Aanvulling op de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 72)' en 'Helderheid in de bekostiging van het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 72)'. Sinds de invoering van de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten in dit artikel bij *Stcrt.* 2022, 5140 hoeft geen verantwoording afgelegd te worden over het gevoerde beleid zoals is aangegeven in de 'Brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 248, nr. 84'. De beleidsregel vervangt immers Thema 2 van de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs uit 2004 en deze brief zag op een aanscherping van dit thema.

wetenschappelijke integriteit en daar onderzoek naar doet. Deze persoon of dit orgaan neemt geen bindende besluiten, maar adviseert het bestuur.

Ook buiten de universiteit zijn er relevante actoren:

- Overheden en ander universiteiten waarmee wordt samengewerkt voor het verstrekken van kapitaal aan start-ups.
- Gemeenten, provincies, ministeries en de Europese Unie die publieke financieringsinstrumenten aanbieden.
- De Minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs die extern toezicht uitvoeren door het toetsen van de jaarverslagen van universiteiten. De Inspectie van het Onderwijs voert bovendien naar aanleiding van signalen en uit eigen beweging onderzoek uit. In de afgelopen jaren is de Inspectie van het Onderwijs actief geweest op het gebied van *compliance assistance*. De website inzake het onderwerp private activiteiten is inzichtelijker gemaakt met enkele voorbeeldcasussen en er is voorzien in een vragen- en klachtenformulier.
- Ten slotte is er als externe actor het Landelijk Orgaan voor Wetenschappelijke Integriteit. Dat orgaan geeft een advies aan het college van bestuur van de universiteit, nadat het bestuur een voorlopig besluit over een vermeende integriteitsschending heeft genomen.

6.2.2 In hoeverre mogen universiteiten in het academisch ondernemerschap publieke middelen investeren en hoe dienen universiteiten zich hierbij te verhouden tot andere ondernemers?

De tweede deelvraag gaat over de normering van het investeren van publieke middelen in het academisch ondernemerschap. Die normering kan gaan over de vraag in hoeverre het investeren van publieke middelen is toegestaan en over de voorwaarden die daarbij gelden vanwege de verhouding tot andere ondernemers. Deze deelvraag is behandeld in de hoofdstukken 3 en 4. In hoofdstuk 3 betrof dit het nationale onderwijs(bekostigings)recht, waarin met name de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) en de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten centraal stonden. In hoofdstuk 4 is op vergelijkbare wijze het Europees staatssteunrecht behandeld.

6.2.2.1 Onderwijs(bekostigings)recht

Bekostigde instellingen ontvangen een lumpsum (*block grant*). Bij het besteden van de rijksbekostiging geldt het principe van bestedingsvrijheid. De beste-

dingsvrijheid is begrensd door artikelen 2.9 en 2.17 WHW.²⁶ In het laatstgenoemde artikel staat dat het bestuur van de universiteit de middelen van de instelling op een zodanige wijze moet beheren dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de instelling verzekerd zijn. Het eerstgenoemde artikel verplicht het bestuur van de universiteit zich jaarlijks te verantwoorden over de rechtmatige en doelmatige besteding van de rijksbekostiging (art. 1.9 WHW). In de interpretatieve beleidsregel, die wordt aangeduid als notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs', en in een aanvullende brief hierover is uitgelegd wat onder 'doelmatigheid' wordt verstaan.²⁷ In die documenten is opgenomen dat investering van de rijksbekostiging in zogenoemde private activiteiten is toegestaan, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.

In 2016 is in artikel 4, vijfde lid, Regeling Jaarverslaggeving hoger onderwijs een bindende verplichting vastgelegd voor het universiteitsbestuur om zich over het gevoerde beleid te verantwoorden, zoals is aangegeven in de hiervoor genoemde notitie en de daarbij horende aanvullingen (hierna: notities Helderheid).²⁸ De inhoud van de notities Helderheid is terug te voeren op de eerste nota Contractonderzoek uit 1981. De notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' is ingedeeld in verschillende thema's. Thema 2 gaat over het investeren van publieke middelen in private activiteiten.

De Minister van OCW heeft op 14 april 2021 een nieuwe beleidsregel in de *Staatscourant* gepubliceerd: de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.²⁹ De beleidsregel bevat de voorwaarden waaronder bekostigde HO- en MBO-instellingen met publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. Deze beleidsregel trekt thema 2 van de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs' en de Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen in.³⁰ De beleidsregel gaat over het gebruiken van publieke middelen of mede met publieke middelen gefinancierde voorzieningen voor private activiteiten door mbo- en ho-instellingen.³¹ Buiten de reikwijdte van de beleidsregel vallen activiteiten genoemd in de Regeling beleggen, lenen en derivaten 2016, vanwege de voorschriften die in die regeling al worden gesteld.³² Hiermee vallen buiten de reikwijdte van de beleidsregel leningen aan start-ups in het kader

26 Vgl. voor mbo-instellingen: art. 2.5.3 lid 2 en 2.8.3. Web.

27 Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs (bijlage bij *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 817, nr. 5 / Gele katern 2004, nr. 2, pag. 23), en brief van 20 juli 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 84.

28 *Stcrt.* 2016, 7270.

29 *Stcrt.* 2021, 18237.

30 Art. 4 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

31 Art. 1 onder 2 en art. 2 lid 1 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

32 Art. 2 lid 2 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

van valorisatie.³³ Dit geeft de vreemde situatie waarin bijvoorbeeld het aanbieden van Hoger onderwijs voor volwassenen (collegereeksen voor ouderen) – dat nauwelijks een effect lijkt te hebben op de markt – een private activiteit is waarvoor de integrale kostprijs moet worden berekend, maar zachte leningen aan start-ups buiten de reikwijdte van de beleidsregel vallen.³⁴ Daarnaast vallen subsidies buiten de reikwijdte van de beleidsregel.³⁵ Daarvoor is het wettelijk kader van de betreffende subsidieregeling relevant.

De beleidsregel kent het begrip ‘private activiteiten’ en niet ‘economische activiteiten’, zoals in het Europees staatssteunrecht of de Wet markt en overheid. Private activiteiten zijn volgens de beleidsregel ‘alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover deze activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.’³⁶

Het bevoegd gezag is hier het onderwijsbestuur van de hogeronderwijsinstelling. De ‘bekostigde wettelijke taak’ is ‘de taak waarvoor de onderwijsinstelling op grond van de onderwijswetgeving wordt bekostigd’.³⁷ Kort gezegd gaat het om het verzorgen van initieel onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek.

Blijkens de begripsbepaling in de beleidsregel worden ook niet wettelijk voorgeschreven activiteiten of voorzieningen die de toegankelijkheid en de kwaliteit van het bekostigde onderwijs bevorderen, tot de bekostigde wettelijke taak gerekend, met de volgende voorwaarden:

‘Dan moeten die activiteiten of voorzieningen wel zijn gericht op de studenten die aan het bekostigd onderwijs deelnemen. En die studenten moeten vrijwillig, kosteloos of tegen een geringe niet-kostendekkende vergoeding, van die activiteiten of voorzieningen gebruik kunnen maken. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om honours-programma’s, studium generale, of een bibliotheekvoorziening.’

33 Par. 3.3.2.3.1.

34 Par. 3.3.3.1.1.

35 Art. 2 lid 3 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

36 Art. 1 onder g Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

37 Art. 1 onder b Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten. Verwezen wordt naar art. 1.9 WHW. Het eerste lid daarvan luidt: ‘Ten behoeve van het verzorgen van initieel onderwijs en, voorzover het universiteiten betreft, mede ten behoeve van het verrichten van wetenschappelijk onderzoek hebben de in de bijlage van deze wet onder a, c, h en j opgenomen instellingen, onderscheidenlijk rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid, waarvan de overige in de bijlage van deze wet opgenomen instellingen uitgaan, aanspraak op bekostiging uit ‘s Rijks kas, voorzover aan de aan die instellingen verbonden opleidingen accreditatie is verleend of die opleidingen de toets nieuwe opleiding met positief gevolg hebben ondergaan. Voor de toepassing van dit lid worden de ontwerpen ontwikkelactiviteiten en onderzoek gericht op de beroepspraktijk, aan hogescholen gerekend tot het daarop betrekking hebbende onderwijs.’

De beleidsregel geeft een aantal voorbeelden van private activiteiten, zoals:³⁸

- Niet-bekostigd onderwijs, met uitzondering van het onderwijs waarvoor op grond van artikel 7.46 van de WHW het instellingscollegegeld wordt berekend³⁹ en het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij.⁴⁰
- Het ontwikkelen van activiteiten en voorzieningen ten behoeve van beroepspraktijkvorming (BPV), wanneer uit die activiteiten ook economische voordelen voor derden kunnen voortvloeien.⁴¹ De beleidsregel noemt de voorbeelden van de reparatiewerkplaats, de kapsalon en de horecavoorziening, waarvan ook anderen dan de docent of student binnen het kader van de bekostigde opleiding gebruik kunnen maken.⁴²
- Onderzoeken in opdracht of op verzoek van derden.
- Voorzieningen voor medewerkers en onderwijsdeelnemers,⁴³ zoals huisvesting/logies; reisbureau; boekwinkel; horeca/catering of een kopieer/printvoorziening.
- Het ter beschikking stellen van ruimte voor een onderneming van een derde⁴⁴ die de betreffende voorziening tegen een vergoeding mag exploiteren (hier wordt bedoeld op ondernemerswerkplaatsen).
- Dienstverlening aan derden door de bekostigde instelling, zoals detachering, verhuur, laboratoriumdiensten, financiële diensten, ICT-diensten, reisbureau en HRM-diensten.

38 Art. 1 onder g Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten,

39 Vgl. de uitleg van het begrip economische activiteit ten aanzien van het instellingscollegegeld in ACM, 'Vergunningseis voor de concentratie tussen het Academisch Medisch Centrum en Stichting VUmc', 14 december 2016, zaaknummer 16.0685.22: '[g]eleet op het voorgaande concludeert de ACM dat het aanbieden van de bachelor- en masteropleiding geneeskunde waarvoor studenten instellingscollegegeld verschuldigd zijn, als een economische activiteit dient te worden aangemerkt'. Vgl. AG Langemeijer 22 januari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:8 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*) HR 3 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteit Leiden e.a./Stichting Collectieve Actie Universiteiten*).

40 De beleidsregel maakt niet duidelijk wanneer kennisoverdracht een wettelijke taak is en wanneer dit een private activiteit is.

41 De beleidsregel beperkt de reikwijdte van private activiteiten kennelijk niet wanneer het verrichten van diensten aan derden onlosmakelijk verbonden is met de wettelijke taak van het verzorgen van onderwijs. Dat is anders bij het begrip economische activiteiten in het Europees staatssteunrecht en de Wet markt en overheid. Zie daarover par. 4.3.1.

42 Vgl. Rb. Leeuwarden 23 april 2003, ECLI:NL:RBL:2003:AF8040 waarin horeca-exploitant Metropool B.V. procedeert tegen de Christelijke Hogeschool Noord Nederland vanwege vermeende oneerlijke concurrentievervalsing door de hotelschool.

43 Aangenomen wordt dat dit ook ten aanzien van derden geldt. De beleidsregel maakt geeft geen voorbeelden van voorzieningen als bedoeld in artikel 7.34 WHW en andere voorzieningen die als private activiteit zijn aan te merken. In dit kader kan met name over sportvoorzieningen verschil van mening bestaan. Zie daarover met betrekking tot de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs: Louw 2011, p. 144.

44 Aangenomen wordt dat dit ook ten aanzien van medewerkers en onderwijsdeelnemers geldt.

- Arbeidsbemiddeling, ondersteuning van start-ups (o.a. middels zogenoemde incubators), kennis-exploitatie, valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken, maar in het verlengde daarvan, bij voorbeeld voor oud-studenten die hun bekostigde opleiding al hebben afgerond en/of oud-medewerkers, en waarbij veelal de betreffende oud-student of oud-medewerker dan wel een andere specifieke derde een economisch voordeel verkrijgt.

De beleidsregel geeft de volgende voorwaarden, waarbij blijkens de toelichting niet is beoogd andere voorwaarden te stellen dan die al golden in de notitie Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs:

1. De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling.
2. De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak.
3. Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard.
4. De investering is proportioneel: staat – ook in de tijd – in een redelijke verhouding tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.
5. De investering leidt niet tot oneerlijke concurrentie.
6. Een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd.
7. Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag.

Voor het berekenen van de integrale kostprijs sluit de beleidsregel aan bij de Wet markt en overheid.⁴⁵ Daarbij is de beleidsregel strenger, omdat zij anders dan de Wet markt en overheid zowel een berekening van de integrale kostprijs vooraf als achteraf voorschrijft.⁴⁶ De resultaten van de nacalculatie kunnen

45 Art. 25i lid 1 Mw en art. 3-8 en 10 Besluit markt en overheid. Volgens artikel 5 lid 1 Besluit markt en overheid worden in ieder geval in aanmerking genomen: de operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en de vermogenskosten. Artikel 1 onder d van de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten noemt (niet-limitatief): ontwikkelkosten van de private activiteit, zoals de ontwikkelkosten van een niet-bekostigde opleiding, of van daarvan afgeleide varianten, al dan niet in modules; personeelskosten; kosten van dienstverlening door derden; huisvestingskosten; afschrijvings- en onderhoudskosten; kostprijsverhogende belastingen, zoals btw en loonbelasting; vermogenskosten vreemd vermogen, indien ten behoeve van de activiteit investeringen zijn gefinancierd met vreemd vermogen; indirecte kosten; een risico-opslag (nader gedefinieerd in artikel 1, onder i). Zie par. 3.3.3.1.3.

46 Par. 3.3.3.2.

ertoe leiden dat de kostprijs moet worden aangepast.⁴⁷ Hier moet worden opgemerkt dat het tegengaan van oneerlijke concurrentie in de beleidsregel zich slecht verhoudt tot de grondslag van artikel 2.9 WHW waarin wordt gesproken van een 'doelmatige' besteding van de rijksbekostiging. Het kan juist doelmatig zijn om bijvoorbeeld op tijden waarin een lokaal onbenut is voor het initieel onderwijs, daarin betaalde cursussen te verzorgen en daarvoor alleen de marginale kosten in rekening te brengen zoals de kosten voor het onderwijsmateriaal en de personeelskosten. Die lijn wordt echter niet gevolgd, omdat concurrentievervalsing als ondoelmatig wordt gezien.

Daarnaast is het opvallend dat bij de zesde voorwaarde is toegelicht dat wanneer met een private activiteit, waarin publieke middelen zijn geïnvesteerd, een negatief financieel resultaat wordt behaald, dat negatieve resultaat ten laste mag worden gebracht van het publieke deel van het eigen vermogen.⁴⁸ Hoewel de private activiteit dan opnieuw tegen het licht moet worden gehouden, is hier kennelijk wel ruimte voor oneerlijke concurrentie.⁴⁹ Particulieren kunnen hun risico's immers niet dekken met publieke middelen.

Los van deze voorwaarden kent artikel 2.7a WHW sinds 2014 een wettelijke basis voor een algemene maatregel van bestuur waarin regels kunnen worden gesteld over de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek.⁵⁰ Deze grondslag is nog niet benut. Op grond van artikel 2.7a WHW kan een algemene maatregel van bestuur (AMvB) worden vastgesteld over 'private activiteiten ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek'. Blijkens de toelichting bij deze delegatiebepaling vormde de (oorspronkelijke) notitie Helderheid een bruikbaar uitgangspunt voor bestedingsbeslissingen, maar deden zich ook gevallen voor waarbij de notitie ontoereikend bleek te zijn.⁵¹ Het instrument 'bood onvoldoende concrete aanknopingspunten voor onderwijsinstellingen om naar te handelen en voor de overheid om in te grijpen waar dat wel te overwegen zou zijn geweest'.⁵² De delegatiebepaling maakt regelgeving over private activiteiten mogelijk. Volgens de toelichting bij het ingevoegde artikel 2.7a WHW 'staat steeds voorop dat rijksbijdrage verstrekt wordt voor het verzorgen van onderwijs of het doen van onderzoek, zodat een investering van publieke middelen in private activiteiten alleen aan de orde kan en mag zijn als daarmee het belang van het onderwijs of het onderzoek is gediend'.⁵³ Het voornemen was om in de AMvB

47 Vanwege het ontbreken van een voorwaarde tot het contracteren op basis van een nacalculatie, wordt hier ervan uitgegaan dat de aangepaste kostprijs is bedoeld is voor toekomstige gevallen. De beleidsregel spreekt van het voorkomen van het blijvend verstoren van de mededinging (art. 3 lid 5).

48 Par. 3.3.3.2.

49 Art. 3 lid 6 Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

50 *Stb.* 2013, 288. Vgl. 2.2.4a Web.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 33187, nr. 3, p. 26-27.

52 *Ibid.*, p. 27.

53 *Ibid.*

‘een aantal principes op te nemen, zoals de beperking van financiële risico’s en de proportionaliteit van de investeringen ten opzichte van de onderwijskundige meerwaarde’.⁵⁴ Deze principes zouden concreet worden uitgewerkt in een ministeriële regeling.⁵⁵ De wetgever hoopte blijkens de toelichting dat de kans op onrechtmatigheden zou dalen en dat onderwijsinstellingen beter zouden kunnen bepalen onder welke voorwaarden publiek-private investeringen mogelijk zijn.⁵⁶ Tot op heden is van de grondslag van artikel 2.7a WHW geen gebruik gemaakt en is uiteindelijk de weg gekozen om private activiteiten te normeren in artikel 4, vijfde lid, Regeling jaarverslaggeving onderwijs waarin voor instellingen de plicht is neergelegd zich over het gevoerde beleid zoals aangegeven in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten te verantwoorden.

6.2.2.2 Europees staatssteunrecht

In hoofdstuk 4 is de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht op het academisch ondernemerschap aan bod gekomen.

Artikel 107, eerste lid, VWEU regelt de reikwijdte van het staatssteunrecht. Het staatssteunrecht heeft betrekking op steunmaatregelen die:

- door de Staat worden verleend of met staatsmiddelen zijn bekostigd;
- ten goede komen aan bepaalde ondernemingen;
- een voordeel verschaffen dat niet langs de normale weg zou zijn verkregen;
- de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen;
- het EU-handelsverkeer op ongunstige wijze beïnvloeden.

Lidstaten van de EU mogen op grond van artikel 108, derde lid, VWEU geen staatssteun verlenen zonder voorafgaande toestemming van de Europese Commissie (de *standstill*-bepaling). Anders is er sprake van onrechtmatige steun. De Europese Commissie toetst de verenigbaarheid van die steun met de interne markt. In paragraaf 4.2 zijn drie uitzonderingen op de *standstill*-bepaling behandeld. Het gaat om de toepasselijkheid van (1) de algemene *De-minimis*verordening, (2) de Algemene groepsvrijstellingsverordening en (3) de kaders voor diensten van algemeen economisch belang.

Een universiteit kan als onderneming ontvanger van steun zijn, maar kan ook steun verlenen aan ondernemingen. In hoofdstuk 4 is met name ingegaan op de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht wanneer universiteiten handelen als onderneming en mogelijk publiek geld hiervoor inzetten door middel van kruissubsidiëring. In dat hoofdstuk stond daarom vooral de vraag centraal wanneer sprake is van een onderneming.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁵⁷ In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt voor onderwijsactiviteiten onderscheid gemaakt tussen:

- Onderwijs, verstrekt door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit particuliere middelen die niet van de dienstverrichter zelf afkomstig zijn. Het is niet nodig dat deze particuliere financiering hoofdzakelijk door de leerlingen of hun ouders wordt verricht, aangezien de economische aard van een activiteit niet afhangt van het feit dat de dienst wordt betaald door degenen die deze ontvangen.⁵⁸ Deze hoofdzakelijk uit particuliere middelen gefinancierde onderwijsactiviteiten zijn een economische activiteit.
- Onderwijs, verstrekt door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en dat volledig of hoofdzakelijk uit overheidsmiddelen worden gefinancierd. Bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, heeft de staat niet de bedoeling activiteiten tegen vergoeding te verrichten, maar vervult hij zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak tegenover de bevolking.⁵⁹ Deze onderwijsactiviteit is geen economische activiteit.

Wanneer een instelling zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dan moet zij een gescheiden boekhouding voeren voor de verschillende financieringen die zij ontvangt, zodat zij elk risico van kruissubsidiëring van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, uitsluit.⁶⁰

Ten aanzien van het verrichten van onderzoek wordt in de *soft law* van de Europese Commissie onderscheid gemaakt tussen:⁶¹

- ‘Onafhankelijk onderzoek’ (door organisaties voor onderzoek en kennisverspreiding of infrastructuur) met oog op betere kennis en inzicht en de brede verspreiding van onderzoeksresultaten (op een niet-exclusieve en niet-discriminerende basis). Dit onafhankelijk onderzoek kan ook in samenwerkingsverband met andere instellingen of met ondernemingen worden uitgevoerd. Dit soort onderzoek is geen economische activiteit.

57 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 november 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, (*Congregacion de Escuelas Pías Provincia Betania*).

58 HvJ EG 16 november 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, (*Congregacion de Escuelas Pías Provincia Betania*), r.o. 49.

59 *Ibid.*, r.o. 50.

60 *Ibid.*, r.o. 51.

61 Par. 4.3.4.

- ‘Onderzoek namens ondernemingen’ en andere economische activiteiten zoals de verhuur van uitrusting of laboratoria aan ondernemingen en dienstverlening aan ondernemingen.

Kennisoverdracht door middel van het exploiteren van IER is een economische activiteit. Volgens *soft law* van de Europese Commissie wordt er geacht geen sprake te zijn van een economische activiteit als alle inkomsten uit deze activiteit opnieuw in de primaire activiteiten van de betrokken onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur worden geïnvesteerd.⁶² De vraag of deze ‘uitzondering’ houdbaar is, is nog niet voorgelegd aan het Hof van Justitie.

Een vergelijkbare uitzondering in de *soft law* is die van de zuiver ondersteunende activiteiten, die in paragraaf 4.3.6 is behandeld. Het gaat hier om activiteiten die rechtstreeks verband houden met, en noodzakelijk zijn voor het functioneren van de instelling, of die intrinsiek verband houden met het niet-economisch hoofdgebruik. De ondersteunende activiteit moet dezelfde input (zoals materialen, uitrusting, arbeid en vast kapitaal) verbruiken als de niet-economische activiteit. De jaarlijkse (gebruiks)capaciteit voor deze ondersteunende activiteit mag maximaal 20% bedragen van de totale capaciteit. Deze uitzondering is door Advocaat-Generaal Kokott geproblematiseerd in haar conclusie voor de zaak *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*.⁶³ Het Hof van Justitie heeft deze uitzondering in het arrest niet genoemd.

In hoofdstuk 5 is naast het ondernemingsbegrip ook aandacht uitgegaan naar het criterium van het verschaffen van een voordeel uit artikel 107, eerste lid, VWEU.

De Kaderregeling Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie noemt een aantal uitgangspunten voor het voorkomen van het verschaffen van voordelen aan een onderneming. Kort gezegd gaat het om:⁶⁴

- Een gescheiden boekhouding voor economische en niet-economische activiteiten.
- Het rekenen van een markttarief voor contractonderzoek, of als er geen markttarief is de volledige kosten en een gebruikelijke marge in de betreffende sector of een prijs die uitkomst is van een onderhandeling op *arm's length*.
- Deelnemende partijen dragen de volledige kosten en de een vergoeding voor IER is gelijkwaardig aan de marktprijs. Ook voor IER kan het gaan om een prijs die uitkomst is van een onderhandeling op *arm's length*.

Deze voorwaarden zijn uitgebreider beschreven in paragraaf 4.5.2.

⁶² Par. 4.3.5.

⁶³ Conclusie AG Kokott, HvJ EU 16 februari 2017, ECLI:EU:2017:135, punt 53.

⁶⁴ Par. 4.5.2.

6.2.3 Op welke wijze worden in de context van het academisch ondernemerschap de academische vrijheid en de wetenschappelijke integriteit gewaarborgd?

6.2.3.1 *Academische vrijheid*

De wettelijke kaders voor de academische vrijheid zijn te vinden in verschillende bronnen. In artikel 1.6 WHW is bepaald dat aan de instellingen (waaronder universiteiten) de academische vrijheid in acht moet worden genomen.⁶⁵ Dit is een zorgplichtbepaling die zich richt tot iedereen binnen de instelling. De vrijheid omvat de vrijheid in het geven van onderwijs, het verrichten van onderzoek en het ontvangen van onderwijs. Deze vrijheid is nauw verbonden met de wetenschappelijke integriteitsnormen: de academische vrijheid moet het personeel in staat stellen zich daaraan te kunnen houden. Relevante nevenrechten, die niet onder de academische vrijheid vallen maar daarmee wel worden geassocieerd, zijn onder andere de institutionele autonomie en het beginsel van zeggenschap voor de leden van de universitaire gemeenschap.⁶⁶

Naast deze verschijningsvorm als zorgplicht is academische vrijheid ook constitutioneel verankerd. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (het Hof) leest de academische vrijheid in artikel 10 EVRM.⁶⁷ In artikel 13 van het Handvest voor de Grondrechten van de EU is de academische vrijheid expliciet opgenomen.⁶⁸ Dit artikel wordt uitgelegd aan de hand van de jurisprudentie over artikel 10 EVRM. Daarin is de ‘academische vrijheid, zowel in het onderzoek als in het onderwijs, de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden waarborgen’.⁶⁹ Het Hof van Justitie legt daarbij ook de nadruk op de vrijheid van universiteiten om vrijelijk hun standpunten kenbaar te maken en schaaft ook de institutionele autonomie onder de academische vrijheid.⁷⁰ De ‘vrijheid van wetenschap’ is ook neergelegd in artikel 15 IVESCR, dat overigens in de Nederlandse rechtsorde geen rechtstreekse werking heeft.⁷¹

6.2.3.2 *Wetenschappelijke integriteit*

De gecodificeerde wetenschappelijke integriteitsnormen zijn in ons land voor het laatst herzien met de Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke

65 Par. 5.3.1.1.

66 Par. 5.3.2.

67 Par. 5.4.3.

68 Par. 5.4.1.

69 Par. 5.4.1.

70 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:792 (*Europese Commissie/Hongarije*), r.o. 226-227.

71 Par. 5.5.1.

integriteit 2018.⁷² Deze code geldt voor VSNU, NFO, Vereniging Hogescholen, NWO, TO2-Federatie en KNAW. De code betreft uitdrukkelijk ook privaat gefinancierd onderzoek. Ook advieswerk valt in principe binnen deze code; de principes en normen zijn van toepassing voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd.⁷³

De code kent vijf leidende principes: eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid.⁷⁴ Voor academisch ondernemerschap zijn met name transparantie en onafhankelijkheid relevant. Transparantie houdt onder andere in dat de rol van externe belanghebbenden bij het onderzoek helder moet worden gemaakt. Onafhankelijkheid betekent onder andere dat wetenschappers zich niet mogen laten leiden door buitenwetenschappelijke overwegingen.

De principes zijn uitgewerkt in 61 normen.⁷⁵ Een aantal daarvan is in het bijzonder relevant voor academisch ondernemerschap, zoals het duidelijk moeten maken van de opdrachtgever of financier als het onderzoek in opdracht wordt uitgevoerd of door derden wordt gefinancierd (norm 8), het maken van heldere afspraken met externe partners over zaken die de wetenschappelijke integriteit betreffen en die daaraan kunnen raken (norm 9) en het open en volledig zijn over de rol van externe opdrachtgevers, financiers, mogelijke belangenconflicten en relevante nevenwerkzaamheden (norm 44).

Voor (bestuurders van) de instellingen gelden zorgplichten.⁷⁶ Ze moeten er bijvoorbeeld voor zorgen dat in de overeenkomsten met opdrachtgevers en financiers eerlijke afspraken staan over het al dan niet openbaar en toegankelijk maken van data en onderzoeksmateriaal.⁷⁷

Klagen over schendingen van de wetenschappelijke integriteit kan bij een door de instelling aangewezen commissie of functionaris.⁷⁸ Ook kan het instellingsbestuur uit eigen beweging onderzoek verrichten. In beide gevallen moet sprake zijn van een eerlijke en zorgvuldige procedure waarin de onschuldpresumptie geldt. Klagers kunnen binnen zes weken na het oordeel van de commissie of functionaris een *second opinion* aanvragen, bijvoorbeeld bij het Landelijk Orgaan voor Wetenschappelijke Integriteit (LOWI).

Het LOWI heeft een aantal keer handelingen van wetenschappers getoetst aan de normen uit de Nederlandse gedragscode voor wetenschappelijke integriteit 2018. Zo is een *legal opinion* getoetst aan norm 22 (controleerbaarheid van bronnen) en norm 34 (zorgvuldige presentatie van bronnen, data en

72 Par. 5.7.2.4.

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*

76 Par. 5.10.

77 Par. 4.5 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.

78 Par. 2.5.3.7.

argumenten).⁷⁹ Deze normen waren niet geschonden. Ook zijn populairwetenschappelijke uitingen getoetst aan norm 18 (vermijd dat de keuze van methode wordt bepaald door buitenwetenschappelijke belangen) en andere normen, waaronder norm 39 (wees expliciet over serieuze alternatieve inzichten die relevant kunnen zijn voor de interpretatie van de data en de onderzoeksresultaten).⁸⁰ Deze normen bleken ook niet geschonden te zijn. De reactie op een indringende, externe, poging tot beïnvloeding van beleidsonderzoek is getoetst aan de hiervoor genoemde normen 8, 39 en 44 en norm 53 (wees eerlijk in publieke communicatie en helder over de beperkingen van het onderzoek en van de eigen expertise; communiceer pas over onderzoeksresultaten aan het algemene publiek als er voldoende zekerheid over de resultaten bestaat).⁸¹ De onderzoekers hadden van deze poging geen melding gemaakt en het gebrek aan transparantie over deze poging in de verslaglegging was volgens het LOWI te kwalificeren als 'bedenklijk gedrag' (dat is lichter dan een schending van de wetenschappelijke integriteit, maar zwaarder dan een 'lichte tekortkoming').⁸²

Waar ten aanzien van de academische vrijheid weinig geput kan worden uit jurisprudentie of adviespraktijk om deze vrijheid te duiden in de context van het academisch ondernemerschap, geeft de adviespraktijk van het LOWI ten aanzien van de wetenschappelijke integriteit meer inzicht in de vraagstukken die in de praktijk kunnen spelen en hoe de integriteitsnormen kunnen worden uitgelegd. De adviespraktijk van het LOWI is beschreven in paragraaf 5.8.2.

- 6.2.4 Er is normering van het academisch ondernemerschap inzake (1) investeringen met publieke middelen en (2) het waarborgen van de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit. In hoeverre is die normering duidelijk, in die zin dat de betrokken actoren binnen de universiteiten of andere normadressaten eruit kunnen afleiden wat van hen wordt verwacht?

In de hiervoor besproken regelgeving is in hoofdlijnen gekeken naar de volgende kenmerken van de normering:⁸³

- de mate van specificatie van de normstelling;
- de mate van vaagheid van in de normstelling opgenomen begrippen;
- de mate waarin normcondities zijn opengelaten;
- het aantal voorwaarden voor het intreden van een rechtsgevolg;

79 LOWI advies 2021, 18.

80 LOWI 2021, 16.

81 LOWI 2021, 8.

82 Par. 5.2 van de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.

83 Deze kenmerken zijn geformuleerd in Van den Heuvel 2018, p. 67.

- de mate waarin de wettelijke regeling inconsistenties bevat;
- de mate waarin wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd.

Daarbij zijn enige onduidelijkheden in de regelgeving aangewezen. Deze zijn voor het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de kaders voor de academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit afzonderlijk behandeld.

6.2.4.1 *Onderwijs(bekostigings)recht*

De onduidelijkheden in de regelgeving, die in paragraaf 3.4 zijn besproken, betreffen specifieke formuleringen in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten.

Allereerst gaat het om het begrip private activiteiten. Private activiteiten zijn volgens de beleidsregel ‘alle activiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover die activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak.’ Door middel van voorbeelden maakt de beleidsregel duidelijk om wat voor activiteiten het gaat. Onderdeel daarvan is de ‘ondersteuning van start-ups (o.a. middels zogenoemde incubators), kennis-exploitatie, valorisatie, niet als onderdeel van de bekostigde wettelijke taken’. Bij incubators wordt in een voetnoot toegelicht dat ‘[hier] onder incubators wordt (...) verstaan, organisaties die een (incubatie-) proces realiseren om de versnelde groei van hoogwaardige starters naar succesvolle ondernemingen mogelijk te maken door een geïntegreerd pakket diensten aan te bieden zoals werkruimte, services, cultuur, coaching, netwerk, (toegang tot) kapitaal, et cetera’. Bij de bekostigde wettelijke taak wordt in een voetnoot toegelicht: ‘[v]oor zover universiteiten en hogescholen zich richten op het overdragen van kennis ten behoeve van de maatschappij, is er sprake van het uitvoeren van een bekostigde wettelijke taak (artikel 1.3, eerste en derde lid, van de WHW)’. Dit artikel gaat evenwel niet over de aanspraak op de rijks-bekostiging maar over de wettelijke doelstellingen van universiteiten. Kijkt men buiten de beleidsregel om wat de minister van OCW verstaat onder de wettelijke taken, dan valt op dat volgens de toelichting op de Regeling beleggen en belenen het verschaffen van een lening aan een start-up als invulling van de valorisatietask valt onder de ‘uitvoering van een wettelijke taak.’⁸⁴ Hoewel het duidelijk is dat universiteiten niet voor deze taak bekostigd worden op grond van artikel 1.9 WHW, blijft het onduidelijk of de uitvoering van een wettelijke taak tegelijkertijd een private activiteit (in dit geval ‘ondersteuning van start-ups’) kan zijn.

Op dit specifieke voorbeeld van het verstrekken van een lening aan een start-up lijkt de beleidsregel – ondanks het voorbeeld van kapitaal – overigens

84 Artikelsgewijze toelichting, artikel 6, *Stcrt.* 2016, 30576.

niet van toepassing. Volgens artikel 2, tweede lid, van de beleidsregel zijn de beleidsregel en de voorwaarden niet van toepassing op de activiteiten genoemd in de Regeling beleggen, belenen en derivaten 2016, vanwege de voorschriften die in die regeling al worden gesteld.

Daarnaast kunnen bij de meeste voorwaarden die in de beleidsregel zijn genoemd vragen worden gesteld, hetgeen mogelijk duidt op enige ontoereikendheid in de specificatie van normstelling of vaagheid in begrippen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard van een voorwaarde (is de aantoonbare meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting?), de betekenis van bepaalde woorden of kwalificaties (wanneer is sprake van 'tijdelijke' overcapaciteit die kan worden ingezet voor private activiteiten?), of de reikwijdte van een verplichting (moet op verzoek van de onderwijsminister inzage worden gegeven in de kostentoe-rekeningen van alle specifieke private activiteiten of alleen de private activiteiten waarvoor publieke middelen zijn ingezet?).

Daarnaast zijn er vraagtekens te plaatsen bij de consistentie van de voorwaarden. Bij de toelichting van de zesde voorwaarde ('een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd') staat dat verliezen ten laste mogen komen van het publieke deel van het eigen vermogen als er deels publiek vermogen is geïnvesteerd. Dat verdraagt zich slecht met de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. Daarnaast is bij de uitleg van het begrip integrale kostprijs uitdrukkelijk aangesloten bij het Besluit markt en overheid; de beleidsregel is evenwel strenger. Volgens de toelichting van de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie wordt de integrale kostprijs zowel vooraf (ex ante) als achteraf (ex post) berekend. Met de berekening achteraf kan de kostprijs worden bijgesteld, maar in de beleidsregel is niet vermeld dat dit verder gaat dan het Besluit markt en overheid, die geen nacalculatie verplicht stelt.

6.2.4.2 Europees staatssteunrecht

In paragraaf 4.8 zijn de volgende onduidelijkheden binnen de kaders van het Europees staatssteunrecht besproken:

- De kwalificatie van onderwijs dat onderdeel uitmaakt van het 'nationale onderwijsstelsel' of 'openbare onderwijsstelsel' kan lastig worden vertaald naar de Nederlandse situatie. Gedacht kan worden aan bekostigde onderwijsinstellingen wanneer zij initiële opleidingen verzorgen (bacheloropleidingen en masteropleidingen volgend op bacheloropleidingen). In een besluit van de Europese Commissie over de publieke financiering van een opleiding van een Catalaans conservatorium lijkt echter accreditatie (erkenning) van de opleiding voorop te staan. Dit besluit is besproken in paragraaf 4.3.3.1.

- In de beoordelingskaders in de *soft law* van de Europese Commissie en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de vraag of er sprake is van een onderwijsinstelling die handelt als onderneming is relevant of de onderwijsinstelling hoofdzakelijk met publieke of private middelen wordt gefinancierd. Dit is inconsistent met de definitie van een onderneming: elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd. Hoewel in de beoordelingskaders in de *soft law* van de Europese Commissie en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over onderwijs als economische activiteit wel de financiering relevant wordt geacht, zou dat mijns inziens moeten gaan over de financiering op activiteitsniveau en niet over financiering op organisatieniveau.
- Met name voor commerciële partijen kan het onduidelijk zijn of zij vallen onder het begrip onderzoeksorganisatie.
- Het omslagpunt van een niet-economische activiteit naar een economische activiteit kan lastig te bepalen zijn bij onderzoek in samenwerking. Dat omslagpunt is relevant voor de vraag wanneer bepaalde kosten beginnen 'mee te tellen' voor het bepalen van een volledige kostprijs met opslag als alternatief voor de marktprijs.
- De status van de uitzonderingen op het zijn van een economische activiteit die de Europese Commissie in niet-bindende *soft law*-documenten heeft neergelegd is onduidelijk. Het gaat om de uitzondering voor kennisoverdracht wanneer alle 'inkomsten' of 'winst' (de *soft law*-documenten zijn hierin niet consistent) opnieuw worden/wordt geïnvesteerd in de primaire activiteiten (onderwijs en onafhankelijk onderzoek als niet-economische activiteiten). Ook gaat het om de uitzondering voor zuiver ondersteunende activiteiten.
- Er is een interpretatie denkbaar, inhoudende dat alle middelen van openbare onderwijsinstellingen overheidsmiddelen zijn. Vanwege de eis van de administratieve scheiding voor onderwijsinstellingen die economische en niet-economische activiteiten verrichten lijkt die interpretatie niet realistisch.

Het is onduidelijk wanneer bepaalde subsidie-calls zodanig gedetailleerd zijn omschreven, dat ze duiden op een onderzoek dat in opdracht zal worden uitgevoerd. Daarbij kan de gangbare *matching*-praktijk bij het subsidiëren van onderzoeksprojecten niet zonder meer voortgezet worden, omdat universiteiten in de praktijk genooddaakt zijn tot kruissubsidiëring.

6.2.4.3 Academische vrijheid en wetenschappelijke integriteit

Bij de bespreking van de duidelijkheid van de kaders voor de academische vrijheid is rekening gehouden met het karakter van deze vrijheid als beginsel of grondrecht. De plicht uit artikel 1.6 WHW om de academische vrijheid in

acht te nemen is niet in hoge mate gespecificeerd. Bij de academische vrijheid gaat het met name om onduidelijkheden over de beperking van deze vrijheid. Die beperking kan bijvoorbeeld zien op het bepalen van het eigen onderzoeksthema, het volgen van eigen inzichten in het onderzoeksproces of het tijdelijk niet kunnen publiceren van de bevindingen. Er is geen (duidelijk) kader waarin is bepaald welke beperkingen al dan niet gerechtvaardigd zijn.

Ook de normen uit de Nederlands gedragscode wetenschappelijke integriteit zijn open geformuleerd en zijn soms eerder te lezen als beginselen dan als verboden of geboden. Een gevaar daarvan is dat de handhaving lastig te voorspellen kan zijn. Dat ligt onder andere aan:

- De open formulering van de reikwijdte van de gedragscode. Zo is met betrekking tot adviezen bepaald dat de normen en beginselen van code van toepassing zijn 'voor zover dat in redelijkheid kan worden verlangd'.
- De relatie tussen principes en de normen, waarbij het onduidelijk is in hoeverre de normen (vergelijkbaar met minimumstandaarden) kunnen worden geïnterpreteerd aan de hand van principes (vergelijkbaar met *best practices*).
- De academicus is in deze code overgeleverd aan de interpretatie van het instellingsbestuur met betrekking tot de kwalificatie van de schending en de invulling van de wegingscriteria die hiervoor zijn geformuleerd. Waar de formulering van een norm als een beginsel als voordeel heeft dat er een zekere mate van discretionaire ruimte is om te bepalen of in een concreet geval aan de norm wordt voldaan, is die ruimte in de handhavingssfeer vooral toegekend aan het instellingsbestuur en niet aan de academicus. De gevolgen voor academici bij constatering van schending van een norm zijn overigens ingrijpend. Voor niet-naleving van de in de code geformuleerde zorgplichten van de instelling (die niet als normen gelden) staat de klachtprocedure niet open. Dat geeft een scheve verhouding tussen het instellingsbestuur en academici.

6.3 BEANTWOORDING VAN DE HOOFDVRAAG:

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

Normering

In Nederland wordt het academisch ondernemerschap in ieder geval genormeerd met regels die in hoofdlijnen (en in eigen woorden) de volgende uitgangspunten betreffen:

1. *Publiek geld wordt rechtmatig en efficiënt besteed en dit wordt transparant verantwoord*

Dit uitgangspunt komt in het onderwijs(bekostigings)recht terug in de verplichting voor het college van bestuur om zich in het jaarverslag te verantwoorden over de rechtmatige en doelmatige inzet van de rijksbekostiging. In de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten komt de efficiëntie tot uitdrukking in de eerste vier voorwaarden en de laatste, zevende, voorwaarde.⁸⁵ In het Europees staatssteunrecht voeren rechtmatigheid en efficiëntie ook de boventoon. In de toepassing van de uitzonderingen op het staatssteunverbod gelden allerlei voorwaarden die efficiëntie van bestedingen vooropstellen, zoals het feit dat er steeds cofinanciering moet zijn om de Algemene groepsvrijstellingsverordening toe te kunnen passen.

Het waarborgen van de continuïteit van de kerntaken van de universiteit en het tegengaan van verdringing van deze taken ten gunste van ondernemende activiteiten zou ook onder dit efficiëntie-beginsel kunnen worden geschaard. Dit is indirect geregeld in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten, met de voorwaarden 'De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling' en 'De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak'.

2. *Oneerlijke concurrentie wordt tegengegaan*

Dit komt terug in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten in de voorwaarde dat de investering niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. De integrale kostprijs van de private activiteiten moet daarom in rekening worden gebracht aan de afnemers. Publiek geld zou ook niet mogen weglekken naar de private activiteiten. Dat geldt ook voor de vruchten ervan. De beleidsregel kent als voorwaarde dat een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, aan het publieke eigen vermogen wordt toegevoegd.

Het Europees staatssteunrecht heeft als doel om concurrentievervalsing in de interne markt tegen te gaan. Het is wel mogelijk om steun te verlenen die verenigbaar met de interne markt is of wordt geacht. Zo wordt steun die wordt verleend onder de voorwaarden van de Algemene groepsvrijstellingsver-

85 Voorwaarden: 1. De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling; 2. De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd, levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak; 3. Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard; 4. De investering is proportioneel: staat – ook in de tijd – in een redelijke verhouding tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak; 7. Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag.

ordering als verenigbare steun geacht. Kruissubsidiëring zal daar niet snel onder vallen, omdat dit geen transparante steun is.

Naast het tegengaan van oneerlijke concurrentie aan de aanbodkant (andere aanbieders van goederen of diensten die concurreren met de universiteit), is in hoofdstuk 2 ook het gelijk speelveld aan de vraagkant (de afnemers van universiteiten) aangestipt. Het college van bestuur van een openbare universiteit is gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad oordeelde in het recente *Didam*-arrest dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam bij het verkopen van een onroerende zaak mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden (wanneer er meer gegadigden zijn voor de aankoop of als dat redelijkerwijs te verwachten is).⁸⁶ In paragraaf 2.5.2.2 is gewezen op de onduidelijkheid over de impact van deze uitspraak op universiteiten en de vraag of deze uitspraak alleen ziet op de verkoop van onroerende zaken.

3. *Academische vrijheid moet gewaarborgd blijven en academici moeten integer hun werk kunnen doen*

De academische vrijheid omvat onder andere de vrijheid om zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen. Ook omvat dit begrip – zowel in het onderzoek als in het onderwijs – de vrijheid van meningsuiting en actie, de vrijheid om informatie te verstrekken en de vrijheid om kennis en waarheid te zoeken en zonder beperking te verspreiden waarborgen.

Op institutioneel niveau heeft de universiteit een zekere autonomie ten opzichte van de overheid en is er zeggenschap voor de leden van de universitaire gemeenschap. De academische vrijheid waarborgt dat academici zich kunnen houden aan professionele normen, zoals de normen uit de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018.

Wat opvalt is dat valorisatie in het beleid hoog op de agenda staat, maar de uitgangspunten van de regelgeving in het onderwijs(bekostigings)recht ‘defensief’ zijn ingestoken vanuit de rechtmatigheid en doeltreffendheid.

Duidelijkheid

De duidelijkheid van de normering kan op bepaalde vlakken verbeterd worden. Dat kan in het onderwijs(bekostigings)recht door verduidelijkingen aan te brengen in de Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten of door rechtstreeks normen te stellen aan hogeronderwijsinstellingen op grond van artikel 2.7a WHW. Binnen het Europees staatssteunrecht zijn er inconsistenties en andere onduidelijkheden in de *soft law*-documenten van de Europese Commissie. Ook de manier waarop het Hof van Justitie oordeelt of een onderwijsinstelling een onderneming is, mist consistentie met de wijze

86 Par. 2.5.2.2.

waarop het Hof dit doet ten aanzien van andere organisaties. Met betrekking tot de academische vrijheid is het onduidelijk wanneer een beperking van die vrijheid gerechtvaardigd is in de context van het academisch ondernemerschap. De Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit ten slotte kent onduidelijke formuleringen die afdoen aan de voorspelbaarheid van de handhaving van de code.

6.4 HOE NU VERDER?

Dit proefschrift ving in paragraaf 1.3 aan met de constatering dat wie de WHW openslaat er niet uit kan afleiden dat universiteiten allerlei initiatieven ontplooiën die getypeerd kunnen worden als academisch ondernemerschap. Hoewel de minister van OCW recentelijk de nieuwe Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten heeft vastgesteld, benadert de minister van OCW de bepalingen daar (vanwege de beperkte grondslag hiervoor in de WHW) slechts vanuit het uitgangspunt van doelmatige besteding van publieke middelen door het instellingsbestuur. Voor het daadwerkelijk bieden van een duidelijk normenkader voor het academisch ondernemerschap zijn er meer uitgangspunten nodig dan doelmatige besteding. Er zijn daarvoor ook concrete normen nodig die de interactie tussen verschillende actoren regelen. Die normen kunnen (op termijn) hun neerslag vinden in een wijziging van de WHW (of in de opvolger van de al zo vaak gewijzigde WHW).

Daarbij moet mijns inziens worden begonnen met het opnieuw doordenken en formuleren van de taken van bekostigde universiteiten. Het is aan de democratisch gelegitimeerde wetgever om de reikwijdte van het openbaar gezag te bepalen en de wetgever heeft hiermee invloed op wat als een economische activiteit moet worden gezien. Het Europees staatssteunrecht biedt daarvoor ook voldoende ruimte. Naar analogie met de uitspraak *Compass-Datenbank* van het Hof van Justitie van de EU kan beargumenteerd worden dat activiteiten die voor afnemers geld kosten maar onlosmakelijk zijn verbonden met een wettelijke taak, geen economische activiteiten zijn.⁸⁷ De Europese Commissie biedt zelfs de ruimte om bepaalde activiteiten inzake kennisoverdracht als niet-economisch te beschouwen, waaronder 'licentiëring, het creëren van spin-offs of andere vormen van beheer van door de onderzoeksorganisatie of -infrastructuur gecreëerde kennis', waarbij wel de inkomsten opnieuw in de primaire activiteiten worden geïnvesteerd.⁸⁸ Ook als het Europees staatssteunrecht van toepassing is, zijn daarbinnen en op grond van DAEB-regels voldoende mogelijkheden om zulke kennisoverdracht te faciliteren – hoewel

87 HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*), r.o. 49. Zie ook Sluijs, *NJB* 2021, p. 2401-2405 en Rb. Den Haag 21 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8623.

88 Mededeling betreffende het begrip staatssteun, randnr. 32.

verduidelijkingen en versoepelingen daarin ook wenselijk zijn (zo komt het financieren van een KTO niet uitdrukkelijk terug in de Algemene groepsvrijstellingsverordening en is het principe van cofinanciering voor een dergelijke interne organisatie van de universiteit niet logisch).

Daarnaast zou de WHW of de onderliggende regelgeving (zoals een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 2.7a WHW) op een centrale plaats gedragsnormen of zorgplichten kunnen bevatten omtrent het in de context van het academisch ondernemerschap voorkomen van de verwaarlozing van het onderwijs en onderzoek, het tegengaan van bestuurlijke en financiële belangenverstrengeling, het waarborgen van de academische vrijheid en het tegengaan van ongelijke concurrentie met particuliere ondernemers. Codes en richtsnoeren zouden verankering kunnen krijgen in de regelgeving, maar hoeven daarbij uiteraard niet geheel overgenomen te worden. Zo kan wel bijvoorbeeld op regelniveau worden verplicht om de Verklaring van wetenschappelijke onafhankelijkheid van de KNAW in onderzoekscontracten te gebruiken, tenzij dwingende redenen van algemeen belang zich daartoe verzetten. Op richtsnoerniveau kan bijvoorbeeld worden geregeld dat de personen die opkomen voor de belangen van studenten en onderzoekers binnen een KTO, niet dezelfde personen mogen zijn die de belangen van de universiteit behartigen tijdens onderhandelingen over intellectuele eigendomsrechten en aandelenbelangen. Met betrekking tot het tegengaan van oneerlijke concurrentie kan bijvoorbeeld in regelgeving worden bepaald dat de marktprijs, of een prijs die daarmee overeenkomt zoals een prijs voor een licentie die voortkomt uit een zakelijk onderhandeling, in rekening moet worden gebracht aan afnemers van goederen of diensten, en dat een kostenscheiding wordt aangebracht bij onderzoek in samenwerking met externe partijen.

Wetgeving moet worden nageleefd en gehandhaafd. In de afgelopen jaren is de Inspectie van het Onderwijs actief geweest op het gebied van nalevingsondersteuning bij private activiteiten. De website inzake het onderwerp van private activiteiten is inzichtelijker gemaakt met enkele casussen en er is voorzien van een vragen- en klachtenformulier. Zoals hiervoor is opgemerkt, gaat de casuïstiek nu over initiatieven die weinig effect hebben op de markt, zoals het aanbieden van Hoger Onderwijs voor Ouderen. Ook standpunten over meer 'gevoelige' activiteiten zouden openbaar moeten worden gemaakt. Een dergelijk corpus aan vragen en antwoorden kan knelpunten boven water halen en biedt een terugkoppeling voor de wet- of regelgever om de regelgeving te optimaliseren.

6.5 SLOT

Met dit onderzoek is beoogd vanuit de rechtsgeleerdheid een bijdrage te leveren aan de academische discussie over het academisch ondernemerschap. Dit onderzoek heeft als vetrekpunt de heersende gedachte dat academisch

ondernemerschap een wenselijk fenomeen is en dat rechtszekerheid kan bijdragen aan de bereidheid om te ondernemen en investeren. In dit boek is een belangrijk deel van het juridische speelveld daarvoor geschetst. Verder is gebleken dat de vooronderstelling, genoemd in de inleiding van dit proefschrift, dat het geheel van de normering van academisch ondernemerschap onduidelijk is, moet worden genuanceerd. In dit proefschrift is wel een aantal onduidelijkheden aangewezen en zijn waar mogelijk suggesties gedaan deze weg te nemen. De hoop is dat deze bijdrage in ieder geval een nadere discussie oplevert over hoe het recht academisch ondernemerschap normeert en waar dat beter zou kunnen.