

Verwerven en maken van digitale leermaterialen.

Een aantal juridische vragen
en antwoorden

FAQ

Verwerven en maken van digitale leermaterialen.

Een aantal juridische vragen en antwoorden

Auteur: Bram van Heel

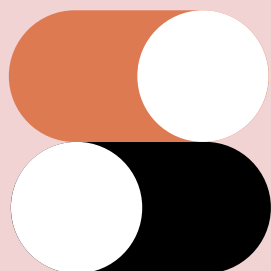
Tegengelezen door: Bas Ettema

Datum: juli 2025

Versie: 1.0



Op deze uitgave is de Creative Commons Naamsvermelding 4.0-licentie van toepassing. Maak bij gebruik van dit werk vermelding van de volgende referentie: Bas van Heel, Verwerven en maken van digitale leermaterialen, een aantal juridische vragen en antwoorden. Utrecht. Npuls.



Inhoud

| | |
|---|----|
| 1. Inleiding | 5 |
| 2. Issues bij het maken | 7 |
| a. Wie krijgt het IE en waarom is dat relevant | 7 |
| b. Wil je content maken voor gebruik binnen je eigen instelling? | 7 |
| c. Wil je content maken samen met andere instellingen voor gebruik binnen je eigen instelling en van andere instellingen? | 8 |
| d. Wil je digitaal leermateriaal maken in coproductie met een marktpartij? | 9 |
| e. Maakt het voor het <i>maken</i> uit of sprake is van open of gesloten materiaal? | 9 |
| 3. Issues bij het verwerven | 11 |
| a. Wat is verwerven? | 11 |
| b. Op welke manieren kun je verwerven? | 11 |
| c. Is sprake van inkoop als je gebruik maakt van content van een docent in dienst van jouw instelling? Of van een ZZP-er die jouw instelling inhuurt? | 12 |
| d. Maakt het uit <i>wat</i> je verwerft? Gelden er bijvoorbeeld andere regels voor content, of voor een applicatie om content te ontsluiten of voor een dienst om content (samen) met jou te maken? | 12 |
| e. Mag je specifieke materialen of een applicatie aan studenten voorschrijven? | 13 |
| f. Zijn er uitzonderingen op de aanbestedingsplicht waar je gebruik van kunt maken? | 13 |
| g. Ben je vrij om open of gesloten materiaal te verwerven? | 14 |
| 4. Issues bij het verspreiden | 15 |
| a. Mag je het materiaal dat je voor je eigen instelling hebt gemaakt <i>zelf</i> verspreiden? | 15 |
| b. Mag je het materiaal dat je voor je eigen instelling hebt gemaakt door anderen laten verspreiden? | 18 |
| c. Kan open materiaal zonder juridische problemen worden verspreid? | 19 |
| d. Stel: jouw instelling werkt samen in een verband met andere instellingen waarbij je zowel maakt, verwerft als distribueert (dus een combinatie van de activiteiten 1, 2 en 3). Maakt het juridisch uit wanneer je alle drie activiteiten combineert? | 19 |
| Bijlage 1: Staatssteun? | 21 |

1. Inleiding

Doelgroep en doel

Deze juridische FAQ's zijn bedoeld voor inkopers, personen die bij bibliotheken werken en beleidsmedewerkers die zich bezighouden met het maken/verwerven/verspreiden van digitale leermaterialen voor het WO/HBO/MBO. Dit document is bedoeld om vroeg in het proces inzicht te geven waar juridische issues kunnen spelen zodat op het juiste moment aanvullende juridische of inkoop hulp kan worden ingeschakeld.

Leeswijzer en begrippen

Je kunt bij content drie verschillende activiteiten onderscheiden. Aan elke activiteit is een hoofdstuk geweid:

Hoofdstuk 2: Het **maken**

Hoofdstuk 3: Het **verwerven**

Hoofdstuk 4: Het **verspreiden**

Met “je” is bedoeld: “de onderwijsinstelling waar je voor werkt”. Deze notitie gaat dus niet over jou als individu.

Met IE is bedoeld: intellectueel eigendom. Er zijn meerdere soorten IE. Bij content gaat het meestal om auteursrechten (in het Engels: copyright) die ontstaan door content te maken.^a

^a Andere IE rechten komen in deze notitie niet aan bod, maar kunnen soms relevant zijn. Voorbeelden zijn databankenrechten, rechten op tekeningen en modellen en octrooirechten (Engels: patent). Voor auteursrechten is vooral de Auteurswet relevant. In deze wet staan bepalingen die voortvloeien uit de Berner Conventie en uit Europese regelgeving, zoals de Verordening digitale diensten (Engels: Digital Service Act).

Voorbehoud

Niet alle juridische aspecten worden behandeld. De focus ligt vooral op aspecten waar een markt- of concurrentie-element in zit. Denk aan een situatie waarin een commerciële uitgave wordt vervangen door open eermateriaal van jouw instelling waarvoor subsidie is ontvangen. Verwacht ook geen volledige adviezen. Veel zaken zijn bewust gesimplificeerd.

2. Issues bij het maken van (open) leermaterialen

a. Wie krijgt de IE?

Als je als natuurlijk persoon content maakt ontstaan er gewoonlijk auteursrechten. Wie krijgt de eigendom hierop (IE)?

Hoofdregel is: de maker. Als je een leverancier inschakelt om content te maken, dan zal die leverancier dus de eigendom verkrijgen. Tenzij hierover in het contract iets anders staat. Dit geldt ook als content door een ZZP docent is gemaakt. Of door een andere instelling. Daarom is het van belang dat in contracten met een leverancier, ZZP'er of andere instellingen goede afspraken staan over IE.

Ben je als individu in loondienst en valt het maken binnen je functie, dan is daar de regel dat de werkgever het IE krijgt.^b In een arbeidsovereenkomst en/of CAO kunnen aanvullende of andere afspraken worden gemaakt. Zo staat bijvoorbeeld in de CAO van het WO dat de werknemer moet melden als IE ontstaat. Daarnaast bevat de CAO een regeling aan wie de IE dan toekomt. Vaak is er ook beleid hierover, dat per universiteit kan verschillen. Het is dus van belang om wet, arbeidsovereenkomst, CAO en beleid goed in beeld te hebben. Verder kan het zijn dat er nog uitvoeringshandelingen nodig zijn zoals het goed vastleggen welke IE rechten worden overgedragen, of welke licenties worden verstrekt. Het is uiteraard van belang om gemaakte afspraken goed bij te houden en te archiveren zodat deze raadpleegbaar zijn. Een open deur wellicht, maar het wordt wel eens vergeten.

b. Maken van nul of voortborduren?

Je kunt content maken vanaf een blanco scherm, maar heel vaak wordt bij het maken van content iets van anderen gebruikt. Bijvoorbeeld door voort te borduren op content van een andere instelling of van een commerciële partij. Als je dit doet gaat er aan het maken een stap vooraf: je verwerft content en daar borduur je op voort. Over de activiteit verwerven gaan de vragen bij hoofdstuk 3.

^b Artikel 7 Auteurswet. Dit heet het werkgeversauteursrecht.

Er kunnen grensgevallen zijn tussen *zelf* content maken en *verwerven*. Je neemt bijvoorbeeld niet letterlijk tekst over, maar je gebruikt deze wel als basis. Laat je goed adviseren op dit punt om gedoe over IE te voorkomen. Ga hiervoor naar het auteursrecht informatiepunt van je instelling.

Het gebruik van AI-tools kan bijzonder handig zijn, maar het kan ook voor IE problemen zorgen. Zo kan het zijn dat je onbewust gebruik maakt van IE van derde partijen, omdat de AI-tool die content heeft gebruikt (scraping). Dit onderwerp is volop in ontwikkeling en hier lopen rechtszaken over. Voor nu is het vooral van belang om je te realiseren dat het gebruik van een AI-tool kan voelen als het maken van content, maar het kan zijn dat je onbewust ook content aan het *verwerven* bent, of zelfs aan het *verspreiden*. Door AI-gebruik kan sprake zijn van (onbewust) inbreuk op rechten van derden.



TIP: Ga na of je echt van nul begint, of dat je gebruik maakt van content van anderen.

Bij gebruik van content van anderen kunnen er twee issues spelen:

- IE rechten van derden. Zorg dat je die in beeld krijgt. En overleg met een specialist zodat je geen rechten van derden schendt.
- Je verwerft de content van derden. Zie hoofdstuk 3 over verwerven. Er kan bijvoorbeeld een aanbestedingsplicht spelen.

c. Ik wil content maken voor gebruik binnen mijn eigen instelling. Waar moet ik rekening mee houden?

Deze notitie gaat vooral over het voorkomen van juridische problemen die met de markt te maken hebben.

Uiteraard loop je risico's als jouw content voortbordurt op content van derden zonder de IE goed te hebben geregeld (zie voorgaande vraag).

Als je dit wel goed hebt geregeld zal je niet snel een juridisch probleem krijgen met partijen die al of niet commercieel content maken of verkopen. Uitgangspunt is namelijk dat een instelling leermateriaal mag maken voor eigen gebruik, dus voor de eigen instelling. Dit vloeit onder andere voort uit de vrijheid van onderwijs. Ook vanuit het staatssteun- en mededingingsrecht hoeft je geen problemen te verwachten.

Wel kan het volgende een aandachtspunt zijn. Als er al een relatie is met een (commerciële) leverancier die de content levert, die door het ontwikkelde materiaal wordt vervangen, dan kan het zo zijn dat die relatie niet onmiddellijk kan worden doorgeknipt en dat een overgangsperiode verstandig is. Wees vooral alert bij de volgende situaties:

- Toezeggingen over omzetvolumes, bijvoorbeeld in ruil voor korting;
- De leverancier heeft flinke investeringen gedaan. Meestal zal dit een ondernemersrisico voor de leverancier zijn, maar er zijn situaties denkbaar dat hiertoe in overleg met de instelling is besloten en dat het daardoor lastiger wordt om de relatie van het ene op het andere moment te verbreken. Hoe exclusiever en hoe langer de relatie, hoe groter de kans dat je hierin voorzichtig moet zijn;
- Er kan een afhankelijkheid zijn ontstaan van een leverancier, bv voor gebruik van metadata.

d. Wil je content maken samen met andere instellingen voor gebruik binnen je eigen instelling en van andere instellingen?

Hier kan sprake zijn van drie activiteiten: het zelf content maken, het verwerven van andere instellingen en het *verspreiden* van content.

Bij het *maken* speelt weer dat je kunt voortborduren op werk van anderen (zie de tip aan het slot bij vraag 2a). Verder zullen aan de activiteit maken niet snel juridische problemen kleven.

Voor *verwerven* en *verspreiden* zullen die sneller spelen. Zie hiervoor hoofdstukken 3 en 4.

Ga wel na of er geen belemmingen zijn die de instelling *zichzelf* heeft opgelegd. Dat zal niet vaak het geval zijn, maar denkbaar is dat jouw instelling in haar strategie, statuten of op een andere plek heeft aangegeven dat het delen/samenwerken met andere instellingen op dit gebied niet de bedoeling is, of alleen onder bepaalde voorwaarden. Bijvoorbeeld over gebruik van de content zelf. Neem contact op met je afdeling Inkoop of je Auteursrecht Informatiepunt.

e. Wil je digitaal leermateriaal maken in coproductie met een marktpartij?

Coproductie kan verschillende vormen aannemen. Meestal is een aspect dat een marktpartij tegen betaling een dienst levert, bijvoorbeeld het maken of aanpassen van content. Dat is een vorm van verwerven. Zie daarom vraag 3.

De samenwerking tussen de marktpartij en de instelling kan ook omvatten dat de marktpartij de content na productie verspreidt. Dat deel van de afspraak ziet op hoofdstuk 4.

Let bij coproductie tenslotte nog op het goed regelen van de IE rechten.

f. Maakt het voor het maken uit of sprake is van open of gesloten materiaal?

Voor het *maken* van leermateriaal maakt het niet veel uit. Er zijn bij open materiaal in de regel minder juridische haken en ogen, met name op IE gebied. Een veel gebruikte vorm van “open” is een [CC BY 4.0 licentie](#), die is erg open. Er bestaan ook minder open licenties, kies wat op jouw situatie van toepassing is of wat door je instelling voorgeschreven wordt.

3. Issues bij het verwerven

a. Wat is verwerven?

Verwerven wordt in dit document gebruikt als term voor allerlei vormen waarop een instelling ervoor kan zorgen dat leermateriaal in eigen handen komt of in handen van de student. Het is dus een ruimer begrip dan inkopen. Bij de volgende vraag worden verschillende manieren van verwerven besproken.

b. Op welke manieren kun je verwerven?

- De meest bekende manier is **inkopen**. Inkopen is: iemand levert iets tegen betaling. Dat kan bijvoorbeeld de content zelf zijn, zoals een digitaal leerboek. Het kan ook een dienst zijn om content te helpen creëren, waarbij jij het intellectuele eigendom of een licentie krijgt op wat er met die dienst is gemaakt. Ook als je van een andere instelling tegen betaling afneemt is sprake van inkoop. Bij inkoop geldt *in beginsel* vanaf een bepaald bedrag een aanbestedingsplicht. Vraag bij jouw inkoopafdeling hoe hoog die drempel voor jou is en welke inkoopprocedure gevolgd zou moeten worden. In vragen hierna wordt een aantal uitzonderingen op de aanbestedingsplicht genoemd.
- Als een derde een prestatie **gratis** aan jou levert en er echt geen tegenprestatie voor terugkrijgt, ook niet in natura, is er geen sprake van inkoop en is er voor jou ook geen aanbestedingsplicht.
- Het verstrekken van een **subsidie** kan lijken op inkoop. De meeste instellingen kunnen zelf geen subsidie verstrekken. Zij kunnen wel subsidie krijgen, bijvoorbeeld als bijdrage om leermaterieel te (laten) maken. De activiteit waar de subsidie voor wordt verleend is voor de subsidieverlener niet afdwingbaar. Dat is het grootste verschil met inkoop.^o In toenemende mate worden subsidies met een verdeelmechanisme verdeeld, bijvoorbeeld op grond van eerst komt eerst maalt, of middels een tender (een soort aanbesteding).
- Minder bekend is de **concessie**. Stel dat een aantal scholen besluit een partij te zoeken die een website in de lucht houdt waarop studenten hun leermiddelen kunnen afnemen en waarbij de leerlingen die exploitant betalen. Dit is geen concessie, er zijn tal van websites als bol.com en amazon.com die dergelijke sites exploiteren. Het wordt wel een concessie als een exploitant een exclusief recht tot exploitatie zou verkrijgen. Bijvoorbeeld wanneer een groep instellingen leermateriaal heeft gemaakt en bepaalt dat dit alleen op één website

^o Maar niet het enige. Voor een overzicht zie: europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2023/07/KED-legt-uit-4.pdf

verkrijgbaar is. De groep instellingen zou dan een partij kunnen zoeken die een dergelijke website volgens voorwaarden die de instellingen voorschrijven exploiteert. Dat exploitatierecht (dat gepaard kan gaan met allerlei plichten) kan meestal niet zomaar aan een partij gegund worden. Als de begrote exploitatieomzet groter is dan 5,5 miljoen geldt er een Europese aanbestedingsplicht.

- Nog minder bekend is een **open house**. Een voorbeeld is de volgende figuur: een instelling bouwt een portal waarop alle partijen die aan specifiek opgestelde voorwaarden voldoen worden toegelaten om leermaterialen aan studenten aan te bieden. De voorwaarden zijn voor alle aanbieders hetzelfde, er vindt dus geen concurrentie plaats op prijs of kwaliteit. Open house werkt alleen voor identieke diensten/producten, anders is er al snel sprake van concurrentie.

c. Is sprake van inkoop als je gebruik maakt van content van een docent in dienst van jouw instelling? Of van een ZZP'er die jouw instelling inhuurt?

Het aangaan van een arbeidsovereenkomst is geen inkoop. Hiervoor geldt ook geen aanbestedingsplicht. Als een docent content maakt valt dit meestal binnen de arbeidsovereenkomst. Dit is geen verwerving, maar een vorm van het maken van content.

Bij vraag 2a is wat dieper ingegaan op situaties dat personeel content aanlevert; uit de arbeidsovereenkomst, CAO of andere nadere afspraken kan voortvloeien dat het auteursrecht niet automatisch bij de instelling ligt. Dan is wel sprake van inkoop, waarbij boven de relevante drempel in beginsel een aanbestedingsplicht geldt.

Als een ZZP'er wordt ingehuurd als docent of om content te schrijven is die inhuur gewoonlijk inkoop en dient die indien boven de drempel in beginsel te worden aanbesteed. Vaak staat in het contract met de ZZP'er dat IE rechten naar de opdrachtgever gaan. Als er niets is overeengekomen geldt als uitgangspunt dat de rechten bij de ZZP'er rusten.

d. Maakt het uit wat je verwerft? Gelden er bijvoorbeeld andere regels voor content, of voor een applicatie om content te ontsluiten of voor een dienst om content (samen) met jou te maken?

Op hoofdlijnen geldt procesmatig en juridisch hetzelfde, maar er zijn vaak belangrijke verschillen. Voorbeelden:

- Specifiek voor content die een leraar/instelling aan een student voorschrijft geldt de zogenaamde onderwijsexceptie, zie de volgende vraag.
- Content met een CC BY 4.0 licentie is gratis. Voor een dienst/product die/dat gratis is, geldt geen aanbestedingsplicht. Let wel op of het echt gratis is. Als er sprake is van een tegenprestatie, ook in natura, is geen sprake van gratis en kan er wel een aanbestedingsplicht gelden.

Ga voor meer informatie naar het Auteursrecht Informatiepunt van je Instelling.

e. Mag je specifieke materialen of een applicatie aan studenten voorschrijven?

De huidige stand van de jurisprudentie is dat een docent specifiek *studiemateriaal* mag voorschrijven. Ook bij een (Europese) aanbesteding mag je een specifieke titel met ISBN nummer voorschrijven. Dit wordt wel de onderwijsexceptie genoemd.

Bij softwarelicenties is de scheidingslijn vager: soms mag je ook een specifieke *applicatie* voorschrijven als dat nodig wordt geacht voor educatieve doeleinden, bijvoorbeeld Adobe voor een grafische opleiding. Om dit netjes te regelen moet bij een aanbesteding een toets worden gedaan of er geen gelijkwaardige producten zijn van andere merken.

Als je een specifiek leermateriaal mag voorschrijven, betekent dit soms ook dat een aanbesteding niet mogelijk is, namelijk als er ook maar één aanbieder is. Als er meer aanbieders zijn van hetzelfde leermateriaal, geldt er in beginsel wél een aanbestedingsplicht. Uiteraard kan er alleen een aanbestedingsplicht gelden als de verwerving door een onderwijsinstelling plaatsvindt; voor een student bestaat geen aanbestedingsplicht.

Dit betekent ook dat wanneer instellingen samen content maken en instellingen dit voorschrijven aan studenten, dit voorschrijven waarschijnlijk geoorloofd is.

f. Zijn er uitzonderingen op de aanbestedingsplicht waar je gebruik van kunt maken?

Als je hebt vastgesteld dat er *in beginsel* een aanbestedingsplicht bestaat (simpel gezegd, een onderwijsinstelling wil inkopen boven de relevante drempelwaarde dan hoeft er toch geen aanbestedingsplicht gelden als er sprake is van een uitzondering.

Een aantal uitzonderingen die relevant kunnen zijn:

- In een situatie dat een instelling materiaal inkoopt en er maar één aanbieder is van voorgeschreven content, geldt er gewoonlijk geen aanbestedingsplicht.
- Als instellingen met elkaar content maken, is denkbaar dat een beroep kan worden gedaan op de uitzondering horizontale samenwerking (ook wel publiek-publieke samenwerking). Er gelden vijf voorwaarden. Raadpleeg een aanbestedingsjurist of inkoper van je instelling want dit is maatwerk, en het is geen gegeven dat een beroep op deze uitzondering gedaan kan worden. Voor volledig open materiaal dat gratis tussen instellingen aan elkaar beschikbaar wordt gesteld, zonder dat sprake is van tegenprestaties, is een beroep op deze uitzondering niet nodig, omdat het uitwisselen van gratis open content niet aanbestedingsplichting is.

g. Ben je vrij om open of gesloten materiaal te verwerven?

Als sprake is van inkoop heeft een aanbestedende dienst (jouw instelling) een ruime mate van vrijheid om zelf vast te stellen welke behoefte er is. Het aanbestedingsrecht gaat over hoe je inkoop, niet wat.

Zoals bij vraag 3d aangegeven mag meestal zelfs een specifieke titel worden uitgevraagd. Wanneer een instelling een partij vraagt te helpen bij het maken van leermateriaal, mag in beginstel worden gevraagd om dit in open dan wel gesloten vorm aan te leveren. Er kunnen situaties zijn waarbij een gesloten vorm niet geoorloofd is, bijvoorbeeld wanneer in een aanbesteding hiermee naar een specifieke leverancier wordt toegeschreven. Vrijwel altijd zal een open vorm ten opzichte van aanbesteden net zo goed of beter zijn uit te leggen dan een gesloten vorm.

4. Issues bij het verspreiden^d

a. Mag je het materiaal dat je voor je eigen instelling hebt gemaakt zelf verspreiden?

Ja, dat mag, maar er gelden wel randvoorwaarden.

Staatssteunrecht

Er mag niet in strijd worden gehandeld met regels uit het [staatssteunrecht](#).

Staatssteunregels zijn bedoeld om oneerlijke concurrentie tegen te gaan doordat het ene bedrijf wel en het andere niet een vorm van steun krijgt. Staatssteunregels op zich verbieden niet dat instellingen content verspreiden, al of niet tegen betaling, maar als er sprake is van staatssteun moet vooraf goedkeuring aan de Europese Commissie worden gevraagd. Er zijn vijf criteria voor staatssteun. Alleen als aan alle vijf is voldaan, is er sprake van staatssteun en dient vooraf aan de Europese Commissie te worden gevraagd of dit verenigbaar is met de Europese markt. De vijf voorwaarden worden hieronder langsgelopen en staan voor het gemak in een stroomdiagram genoemd in bijlage 1.

Voorwaarde 1: beïnvloeding handelsverkeer Europese markt

Als het voordeel (bijvoorbeeld een subsidie) kleiner is dan EUR 300.000 wordt aangenomen dat de markt niet wordt beïnvloed. Er is dan geen sprake van staatssteun. Boven dit bedrag wordt al snel aangenomen dat er wel sprake is van invloed op de Europese markt, maar dat hoeft niet.

Voorwaarde 2: instelling aangemerkt als “onderneming” die “economische activiteit” verricht

Het staatssteunrecht geldt, kort gezegd, alleen als sprake is van economische activiteiten ofwel er wordt geld verdient. Het geven van publiek onderwijs zal in de regel niet als economische activiteit worden aangemerkt. Maar naarmate activiteiten van een onderwijsinstelling verder afstaan van het geven van onderwijs zelf, zal eerder sprake zijn van een economische activiteit.

^d Met verspreiden wordt bedoeld: elke handeling waarmee leermaterialen bewust in de handen van derden, anders dan eigen studenten, ter beschikking worden gesteld.

De Europese Commissie heeft eerder geoordeeld dat een overheidsbedrijf dat zonder winstdoelstelling op middelbare scholen toegesneden IT-diensten leverde aan die middelbare scholen, geen economische diensten leverde. Daarmee was er ook geen sprake van staatssteun.

Naar analogie van deze uitspraak is het dan ook goed mogelijk dat er, wanneer jouw instelling zonder winstoogmerk leermateriaal uitwisselt met een andere instelling die ook publiek onderwijs geeft, geen sprake is van een economische activiteit en daarmee geen sprake van staatssteun. Als het verspreiden verder gaat, bijvoorbeeld aan anderen dan publieke? onderwijsinstellingen of instellingen buiten Nederland, wordt het verband met de publieke taak – het geven van onderwijs – losser en daarmee neemt de kans toe dat aan deze voorwaarde is voldaan. Ook als er geld voor zou worden gevraagd, zeker als dit meer is dan ter dekking van de kosten, kan er mogelijk gesproken worden van een economische activiteit. Kortom, oordeel niet te snel en kijk naar het hele plaatje of laat daarnaar kijken.

Voorwaarde 3: steun bekostigd met staatsmiddelen

Voor jouw instelling zal hier vaak snel aan voldaan zijn. Zo zal een subsidie van de staat die via SURF naar een instelling gaat, al snel als steun van de staat worden aangemerkt.

Voorwaarde 4: de steun moet economisch voordeel opleveren

Als je subsidiegeld ontvangt zonder een tegenprestatie te leveren die evenveel waard is, zal deze steun al snel een economisch voordeel opleveren.

Voorwaarde 5: de steun moet selectief zijn

Deze voorwaarde houdt in dat de steun niet voor iedereen moet gelden. Als bijvoorbeeld de BTW wordt verlaagd voor alle ondernemingen is dit geen staatssteun omdat alle ondernemingen daar voordeel van hebben. Er zijn situaties denkbaar waarbij dit een rol speelt bij open leermateriaal: als alle ondernemers gebruik kunnen maken van leermateriaal dat vanuit de overheid bekostigd is, zou dat mogelijk kunnen betekenen dat er geen voordeel is voor een specifieke ondernemer (inclusief instelling). Dit zou aan de hand van een specifieke casus nader moeten worden bekeken.

Conclusie en gevolgen staatssteun

Alleen voor een specifiek geval kan een echte toets worden gedaan. Vaak zal het verspreiden door jouw instelling niet met een winstoogmerk gebeuren. Als het verspreiden van de content ook echt verband houdt met het onderwijs zelf, zal niet zo snel sprake zijn van een economische activiteit en daarmee ook niet van staatssteun. Overigens is er nog niet per se een man over boord wanneer er sprake is van staatssteun. Het kan namelijk een maatregel zijn die onder een vrijstelling valt. Met name de vrijstellingen die gelden voor diensten van algemeen belang (DAEB) zouden van toepassing kunnen zijn, als aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Laat wel een goede en tijdige analyse doen, want als toch sprake is van staatssteun die niet vooraf is goedgekeurd door de Europese Commissie, is het gevolg dat het voordeel moet worden terugbetaald en dat kan in de papieren lopen en leiden tot operationele issues.

Mededingingsrecht

Als geen sprake is van staatssteun, bijvoorbeeld bij een klein project, kan de Wet markt en overheid spelen. In principe is deze niet van toepassing op de meeste bekostigde onderwijsinstellingen, maar het kan zijn dat een rechter of de politiek hier toch met een schuin oog naar kijkt. Deze wet stipuleert onder andere dat er niet onder de kostprijs mag worden aangeboden. Als een instelling een aparte BV heeft voor dit soort activiteiten, kan het zijn dat voor die BV deze wet van toepassing is, omdat die BV geen onderwijsinstelling is. Voor deze wet geldt overigens dat deze buiten werking kan worden gesteld als sprake is van een algemeen belang. Dat zou in sommige situaties verdedigbaar kunnen zijn, bijvoorbeeld door een beroep te doen op autonomie en andere publieke waarden, maar het hangt er wel vanaf hoe goed die motivatie is. Voor het buiten toepassing verklaren is wel een formele handeling van het Rijk vereist en dat kan tijd kosten. Een voorbeeld hoe dit kan gaan op gemeenteniveau. Stel: een gemeente wil schonere lucht. Ze kan dan haar fietsenstalling gratis aanbieden voor burgers. De gemeente kan deze service formeel bestempelen als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Commerciële fietsenstallingen kunnen hier last van hebben, maar door de dienst van de gemeente formeel als een DAEB aan te merken is dit toch geoorloofd. Het algemeen belang moet dan in die formele vaststelling wel goed worden gemotiveerd.

Regels of beleid van de eigen instelling

Een onderwijsinstelling is primair opgericht om onderwijs te geven. Ga daarom na of er geen regels of beleid zijn die het bevoegd gezag of instelling zichzelf heeft opgelegd die in de weg zouden kunnen zitten bij een activiteit die daar iets verder vanaf staat. Dat kan extra spelen als er investeringen gedaan zouden moeten worden.

Specifiek voor het WO geldt nog de Notitie helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs. Dit is beleid, geen wetgeving, maar deze notitie kan min of meer op een lijn met wetgeving worden gesteld. De verplichtingen zijn van toepassing op de volgende situaties:

- Een kernactiviteit van het onderwijs wordt uitbesteed. Dat zal meestal niet het geval zijn, maar is in sommige situaties denkbaar, bijvoorbeeld wanneer een docent wordt vervangen door een virtuele assistent/docent etc.^e
- Er vinden investeringen plaats in private activiteiten die “op geen enkele wijze te maken hebben met kennisoverdracht”.^f Of daar sprake van is bij distributie door bijvoorbeeld een boekhandel of portal die een universiteit exploiteert, kan je over twisten, maar het lijkt niet waarschijnlijk, vooral niet bij een kleinschalige projecten of pilots. Als wel sprake is van investeringen in dergelijke private activiteiten, zegt deze notitie dat er geen sprake mag zijn van marktversturende activiteiten. Concreet kan dit bijvoorbeeld betekenen dat dan niet onder de kostprijs mag worden aangeboden.

Op dit punt bestaat enige juridische onzekerheid.

b. Mag je het materiaal dat je voor je eigen instelling hebt gemaakt door anderen laten verspreiden?

Voor dit laten verspreiden door die “andere” geldt hetzelfde als bij vraag 4a: je moet kijken of het laten verspreiden door die ander tot staatssteun kan leiden, of dat er strijd is met het mededingingsrecht etc.

Uiteraard is het van belang dat dergelijke afspraken niet strijdig mogen zijn met eerdere (exclusieve) afspraken te maken met derden, stroken met IE rechten etc. Vanzelfsprekend is het van belang om hierover goede afspraken te maken, bijvoorbeeld over IE rechten en hoe wordt omgegaan met meta data, etc.

^e Citaat uit de notitie: *Dit thema is gericht op uitbesteding van opleidingen die in het Centraal Register Opleidingen Hoger Onderwijs (CROHO) staan en dus opleidingen zijn in de zin van de Wet op het hoger onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek (WHW). Contractonderwijs valt hier buiten, omdat dat een zaak is van de universiteit of hogeschool zelf en ze er ook geen geld voor krijgen van de overheid. Onder dit thema valt uitdrukkelijk niet de samenwerking op het gebied van onderwijs en onderzoek met andere bekostigde instellingen, met onderzoeksinstituten of met academische ziekenhuizen.*

^f Citaat uit de notitie: *Het gaat hier uitdrukkelijk niet om investeringen die de instelling normaal doet in verband met het beheer en bestuur van de instelling (schoonmaak, huisvesting, catering, leveranciers etc). Het gaat om investeringen van een instelling in commerciële activiteiten voor of in samenwerking met derde, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht.*

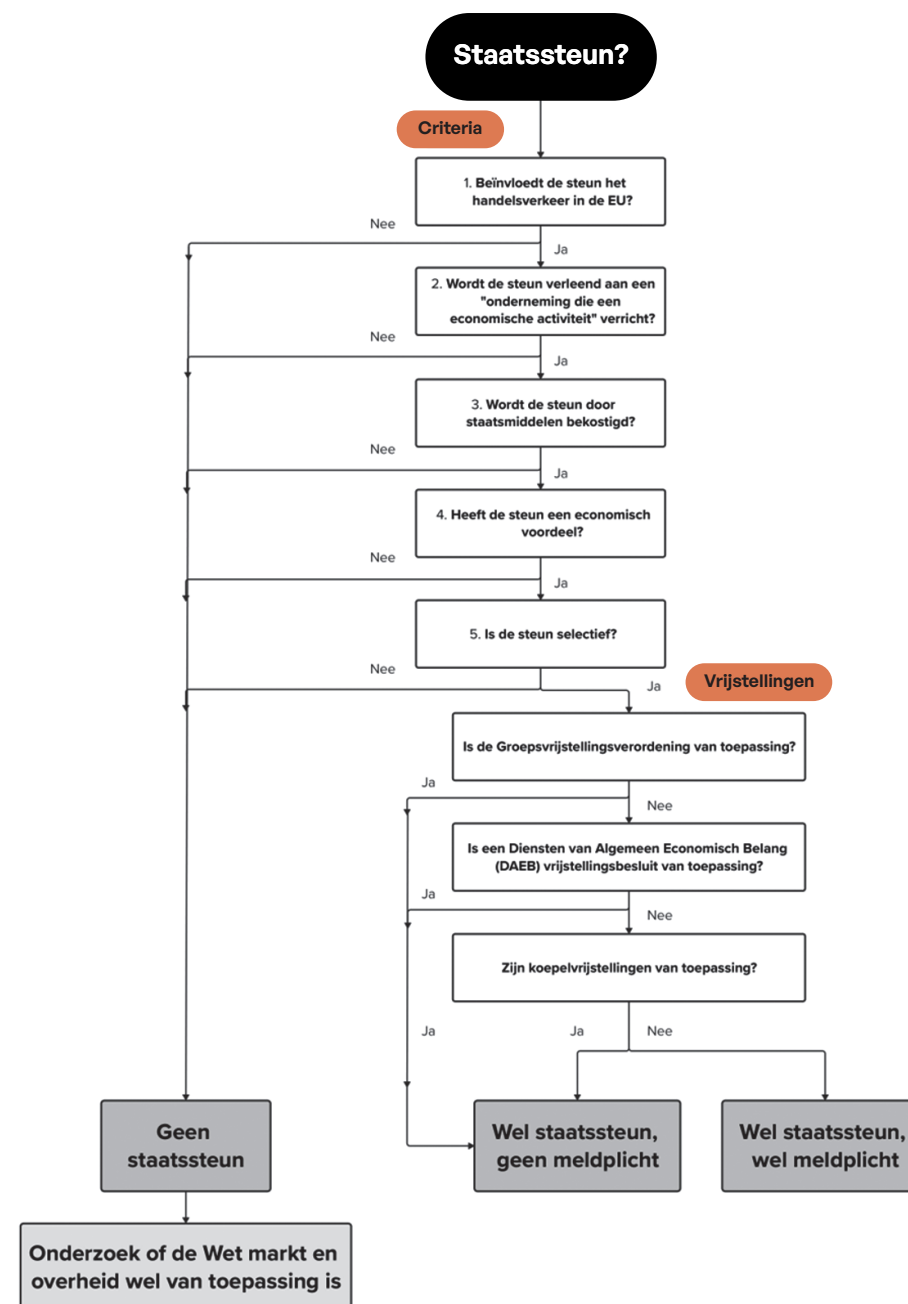
c. Kan open materiaal zonder juridische problemen worden verspreid?

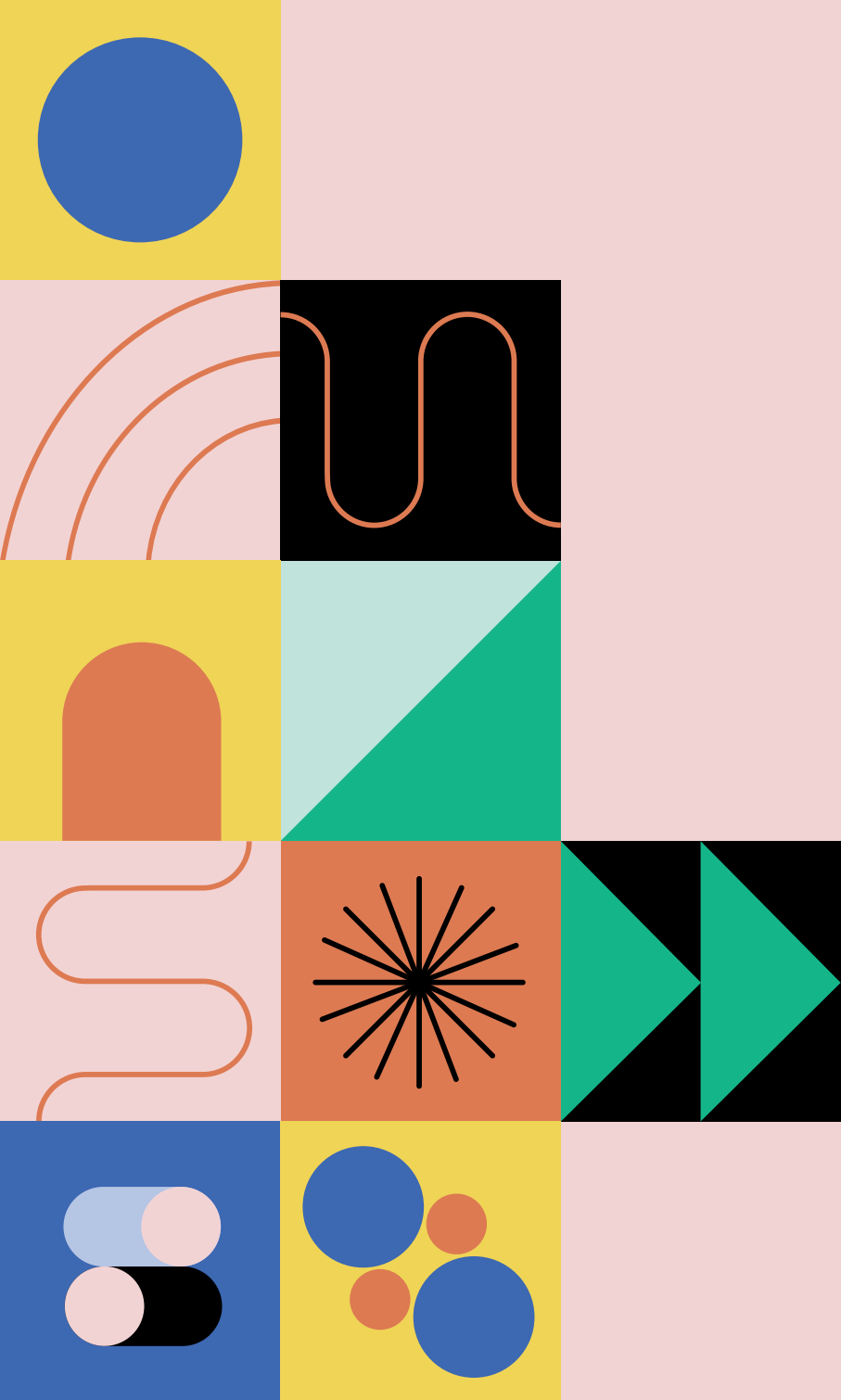
Open materiaal zal in de regel gratis zijn en voor eenieder toegankelijk. Daarmee lijkt op het eerste gezicht dat er geen problemen zullen zijn. En vanuit de IE rechten bezien zal dit meestal ook zo zijn. Echter, wanneer overheidsgeld is aangewend bij het maken van de open content en deze wordt verspreid kan de vraag spelen die bij 4a is beantwoord.

d. Stel: jouw instelling werkt samen in een verband met andere instellingen waarbij je zowel maakt, verwerft als distribueert (dus een combinatie van de activiteiten 1, 2 en 3). Maakt het juridisch uit wanneer je alle drie activiteiten combineert?

Ja, dit maakt verschil. Die combinatie kan maken dat een marktpartij er niet meer aan te pas komt, bijvoorbeeld omdat de docent voorschrijft wat jouw instelling samen met andere maakt en aan elkaar of anderen distribueert. Het is niet gegeven dat dit niet mag, maar het zal risico-verhogend werken en het is extra belangrijk om goed na te gaan of binnen de lijnen van de wet wordt gewerkt. Een of meerdere marktpartijen kan voor een rechtbank beargumenteren dat er oneerlijke concurrentie optreedt door de activiteiten van de instellingen. Voor de verwerving zou je bijvoorbeeld problemen kunnen voorkomen door het aangaan van een zogenaamde horizontale samenwerking (ook wel publiek-publieke samenwerking, zie uitleg hierboven). Het voordeel daarvan is dat dat je daarmee mogelijk ook eventuele problemen ten aanzien van het maken en verspreiden (distributie) voor bent. Dit is wel maatwerk. Laat je hiervoor adviseren door de inkoper van je eigen instelling.

Bijlage 1: Staatssteun?





Onderwijs
bewegen.