
Vergaderjaar 2019-2020

35 282 Wijziging van onder meer de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de Wet educatie en beroepsonderwijs in verband met het stellen van voorschriften ten behoeve van de toegankelijkheid van het hoger onderwijs en met betrekking tot taal in het hoger en middelbaar beroepsonderwijs (Wet taal en toegankelijkheid)

E BRIEF VAN DE VICE-PRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 mei 2020

Bij brief van 3 maart 2020 heeft de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Kamer van voorlichting te dienen over een onderdeel van het wetsvoorstel Wet taal en toegankelijkheid.

De Afdeling advisering van de Raad van State is gevraagd voorlichting te geven over artikel 7.53a van de Wet op het Hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW), zoals opgenomen in het gewijzigd voorstel van wet.¹ Aanleiding voor het verzoek is dat genoemd artikel door amendering twee wijzigingen heeft ondergaan. Het in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen vereiste van toestemming van de minister vooraf voor het voeren van een capaciteitsnorm (een *numerus fixus*) is gewijzigd in een toestemmingsvereiste *ex post*. Daarnaast is nu bepaald dat binnen een capaciteitsnorm nog aanvullend een maximum vastgesteld kan worden aan het aantal niet-EER-studenten.²

De Eerste Kamer vraagt de Afdeling om haar:

1. in het kader van een beleidsanalytische toets van voorlichting te dienen over de vraag naar de doelmatigheid van deze wijze van vaststelling en beoordeling van een capaciteitsnorm; en daarbij tevens
2. te betrekken hoe de eventuele begrenzing van niet-EER-studenten zich verhoudt tot de Europese en internationale regelgeving.

¹ Kamerstukken II 2019/20, 35282, D.

² Kamerstukken II 2019/20, 35282, nr. 57 en 58.

In deze voorlichting behandelt de Afdeling de volgende onderwerpen, waarbij de eerste vier onderwerpen zien op beantwoording van de eerste vraag, en het laatste onderwerp betrekking heeft op de tweede vraag:

- De geldende wettelijke regeling van de capaciteitsnorm en het oorspronkelijke wetsvoorstel van de regering om deze regeling te veranderen (punt 2).
- De wettelijke regeling van de capaciteitsnorm in het wetsvoorstel zoals deze na amendering tot stand is gekomen (punt 3).
- Wetstechnische opmerkingen bij de wettelijke regeling van de capaciteitsnorm na amendering (punt 4).
- Een beleidsanalytische toets van de doelmatigheid van deze wijze van vaststelling en beoordeling van een capaciteitsnorm (punt 5).
- De vraag hoe een eventuele begrenzing van niet-EER-studenten zich verhoudt tot de Europese en internationale regelgeving (punt 6).

1. Samenvatting

In deze voorlichting komt de Afdeling tot de volgende bevindingen.

Wetstechniek

De uitwerking van het toestemmingsvereiste bevat een aantal wetstechnische onvolkomenheden. Daardoor zijn de wettekst en de toelichtende minder duidelijk. De Afdeling beveelt aan deze onvolkomenheden weg te nemen (punt 4 en de bijlage).

Doelmatigheid

Het instrument van de ministeriële toestemming ten aanzien van het instellen van een capaciteitsnorm zal vermoedelijk geen effectieve bijdrage kunnen leveren aan het behoud van de toegankelijkheid van het hoger onderwijs. Thans is er nog geen probleem. De internationalisering van het Nederlandse hoger onderwijs heeft nog niet geleid tot een situatie waarin studies niet of minder toegankelijk zijn voor Nederlandse studenten. Eén en ander blijkt uit recent empirisch onderzoek, dat bij de opstelling van het wetsvoorstel nog niet betrokken kon worden. Ten tweede moet betwijfeld worden of het toestemmingsvereiste een adequate maatregel is, indien zich op termijn wel een probleem zou voordoen met de toegankelijkheid van het hoger onderwijs. Ten slotte is niet gebleken dat onderwijsinstellingen de capaciteitsnorm ten onrechte of op oneigenlijke gronden zouden inzetten (punt 5).

Capaciteitsnorm niet-EER-studenten

De mogelijkheid om voor een opleiding een maximum te stellen aan het aantal niet-EER-studenten wanneer de onderwijscapaciteit vanwege de toestroom van deze studenten ontoereikend wordt, is verenigbaar met Europees en internationaal recht (punt 6).

2. Achtergrond en voorgeschiedenis

a. Huidige regeling capaciteitsnorm

Uitgangspunt van de WHW is dat instellingen voor hoger onderwijs in belangrijke mate autonoom zijn. In lijn hiermee bepaalt de WHW dat instellingen die een gebrek aan onderwijscapaciteit hebben, ter waarborging van de kwaliteit van het onderwijs een maximum kunnen stellen aan het aantal studenten dat zich voor een opleiding kan inschrijven (capaciteitsnorm of numerus fixus, ook aangeduid als 'capaciteitsfixus'). Dit maximum wordt jaarlijks vastgesteld. Instellingen zijn daarbij niet gebonden aan enige vorm van ministeriële toestemming. Er is slechts een meldplicht: instellingen moeten voor 1 december van het jaar voorafgaande aan het studiejaar waarvoor de vaststelling geschiedt, de minister hiervan mededeling doen.

Voor opleidingen met een numerus fixus geldt voor aankomende studenten een uiterste aanmelddatum van 15 januari. Op 15 april ontvangt de student informatie over zijn plaats op de ranglijst. Die plaats komt tot stand op basis van selectie aan de hand van minimaal twee kwalitatieve criteria. Zij die een lagere plaats innemen dan het aantal beschikbare plaatsen kunnen zich dan nog voor 1 mei aanmelden voor een reguliere opleiding. Aankomende studenten hebben tot uiterlijk 1 oktober om hun aanmelding om te zetten in een inschrijving. Het aantal aanmeldingen ligt meestal hoger dan het aantal inschrijvingen. Studenten kunnen zich namelijk bij meer dan één opleiding aanmelden, of kunnen om uiteenlopende redenen op het laatste moment afhaken. Hierdoor kunnen ook opleidingen met een capaciteitsnorm met lege plaatsen geconfronteerd worden.³

b. Wetsvoorstel

In het wetsvoorstel zoals aan de Afdeling voorgelegd is de meldplicht vervangen door het vereiste van toestemming vooraf door de Minister van OCW. Volgens de regering kan hiermee het aantal numerus fixus-opleidingen worden teruggedrongen. Indien er werkelijk een capaciteitsprobleem is krijgt de instelling toestemming om vanaf twee jaar na indiening van haar aanvraag voor – in beginsel – drie opvolgende studie jaren een capaciteitsnorm te hanteren.

In haar advies wijst de Afdeling erop dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat instellingen zonder goede reden een capaciteitsnorm instellen. Overigens is de afgelopen jaren het aantal opleidingen met een capaciteitsnorm aanzienlijk gedaald. Het is dan ook van belang eerst onderzoek te doen naar de oorzaken en motieven daarvoor. Tegen deze achtergrond is het wenselijk dat de toelichting beschrijft welke problemen aanleiding hebben gegeven tot het instellen van een capaciteitsnorm, en tot op welke hoogte een toestemmingsvereiste daarvoor een oplossing zou kunnen bieden.⁴

³ Bij wijze van illustratie: in 2018 waren er voor alle numerus fixus-opleidingen 34.117 aanmeldingen, tegenover 12.104 plaatsen. Van de 35 opleidingen (exclusief tandheelkunde en geneeskunde) zaten er uiteindelijk 23 voor minder dan 90% vol.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35282, nr. 4, p. 13-15.

De regering erkent dat een instelling in het algemeen zal streven naar een maximaal aantal studenten. Zij wijst er echter op dat een instelling ook een groot voordeel kan hebben bij het vaststellen van een capaciteitsnorm, omdat zij in geval van over-aanmelding kan selecteren op motivatie of prestatie. Volgens de regering kan dat voor een instelling een belangrijke overweging zijn om een numerus fixus in te stellen. Zij acht dit ongewenst, omdat opleidingen hierdoor minder toegankelijk zijn voor Nederlandse studenten (verdringing door 'betere' buitenlandse studenten). Als een instelling een capaciteitsnorm vaststelt, kan dit bovendien potentiële Nederlandse studenten afschrikken, waardoor die zich niet meer aanmelden (zelfselectie). Volgens het nader rapport is het overigens nog niet duidelijk of en in welke mate deze overwegingen bij instellingen een rol spelen. Door het toestemmingsvereiste kan meer inzicht verkregen worden in de motivatie van instellingen om een capaciteitsnorm in te stellen, aldus de regering.

3. Gewijzigd wetsvoorstel capaciteitsnorm

Het voorstel zoals gewijzigd na amendering bevat de volgende mogelijkheden tot het instellen van een capaciteitsnorm (capaciteitsfixus):

Generieke capaciteitsfixus⁵

Volgens het gewijzigde voorstel kan het instellingsbestuur op grond van artikel 7.53a van de WHW een capaciteitsfixus vaststellen indien de beschikbare onderwijscapaciteit ontoereikend is (lid 1). Zij moet daarvan zo spoedig mogelijk mededeling doen aan de minister (lid 2). Indien de beschikbare onderwijscapaciteit naar het oordeel van de minister wel toereikend is, kan hij besluiten dat de vaststelling het volgende studiejaar niet opnieuw zal geschieden (lid 3). Indien het capaciteitsgebrek binnen twee studiejaren na het studiejaar waarin de vaststelling plaatsvond kan worden opgeheven, kan de minister besluiten dat de vaststelling voor het opvolgende studiejaar uitsluitend opnieuw geschiedt indien het instellingsbestuur voldoet aan de verplichtingen, gesteld in artikel 7.53 (lid 4). De capaciteitsfixus, bedoeld in het eerste lid, *treedt twee studiejaren na het studiejaar waarin de vaststelling is geschied in werking*, geschiedt voor de duur van een studiejaar en geschiedt niet vaker dan driemaal achtereenvolgens (lid 5).⁶

Specifieke capaciteitsfixus (gericht op niet-EER-studenten⁷)

Een instelling voor hoger onderwijs kan op grond van artikel 7.53a van de WHW binnen de generieke capaciteitsfixus een afzonderlijke fixus vaststellen voor niet-EER-studenten, indien het capaciteitsprobleem in overwegende mate wordt

⁵ Voorgesteld artikel 7.53a, eerste lid, van de WHW.

⁶ Overigens kunnen op grond van artikel 7.53a, lid 6 bij ministeriële regeling opleidingen worden aangewezen waarop de leden 2-5 en dus de mededelingsplicht en de ministeriële toets niet van toepassing zijn, en kan de instelling voor die aangewezen opleidingen naar eigen inzicht een capaciteitsfixus invoeren.

⁷ Voorgesteld artikel 7.53a, zevende lid, van de WHW.

veroorzaakt door het grote aantal aanmeldingen van die studenten (lid 7). Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb) wordt bepaald in welke gevallen deze situatie aan de orde is. De amvb wordt voorgehangen bij beide Kamers der Staten-Generaal (lid 8).⁸

Uitzonderlijke specifieke capaciteitsfixus (een noodcapaciteitsfixus gericht op niet-EER-studenten⁹)

Ten slotte kan een instelling voor hoger onderwijs op grond van artikel 7.56f van de WHW in het geval van een onverwachte, grote stijging van aanmeldingen van niet-EER-studenten die leidt tot een ontoereikende onderwijscapaciteit, tot een capaciteitsfixus ten aanzien van die studenten besluiten, aan de hand van criteria neergelegd in een voorhang-amvb. Volstaan kan worden met een melding aan de minister (lid 4).

Uit de toelichting op het amendement onder nr. 57 blijkt, dat de indieners van mening zijn dat een capaciteitsnorm alleen zal worden vastgesteld bij een onverwacht grote groei van het aantal studenten, waarvoor de faciliteiten van de instellingen op de korte termijn tekortschieten. Daarom is het volgens hen wenselijk dat het ministeriële toezicht op de vaststelling van een capaciteitsnorm pas *achteraf* plaatsvindt. Wat betreft de mogelijkheid om het aantal plaatsen voor niet-EER-studenten aan een maximum te binden (het amendement onder nr. 58) berust de argumentatie erop, dat hierdoor de toegankelijkheid van het Nederlands hoger onderwijs voor Nederlandse en (andere) EER-studenten gegarandeerd kan worden.

4. Wetstechnische onvolkomenheden

De voorgestelde wetteksten die het onderwerp vormen van deze voorlichting bevatten een aantal onvolkomenheden, zoals onjuiste verwijzingen en tegenstrijdigheden. Daarnaast zijn belangrijke artikellieden niet voorzien van een toelichting. Waar dat wel het geval is, is de toelichting soms niet eenduidig, waardoor het niet eenvoudig is vast te stellen wat het voorstel precies beoogt en hoe de voorgestelde regeling in de praktijk zal moeten werken. Eén en ander is vermoedelijk het gevolg van herhaaldelijke wijziging van de betreffende amendementen, die vervolgens van subamendementen zijn voorzien en uiteindelijk nog kort voor de stemmingen weer zijn aangepast.

De bijlage bij deze voorlichting gaat hier nader op in. De belangrijkste punten, die consequenties hebben voor de beleidsanalytische toets in punt 5, zijn de volgende:

a. *Toestemming vooraf of achteraf*

⁸ Ook ten aanzien van opleidingen die op grond van het vijfde lid vrijgesteld zijn kan een dergelijke afzonderlijke fixus vastgesteld worden (artikel 7.53a, negende lid, van de WHW).

⁹ Voorgesteld artikel 7.56f van de WHW.

Artikel 7.53a, vijfde lid, bepaalt dat de vaststelling van een capaciteitsnorm twee studiejaar *na* het studiejaar waarin de vaststelling van die norm is geschied in werking treedt. Het studiejaar waarop de capaciteitsnorm volgens de instelling zou moeten ingaan, is op het moment van inwerkingtreding (twee jaar daarna) echter al voorbij en ook de ministeriële toetsing is dan al gegeven of geweigerd. Dit betekent dat de vereiste ministeriële toestemming – in weerwil van het oogmerk en de tekst van het amendement onder nr. 57 (leidend tot artikel 7.53a, tweede en derde lid), dat een toestemmingsvereiste *ex post* beoogt – toch aan de inwerkingtreding van de capaciteitsnorm voorafgaat.

b. Verhouding reguliere specifieke procedure en noodprocedure ten aanzien van niet-EER-studenten

Het wetsvoorstel voorziet in artikel 7.53f in een zogenoemde noodcapaciteitsfixus. Het instellingsbestuur kan een noodfixus vaststellen bij een onverwachte en grote stijging van het aantal aanmeldingen van niet-EER-studenten. Deze noodfixus wordt voor een studiejaar vastgesteld en heeft betrekking op het eerstvolgende studiejaar. Er is niet voorzien in een ministeriële toestemming, maar uitsluitend in een mededeling aan de minister. Mede doordat de toelichting in veel opzichten betrekking lijkt te hebben op de reguliere procedure voor een fixus voor niet-EER-studenten in artikel 7.53a, zevende lid, is de verhouding tussen de noodfixus en de reguliere fixus voor niet-EER-studenten niet duidelijk. Datzelfde geldt voor de vraag wat het verschil rechtvaardigt: ministeriële toetsing vooraf of achteraf (reguliere procedure) en melding (noodprocedure).

In verband met deze en andere punten (zie de wetstechnische bijlage) acht de Afdeling aanpassing van het gewijzigd voorstel van wet aangewezen.

5. Beleidsanalytische toets

Het verzoek om voorlichting stelt de vraag naar de doelmatigheid van de voorgestelde wijze van beoordeling en vaststelling van de capaciteitsnorm.

Deze vraag komt neer op twee deelvragen:

- Is er sprake van een probleem?
- Is het voorgestelde instrument een mogelijke oplossing?

a. Is er sprake van een probleem?

Volgens de regering is het toestemmingsvereiste noodzakelijk om de toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor Nederlandse studenten te waarborgen. De toegankelijkheid voor deze studenten kan volgens de regering op twee manieren in het gedrang komen: door 'verdringing' en door 'zelfselectie'.

Verdringing

Verdringing van Nederlandse studenten betreft de situatie waarin voor Nederlandse studenten geen plaats is op een opleiding omdat – betere – buitenlandse studenten hun plaats innemen.

Op 12 juli 2019 is het interdepartementaal beleidsonderzoek (IBO) internationalisering van het (hoger) onderwijs gepubliceerd.¹⁰ Volgens het IBO zijn er momenteel nog weinig Engelstalige opleidingen met een capaciteitsnorm. Bovendien kunnen studenten zich meestal voor een vergelijkbare opleiding van een andere instelling inschrijven, zodat er slechts beperkt sprake is van verdringing. In het onderzoek wordt voorts uiteengezet dat het Nederlandse hoger onderwijs de toegenomen instroom tot nu toe heeft kunnen opvangen.¹¹ Volgens het IBO zijn instellingen momenteel nog in staat om keuzes te maken die passend zijn bij hun bestaande capaciteit.

Meerjarig onderzoek van de Inspectie van het onderwijs bevestigt dat internationalisering nog geen gevolgen heeft voor de toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor studenten uit Nederland. Over het geheel genomen is er geen gebrek aan plaatsen in hoger onderwijs.¹² Met het IBO signaleert de Inspectie wel dat een aantal instellingen niet verder wil groeien. De verwachte verdere toename van het aantal internationale studenten kan daarom volgens de Inspectie op termijn tot capaciteitsproblemen leiden. Dit betekent dat aan het instellen van capaciteitsnormen op den duur mogelijk niet valt te ontkomen. Een rapport van de Inspectie over de financiële positie van instellingen illustreert dat de maximale capaciteit van sommige bekostigde instellingen in zicht is.¹³

Zelfselectie

Van zelfselectie is sprake wanneer Nederlandse studenten al bij voorbaat niet kiezen voor een bepaalde opleiding, omdat deze in het Engels is of omdat er een capaciteitsnorm is ingesteld. Het is onbekend of zelfselectie voorkomt en zo ja hoe vaak, zo blijkt uit de onderzoeken van de Onderwijsinspectie en het IBO. Bij opleidingen waarvoor een capaciteitsnorm geldt zijn er enkele signalen die duiden op verdringing of mogelijk zelfselectie van (specifieke groepen) Nederlandse studenten.¹⁴ Daar staat volgens de Inspectie tegenover dat sommige opleidingen alleen levensvatbaar zijn *dankzij* de inschrijving van (ook) buitenlandse studenten. Deze opleidingen zouden anders niet (kunnen) bestaan en dus ook niet toegankelijk zijn voor Nederlandse studenten. In die zin vergroot internationalisering juist de toegankelijkheid ook voor Nederlandse studenten, omdat zo studies in stand kunnen worden gehouden. Bovendien zijn voor veel Engelstalige opleidingen Nederlandse varianten voorhanden.

Conclusie

¹⁰ Bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 31288, nr. 782.

¹¹ Hoewel de onderwijsbijdrage per student is gestegen, is het totale bedrag per student gedaald omdat het onderzoeksbudget niet is meegestegen. Zie het rapport 'Wissels om' van de commissie Van Rijn (Adviescommissie Bekostiging Hoger Onderwijs en Onderzoek, 2019).

¹² Inspectie van het onderwijs, november 2019, Internationalisering en toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor Nederlandse studenten.

¹³ Inspectie van het onderwijs, juni 2019, rapport uitkomst van themaonderzoek naar ontwikkeling van het aantal internationale studenten en effecten daarvan voor de financiële positie van instellingen.

¹⁴ In een vervolgstudie zal de Inspectie naar dit aspect nader onderzoek doen.

Een vermindering van de toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor Nederlandse studenten als gevolg van internationalisering is een centrale zorg die het wetsvoorstel beoogt te adresseren. Uit de hiervoor genoemde recente onderzoeken blijkt echter nog niet van een causaal verband tussen internationalisering en toegankelijkheid. Dit laat onverlet dat in de toekomst een verdere toename van het aantal internationale studenten tot capaciteitsproblemen zou kunnen leiden. De onderzoeken geven overigens geen aanleiding om te veronderstellen dat instellingen ten onrechte of om onjuiste redenen een capaciteitsnorm instellen.

b. Is het voorgestelde instrument een mogelijke oplossing?

Zoals hiervoor onder a. is geconcludeerd is er thans geen probleem dat met een ministerieel toestemmingsvereiste opgelost zou moeten worden. Ondanks de huidige belemmeringen voor toestroom van buitenlandse studenten die voortvloeien uit de huidige coronacrisis is niet geheel uit te sluiten dat er de komende jaren toch problemen ontstaan. Er zou dan sprake kunnen zijn van door een grote toestroom van buitenlandse studenten veroorzaakte capaciteitstekorten, die er toe zouden kunnen leiden dat instellingen vaker capaciteitsnormen gaan stellen. Mogelijk zouden Nederlandse studenten dan door selectie (verdringing) en zelfselectie minder kansen krijgen. De vraag is of de voorgestelde regeling daar een oplossing voor biedt.

Zin van toestemming vooraf

Hiervoor, onder punt 4, is gewezen op de spanning tussen het eerste tot en met vierde lid, en het vijfde lid van artikel 7.53a van de WHW met betrekking tot de instelling van een generieke capaciteitsnorm. Daardoor is niet duidelijk of ministeriële toestemming *voor of na* instelling van de capaciteitsnorm vereist is, en of de norm onmiddellijk ingaat in het eerste jaar of pas twee jaar *nadat* het capaciteitsprobleem zich heeft gemanifesteerd. Artikel 7.53a, vijfde lid, bepaalt dat een capaciteitsnorm pas twee studiejaar *na* het studiejaar waarin de vaststelling van die norm heeft plaatsgevonden in werking treedt. De vraag rijst wat de zin hiervan is. Het studiejaar waarvoor de capaciteitsnorm ingevoerd zou moeten worden, is dan immers al voorbij. De instelling zal immers op grond van dit vijfde lid eerst *twee jaar daarna* een capaciteitsnorm mogen hanteren.

Betekenis weigering toestemming achteraf

Uit de toelichtingen op de achtereenvolgende amendementen zou echter afgeleid kunnen worden dat een negatieve uitkomst van de ministeriële toets geen gevolgen heeft voor een reeds vastgestelde capaciteitsnorm. De indruk wordt gewekt dat die norm direct het eerstvolgende studiejaar mag ingaan, maar enkel (op grond van artikel 7.53a, derde of vierde lid) in de weg zou staan aan *voortzetting* van de fixus in de jaren daarop. Of dat het geval is, is echter in het geheel niet duidelijk.

Indien slechts een toestemmingsvereiste achteraf – voor de navolgende studiejaar – is beoogd, en die toestemming niet wordt verleend, kan de minister

besluiten dat een instelling voor het volgende jaar niet opnieuw een capaciteitsnorm kan vaststellen, zo bepaalt artikel 7.53a, derde en vierde lid. Het enkele feit dat in het eerste jaar ten onrechte een capaciteitsnorm is ingesteld betekent echter nog niet dat dat ook onterecht zou zijn voor de daarop volgende jaren. De omstandigheden kunnen zodanig gewijzigd zijn dat het instellen van een capaciteitsnorm dan mogelijk wel gerechtvaardigd zou zijn.

Daarnaast is de regel dat instellingen het gerezen capaciteitstekort moeten oplossen (artikel 7.53a, vierde lid) problematisch. Onduidelijk is wat er gebeurt als instellingen dat niet willen of niet kunnen. In het voorstel wordt niet ingegaan op de mogelijkheid dat instellingen ook om andere legitieme redenen – zoals financiële of logistieke begrenzingsen – dan een onverwachte groei van het aantal studenten grenzen willen stellen aan de grootte van hun opleidingen. Zolang de toegankelijkheid van het onderwijsstelsel als zodanig niet in het geding is, zou daarvoor ruimte moeten bestaan. De Afdeling merkt op dat de noodzaak van de invoering van een ministeriële toets, hetzij vooraf, hetzij achteraf, derhalve niet is aangetoond.

6. Capaciteitsnorm specifiek voor niet-EER-studenten

De tweede voorlichtingsvraag van de Eerste Kamer heeft betrekking op het amendement onder nr. 58, waarin de mogelijkheid gegeven wordt binnen het kader van een fixusopleiding nog een nadere capaciteitsbeperking voor het maximumaantal niet-EER-studenten binnen die opleiding.¹⁵ De toelichting bij het amendement voert daartoe het volgende aan:

“Door de toename van het aantal buitenlandse studenten komt het op dit moment voor dat hoger onderwijsinstellingen de kwaliteit van een opleiding (of traject daarbinnen) niet altijd meer kunnen garanderen en de toegankelijkheid van de opleiding voor Nederlandse c.q. Nederlandstalige studenten in het geding komt. Dit risico speelt evenzeer bij anderstalige opleidingen die geen Nederlandstalig traject kennen. Voor deze opleidingen kan een numerus fixus worden ingesteld, maar daarmee kan niet worden voorkomen dat bij een grote toename van het aantal aanmeldingen door buitenlandse studenten de kans op een opleidingsplek voor de Nederlandse c.q. Nederlandstalige (en EER-studenten) afneemt. Dit amendement maakt het mogelijk om ten aanzien van een opleiding een capaciteitsbeperking vast te stellen die tot gevolg heeft dat er een minimale toegankelijkheid is voor Nederlandse en EER-studenten, door het aantal plaatsen voor niet-EER-studenten aan een maximum te verbinden. Daarmee kan de toegankelijkheid van het Nederlands hoger onderwijs blijvend gegarandeerd worden voor Nederlandse en EER-studenten.”

¹⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35282, nr. 58.

De Eerste Kamer vraagt om te bezien hoe een capaciteitsbeperking ten aanzien van (specifiek) niet-EER-studenten zich verhoudt tot "de Europese en internationale regelgeving". De vraagstelling richt zich alleen op de reguliere fixus voor niet-EER-studenten op grond van artikel 7.53a, zevende lid, van de WHW. Relevant is in dit verband echter ook artikel 7.56f van de WHW, op grond waarvan een noodcapaciteitsfixus ten aanzien van niet-EER-studenten ook mogelijk is in het geval van een onverwachte en grote stijging van hun aantal welke zal resulteren in een ontoereikende onderwijscapaciteit. Deze noodcapaciteitsfixus is gebaseerd op dezelfde ratio als die van artikel 7.53a, zevende lid, van de WHW, en wordt qua bereik door die laatstgenoemde bepaling overlapt. De navolgende overwegingen van de Afdeling zijn dan ook mede relevant voor de noodcapaciteitsfixus in artikel 7.56f van de WHW.

Het gaat hier om de vraag, in hoeverre een gedifferentieerde benadering bij de toelating tot hoger onderwijs-studies, waarbij omwille van capaciteitsproblemen onderscheid gemaakt wordt tussen EER-studenten en niet-EER-studenten, in het licht van het Unierecht en verdragen gerechtvaardigd kan worden. In dit verband wijst de Afdeling erop, dat het onderscheid tussen "EER- en niet-EER-studenten" slechts globaal van aard is en als zodanig niet in artikel 7.53a, zevende lid, en artikel 7.56f, eerste lid, van de WHW neergelegd is. In deze bepalingen wordt onderscheid gemaakt tussen personen die vallen onder artikel 2.2 van de Wet op de studiefinanciering 2000 (dan wel de Surinaamse nationaliteit bezitten) enerzijds, en andere personen anderzijds.

Ingevolge artikel 2.2 van de Wet op de studiefinanciering 2000 hebben niet alleen EER-onderdanen die krachtens Unie- en EER-recht aanspraak hebben op gelijke behandeling met Nederlandse studenten, maar onder meer ook de meeste vreemdelingen/derdelanders met een verblijfsvergunning voor bepaalde of onbepaalde tijd, in de zin van een vergunning asiel of een vergunning in het kader van gezinshereniging (zie artikel 3 van het Besluit financiering 2000). Het onderscheid treft derhalve enkel personen/derdelanders van buiten de EU/EER die voor studie in het hoger onderwijs naar Nederland willen komen maar nog niet zijn toegelaten tot een onderwijsinstelling.¹⁶ In lijn met het spraakgebruik in de toelichtende stukken en de voorlichtingsvraag worden deze hierna aangeduid als "niet-EER-studenten".

De vraag naar de rechtvaardiging van het maken van onderscheid tussen EER- en niet-EER-studenten is reeds eerder aan de orde gekomen in onder meer de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.¹⁷ De daarin gegeven argumentatie is ook voor de onderhavige kwestie voldoende zwaarwegend. Deze komt op het

¹⁶ Op grond van artikel 22, vierde lid, van Richtlijn 2016/801 – die hierna aan de orde zal komen – hebben alleen studenten in de zin van derdelanders 'door een instelling voor hoger onderwijs aangenomen en toegelaten tot het grondgebied van een lidstaat om bij wijze van hoofdactiviteit een voltijdse studie te volgen' (zie artikel 3 aanhef en onder 3 van Richtlijn 2016/801) aanspraak op gelijke behandeling.

¹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35282, nr. 3, p. 13-16, 31-36, in het bijzonder p. 34-36.

volgende neer. Het is de publieke taak van de Nederlandse overheid om te voorzien in een toegankelijk nationaal onderwijsstelsel. Deze taak richt zich in de eerste plaats op de in Nederland gevestigde leerlingen en studenten en daarnaast op gelijke wijze op personen die krachtens EU-recht en EER-recht aanspraak maken op toegang tot het Nederlandse onderwijsstelsel.¹⁸

Deze aanspraak op gelijke toegang van EU-burgers vloeit voort uit het Unie-burgerschap (artikelen 18 en 21 VWEU), en hangt samen met de ontwikkelingen die in gang zijn gezet met de Verklaring van Bologna (1998), waarmee de zorg van de overheid voor een kwalitatief goed en toegankelijk onderwijsstelsel ook een Europese aangelegenheid geworden. De toegankelijkheid van onder meer het hoger onderwijs binnen de EU beïnvloedt immers in belangrijke mate het succes van de interne markt, en bepaalt in sterke mate de mogelijkheid tot de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verkeer van personen, aangezien er een directe relatie is tussen toegang tot het onderwijs en het kunnen verkrijgen van toegang tot de arbeidsmarkt van de individuele lidstaten en van de EU als geheel.

Vergelijkbare overwegingen zijn van toepassing op de personen uit de (overige) lidstaten binnen de EER (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein), nu onder meer de werking van de EU-regelingen met betrekking tot het vrij verkeer van personen tot die landen is uitgebreid op grond van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER). Het onderscheid tussen EER-studenten en niet-EER-studenten geeft uitdrukking aan de eigen EU/EER-rechtsorde, en het daaruit voortvloeiende verschil in verantwoordelijkheid waar het gaat om – onder meer – het bieden van toegang tot het hoger onderwijs. Dat onderscheid en verschil in verantwoordelijkheid kan in situaties van schaarste leiden tot prioritering ten gunste van EER-studenten.

Om de kwaliteit en toegankelijkheid van het hoger onderwijs te kunnen waarborgen moeten de instellingen over voldoende – primair vanuit de rijkskas bekostigde – middelen en capaciteit beschikken. Deze overheidsfinanciering kent haar limieten. Een grote instroom van niet-EER-studenten kan gevolgen hebben voor de kwaliteit van het onderwijs en voor de toegankelijkheid ervan, wanneer de beschikbaarheid van voorzieningen en opleidingskansen onder druk komen te staan. Dan kan het, gezien het verschil in verantwoordelijkheid, gerechtvaardigd zijn dat een prioritering ten gunste van EER-studenten plaatsvindt en de toelating van niet-EER-studenten begrensd wordt, bij voorbeeld in de vorm van het stellen van een maximum aantal.

Secundair Unierecht staat hier niet aan in de weg. Relevant in dit verband is met name Richtlijn 2016/801, waarin voorwaarden zijn opgenomen voor de toegang

¹⁸ Onder strenge voorwaarden is onderscheid in de vorm het stellen van nadere voorwaarden aan de instroom van niet-ingezetenen uit andere EU-lidstaten toelaatbaar, zie HvJEU 13 april 2010, C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

en het verblijf van derdelanders met het oog op (onder meer) studie.¹⁹ Deze richtlijn beoogt transparantie en rechtszekerheid te bieden voor verschillende categorieën van derdelanders die naar de Unie komen, en de regels daarover te vereenvoudigen en te stroomlijnen.²⁰ De richtlijn bevat geen algemeen verbod op ongelijke behandeling naar nationaliteit. Alleen is een bepaling opgenomen die in specifieke gevallen een gelijke behandeling door de lidstaten vereist van studenten uit derde landen – die al voldoen aan de voorwaarden voor toelating tot de onderwijsinstelling en tot de Unie – ten opzichte van de eigen onderdanen van lidstaten.²¹ Gelijke behandeling met betrekking tot toelating tot het (hogere) onderwijs wordt echter niet vereist.

De hiervoor geschetste argumentatie vormt ook een voldoende grondslag voor het maken van het gemaakte onderscheid tussen EER-studenten en niet-EER-studenten in het licht van de internationale gelijkheidsnormen en discriminatieverboden zoals vervat in onder meer artikel 14 EVRM (en het 12e Protocol bij het EVRM) en artikel 26 IVBPR. Deze bepalingen laten de nationale wetgever in het kader van de toelating van vreemdelingen tot het onderwijs een beleids- en beoordelingsmarge.

Gegeven die marge mag gewicht toegekend worden aan het bestaan van een specifieke (EU/EER-)rechtsorde, op grond waarvan in bepaalde gevallen prioriteit toegekend wordt aan EER-studenten.²² Een onderscheid voortvloeiend uit de regeling zoals vervat in het wetsvoorstel, waarbij het aan hogere onderwijsinstellingen, indien capaciteitsproblemen veroorzaakt worden door een groot aantal aanmeldingen van niet-EER-studenten, toegestaan wordt ten aanzien van die studenten een capaciteitsfixus toe te passen, is op basis hiervan te rechtvaardigen.

De vice-president van de Raad van State,

Th.C. de Graaf

¹⁹ Richtlijn (EU) 2016/801, PbEU 2016, L 132. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35282, nr. 9, p. 8.

²⁰ Overweging 2 van de considerans van de richtlijn.

²¹ Artikel 22, derde lid, van Richtlijn 2016/801.

²² Vergelijk EHRM 18 februari 1991 inzake *Moustaquim v. België*, zaak no. 12313/86, waarin een verschil in verblijfsrecht tussen EU-onderdanen en derdelanders in het licht van artikel 14 EVRM gerechtvaardigd geacht werd: "As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order" (§ 49).

WETSTECHNISCHE BIJLAGE

De Afdeling constateert dat het wetsvoorstel technische onvolkomenheden bevat; enkele daarvan zijn reeds aangestipt in paragrafen 4 en 5. Hieronder wordt een en ander nader uitgewerkt.

- Ingevolge *artikel 7.53a, eerste lid*, kan het instellingsbestuur een capaciteitsfixus vaststellen (eerste lid). Het instellingsbestuur doet de minister daarvan zo spoedig mogelijk mededeling (tweede lid). Ingevolge het derde lid kan de minister besluiten dat de vaststelling, bedoeld in het *eerste lid*, het volgende studiejaar niet opnieuw zal geschieden.
 - Anders dan thans het geval is, wordt geen termijn of datum vermeld waarbinnen het instellingsbestuur de mededeling moet doen. Instellingen kunnen dus al ver voor 1 februari van het lopende studiejaar besluiten voor het tweede achtereenvolgende jaar een capaciteitsfixus in te stellen. Niet duidelijk is of de minister op deze manier genoeg tijd heeft om te beslissen.
- *Artikel 7.53a, vierde lid*, luidt: 'Indien het capaciteitsgebrek naar het oordeel van Onze Minister door het nemen van maatregelen of het treffen van voorzieningen binnen twee studiejaar na het studiejaar waarin de vaststelling, bedoeld in het eerste lid, is geschied, kan worden opgeheven, kan hij besluiten dat de vaststelling, bedoeld in het eerste lid, het volgende studiejaar uitsluitend opnieuw geschiedt als het instellingsbestuur kan aantonen dat zij voldoet aan de verplichtingen, gesteld in artikel 7.53.'
 - Een capaciteitsfixus wordt vastgesteld in een kalenderjaar en geldt voor een studiejaar. Doordat de wet spreekt over twee studiejaar na het studiejaar waarin de vaststelling is geschied is het de vraag wat bedoeld wordt met "het volgende studiejaar." Bedoeld lijkt te zijn het studiejaar na het studiejaar waarvoor de capaciteitsfixus is vastgesteld, maar de tekst laat ook de lezing toe dat, afhankelijk van de datum van vaststelling, het besluit van de minister pas over jaar drie effect sorteert.
- *Artikel 7.53a, vijfde lid*, luidt: 'De vaststelling, bedoeld in het eerste lid, heeft betrekking op een opleiding of op een anderstalig traject binnen een Nederlandstalige opleiding. De vaststelling, bedoeld in het eerste lid, treedt twee studiejaar na het studiejaar waarin de vaststelling is geschied in werking, geschiedt voor de duur van een studiejaar en geschiedt niet vaker dan driemaal achtereenvolgens.'
 - De eerste en tweede volzin behandelen verschillende onderwerpen. Dit zou een verdeling over twee leden rechtvaardigen. Verder schept de zinsnede "treedt twee studiejaar na het studiejaar waarin de vaststelling is geschied in werking" aanzienlijke verwarring. Dat de capaciteitsfixus in werking treedt na het tweede studiejaar na vaststelling, botst met de tekst van het derde lid. Het zou immers betekenen dat de capaciteitsfixus pas kan ingaan twee jaar nadat het probleem zich concreet heeft gemanifesteerd, zodat de ministeriële toets *achteraf* materieel gezien neerkomt op een toestemming *vooraf*.

- *Artikel 7.53a, negende lid* bepaalt: ‘Ook indien een instellingsbestuur een capaciteitsfixus heeft vastgesteld als bedoeld in het zesde lid, kan het instellingsbestuur voor de desbetreffende opleiding of het desbetreffende anderstalige traject binnen een Nederlandstalige opleiding, een maximum vaststellen als bedoeld in het zevende lid. Het zevende en achtste lid zijn van overeenkomstige toepassing.’
 - Dit negende lid verwijst naar het zesde lid, dat bepaalt dat bij ministeriële regeling opleidingen of groepen van opleidingen kunnen worden aangewezen waarop het tweede tot en met het vijfde lid en artikel 7.53 niet van toepassing zijn. Het gevolg hiervan is dat bij toepassing van het negende lid, alleen artikel 7.53a, eerste, zevende en achtste lid, geldt. Daardoor ontstaat een onevenwichtig geheel. Maar blijkbaar is bedoeld dat wanneer een opleiding niet hoeft te voldoen aan de vereisten in het tweede tot en met vijfde lid en dus eigenstandig tot een fixus kan beslissen, binnen deze fixus ook een maximum aan het aantal niet-EER-studenten kan stellen. Dat zou verhelderd kunnen worden.
- *Artikel 7.53f* regelt de zogenoemde noodcapaciteitsfixus. Volgens dit artikel kan het instellingsbestuur een capaciteitsfixus vaststellen bij een onverwachte en grote stijging van het aantal aanmeldingen van niet-EER-studenten. De capaciteitsfixus wordt voor een – het eerstvolgende - studiejaar. Er is niet voorzien in een ministeriele toestemming, wel in een mededelingsplicht aan de minister.
 - Hoewel dit artikel buiten de tekst van het verzoek om voorlichting valt, is het voor een goed begrip van artikel 7.53a, zevende lid, dat eveneens een fixus mogelijk maakt bij een ontoereikende capaciteit veroorzaakt door het aantal aanmeldingen van niet-EER-studenten. Mede doordat de toelichting in veel opzichten betrekking lijkt te hebben op artikel 7.53a, is de verhouding tussen de noodcapaciteitsfixus en de reguliere niet-EER-studentenfixus niet duidelijk. Bovendien is de vraag wat een verschil in behandeling rechtvaardigt toetsing door de minister op grond van artikel 7.53a, melding aan de minister op grond van artikel 7.53f. Ten slotte is de vraag of de noodfixus wel een rol heeft als de reguliere fixus (met daarbinnen een niet-EER-studentenfixus) geen toestemming vooraf vereist, maar louter ziet op een beoordeling achteraf.
-