No.W05.15.0336/I 's-Gravenhage, 15 december 2015

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 22 september 2015, no.2015001588, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, de Wet op het onderwijstoezicht en het Wetboek van Strafrecht, in verband met het tegengaan van misleidend gebruik van de naam universiteit en hogeschool, het onterecht verlenen en voeren van graden, alsmede het bevorderen van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef door rpho’s (bescherming namen en graden hoger onderwijs), met memorie van toelichting.

Hoofddoel van het wetsvoorstel is het tegengaan van misleidend gebruik van ‘keurmerken’ (naam universiteit en hogeschool, onbevoegde graadverlening) door instellingen voor hoger onderwijs en het onbevoegd voeren van titels. Daarnaast worden (ook) rechtspersonen voor hoger onderwijs verplicht het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van hun studenten te bevorderen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over het voorstel die van dien aard zijn dat zij adviseert het voorstel niet naar de Kamer te zenden dan nadat daarmee rekening is gehouden. De Afdeling adviseert de maatregel ter bescherming van de naamvoering overtuigend toe te lichten, vanwege de beperkte toegevoegde waarde van de maatregel. Bij de verhoging van het boetemaximum voor onbevoegde naamvoering en graadverlening adviseert de Afdeling de keuze voor de bestuurlijke boete te heroverwegen en tevens de proportionaliteit in acht te nemen. Voorts adviseert zij af te zien van de maatregel tot ontneming van rechten in geval van discriminatie door de leiding van de instelling, omdat er voor ontnemen van rechten alleen aanleiding is indien de kwaliteit van het onderwijs tekortschiet, en het doen van aangifte de geëigende manier is om discriminatoire uitingen te vervolgen.

1. Naamvoering

Volgens de toelichting zijn wettelijke maatregelen nodig om misleiding van studenten en werkgevers tegen te gaan, omdat er in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) geen normen zijn vastgelegd voor het gebruik van de naam universiteit en hogeschool. Voorgesteld wordt het voeren van deze namen (of vertalingen daarvan) voor te behouden aan instellingen die daartoe op grond van de WHW gerechtigd zijn, aan nevenvestigingen van een in de EER landen gevestigde universiteit of hogeschool, en aan nevenvestigingen van instellingen buiten de EER voor zover zij volgens de minister tot de wereldtop behoren.

Naar geldend recht is voor de bescherming van studenten tegen het onbevoegd afgeven van graden bepalend of de opleiding al dan niet geaccrediteerd is, zonder dat de naam of status van de instelling een rol speelt. Alleen een opleiding die in Nederland geaccrediteerd is, leidt op tot een titel in de zin van de WHW. Accreditatie leidt tot registratie in het Centraal Register Opleidingen Hoger Onderwijs (CROHO). Iedereen kan in het CROHO nagaan of het onderwijs dat de instelling aanbiedt erkend is, dat wil zeggen opleidt tot een universitaire of hbo-titel in de zin van de WHW. In aanvulling hierop bepaalt het wetsvoorstel dat het verlenen van de graden Bachelor, Master, Associate Degree en Doctor voorbehouden is aan instellingen die daartoe bevoegd zijn op grond van de WHW of op grond van een buitenlandse accreditatie.

De vraag is wat de bescherming van de naam toevoegt aan dit stelsel.

Volgens de toelichting stuit de Inspectie met enige regelmaat op nieuwe gevallen van misleiding en heeft zij onvoldoende middelen om dit effectief aan te pakken. De toelichting noemt echter slechts een (ouder) geval van misleiding. Daarbij ging het niet alleen om de naam, maar werd studenten bovendien ten onrechte een WHW-graad voorgespiegeld. Dat uit onderzoek zou blijken dat ook andere landen instellingsnamen beschermen, acht de Afdeling niet voldoende overtuigend, omdat in dit onderzoek alleen landen zijn onderzocht waar die bescherming geboden werd en de stelsels overigens zeer verschillend zijn. Voorts vermeldt de toelichting dat de kans op misleiding van internationale studenten die een verblijfsvergunning nodig hebben minder groot is, omdat geen studentenvisum wordt versterkt indien de student wil gaan studeren aan een niet-erkende onderwijsinstelling in de zin van de Vreemdelingenwet en de Gedragscode internationale student in het hoger onderwijs. De Afdeling wijst er bovendien op dat instellingen voor hoger onderwijs in binnen- en buitenland ook niet-erkende opleidingen kunnen verzorgen. Een student die zekerheid wenst over de aard van de opleiding zal dus nooit uitsluitend kunnen afgaan op de naam van de instelling, maar altijd moeten verifiëren of de opleiding opleidt tot een erkende graad. Het is dan ook onzeker of de bescherming die het voorstel op het punt van de naam beoogt te bieden wel zo reëel is. Goede voorlichting acht de Afdeling een betere manier om deze en andere vormen van misleiding tegen te gaan.

De Afdeling adviseert gelet op het bovenstaande in de toelichting dragend te motiveren waarom, in aanvulling op de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden, de keuze voor bescherming van de naam universiteit en hogeschool noodzakelijk is

en, indien dat niet mogelijk is, zo nodig van het voorstel af te zien.

Onverminderd het bovenstaande wijst de Afdeling erop dat de voorgestelde regeling suggereert alsof de naam een gegeven is, als het ware de bestaande situatie fixeert, en geen ruimte lijkt te bieden voor ontwikkelingen in de wereld van hoger onderwijs en onderzoek die een meer diverse invulling van het begrip universiteit noodzakelijk maken om de toekomstige uitdagingen het hoofd te kunnen bieden.[[1]](#footnote-1)

Voorts wijst de Afdeling erop dat situaties denkbaar zijn waarin een vestiging van een buitenlandse universiteit zelf volstrekt duidelijk aangeeft haar opleidingen te geven op basis van de accreditatie van die buitenlandse universiteit, eventueel met aantekening dat enkele opleidingen lokaal door de NVAO zijn geaccrediteerd. De toelichting geeft niet aan waarom in dergelijke situaties de naam van de buitenlandse universiteit niet gebruikt zou kunnen worden in de naamgeving. De Afdeling adviseert het voorstel nader te motiveren en zo nodig aan te passen.

Nevenvestigingen van instellingen buiten de EER kunnen ingevolge het wetsvoorstel worden uitgezonderd van het verbod de naam universiteit te gebruiken indien zij aantonen tot de wereldtop te behoren. Dit betekent dat aan buitenlandse instellingen aanzienlijk zwaardere eisen worden gesteld dan aan instellingen binnen de EER. Voorts is het begrip behorend tot de wereldtop op vele wijzen in te vullen, al dan niet gebruik makend van rankings. De toelichting gaat op beide aspecten niet in. Geadviseerd wordt dit alsnog te doen.

2. Bestraffing naamvoering en graadverlening

Voorgesteld wordt het misleidend gebruik van de namen universiteit en hogeschool en de onbevoegde graadverlening een bestuurlijke boete van de zesde categorie (€ 810.000) in te voeren, waar nu (bij graadverlening) de laagste categorie geldt (€ 405). Deze hoogte wordt gemotiveerd met het argument dat een stok achter de deur nodig is. Gesteld wordt dat vervolgens bij het opleggen altijd de proportionaliteit in acht moet worden genomen.

De Afdeling stelt voorop dat uit het toenemend gebruik van de bestuurlijke boete met toepassing van zeer hoge boetemaxima kan worden afgeleid dat de wetgever het bestuursrecht steeds meer is gaan beschouwen als een volwaardig alternatief voor het strafrecht. Deze keuze is niet gebaseerd op een principieel onderscheid tussen beide stelsels, maar veelal op pragmatische argumenten. Het bestuursrecht en strafrecht zijn echter geen gelijkwaardige stelsels. Met name op het terrein van de rechtsbescherming en de rechtsgevolgen voor justitiabelen zijn er aanzienlijke verschillen.[[2]](#footnote-2) Deze verschillen zijn uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid niet goed te verklaren en te rechtvaardigen. Zolang de wettelijke bestuurs- en strafrechtelijke rechtsbescherming bij punitieve sancties niet op elkaar zijn afgestemd, zou de wetgever er daarom voor kunnen kiezen om aan iedere nieuw te introduceren wettelijke bevoegdheid tot handhaving via de bestuurlijke boete een grens te stellen.[[3]](#footnote-3) Daarbij zou kunnen worden gedacht aan de vijfde boetecategorie van het Wetboek van Strafrecht. Concreet zou dit betekenen dat indien behoefte aan hogere boetes bestaat, de zaak via het strafrecht dient te worden afgedaan door deze rechtstreeks aan de strafrechter voor te leggen. Toepassing hiervan zou inhouden dat de bestuurlijke boete zoals thans voorgesteld geen passende sanctie is.

Voorts merkt de Afdeling op dat het boetemaximum van € 810.000 in 1983 is ingevoerd om te voorzien in een passende bestraffing voor rechtspersonen. Rechtspersonen komen volgens de wetsgeschiedenis alleen hiervoor in aanmerking wanneer een "bijzonder hoge boetebedreiging op zijn plaats is". Gelet op de aard van de overtreding, die met dit wetsvoorstel niet wordt veranderd, is de voorgestelde maximale verhoging, die neerkomt op een verhoging met een factor 2000, niet proportioneel. Daarbij komt dat de toelichting geen voorbeelden noemt van gevallen waaruit zou blijken dat het huidige boetemaximum ontoereikend zou zijn. De toelichting beperkt zich tot de mededeling dat de laagste categorie als zodanig weinig afschrikwekkend is.

Ten slotte zal de proportionaliteit, anders dan de toelichting stelt,[[4]](#footnote-4) niet alleen gewaarborgd moeten zijn bij de door de Inspectie in concrete gevallen opgelegde boetes, maar ook door het wettelijke boetemaximum. Dat is immers mede de functie van de wettelijke regeling van boetemaxima.

De Afdeling adviseert in het licht van bovenstaande de keuze voor de bestuurlijke boete te heroverwegen. Indien de regering bij heroverweging vasthoudt aan het gekozen uitgangspunt om een bestuurlijke boete in te voeren, adviseert de Afdeling de proportionaliteit van de verhoging van het boetemaximum dragend te motiveren. Als die motivering niet gegeven kan worden, dan adviseert de Afdeling te kiezen voor een lagere, wel proportionele boetecategorie.

3. Bevordering maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef

Volgens het wetsvoorstel worden niet-bekostigde instellingen voor hoger onderwijs (de zogenoemde rechtspersonen hoger onderwijs) verplicht het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van hun studenten te bevorderen,[[5]](#footnote-5) zoals ten aanzien van bekostigde universiteiten en hogescholen al langer het geval is. De invoering wordt gemotiveerd met de opmerking dat de Nederlandse overheid ‘verantwoordelijkheid draagt voor het hoger onderwijs en dat studenten op grond daarvan vertrouwen moeten kunnen stellen in de instellingen die dit onderwijs geven. Dat vertrouwen mag er niet toe leiden dat studenten gevolg geven aan een oproep tot discriminatie.’

De Afdeling wijst er – los van het navolgende - op dat de passage in de toelichting geen betrekking lijkt te hebben op artikel 1.3, maar op een aanvulling van artikel 6.10. Die aanvulling houdt in dat de Minister de rechten aan een opleiding kan ontnemen indien het instellingsbestuur of degenen die belast zijn met de dagelijkse leiding van de instelling of opleiding zich gedragen of uiten op een discriminatoire wijze.

Het bepalende uitgangspunt in ons grondwettelijke onderwijssysteem is dat het geven van onderwijs vrij is. De overheid is gehouden, ook bij het treffen van wettelijke maatregelen, terughoudendheid te betrachten. De stelling dat de Nederlandse overheid verantwoordelijkheid draagt voor het hoger onderwijs en dat studenten op grond daarvan vertrouwen moeten kunnen stellen in de instellingen die dit onderwijs geven, kan slechts worden ingevuld binnen die beperkende randvoorwaarde. De kern daarvan is dat overheidsingrijpen slechts gerechtvaardigd is, indien dat noodzakelijk is om de deugdelijkheid van het onderwijs te garanderen. Indien een uitbreiding van de mogelijkheid om sancties te treffen wordt overwogen zonder dat de kwaliteit van het onderwijs in het geding is, wordt een grondwettelijke grens overschreden. Daarnaast past de overheid in ons grondwettelijke systeem terughoudendheid bij de beoordeling van uitingen en is de vraag of een bepaalde uiting als discriminatie moet worden gezien overgelaten aan de strafrechter.

Daarom moet niet de Minister, maar het openbaar ministerie verantwoordelijk zijn voor het vervolgen van (oproepen tot (ongerechtvaardigde) discriminatie, ongeacht of de discriminatie op school, het werk of elders plaatsvindt. Wel kan de Minister aangifte doen. Ingevolge artikel 160 van het Wetboek van Strafvordering is iedereen die kennis draagt van een begaan strafbaar feit bevoegd daarvan aangifte te doen, ongeacht de vraag of hij persoonlijk benadeeld is. Tenzij het onderwijs zelf een discriminatoir karakter heeft en niet voldoet aan de eisen die aan goed onderwijs gesteld kunnen worden, is er geen aanleiding voor het opleggen van een bestuurlijke maatregel in de vorm van het ontnemen van rechten aan een opleiding. Een dergelijke sanctie is te verstrekkend indien er op de kwaliteit van de opleiding niets valt aan te merken. Bovendien zou een dergelijk ingrijpen kunnen leiden tot aantasting van de vrijheid van meningsuiting, indien de strafrechter achteraf oordeelt dat van strafbaarheid geen sprake is. Dit laat onverlet dat een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling consequenties kan hebben voor het functioneren van betrokkene in het onderwijs.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te passen en af te zien van de voorgestelde aanvulling van artikel 6.10 WHW.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

1. WRR-rapport, Naar een lerende economie, blz. 293 e.v. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dit betreft o.a. de hoorplicht (bij de strafbeschikking vanaf 2000 euro, in het punitieve bestuursrecht vanaf 340 euro), beroeps-/verzettermijnen, verjaringstermijnen, al dan niet schorsende werking van rechtsmiddelen, verschuldigdheid van griffierechten. Straffen kunnen tot een aantekening in de justitiële documentatie, terwijl de bestuurlijke boete, ongeacht hoe hoog deze is, niet tot een dergelijke registratie leidt. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ongevraagd advies sanctiestelsels, Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht, no. W03.15.0138/II. [↑](#footnote-ref-3)
4. Paragraaf 4.1.2 van de toelichting. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikel 1.3 van de WHW. [↑](#footnote-ref-5)