

Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, intervenieren en openbaar maken



Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, interveniëren en openbaar maken

Symposiumbundel
Nederlandse Vereniging
voor Onderwijsrecht

Redactie:
Prof. mr. M.T.A.B. Laemers

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
www.sdu.nl/service

NVOR
Jan Willem Frisolaan 3
2517 JS Den Haag
website: www.nvor.nl

© NVOR
© 2014, Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2014
ISBN: 978 90 12 39414 7
NUR: 840

Zetwerk: Studio Typeface, Lelystad

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoud

	blz.
Voorwoord	11
<i>Miek Laemers</i>	
Sturing van prestaties in het onderwijs: inleidende opmerkingen bij beide preadviezen	13
<i>Tom Barkhuysen, Machteld Claessens en Martijn Nolen</i>	
Publiekrechtelijke sturing van prestaties in het onderwijs: interveniëren, afspreken en openbaar maken	15
<i>Tom Barkhuysen en Machteld Claessens</i>	
1. Inleiding	15
1.1 Aanleiding	15
1.2 Vraagstelling, opbouw en scope van dit preadvies	16
Deel I Verkenning	17
2. Het centrale thema toegelicht	17
2.1 Introductie	17
2.2 Onderwijsorganisaties en onderwijs	17
2.3 Prestaties en presteren	18
2.3.1 Onderverdeling 1: 'kwantitatieve prestaties' en 'kwalitatieve prestaties'	18
2.3.2 Onderverdeling 2: onderwijsprestaties, organisatieprestaties en sociale prestaties	19
2.4 Sturing van prestaties: afspreken en interveniëren	19
2.5 Openbaar maken	21
3. Juridisch kader	21
4. Publiekrechtelijke sturingsinstrumenten	24

Deel II	Publiekrechtelijke sturingsinstrumenten	30
5.	Interveniëren	30
5.1	Introductie	30
5.2	Interventie via (wettelijke) regels	31
5.3	Interveniëren via de bekostigingsrelatie met onderwijsorganisaties	31
5.3.1	Introductie van het begrip bekostiging	32
5.3.2	Per soort bekostiging verlangt de minister van OCW een ander soort prestatie	32
5.3.2.1	Bekostiging voor prestaties die een basiskwaliteit van onderwijs beogen	33
5.3.2.2	Bekostiging voor prestaties die een goede kwaliteit van onderwijs beogen	35
5.3.2.3	Resumerend: verschillende prestaties, afhankelijk van de bekostigingssoort	35
5.3.3	Sturing door middel van ontneming van bekostiging	36
5.4	Interveniëren via het nemen van andere bestuurlijke maatregelen en sancties	37
6.	Afspreken	41
6.1	Introductie	41
6.2	Het 'bestuursgesprek'	41
6.3	Prestatiebekostiging en prestatieafspraken / kwaliteitsbekostiging en kwaliteitsafspraken	42
6.3.1	Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs	43
6.3.2	Enkele gedachten en vragen over de prestatiebekostiging	44
6.3.3	Wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs: 'kwaliteitsbekostiging'	46
6.3.4	'Regeling kwaliteitsafspraken mbo': een 'investeringsbudget'	48
7.	Openbaar maken in het kader van afspreken en interveniëren	50
7.1	Introductie	50
7.2	Openbaarmaking van informatie door onderwijsorganisaties	52
7.2.1	Actieve openbaarmaking door bestuur, medewerkers en studenten	52
7.2.2	Openbaarmaking van de jaarverslaggeving (inclusief de jaarrekening)	53
7.3	Actieve openbaarmaking van informatie door het bestuursorgaan, zoals de minister van OCW en de Inspectie	55
7.3.1	De algemene 'actieve openbaarmakingsplicht': artikel 8 Wob	55
7.3.2	Verplichtingen tot openbaarmaking op grond van specifieke onderwijswetten	57
7.3.2.1	Openbaarmaking op grond van de Wet op het onderwijstoezicht	57
7.3.2.2	Openbaarmaking op grond van sectorale onderwijswetten	58
7.4	Passieve openbaarmaking van informatie door het bestuursorgaan, zoals de minister van OCW	60
8.	Tussenconclusie deel II	63

Deel III	Grenzen aan publiekrechtelijke sturingsmogelijkheden	64
9.	Artikel 23 Grondwet	65
9.1	Introductie	65
9.2	Artikel 23 Grondwet en de stichting van bijzondere en openbare scholen	65
9.3	Publiekrechtelijke sturing van onderwijsorganisaties – rapport ‘Tijd voor Onderwijs’ van de commissie-Dijsselbloem	66
9.4	De betekenis van artikel 23 Grondwet bij de totstandkoming van wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten met sturingsinstrumenten	67
9.4.1	Wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten inhoudende een prestatienorm	68
9.4.2	Wetsvoorstellen die voorzien in andere sturingsinstrumenten	71
9.4.3	Prestatiebekostiging	73
9.5	Tussenconclusie	74
10.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	75
11.	Tussenconclusie deel III	78
Deel IV	Knelpunten ten aanzien van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten en mogelijke oplossingen	79
12.	Complexiteit van wet- en regelgeving	79
12.1	Gelaagdheid van regels	80
12.2	Snelheid van nieuwe of gewijzigde, al dan niet aangescherpte regels	81
12.3	Sturingsinstrumenten hebben steeds vaker betrekking op de kwaliteit van onderwijs	82
12.4	De Inspectie als toezichthouder en beleidsregelgever in één	82
12.5	Effecten van (verminderde) rechtszekerheid in relatie gezien met de zwaarte van maatregelen en sancties	83
13.	De verhouding tussen publiekrechtelijke en overige sturingsinstrumenten	83
14.	Is openbaarmaking met voldoende waarborgen omkleed?	84
15.	Tussenconclusie deel IV	85
Deel V	Slot	87
16.	Samenvattende slotbeschouwing	87
16.1	Introductie	87
16.2	Beantwoording eerste deelvraag	87

16.3	Beantwoording tweede deelvraag	88
16.4	Beantwoording derde deelvraag	89
16.5	Tot slot	90

Privaatrechtelijke sturing in het onderwijs: bijzonder onderwijsrecht in nood? 93

M.F. Nolen

1.	Inleiding	93
1.1	Introductie	93
1.2	Doelstelling preadvies en deelvragen	94
1.3	Opzet	95
1.4.	Leeswijzer en verantwoording	96
2.	Prestaties in het onderwijs: een inleiding op het algemene thema	97
2.1	Opzet hoofdstuk	97
2.2	De begrippen sturing en interventie	97
2.3	Prestaties in het onderwijs	98
2.4	Prestatienormen in het onderwijs	102
2.5	Rubricering privaatrechtelijke sturingsinstrumenten	105
3.	Privaatrechtelijke sturingsinstrumenten: constituerende fase	107
3.1	Opzet hoofdstuk	107
3.2	Rechtspersoonlijkheid en winstoogmerk	107
3.3	Rechtsvorm en statutaire doelstelling	109
3.4	‘Governance’	115
3.5	Civielrechtelijk bestuursverbod	122
4.	Privaatrechtelijke interventies: besluiten en handelen	123
4.1	Opzet hoofdstuk	123
4.2	Norm voor bestuurlijk handelen?	123
4.3	Goedkeuringsrechten	124
4.4	Privaatrechtelijke rechtsverhouding leerling/student/ouders en onderwijsorganisatie	131
5.	Privaatrechtelijke interventies: correctief	139
5.1	Opzet hoofdstuk	139
5.2	Statutair ontslag van bestuurders en intern toezichthouders (artikel 2:286 BW)	140
5.3	Ontslag bestuurders en toezichthouders door de rechtbank (artikel 2:298 BW)	141
5.4	Aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders	147
5.5	Enquêterecht in het onderwijs	151

6.	Eerste analyse naar aanleiding van het overzicht van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten	153
7.	Betekenis privaatrechtelijke sturing in het onderwijs?	154
7.1	Subconclusie gestelde deelvraag	154
7.2	Vermaatschappelijking van het privaatrecht	155
7.3	Instrumentalisering van het privaatrecht?	156
7.4	Privaatrechtelijke sturing en artikel 23 Grondwet	158
7.5	Overheid en privaatrecht	161
8.	Slot	165
9.	Afronding: onderwijsrecht in nood?	166
Bijlage	Schematisch overzicht publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sturingsinstrumenten	168
	Naar versterking van intern en extern toezicht? Coreferaat bij de preadviezen voor de jaarvergadering NVOR 2014	179
	<i>Jannetje Bootsma</i>	
	De autonomie voorbij? Coreferaat bij de preadviezen voor de jaarvergadering NVOR 2014	189
	<i>Renée van Schoonhoven</i>	
	Over de auteurs	199
	Verslag Symposium NVOR 2013 Krimp in het onderwijs	201
	<i>Jannetje Bootsma</i>	



Voorwoord

Elk jaar is het bepalen van het onderwerp van het preadvies of de preadviezen een halszaak voor het bestuur van de NVOR. Het bestuur wil graag actueel zijn, een onderwijs-juridisch relevant thema bij de kop pakken, de meest geschikte auteurs en coreferenten vinden, voor denk- en discussievoer zorgen en bovenal – zie de doelstelling zoals die op de achterkant van het omslag zo fraai is weergegeven – de wetenschappelijke beoefening van het onderwijsrecht bevorderen. Of dat allemaal is gelukt, moet blijken tijdens het symposium op 28 november 2014. Wij menen dat de basis voor een geslaagde bijeenkomst is geleverd met dit boekje, dat – wellicht voor het laatst in deze vorm – twee preadviezen en twee coreferaten bevat.

Aanleiding voor deze preadviezen is de behoefte van de overheid om nadrukkelijker te sturen op de prestaties van onderwijsorganisaties en de door hen in stand gehouden instellingen. Wanneer de overheid concrete uitvoering geeft aan die behoefte, leidt dat tot vragen over de rechtsverhouding tussen de onderwijsorganisaties en de overheid, direct betrokkenen binnen de onderwijsorganisatie en derden.

Prof. mr. Tom Barkhuysen (Stibbe/Universiteit Leiden) & mr. Machteld Claessens (Stibbe) hebben samen een preadvies geschreven over het thema ‘Publiekrechtelijke Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, interveniëren en openbaar maken’.

In de onderwijsbekostiging is er sprake van een toenemend belang van afspraken, in welke vorm dan ook, over het bereiken van bepaalde prestaties. Deze ontwikkeling valt samen met de steeds groter wordende (maatschappelijke) behoefte aan het verkrijgen van inzicht in de prestaties van onderwijsinstellingen. Een ontwikkeling die ook wordt ondersteund door regelgeving op het terrein van openbaarheid. Ten slotte kan ook worden geconstateerd dat het toezicht op het behalen van bepaalde prestaties en het afrekenen op basis van de resultaten daarvan behoorlijk wordt geïntensiveerd. In hun preadvies, waarin de geschetste ontwikkelingen in onderling verband in kaart worden gebracht en geanalyseerd, wordt gezien welke impact ervan uitgaat op de instellingen en andere betrokkenen en waar zich eventuele knelpunten voordoen. Ten slotte worden aanbevelingen gedaan voor de toekomst.

Hoe de auteurs bijvoorbeeld denken over het scenario dat in december 2012 geschetst werd in *Science Guide*, onder de titel ‘De minister als nieuw schoolbestuur’ en waarin een aanwijzingsbevoegdheid van de minister van OCW in de WHW om een aantal redenen overbodig en risicovol werd geacht, zal u na lezing duidelijk zijn. De minister van OCW kan aan een onderwijsorganisatie bij wanbeheer een aanwijzing geven, welke aanwijzing elke maatregel kan inhouden die de minister nodig acht. Voldoet de onderwijsorganisatie niet aan de aanwijzing, dan kan een bekostigingssanctie volgen. Omdat met de aanwijzing wordt getreden in de bevoegdheid van een onderwijsorganisatie, is het gebruikmaken van dit instrument aan strenge waarborgen van evenredigheid en proportionaliteit onderhevig zoals blijkt uit de onderwijswetten, zoals in de artikelen 9.9a lid 1 en 10.3e lid 1 WHW.

Door de auteurs wordt aandacht geschonken aan alle onderwijssectoren. Dat onderwerpen uit het hoger onderwijs nogal eens als voorbeeld dienen in het betoog van de preadviseurs, hoeft geen verbazing te wekken. Sommigen van u zullen zich het NVOR-preadviez over 'Bruikbare rechtsorde, hoger onderwijs als proeftuin' herinneren. Aanleiding daarvoor was de verschijning van de kabinetsnota 'Bruikbare rechtsorde' van de minister van Justitie in 2004. De nieuwe WHW zou de kenmerken dragen van de hierin neergelegde aanpak (ruimte voor eigen verantwoordelijkheid en verbetering van de bruikbaarheid en de zorg van handhaving en sanctionering) en de andere onderwijssectoren zouden in de volgende jaren aan bod komen. Dit lijkt voor een thema als prestatiebekostiging ook nu het geval te zijn.

Het tweede preadvies is geschreven door mr. Martijn Nolen (Van Doorne Advocaten/VU). Hij gaat in op de relatie tussen besturen van onderwijsinstellingen en de (toeneemende) interventiemogelijkheden van de overheid vanuit de invalshoek van schoolbesturen. Hij schetst met andere woorden de privaatrechtelijke sturing in het onderwijs en beziet wat daarvan de gevolgen zijn voor onderwijsorganisaties, hun bestuurders en hun intern toezichthouders in het onderwijs.

Ook hij concludeert dat het aantal – in dit geval privaatrechtelijke – sturingsinstrumenten in het onderwijs en het gebruik daarvan toenemen. Zorgwekkend vindt hij – overigens net als Tom Barkhuysen en Machteld Claessens in hun preadvies – dat het aan een algemene analyse van de overheid en de wetgever ontbreekt over de verhouding tussen de diverse privaatrechtelijke instrumenten en de publiekrechtelijke mogelijkheden (onderwijswetgeving en Awb) tot handhaving. Zijn preadvies geeft in ieder geval een aanzet voor een dergelijke analyse.

De preadviseurs hebben hun bijdrage degelijk opgebouwd door veel achtergronden te geven en gebruikte begrippen te definiëren. Zij hebben hun preadvies verrijkt met een aantal verhelderende figuren en ze hebben niet nagelaten het thema te projecteren op andere maatschappelijke instellingen (zoals woningcorporaties).

Dr. Renée van Schoonhoven en mr. Jannetje Bootsma hebben als coreferent een verrijkende bijdrage geschreven. Tijdens het symposium reageert Dr. A (Arnold) Jonk, hoofdinspecteur primair onderwijs en speciaal onderwijs, op de preadviezen en de bijdragen van de coreferenten.

Alle auteurs zijn wij erkentelijk voor hun inspanningen om hun studies en commentaren op papier te zetten, zodat ze bijeengebracht konden worden in deze bundel. Bij voorbaat danken we hen ook voor hun mondelinge inleiding op het thema tijdens het symposium. We hopen dat we aldus samen met hen en onze verenigingsleden goed geïnformeerd en geïnspireerd de discussie ingaan en het thema verder kunnen brengen, wellicht tot nut van beleidsmaker en regelgever.

Namens het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht
Miek Laemers, voorzitter

Sturing van prestaties in het onderwijs: inleidende opmerkingen bij beide preadviezen

Een belangrijke tendens van de afgelopen jaren is dat er in het onderwijs (waartoe wij ook het onderzoek rekenen) steeds meer wordt gestuurd op prestaties. Er worden steeds veeleisendere prestatienormen opgelegd en ook de acties om vervolgens het behalen van de normen te bevorderen nemen toe in aantal en intensiteit. Daarbij zijn verschillende actoren betrokken. Een belangrijke rol speelt natuurlijk de overheid – de minister van OCW, de NVAO en de Inspectie voorop. Daarnaast is ook de private omgeving van een onderwijsorganisatie een belangrijke actor. Ouders, leerlingen, studenten aan de ene kant en docenten, bestuurders en toezichthouders van de organisaties aan de andere kant. De diverse brancheorganisaties spelen een intermediaire rol in deze sturingsomgeving. Deze ontwikkeling roept de nodige vragen op, juist ook van juridische aard. Vragen die in de hier opgenomen preadviezen aan de orde komen.

De preadviezen verkennen en analyseren de sturingsinstrumenten die ons huidige recht kent, gaan na wat de begrenzing is ten aanzien van de inzet van deze instrumenten en bezien welke knelpunten bij deze inzet aan de orde zijn en hoe deze eventueel weg te nemen. Daarmee wordt een beeld verkregen van het totale sturingsarsenaal en kan dit ook in zijn context worden gewaardeerd. Op basis daarvan worden aanzetten gedaan voor de discussie over de verdere ontwikkeling van het sturingsinstrumentarium. Is het voldoende effectief? Ontbreken er elementen? Wat zijn de cumulatieve effecten? Is er voorzien in voldoende waarborgen voor de onderwijsorganisaties? Wat zijn de gevolgen voor de ontwikkeling van het onderwijsrecht in het algemeen en de onderwijswetgeving in het bijzonder?

Tussen de beide preadviezen is een – in ieder geval op het eerste gezicht – heldere taakverdeling gemaakt. In het hierna als eerste opgenomen preadvies van Tom Barkhuysen en Machteld Claessens komt de publiekrechtelijke kant van de zaak aan de orde. Centraal daarin staat de vraag naar de publiekrechtelijke sturing van prestaties in het onderwijs. In het daarna opgenomen preadvies van Martijn Nolen worden de meer privaatrechtelijke aspecten belicht. Ten behoeve van het verkrijgen van een integraal overzicht van de sturingsinstrumenten uit het publiekrechtelijke en het privaatrechtelijke domein is op basis van de beide preadviezen een schema opgesteld dat als bijlage aan het einde van beide preadviezen is opgenomen.

Een belangrijke voorvraag is dan nog wat wordt verstaan onder prestaties. Er kan een onderscheid worden gemaakt in kwantitatieve prestaties en kwalitatieve prestaties. Een ander onderscheid is dat tussen prestaties die zich richten op onderwijs, de organisatie of het sociale klimaat. In de hierna opgenomen preadviezen wordt uitgegaan van het begrip prestaties in de meest brede zin van het woord, namelijk al datgeen dat van een onderwijsorganisatie wordt verlangd.

Tot slot van deze korte introductie is het van belang erop te wijzen dat de preadviseurs hopen dat de hier opgenomen preadviezen en het debat daarover tijdens de jaarvergadering van de NVOR bijdragen aan een evenwichtige ontwikkeling van het sturingsinstrumentarium.

Amsterdam 30 september 2014

Tom Barkhuysen
Machteld Claessens
Martijn Nolen

Publiekrechtelijke sturing van prestaties in het onderwijs: intervenieren, afspreken en openbaar maken

prof. mr. T. Barkhuysen en mr. M. Claessens¹

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Het onderwijs moet ‘*van goed naar beter*’, volgens de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW).² De overheid heeft de ambitie om tot de mondiale top 5 van beste onderwijsstelsels te behoren. Dit doel zou onder meer moeten worden bereikt door de volgende door de minister van OCW gestelde doelen na te streven:

1. De prestaties van leerlingen en studenten gaan omhoog.
2. Scholen en instellingen werken met goed opgeleide en professionele leraren, docenten en schoolleiders, die samen zorgen voor een veilig en ambitieus leerklimaat.
3. Scholen en instellingen maken resultaten inzichtelijk en worden aangesproken op hun prestaties, waarvoor door de overheid heldere normen zijn geformuleerd.³

De druk om te presteren in het onderwijs is anno 2014 hoog.⁴ Deze druk komt in de eerste plaats ‘van bovenaf’, via de wetgever, de minister van OCW, de Inspectie van het Onderwijs (Inspectie) en de Nederlands-Vlaamse accreditatieorganisatie (NVAO). In de tweede plaats komt de druk om te presteren ‘van onderop’; via de samenleving (al dan niet via media), via leerlingen, ouders, studenten en via de eigen (branche)organisaties en andere onderwijsorganisaties. Al deze ‘stakeholders’ eisen van onderwijsorganisaties bepaalde prestaties, die al dan niet in wet- en regelgeving zijn verankerd, en publieke verantwoording daarover.

De hiervoor beschreven druk om te presteren rust ook op de Inspectie. Zij heeft de wettelijke taak om bij ondermaats presteren door onderwijsorganisaties (steeds) snel(ler) in te grijpen.⁵ De Inspectie heeft zich daarbij niet langer alleen te richten tot onderwijsorganisaties die zwak of zeer zwak presteren; zij zal zich ook moeten uitlaten over ‘goede’ en ‘excellente’ scholen.⁶ De norm is niet langer het bereiken van een bepaalde basiskwaliteit, maar van een goede kwaliteit van onderwijs.

1 Tom Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Machteld Claessens is advocaat bij Stibbe.

2 Kamerbrief d.d. 16 december 2013, met het kenmerk 572683.

3 Deze streefdoelen staan vermeld in ‘Trends in beeld 2013’, welk document door het ministerie van OCW op Prinsjesdag 2014 is bekendgemaakt.

4 Illustratief is *Kamerstukken II* 2013/14, 33905, nr. 1, waarin de transitie in onderwijstoezicht door de minister van OCW wordt geschetst: ‘*Wij willen in het onderwijs toe naar een kwaliteitscultuur waarbij het voor alle partijen vanzelfsprekend is om te blijven streven naar verbetering, ook al is het basisoniveau op orde.*’

5 ‘*Er is meer handhavingsactie nodig om onderwijsinstellingen die niet in overeenstemming handelen met de regels tot de orde te roepen*’ (*Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 2).

6 Vgl. de brief d.d. 28 maart 2014 ‘Transitie in onderwijstoezicht’, *Kamerstukken II* 2013/14, 33905, nr. 1.

1.2 Vraagstelling, opbouw en scope van dit preadvies

Met het onderhavige preadvies beogen wij meer inzicht te geven in de mogelijkheden die het publiekrecht biedt om de prestaties van onderwijsorganisaties te sturen en hoe deze te waarderen. In dat verband stellen wij de volgende drie (deel)vragen:

1. Welke publiekrechtelijke sturingsinstrumenten zijn er in de onderwijssector en door wie kunnen die worden ingezet?
2. Wat zijn de grenzen aan die publiekrechtelijke sturingsinstrumenten?
3. Wat zijn bij de toepassing van die publiekrechtelijke sturingsinstrumenten eventuele knelpunten en hoe zouden die kunnen worden weggenomen?

Ons preadvies is uit een aantal delen opgebouwd.

In deel I verkennen wij verder het centrale thema van dit preadvies (hoofdstuk 2). Verder geven wij in deel I een korte introductie van het toepasselijke juridisch kader (hoofdstuk 3) en geven wij een overzicht van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten (hoofdstuk 4).

In deel II komen wij toe aan beantwoording van de eerste deelvraag. In de hoofdstukken 5 tot en met 7 gaan wij achtereenvolgens in op de publiekrechtelijke instrumenten van interventie, afspreken en openbaar maken. In hoofdstuk 8 is een tussenconclusie opgenomen.

Deel III bestaat uit de hoofdstukken 9 en 10. Hierin beschrijven wij de al dan niet begrenzendende werking van artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de inzet van reeds bestaande en nieuwe publiekrechtelijke instrumenten. Aan de hand daarvan kunnen wij in hoofdstuk 11 overgaan tot beantwoording van de tweede deelvraag.

In deel IV komen wij toe aan de derde deelvraag, namelijk welke eventuele knelpunten er bestaan bij de toepassing van de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten en hoe die zouden kunnen worden weggenomen. Knelpunten en oplossingen zijn nader uitgewerkt in de hoofdstukken 12 tot en met 14. Hoofdstuk 15 bevat een tussenconclusie.

Deel V is de afsluiting van ons preadvies, bestaande uit een samenvattende slotbeschouwing (hoofdstuk 16).

Om de omvang van dit preadvies nog enigszins beperkt te houden, behandelen wij alleen de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten die zich richten tot een individuele onderwijsorganisatie. Op sturingsinstrumenten die betrekking hebben op de kwaliteit en toegankelijkheid van het onderwijsstelsel als zodanig gaan wij aldus niet in. Tevens hebben wij de Wet op de expertisecentra buiten beschouwing gelaten, mede omdat die voor een belangrijk deel overlap met de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs kent. De Wet passend onderwijs hebben wij in dit preadvies ook niet meegenomen. Tot slot is het onmogelijk om alle publiekrechtelijke sturingsinstrumenten (uitgebreid) te beschrijven. Daarin hebben wij enige keuze moeten maken. Beschrijving vindt bovendien vaak alleen op het niveau van de wet plaats en niet ook op hetgeen in de onderliggende (beleids)regelgeving staat vermeld.

DEEL I VERKENNING

In dit eerste deel verkennen wij het centrale thema van dit preadvies (hoofdstuk 2). Hoofdstuk 3 bevat een korte uiteenzetting van het relevante juridisch kader. In hoofdstuk 4 is een overzicht van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten opgenomen.

2. Het centrale thema toegelicht

2.1 Introductie

In deze paragraaf benoemen wij een aantal voor ons preadvies belangrijke begrippen en leggen wij uit wat wij met die begrippen bedoelen. De begrippen die aan bod komen zijn ‘onderwijsorganisaties’ en ‘onderwijs’ (paragraaf 2.2), ‘prestaties’ en ‘presteren’ (paragraaf 2.3), de ‘sturing’ van prestaties (paragraaf 2.4) en ‘openbaar maken’ (paragraaf 2.5).

2.2 Onderwijsorganisaties en onderwijs

Een onderwijsorganisatie bestaat veelal uit een overkoepelende rechtspersoon (vaak een stichting) die een of meer onderwijsinstellingen in stand houdt. Vanuit één onderwijsorganisatie kunnen meerdere soorten onderwijs worden aangeboden en bestaan er vaak veel verschillende vestigingen (al dan niet per instelling). Gelet op de ingewikkelde rechtspersoonlijke constructie, spreken wij in dit preadvies gemakshalve van het allesomvattende begrip ‘onderwijsorganisatie’.

Daarnaast is een veelgebruikt begrip het ‘onderwijs’. Wat is dat nu precies? Mentink en Vermeulen hebben getracht hieraan een invulling te geven, mede onder verwijzing naar een tussenuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) inzake De Koers. Volgens de Afdeling in die uitspraak moet onder het begrip ‘onderwijs’ worden verstaan *‘het geven van onderwijs, in die zin dat kennis en vaardigheden aan leerlingen worden overgedragen. (...) Daarbij gaat zij [de Inspectie, toevoeging TB/MC] terecht uit van een zekere mate van sturing en structurering van het leerproces.’*⁷ Deze uitleg sluit aan bij artikel 23 lid 2 Grondwet en de onderwijswetgeving, aldus de Afdeling.

Wij lezen de uitleg van de Afdeling zo, dat bij het geven van onderwijs de leerling of student in kwestie wordt geholpen zijn kennis naar een hoger niveau te tillen, waarbij de overdrachtsfunctie van belang is.

Deze uitleg zien wij in het bijzonder ook terug in artikel 8 van de WPO, waarin is bepaald dat *‘[h]et onderwijs (...) zodanig [wordt] ingericht dat de leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen. Het wordt afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen.’* In de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke artikel 9 WPO – in 1976 – wordt het hiervoor vermelde ‘ontwikkelingsproces’ als *‘karakter van het onderwijs’* gezien.⁸

7 ABRvS 20 juli 2011, AB 2012, 23, m.nt. C.W. Noorlander (tussenuitspraak De Koers).

8 Kamerstukken II 1976/77, 14428, nr. 3, p. 42.

2.3 Prestaties en presteren

Onderwijsorganisaties moeten zoals gezegd presteren. ‘Presteren’ is in de parlementaire stukken die betrekking hebben op de onderwijssector, een veelgebruikt woord. Toch is het lastig te duiden wat hiermee precies wordt bedoeld. ‘Presteren’ betekent volgens het woordenboek Van Dale ‘tot stand brengen’, ‘goed voor de dag komen’. Een ‘prestatie’ is volgens Van Dale ‘dat wat iemand presteert; verricht werk’.

Wij gebruiken hierna in ons preadvies het begrip ‘prestaties’ in de meest brede zin van het woord. Een veelgemaakte onderscheid ten aanzien van het begrip ‘prestaties’ is dat tussen de kwantitatieve prestaties en de kwalitatieve prestaties (paragraaf 2.3.1). Een andere indeling van soorten prestaties is ook denkbaar, namelijk op basis van de vraag waarop die prestaties betrekking hebben: onderwijs, de organisatie of het sociale klimaat (paragraaf 2.3.2).

2.3.1 Onderverdeling 1: ‘kwantitatieve prestaties’ en ‘kwalitatieve prestaties’

Prestaties kunnen worden onderverdeeld in ‘kwantitatieve prestaties’ en ‘kwalitatieve prestaties’. Het verschil zit hem met name in de soort bekostiging die de onderwijsorganisatie voor uitvoering van de onderscheidenlijke prestaties ontvangt.

In de eerste plaats moeten onderwijsorganisaties aan de prestaties voldoen, die in de wet zijn opgenomen en die garanderen dat de organisatie een bepaalde basiskwaliteit aan onderwijs verzorgt. Deze prestaties kwalificeren als ‘deugdelijkheidseisen’ c.q. ‘bekostigingsvoorwaarden’. Voor deze soort prestaties ontvangt de onderwijsorganisatie ‘lump-sumbekostiging’. Het gaat hier om de ‘kwantitatieve prestaties’. Hierbij kan men denken aan het behalen van de kerndoelen in het primair onderwijs en de onderbouw van het voortgezet onderwijs,⁹ dat de studenten in het hoger onderwijs een diploma behalen en dat in het middelbaar beroepsonderwijs wordt voldaan aan de urennorm.

In de tweede plaats moeten onderwijsorganisaties voldoen aan de normen met betrekking tot de ‘kwalitatieve prestaties’. Waar de kwantitatieve prestaties hoofdzakelijk zijn gericht op het bereiken van een basiskwaliteit, beogen de kwalitatieve prestaties meer een ‘goede kwaliteit’ van onderwijs. De categorie ‘kwalitatieve prestaties’ bestond oorspronkelijk alleen uit ‘kwaliteitseisen’. Deze soort eisen beoordeelt de Inspectie aan de hand van haar Toezichtkaders. Kwaliteitsaspecten hoeven niet als zodanig in de sectorwetten te zijn neergelegd; de basis daarvoor is de Wet op het onderwijstoezicht (Wot). Een nieuwe ontwikkeling in de bekostigingsrelatie tussen de minister van OCW en de onderwijsorganisaties (in het hoger onderwijs) heeft geleid tot een tweede categorie van ‘kwalitatieve prestaties’. Met de invoering van de zogenaamde ‘prestatiebekostiging’ beoogt de minister van OCW een ‘goede kwaliteit’ van onderwijs te bereiken. Niet-naleving van de gemaakte prestatieafspraken waarvoor de prestatiebekostiging wordt

9 Zie hiervoor het Besluit vernieuwde kerndoelen WPO en het Besluit kerndoelen onderbouw VO. Daarin zijn kerndoelen neergelegd met betrekking tot bijvoorbeeld de Nederlandse taal, rekenen (wiskunde), bewegingsonderwijs (lichamelijke opvoeding). In het primair onderwijs wordt ook aandacht besteed aan zaken zoals ‘oriëntatie op jezelf en de wereld’.

verkregen, kan leiden tot inhouding van (een deel van) de prestatiebekostiging dat is bestemd voor het volgende tijdvak. Wij komen hierop nog terug in hoofdstuk 6 van dit preadvies.

2.3.2 *Onderverdeling 2: onderwijsprestaties, organisatieprestaties en sociale prestaties*

Prestaties van een onderwijsorganisatie zijn in de eerste plaats gericht op het onderwijs zelf. Denk in dit verband aan de geldende urennormen, de eisen inzake examinering en diplomering, de voorwaarde dat docenten bevoegd en bekwaam zijn en soortgelijke andere normen die uit de onderwijswetten blijken. Deze soort prestaties – ‘onderwijsprestaties’ – zijn naar ons idee de belangrijkste door de onderwijsorganisatie te verrichten prestaties. Uiteindelijk draait de sector om het (aan)bieden van toegankelijk en kwalitatief (goed) onderwijs.

Een tweede aan te wijzen soort prestaties zijn gericht op de organisatie zelf (‘organisatieprestaties’). Een onderwijsorganisatie moet bijvoorbeeld worden aangestuurd door een (college van) bestuur, waarop intern toezicht wordt gehouden door een raad van toezicht. Verder moet een organisatie financieel gezond zijn en is de huisvesting een belangrijke pijler. Inzake deze onderwerpen bestaan allerlei (wettelijke) prestatienormen.

Het waarborgen van de veiligheid op school en het bevorderen van een gunstig sociaal klimaat, door bijvoorbeeld een antipestbeleid te hanteren,¹⁰ zijn naar ons idee voorbeelden van een derde aan te wijzen soort prestaties. Deze prestaties richten zich zowel tot de organisatie zelf als tot het onderwijs. De hier bedoelde prestaties vormen als het ware belangrijke randvoorwaarden voor het kunnen aanbieden van kwalitatief goed onderwijs. Daarmee is deze groep aan te duiden als ‘sociale prestaties’.

2.4 **Sturing van prestaties: afspreken en interveniëren**

In de titel van ons preadvies spreken wij van ‘sturing van prestaties’. Getracht wordt aan de prestaties van een onderwijsorganisatie in meer of mindere mate ‘sturing’ te geven.

De eerste die aan de prestaties van een onderwijsorganisatie sturing kan geven, is (uiteraard) de onderwijsorganisatie zelf. Sturing vindt echter (juist) ook door derden plaats. Dit zijn achtereenvolgens (i) de (rijks)overheid, (ii) de studenten, leerlingen en ouders die bij de onderwijsorganisatie zijn betrokken, (iii) het personeel van de onderwijsorganisatie, (iv) de brancheorganisaties en ‘concullega’s’ van de onderwijsorganisatie en tot slot (v) de samenleving (waarvan de media onderdeel uitmaken).

De (rijks)overheid, voornamelijk het ministerie van OCW, de wetgever, en de Inspectie als toezichthouder, hebben allemaal invloed op het reilen en zeilen van onderwijsorganisaties en op het onderwijsstelsel. Met name in de lagere segmenten van het onderwijs heeft ook de gemeente(raad) sturingsmogelijkheden ten aanzien van het onderwijs.

10 Zie in dit verband het concept wetsvoorstel sociale veiligheid op school en het advies d.d. 5 september 2014, met het kenmerk 20140181/1076, van de Onderwijsraad daarover.

Een tweede aan te wijzen externe groep die invloed uitoefent op de onderwijsorganisaties, zijn de studenten, leerlingen en ouders, al dan niet in de georganiseerde vorm van studentenraden en ouderraden. Ook zij eisen van onderwijsorganisaties goed onderwijs en een veilig schoolklimaat. Bovenal eist deze groep vaak transparantie over de prestaties; de onderwijsorganisaties behoren ‘publieke verantwoording’ af te leggen. Dat die eis door onderwijsorganisaties vaak wordt ingewilligd hangt samen met het feit dat de keuze van studenten, leerlingen en ouders voor een bepaalde onderwijsorganisatie mede afhankelijk is van die publieke verantwoording.

Ook vanuit de eigen gelederen van een onderwijsorganisatie wordt getracht invloed uit te oefenen op de organisatie. Het personeel heeft invloed op de besluitvorming, wetenschappelijk bezien in ieder geval via de medezeggenschapsraad. Ook op bestuurlijk niveau zijn verschillende relevante organen aan te wijzen, zoals het college van bestuur en de raad van toezicht.

Een vierde groep wordt gevormd door de brancheorganisaties van de verschillende onderwijssectoren en de ‘concullega’s’ van de onderwijsorganisaties – de andere onderwijsorganisaties. In dat verband worden onderling ook afspraken gemaakt over de te behalen normen en doelstellingen door de onderwijssector.

Tot slot vormt ‘de samenleving’ de vijfde groep die sturing geeft aan prestaties van onderwijsorganisaties. Geluiden uit de samenleving worden versterkt door de media.

Elk van deze groepen stuurt niet telkens zelfstandig de organisatie aan. Bijvoorbeeld de groep ‘rijksoverheid’ handelt niet alleen op eigen initiatief, maar ook naar aanleiding van wat er in de samenleving speelt op het gebied van het onderwijs. Zo kunnen wij ons voorstellen dat klachten van ouders over een individuele onderwijsorganisatie aanleiding geven voor onderzoek door de Inspectie.

Gelet op de complexe dynamiek die rondom het onderwijs aan de orde is, moet net als het begrip ‘prestaties’ ook het begrip ‘sturing’ in zo breed mogelijke zin worden opgevat. Daaraan is wel enige invulling te geven, namelijk door onderscheid te maken tussen ‘tweezijdige sturing’ en ‘eenzijdige sturing’.

Tweezijdige (wederkerige) sturing houdt in feite in dat tussen een individuele onderwijsorganisatie (dan wel de sector als zodanig via de brancheorganisatie) en de minister van OCW, de Inspectie en/of de NVAO afspraken worden gemaakt. Door het maken van die afspraken trachten de minister en de Inspectie sturing te geven aan de onderwijsorganisatie. De ‘tweezijdige sturing’ duiden wij hierna aan als ‘afspraken’ of ‘afspreken’.

Eenzijdige sturing houdt in dat (een van) de hiervoor genoemde groepen prestatienormen aan de onderwijsorganisatie oplegt. Degene die dat het meeste doet, is de wetgever. Hij legt door middel van de wet normen aan onderwijsorganisaties op. Deze ‘eenzijdige sturing’ duiden wij hierna aan als ‘interveniëren’, waaronder zo nodig ook kan worden begrepen het ‘sanctioneren’ van onderwijsorganisaties naar aanleiding van toezicht.

Immers, het plegen van interventies vindt niet alleen aan de voorkant door middel van het introduceren van nieuwe normen plaats, maar ook aan de achterkant door de naleving van die normen te controleren en indien nodig aan de onderwijsorganisatie een sanctie of een andersoortige maatregel op te leggen. Bovendien kan ook al sturing plaatsvinden met alleen al de dreiging om een bepaalde maatregel te nemen of een sanctie op te leggen.

2.5 Openbaar maken

Er bestaat een (steeds) grote(re) behoefte aan transparantie. Gemaakte afspraken of toegepaste interventie-instrumenten worden vaak in de openbaarheid gebracht, actief dan wel passief (pas na een verzoek daartoe). Deze openbaarmaking vindt via de formele kanalen plaats doordat een onderwijswet of de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) de openbaarmaking voorschrijft of omdat iemand heeft verzocht om openbaarmaking van bepaalde informatie.

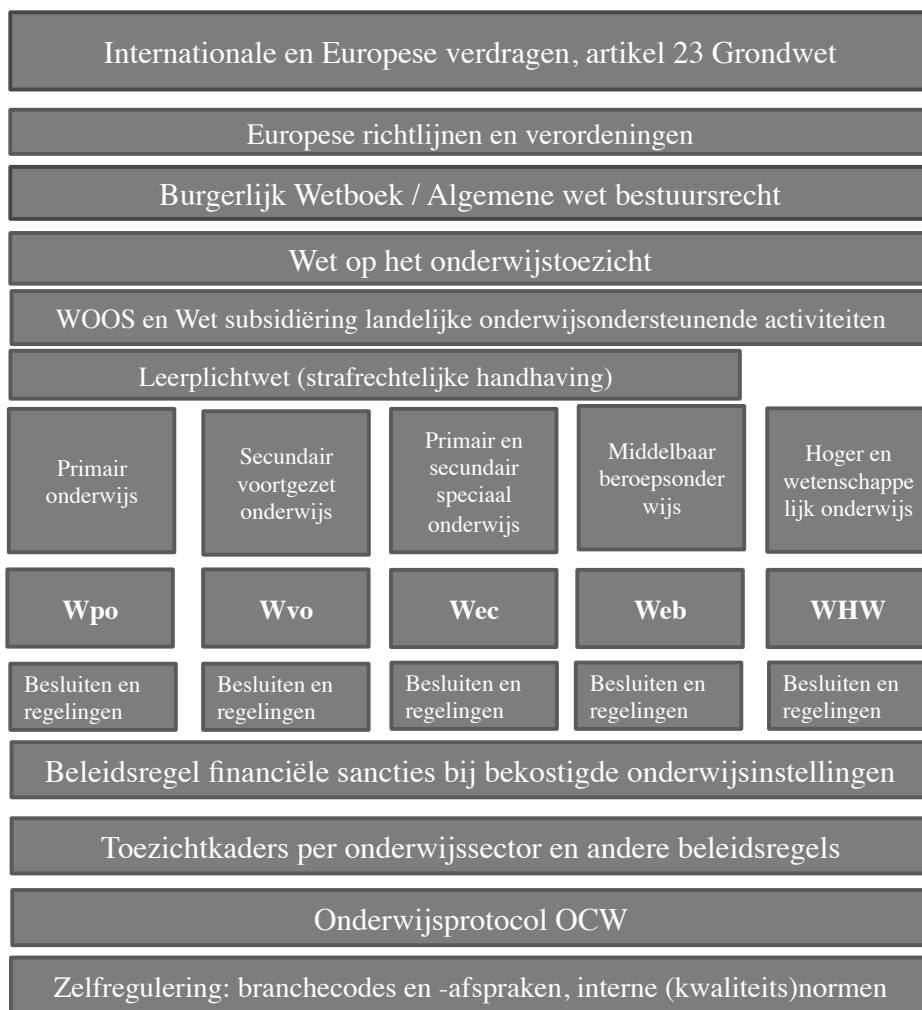
Het reilen en zeilen van een onderwijsorganisatie komt daarnaast ook steeds meer via de ‘publieke verantwoording’ van een onderwijsorganisatie zelf naar buiten. Ook het gebruik van (sociale) media zorgt ervoor dat er steeds meer transparantie is over het presteren van onderwijsorganisaties. Ook deze vormen scharen wij onder de noemer ‘openbaren’.

Op het onderdeel ‘openbaar maken’ gaan wij in hoofdstuk 7 nog uitgebreid in, waarbij wij ook nog een nadere introductie op dit thema geven.

3. Juridisch kader

Op de onderwijssector is een bijzonder juridisch kader van toepassing. Dit juridisch kader bestaat primair uit specifiek op de onderwijssector toegesneden wet- en regelgeving, zodat ook van ‘onderwijsrecht’ kan worden gesproken. Het onderwijsrecht betreft een zogenaamd ‘functioneel rechtsgebied’; het normeert een bepaalde sector. Dat brengt met zich mee dat daarnaast veel deelrechtsgebieden tot het onderwijsrecht behoren. Deze deelrechtsgebieden zijn het bestuursrecht, het privaatrecht (waaronder begrepen ook het arbeidsrecht), het strafrecht en het Europees recht. Een en ander ziet er schematisch weergegeven als volgt uit:¹¹

¹¹ In dit overzicht hebben wij regelgeving op lokaal niveau niet meegenomen.



Een belangrijke grondlegger van het onderwijsrecht is artikel 23 Grondwet. Dit grondwetsartikel speelt een prominente rol in de onderwijssector en bij de toepassing van het onderwijsrecht.¹² Het recht op onderwijs wordt ook beschermd door verschillende internationale en Europese verdragen, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Zo waarborgt artikel 2 van het Eerste Protocol EVRM het recht op onderwijs.

Mede gelet op dat recht op onderwijs geldt er een leerplicht voor kinderen in de leeftijd van vijf tot en met zestien jaar. Voor jongeren die op zestienjarige leeftijd nog geen startkwalificatie hebben behaald, geldt tot hun achttiende jaar nog een kwalificatieplicht.

12 D. Mentink en J. Sperling, 'Ontwikkelingen rondom het constitutioneel onderwijsrecht', Jaarboek onderwijsrecht 2006-2010 NTOR, p. 47-68, en D. Mentink en B. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Niet-naleving van deze normen wordt strafrechtelijk gehandhaafd. Een en ander in dit verband is geregeld in de Leerplichtwet (Lpw).

De Inspectie houdt toezicht op de gehele onderwijssector met uitzondering van de beoordeling van de kwaliteit van het hoger onderwijs. De taken en bevoegdheden van de Inspectie zijn omschreven in de Wet op het onderwijstoezicht. Ten behoeve van haar toezichthoudende taak heeft de Inspectie per onderwijssector zogenaamde 'Toezichtkaders' opgesteld; vergelijkbaar met een beleidsregel. De Toezichtkaders bevatten een uitwerking van de prestatienormen die in de verschillende onderwijswetten zijn neergelegd en stellen verder (overige) kwaliteitseisen. Tussen beide prestatiesoorten kan overigens overlap bestaan.

De NVAO beoordeelt en borgt het niveau en de kwaliteit van het hoger onderwijs. De NVAO verleent accreditaties voor opleidingen in het hoger onderwijs en zorgt onder meer voor de toets nieuwe opleiding en de instellingstoets kwaliteitszorg (artikel 5a.2 WHW). De NVAO is ook bevoegd om accreditaties in te trekken. Actueel in dat kader is de onvoldoende die het orgaan in 2014 heeft gegeven aan 26 opleidingen in de geesteswetenschappen. De universiteiten van deze opleidingen hebben nu een hersteltermijn van maximaal twee jaar verkregen (artikel 5a.12a WHW).

Het onderwijsrecht is verder voor een belangrijk deel per onderwijssector georganiseerd. Elke onderwijssector kent een eigen onderwijswet en onderliggende regelgeving. In de per sector vastgestelde onderwijswetten ligt ook de grondslag voor toekenning van bekostiging vast. Wanneer de onderwijsorganisaties niet voldoen aan de normen die verband houden met de toekenning van bekostiging, kan dat aanleiding geven voor een financiële sanctie. De Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen (Beleidsregel) geeft daaraan een nadere uitwerking.

Naast de jaarlijkse bekostiging kunnen onderwijsorganisaties voor specifieke projecten en doelstellingen ook subsidie krijgen. In dat verband zijn voor de gehele onderwijssector de Wet overige OCW-subsidies (WOOS) en de Wet subsidiëring landelijke onderwijsondersteunende activiteiten 2013 relevant.

Verder kent de onderwijssector nog regels voor de jaarverslaggeving in de vorm van jaarlijks door de minister van OCW bij te werken 'onderwijsprotocollen' en verbindt de sector zich bovendien aan eigen, sectorale regels. Deze laatste soort regels betreffen zelfregulering en zijn aldus in beginsel niet rechtens afdwingbaar.

Gelet op de verschillende 'lagen' en de onderscheiden wet- en regelgeving per deelsector van het onderwijs, bestaat het onderwijsrechtelijke kader uit een (soms onoverzichtelijk) woud aan wettelijke voorschriften, lagere regelgeving, beleidsregels en overige (service)documenten.¹³ De juridische status van met name de meer beleidsmatige regels en overige documenten is niet telkens helder.

13 Bijv. het 'Servicedocument beroepspraktijkvorming: wat mag verwacht worden van de bpv?' d.d. 20 maart 2014, opgesteld door de Inspectie.

Om het nog complexer te maken, is de op de onderwijssector toepasselijke wet- en regelgeving met name de laatste jaren sterk beïnvloed geraakt door regels vanuit onder meer het (algemeen) bestuursrecht en het privaatrecht.¹⁴ Kortmann, Vermeulen en Zoontjens schreven hierover al in het licht van hun preadviezen in het jaar 2001 voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht.¹⁵ Sindsdien is ook het Europees recht in opkomst, bijvoorbeeld omdat door de Europese Unie verschillende subsidies voor het onderwijs en de wetenschap beschikbaar worden gesteld.

Bij het bestuursrecht moet worden gedacht aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarvan belangrijke onderdelen op dit vlak zijn de Subsidietitel 4.2 en hoofdstuk 5 over de bestuursrechtelijke handhaving. Naast de Awb is ook relevant de Wob op grond waarvan bestuursorganen verplicht zijn actief informatie openbaar te maken (behoudens uitzonderingen) en op basis waarvan zij door derden kunnen worden verzocht om openbaarmaking van documenten.

Relevante onderdelen van het privaatrecht zijn in de eerste plaats het Burgerlijk Wetboek 2 dat bepalingen inzake het rechtspersonenrecht bevat en boek 6 BW inzake het verbintenissen- en contractenrecht. In de tweede plaats mag het arbeidsrecht (boek 7 BW) niet ongenoemd blijven.

Het toepasselijk juridisch kader op de onderwijssector is al met al niet gemakkelijk te doorgronden.¹⁶ Wij zullen hierna proberen dit kader meer inzichtelijk te maken, waarbij wij ons in het bijzonder richten op de publiekrechtelijke mogelijkheden om onderwijsorganisaties te sturen.

4. Publiekrechtelijke sturingsinstrumenten

In de volgende hoofdstukken (in deel II van dit preadvies) analyseren wij de sturingsinstrumenten die via het publiekrecht hun werking op onderwijsorganisaties hebben. Omdat het beschikbare instrumentarium omvangrijk en complex is, hebben wij hierna een overzicht opgenomen waarin (nagenoeg) alle sturingsmogelijkheden zoals genoemd in de verschillende onderwijswetten (niet in onderliggende (beleids)regelgeving) op een rijtje zijn gezet. Vanwege diezelfde omvangrijkheid en complexiteit garanderen wij overigens niet de volledigheid daarvan.

14 Zie over de verhouding tussen het bestuursrecht en privaatrecht ook: L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in? Over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht', *NJB* 2013, 1299.

15 C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, 'De Awb en de bijzonder wetgeving', Den Haag: Boom (VAR 124). Zie ook: B.P. Vermeulen en M.R. Poot, 'De Awb en het onderwijsrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 375-396.

16 Zie in dit verband ook: J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden en P.J.J. Zoontjens, 'De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is', *NTB* 2014, 15, en J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden en P.J.J. Zoontjens, 'Bekostiging en sanctie: een pleidooi voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving', *NTOR* 2014, p. 59-79.

Het instrumentarium is grofweg onder te verdelen in vijf categorieën. De meest directe sturing vindt plaats door nieuwe wettelijke regels of door aanpassing van reeds bestaande regels. Een tweede belangrijke ‘sturingscategorie’ is de bekostiging van onderwijsorganisaties door de minister van OCW. Een derde categorie die hierna in dit preadvies ook uitgebreid aan bod zal komen, is de sturing in verband met een tekortkoming of zelfs geheel gebrek aan kwaliteit van onderwijs.

Naast de drie hiervoor genoemde belangrijke categorieën van sturing, kennen de onderwijswetten daarnaast ook nog sturingsmogelijkheden met betrekking tot de organisatie van het onderwijs en de toegankelijkheid en macrodoelmatigheid daarvan.

Publiekrechtelijk sturingsinstrument

(te benutten door de overheid)	Norm	Invoeringsjaar
Onderwijsprestatienormen in de onderwijswet- en regelgeving door de wetgever (of regelgever)		
Bekostiging en kwaliteit onderwijs		
Positieve sturing via de bekostiging	Toekenning aanvullende bekostiging (onderdeel reguliere bekostiging)	1995 (Stb. 1995, 501; MBO)
	Toekenning overige bekostiging	1998 (Stb. 1998, 275; Wet overige OCW-subsidies)
	Prestatiebekostiging	2012 (Stb. 2012, 534; HO)
Negatieve sturing via de bekostiging	Opschorting en inhouding bekostiging	1985 (Stb. 1981, 468; PO; inhouding) 2010 (Stb. 2010, 80; opschorting)
	Vermindering bekostiging	1995 (Stb. 1995, 501) 2015 (Stb. 2012, 533)
	Lagere (gewijzigde) vaststelling en terugvordering (artikelen 4:48, 4:49 en 4:57 Awb)	2001 (Stb. 2001, 207)
	Beëindiging van bekostiging bij te weinig leerlingen (toegankelijkheid onderwijs)	1985 (Stb. 1981, 468; PO)
	of voortdurend onvoldoende kwaliteit onderwijs (kwaliteit onderwijs)	2010 (Stb. 2010, 80; PO en VO)
	Beëindiging van de bekostiging bij ernstig of langdurig tekortschietende kwaliteit onderwijs	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80)

Publiekrechtelijk sturingsinstrument

(te benutten door de overheid)	Norm	Invoeringsjaar
Kwaliteit onderwijs PO en VO	Treffen van aanvullende maatregelen door de gemeenteraad (incl. lokaal onderwijsbeleid) Treffen van maatregelen voor de gemeenteraad openbaar onderwijs (PO en VO)	PO en VO: 2009 (Ibn Ghaldoun/ Rotterdam) 1996 (Stb. 1996, 580)
Kwaliteit onderwijs MBO	Bevoegdheid van de minister tot ontneming van de rechten van een opleiding Bevoegdheid van de minister tot ontneming van het recht van examinering Treffen van maatregelen door de minister	MBO: 1995 (Stb. 1995, 501) 2004 (Stb. 2004, 138) PO, VO en MBO: 2002 (Stb. 2002, 387)
Kwaliteit onderwijs HO	Intrekken accreditatie of toets nieuwe opleiding door de minister Bevoegdheid van de minister tot ontneming van de rechten van een opleiding	2002 (Stb. 2002, 302) 2002 (Stb. 2002, 302)

Organisatie, bestuur en beheer

Bestuur en raad van toezicht in het openbaar PO en VO	Zelf voorzien in het bestuur / treffen maatregelen door de gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
	Benoeming bestuurders door gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
	- Uitwerking regeling in statuten onderwijsorganisatie	
	Benoeming en ontslag leden raad van toezicht door gemeenteraad	2010 (Stb. 2010, 80)
	- Uitwerking regeling in statuten onderwijsorganisatie	
	- Wel gehouden aan voordrachtsrechten	

Publiekrechtelijk sturingsinstrument

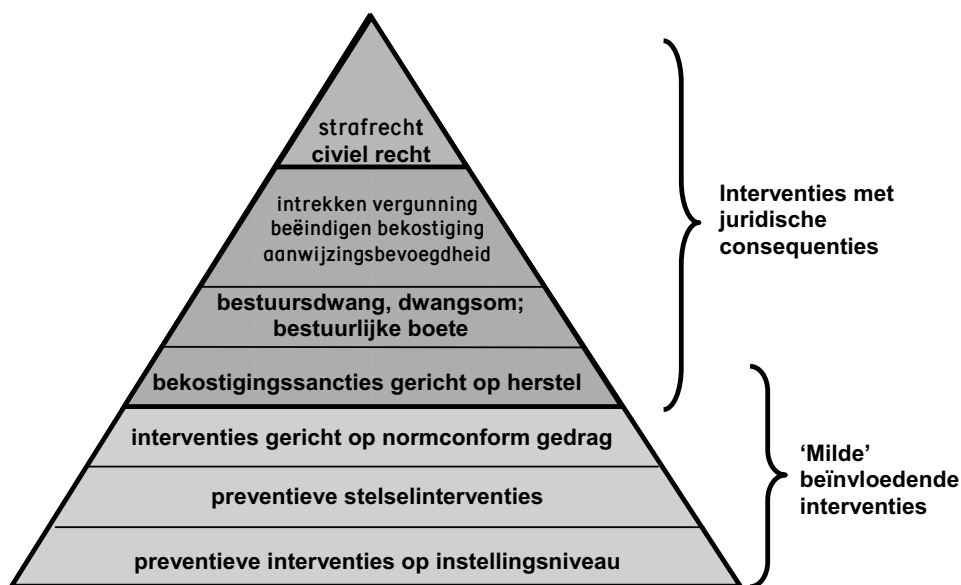
(te benutten door de overheid)	Norm	Invoeringsjaar
Bestuur en raad van toezicht openbare universiteit	Benoeming leden Raad van Toezicht door minister van OCW - Wel gehouden aan voordrachtsrechten	1997 (Stb. 1997, 117)
Begroting en jaarrekening openbaar primair en voortgezet onderwijs	Goedkeuring gemeenteraad (tenzij sprake is van RvT) - Uitwerking regeling in statuten van de onderwijsorganisatie	1996 (Stb. 1996, 580) 2010 (Stb. 2010, 80)
Wanbeheer (in de zin van de onderwijswetgeving)	Aanwijzingsbevoegdheid minister van OCW	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80) MBO en HO: 2014 (Stb. 2013, 558)
Ernstige taakverwaarlozing stichting openbaar primair en voortgezet onderwijs	Treffen van noodzakelijke voorzieningen door de gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
Ernstige taakverwaarlozing samenwerkingsstichting primair en voortgezet onderwijs	Treffen van noodzakelijke voorzieningen door de gemeenteraad	1998 (Stb. 1998, 294)
Leer- en kwalificatieplicht	Strafrechtelijke handhaving ouders en leerlingen boven de 12 jaar	1900 (Stb. 1900, 111)
Verlenen vrijstelling vakantie en verlenen verlof	Bestuurlijke boete van minister van OCW aan het hoofd van de school	1969 (Stb. 1968, 303)
Toegankelijkheid en macrodoelmatigheid onderwijs		
Oprichten nieuwe school	Goedkeuring plan van scholen door de Minister van OCW	1985 (Stb. 1981, 468)
Wijziging samenstelling onderwijsorganisaties	Goedkeuring Minister van OCW van voorgenomen fusies	2011 (Stb. 2011, 295)

Publiekrechtelijk sturingsinstrument

(te benutten door de overheid)	Norm	Invoeringsjaar
Start nieuwe opleiding MBO	In aanmerking komen voor bekostiging en toekenning rechten in de zin van artikel 1.3.1	1996 (Stb. 1995, 501)
Start nieuwe opleiding HO	Toets Nieuwe Opleiding Accreditatieverlening NVAO Instemming minister van OCW voor bekostiging van nieuwe opleiding	1993 (Stb. 1992, 593) 2002 (Stb. 2002, 302)
Opheffingsverplichting openbaar onderwijs / beëindiging bekostiging bijzonder onderwijs door Minister van OCW	Te weinig leerlingen basis- en voortgezet onderwijs	1985 (Stb. 1981, 468; PO)
Einde verzorging opleiding of Ad-programma HO	Bevoegdheid minister van OCW tot ontneming van de rechten van een opleiding of Ad-programma Verlies accreditatie (boete op grond van artikel 5a.12 lid 4 WHW)	1993 (Stb. 1992, 593) 2013 (Stb. 2013, 298) 2002 (Stb. 2002, 302)

Formeel beschouwd is de minister van OCW telkens bevoegd om sturing aan onderwijsorganisaties te geven, maar een belangrijke taak op dat gebied is voor de Inspectie weggelegd (op grond van de Wot). Artikel 3 lid 3 Wot biedt de minister de mogelijkheid om de Inspectie mandaat te verlenen om (kort gezegd) een bekostigingssanctie te nemen, aan het hoofd van een onderwijsorganisatie een bestuurlijke boete op te leggen in de zin van de Lpw, de rechten van een opleiding in het middelbaar beroepsonderwijs te ontnemen en/of te beslissen op een ingediend bezwaarschrift.

In de Beleidsnota ‘Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht’ uit 2006 heeft het ministerie van OCW de volgende interventiepiramide opgenomen, die wordt gehanteerd bij het toezicht op de verschillende OCW-sectoren:¹⁷



‘Hoe hoger in de piramide, hoe ingrijpender en zwaarder de interventie’, aldus de toelichting in de Beleidsnota op de interventiepiramide. De piramide geeft inzicht in welke soort (grotendeels publiekrechtelijke) sturingsinstrumenten er bestaan en in welke volgorde die (kunnen) worden ingezet.

De interventiepiramide is niet geheel toegesneden op de onderwijssector (maar op de OCW-sector in brede zin). De bestuursrechtelijke sancties last onder bestuursdwang, last onder dwangsom en bestuurlijke boete komen in deze sector op grond van de onderwijswetten haast niet voor. De Boer, Michiels en anderen hebben onderzoek verricht naar de verhouding tussen onderwijswetgeving en de Awb en hebben in dat kader de vraag beantwoord of de bestuurlijke boete een plek zou moeten krijgen in het onderwijsrecht. Zij concluderen, hier kort weergegeven, dat de bestuurlijke boete een toegevoegde waarde zou kunnen hebben, maar vooralsnog niet goed past in het onderwijs-

¹⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 11, p. 17. Er zijn de afgelopen jaren ook andere interventiepiramides ontwikkeld (niet specifiek op de onderwijssector gericht). Bijv: WRR, *Toeziën op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijks-toezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 59, met een verwijzing naar H.B. Winter, *Zicht op toezicht? Over de meerwaarde van toezicht in de risicosamenleving*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, p. 9.

recht. Dit komt onder meer omdat bij het opleggen van een boete nauwkeurig moet worden omschreven voor welke overtredingen een boete kan worden opgelegd.¹⁸

In ons preadvies behandelen wij ook andere denkbare vormen van sturing dan hetgeen hiervoor is genoemd. Martijn Nolen gaat daarnaast in op de privaatrechtelijke sturingsmogelijkheden. Ten behoeve hiervan heeft hij in zijn preadvies de hiervoor opgenomen interventiepiramide verder uitgebreid.

DEEL II: PUBLIEKRECHTELIJKE STURINGSINSTRUMENTEN

In dit deel van ons preadvies beantwoorden wij de eerste deelvraag, namelijk welke publiekrechtelijke sturingsmogelijkheden er in de onderwijssector zijn en door wie die kunnen worden ingezet.

Om tot een antwoord op deze vraag te komen, bespreken wij in hoofdstuk 5 eerst de ‘eenzijdige’ publiekrechtelijke sturingsinstrumenten; de mogelijkheden van interventie. Ten tweede bespreken wij de publiekrechtelijke sturingsmogelijkheden die vallen onder de noemer ‘afspraken’. Het gaat hier om de eerder gedefinieerde ‘tweezijdige’ publiekrechtelijke sturingsinstrumenten (hoofdstuk 6). Ten derde gaan wij in op het onderdeel ‘openbaar maken’ in het kader van de bespreking van de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten (hoofdstuk 7).

Bij de bespreking van de verschillende soorten publiekrechtelijke sturingsinstrumenten beperken wij ons tot die instrumenten die sturing kunnen geven aan een individuele onderwijsorganisatie. Wij zullen aldus niet ingaan op publiekrechtelijke instrumenten die sturing geven aan het onderwijsstelsel als zodanig.

5. Intervenieren

5.1 Introductie

De overheid heeft grofweg drie mogelijkheden om ten aanzien van het handelen van een onderwijsorganisatie te intervenieren.¹⁹ Dit is in de eerste plaats door het stellen van (wettelijke) regels (paragraaf 5.2). Deze regels richten zich tot de kwaliteit en toegankelijkheid van het onderwijs. Wij beperken ons in dit advies tot de kwaliteit van het onderwijs.

In de tweede plaats kan de minister eenzijdige sturing geven via de bekostigingsrelatie met de onderwijsorganisatie (paragraaf 5.3). Met ‘prestatiebekostiging’ is overigens sprake geworden van ‘tweezijdige sturing’, zodat dit onderdeel ook pas in hoofdstuk 6 aan de orde komt.

¹⁸ De Boer e.a. 2014, 15 (zie noot 16).

¹⁹ Deze indeling hanteert de wetgever ook, zie bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 9: ‘De overheid draagt zorg voor een adequaat onderwijsbestel, de toegankelijkheid en kwaliteit van het onderwijs. Dit doet zij door middel van wettelijke regels, financiering en bestuurlijke maatregelen.’

In de derde plaats is interventie via het nemen van bestuurlijke maatregelen aan de orde, waaronder wij ook begrijpen het opleggen van een sanctie aan de onderwijsorganisatie (paragraaf 5.4).

5.2 Interventie via (wettelijke) regels

De meest directe sturing van onderwijsorganisaties via het publiekrecht die denkbaar is, is het stellen van (wettelijke) regels. Deze regels houden onderwijsinhoudelijke prestaties en bijbehorende normen in. Ontvangen de onderwijsorganisaties voor de uitvoering van die prestaties bekostiging, dan kunnen zij bij niet-naleving daarvan worden gestuurd via de bekostigingsrelatie.

Naast het voldoen aan de prestatienormen in de vorm van een deugdelijkheidseis c.q. bekostigingsvoorwaarde, moeten onderwijsorganisaties ook aan zogenaamde ‘kwaliteits-eisen’ voldoen. *‘Anders dan de deugdelijkheidseisen zijn deze aspecten van kwaliteit geen vooraf aan de instelling te stellen prestatie-eisen waarvan de bekostiging afhankelijk is,’* aldus ook Staatssecretaris Dekker van OCW in zijn brief van 12 juli 2013.²⁰

De kwaliteitseisen als hier bedoeld staan vermeld in de Wot. De Inspectie heeft op basis daarvan per onderwijssector (behalve voor het hoger onderwijs) een zogenaamd ‘waarderingskader’ opgesteld. Die kaders bestaan uit tientallen indicatoren. Deze indicatoren *‘beschrijven wat de inspectie verstaat onder voldoende kwaliteit van het betreffende aspect. In feite zijn het daarmee korte definities van goede praktijken.’*²¹

Het voert te ver om hier alle wettelijke deugdelijkheidseisen c.q. bekostigingsvoorwaarden en kwaliteitseisen te vermelden. Ons preadvies richt zich meer tot de vraag welke acties denkbaar zijn om de verwezenlijking van een norm dichterbij te brengen en niet zozeer tot de vraag welke normen er nu voor onderwijsorganisaties gelden. In paragraaf 12 gaan wij nog wel in op de vraag in hoeverre artikel 23 Grondwet begrenzend werkt bij het sturen van onderwijsorganisaties via het publiekrecht. Daarin zal nadrukkelijk ook aan bod komen de werking van artikel 23 Grondwet bij het vaststellen van nieuwe prestatienormen.

5.3 Intervenieren via de bekostigingsrelatie met onderwijsorganisaties

Onderwijsorganisaties zijn voor hun voortbestaan afhankelijk van de bekostiging van de minister.²² Voor elke onderwijssector is een aparte set aan regels over de bekostiging in wet- en regelgeving opgenomen. Deze set aan regels is telkens te herleiden tot artikel 23 Grondwet,²³ waaraan onderwijsorganisaties een – vrij verwoord – recht op bekostiging kunnen ontleen. Onderwijsorganisaties maken namelijk behoudens uitzonderlijke gevallen blijvend aanspraak op bekostiging.

²⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164, p. 7.

²¹ Deze uitleg volgt uit het Toezichtkader VO 2013, p. 35.

²² Met uitzondering van de niet-bekostigde onderwijsorganisaties.

²³ Zie voor een uitgebreidere toelichting hierop C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, ‘Bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs’, *School en Wet* 2011, p. 5–12.

5.3.1 *Introductie van het begrip bekostiging*

De minister van OCW stelt jaarlijks in de rijksbegroting per onderwijssector een bedrag beschikbaar dat in de vorm van bekostiging ten goede komt aan de onderwijsorganisaties. Dit jaarlijkse, landelijke budget is genaamd het ‘macrobudget’. Het macrobudget wordt vervolgens jaarlijks over alle onderwijsorganisaties (per sector) verdeeld op basis van de bij wet vastgelegde parameters (uitgewerkt in onderliggende algemene maatregelen van bestuur). De bekostiging wordt aan de onderwijsorganisaties jaarlijks toegekend in de vorm van een vaststelling voorafgaand aan het tijdvak waarop de bekostiging betrekking heeft. Ontwikkelingen gedurende het tijdvak waarop de bekostiging betrekking heeft, kunnen leiden tot bijstelling van de hoogte van de bekostiging achteraf (‘gewijzigde vaststelling’ genaamd).

Onderwijsorganisaties komen in aanmerking voor verschillende soorten financiering. Via die verschillende soorten financiering kan de minister sturing geven aan de onderwijsorganisatie. Per ‘soort’ financiering bestaat voor de minister van OCW en de wetgever de mogelijkheid om een andere soort prestatie van de onderwijsorganisatie te verlangen. De onderwijswetten kennen veel soorten financiering. Naast de reguliere bekostiging onderscheidt de wet ‘aanvullende bekostiging’,²⁴ ‘bijzondere bekostiging’,²⁵ ‘bekostiging bij bijzondere omstandigheden’,²⁶ ‘prestatiebekostiging’,²⁷ ‘kwaliteitsbekostiging’,²⁸ ‘aanvullende middelen’,²⁹ ‘bijdrage voor derden in het onderwijs’³⁰ en ‘subsidies’.³¹

Deze overvloed aan typering van soorten financiering is grofweg terug te brengen tot (i) de ‘rijksbijdrage’ (paragraaf 5.3.2.1), die weer is onder te verdelen in ‘reguliere bekostiging’ en ‘bijzondere bekostiging’, (ii) prestatiebekostiging (paragraaf 5.3.2.2) en (iii) subsidies (laten wij verder buiten beschouwing).

5.3.2 *Per soort bekostiging verlangt de minister van OCW een ander soort prestatie*

De bekostiging vormt voor de minister van OCW een belangrijk (interventie)instrument om sturing te geven aan individuele onderwijsorganisaties. Afhankelijk van de soort bekostiging die de onderwijsorganisatie verkrijgt, moet zij te onderscheiden prestaties leveren. De reguliere en aanvullende bekostiging richten zich hoofdzakelijk op prestaties die tot doel hebben een basiskwaliteit aan onderwijs te bereiken (en te behouden) (hierna onder 5.3.2.1). Andere vormen van bekostiging richten zich meer op het doel om een goede onderwijskwaliteit te behalen (bijvoorbeeld de prestatiebekostiging) (paragraaf 5.3.2.2). Het daartussen geconstateerde onderscheid van enerzijds kwantitatieve, objectief meetbare parameters en prestaties (lumpsumbekostiging) en anderzijds

24 Bijv. artikel 116 WPO.

25 Bijv. artikel 123 WPO.

26 Bijv. artikel 135 WPO.

27 Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs.

28 Wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs (*Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nrs. 1–4).

29 Bijv. artikel 70 WPO.

30 Bijv. artikel 2.7 WEB.

31 De WOOS en een tal van subsidieregelingen.

meer kwalitatieve, niet telkens objectief meetbare parameters en prestaties (prestatie-bekostiging) is van belang voor de vraag welk bekostigingsinstrument de minister inzet om zijn beoogde doelen te bereiken. Voor het ene instrument dan wel het andere instrument zal telkens bewust moeten worden gekozen.

In deze paragraaf gaan wij verder niet in op de vraag wanneer een onderwijsorganisatie voor bekostiging in aanmerking komt (dat scharen wij meer op de sturing van het onderwijsstelsel als zodanig, dat wij in dit preadvies verder buiten beschouwing laten).³² Wel gaan wij nog iets dieper in op de diverse soorten bekostiging.

5.3.2.1 *Bekostiging voor prestaties die een basiskwaliteit van onderwijs beogen*

In de eerste plaats ontvangen onderwijsorganisaties jaarlijks een 'rijksbijdrage'. De hoogte van het toe te kennen bedrag aan rijksbijdrage is afhankelijk van zogenaamde 'kwantitatieve parameters'; in de toelichting bij het recente wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs (invoering sociaal leenstelsel) ook wel aangeduid als de 'traditionele parameters'.³³ Deze bekostigingsparameters worden als 'kwantitatief' aangeduid, omdat de hoogte van de rijksbijdrage onder meer afhankelijk is van het aantal leerlingen en het aantal behaalde diploma's. Dergelijke parameters zijn objectief bepaalbaar en daarmee gemakkelijk(er) meetbaar. Bovendien is de onderwijsorganisatie ook verantwoordelijk voor de aanlevering van de hiervoor benodigde informatie.³⁴

De rijksbijdrage bestaat feitelijk uit twee onderdelen bekostiging: de zogenaamde 'input-bekostiging' en 'outputbekostiging'. Met 'input' wordt onder meer het aantal ingeschreven leerlingen of studenten bedoeld; zij staan aan de voorkant van de opleiding. Met 'output' wordt het aantal behaalde diploma's bedoeld; de leerlingen of studenten die een diploma hebben behaald, staan aan de achterkant van de opleiding. Deze onderverdeling in input- en outputbekostiging kent per onderwijssector nuances. Zo is in het mbo als parameter van de outputbekostiging opgenomen dat de student in kwestie binnen een bepaalde tijd zijn diploma moet hebben behaald, wil van outputbekostiging sprake zijn (in de toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel 'cascade' genaamd).³⁵ In het hoger onderwijs ontvangt een onderwijsorganisatie voor de inschrijving van een student alleen jaarlijks inputbekostiging, indien die student niet al langer staat ingeschreven dan de nominale duur van zijn studie. Voor studenten die de nominale studieduur hebben overschreden, ontvangt de hogeronderwijsinstelling geen bekostiging.³⁶ Het aantal leerlingen en behaalde diploma's wordt geteld op de 'teldatum' van 1 oktober ieder jaar.

De rijksbijdrage is bestemd voor het bereiken en behouden van de basiskwaliteit van onderwijs. In dat kader verlangen de minister van OCW en de wetgever verschillende

32 Zie wel nog: ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013, 344, m.nt. P.W.A. Huisman en S. Philipsen als een voorbeelduitspraak over het al dan niet aanmerking komen van bekostiging.

33 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 3, p. 88.

34 ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011, 275, m.nt. M. Claessens.

35 Vgl. Stb. 2013, 288 en de toelichting daarbij in o.m. *Kamerstukken I* 2012/13, 33187, C, p. 11 (MvA).

36 Artikel 4.8 Uitvoeringsbesluit WHW 2008. Zie ook ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2235.

soorten prestaties van de onderwijsorganisaties. Daarvoor is relevant dat de 'rijksbijdrage' weer is onder te verdelen in 'reguliere bekostiging' enerzijds en 'aanvullende bekostiging' en 'bijzondere bekostiging' anderzijds (ieder met een input- en outputcomponent).

Met de ‘reguliere bekostiging’ kunnen de onderwijsorganisaties hun personeel en de ‘materiële instandhouding’ van de organisatie financieren.³⁷ Daarmee kunnen de onderwijsorganisaties anders gezegd hun kerntaak uitvoeren: het verzorgen van onderwijs. De reguliere bekostiging kan in relatieve vrijheid worden besteed. Een synoniem voor reguliere bekostiging is dan ook de al genoemde ‘lumpsumbekostiging’: *‘het bevoegd gezag is vrij in de besteding ervan, met dien verstande dat dit rechtmatig en doelmatig dient te geschieden.’*³⁸

Aan ‘aanvullende bekostiging’ en ‘bijzondere bekostiging’ liggen veelal dezelfde objectieve parameters zoals het aantal leerlingen ten grondslag, maar de toekenning daarvan is minder vanzelfsprekend. Illustratief voor deze categorie is de toekenning van extra bekostiging op grond van de Regeling bijzondere en aanvullende bekostiging PO en VO 2013.³⁹ Op grond van deze Regeling hebben basisscholen en middelbare scholen in 2013 per leerling een extra bedrag van € 183,90 respectievelijk € 223,63 aan bijzondere en aanvullende bekostiging ontvangen (artikel 2 lid 2 en artikel 3 lid 2). Aanleiding hiervoor was de afspraak tussen het kabinet en D66, ChristenUnie en de SGP over een incidentele toevoeging aan de lumpsum.

Aanvullende of bijzondere bekostiging kan ook een meer geoormerkt karakter hebben dan de hiervoor aangehaalde Regeling voor het jaar 2013. Een voorbeeld van deze andere categorie is de Regeling prestatiebox primair onderwijs. Ten behoeve van *‘het realiseren van de afspraken ten aanzien van opbrengstgericht werken onderscheidenlijk professionalisering van leraren en schoolleiders die in het bestuursakkoord zijn vastgelegd’* (artikel 2 lid 1) kent de minister voor een aantal schooljaren aanvullende bekostiging aan primaire onderwijsorganisaties toe. De gelijkenis met de reguliere bekostiging is dat de hoogte van deze aanvullende bekostiging ook geschiedt op basis van objectieve parameters (vgl. artikel 3 van de Regeling).

Het feit dat ten behoeve van de Regeling prestatiebox primair onderwijs eerst afspraken daarover in een bestuursakkoord met de PO-Raad zijn gemaakt, maakt dat deze vorm van bekostiging in feite een element van tweezijdigheid kent. Anders dan bij de prestatiebekostiging zijn hier de afspraken echter met de brancheorganisatie gemaakt en niet met individuele onderwijsorganisaties.

Een met de Regeling prestatiebox primair onderwijs vergelijkbare regeling is de Regeling prestatiebox mbo. Ook op basis daarvan legt de minister aan een onderwijssector een speciale beleidsdoelstelling op en wordt er voorzien in een financiële bijdrage daar-

37 Het begrip ‘reguliere bekostiging’ komt niet terug in de onderwijswetten, maar wel in artikel 1 lid 2 sub c van de ‘Aanwijzingen voor subsidieverstreking’.

38 *Kamerstukken II* 2011/12, 33187, nr. 3, p. 26.

39 *Stcrt.* 2013, 32656.

aan. Met de Regeling prestatiebox mbo tracht de minister het aantal voortijdige schoolverlaters in het mbo terug te dringen. Opmerkelijk is overigens dat de Regeling prestatiebox mbo de begrippen ‘subsidie’ en ‘aanvullende bekostiging’ door elkaar gebruikt. Zo is artikel 10 getiteld ‘besteding van de subsidie’, maar spreekt het artikel inhoudelijk over ‘de aanvullende vergoeding op de bekostiging’.

5.3.2.2 *Bekostiging voor prestaties die een goede kwaliteit van onderwijs beogen*

In de tweede plaats ontvangen onderwijsorganisaties in het hoger onderwijs prestatiebekostiging, wanneer zij met de minister van OCW ‘prestatieafspraken’ hebben gemaakt. Andere sectoren kennen deze vorm van bekostiging (nog) niet,⁴⁰ hoewel de hiervoor aangehaalde Regeling prestatiebox primair onderwijs wel laat zien dat er ook in het kader van andere beleidsdoelstellingen bekostigingsafspraken (op brancheniveau) kunnen worden gemaakt.

Waar aan de toekenning van de rijksbijdrage voor iedereen gelijke objectieve, kwantitatieve parameters ten grondslag liggen, liggen aan de prestatiebekostiging individuele parameters van meer kwalitatieve aard ten grondslag. Per onderwijsorganisatie luiden de parameters voor toekenning van de prestatiebekostiging anders. Bovendien moet de bekostiging ook ten goede van die afspraken komen en is besteding aan andere doeleinden niet toegestaan; aldus ontbreekt ook het lumpsumkarakter bij de prestatiebekostiging.

De prestatiebekostiging is bij wijze van experiment in het hoger onderwijs ingevoerd. De grondslag voor toekenning van prestatiebekostiging is aldus vooralsnog artikel 1.7a WHW en het Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs (Besluit prestatiebekostiging). Het is waarschijnlijk dat bij een positieve evaluatie de prestatiebekostiging een definitieve wettelijke grondslag krijgt. In hoofdstuk 6 gaan wij nader in op de prestatiebekostiging.

5.3.2.3 *Resumerend: verschillende prestaties, afhankelijk van de bekostigingssoort*

Voor dit preadvies is van belang het onderscheid tussen kwantitatieve, objectief meetbare parameters bij de lumpsumbekostiging en kwalitatieve parameters bij de prestatiebekostiging te benadrukken. Met de prestatiebekostiging geeft de minister namelijk (nog) meer inhoudelijke sturing aan het onderwijs van een organisatie dan met de toekenning van lumpsumbekostiging. Hoe dan ook, sturing in het kader van de bekostigingsrelatie vindt op tweeërlei wijze plaats: (i) bij de introductie van nieuwe doelstellingen waarvoor bekostiging wordt verstrekt en (ii) bij de beoordeling van de vraag of de (prestatie)bekostiging rechtmatig is besteed en of de prestatieafspraken zijn gerealiseerd.

40 Prestatiebekostiging wordt wel snel in het middelbaar beroepsonderwijs ingevoerd. De huidige Regeling prestatiebox mbo zal per 2015 veranderen in de Regeling Kwaliteitsafspraken mbo.

Verder kunnen onderwijsorganisaties voor specifieke projecten of doelstellingen subsidie ontvangen. Het gestelde (onderwijs)doel en de financiering daarvoor zijn dan beide gebonden: de doelstelling moet worden behaald en de subsidie mag uitsluitend ten dienste daarvan worden uitgegeven.⁴¹

Voor de volledigheid behoeft in deze paragraaf nog vermelding dat er ook niet-bekostigde onderwijsorganisaties bestaan. Op die categorie kan de minister minder invloed uitoefenen dan bij de wel bekostigde onderwijsorganisaties. Immers, daar staat geen recht op bekostiging tegenover. Daarentegen moeten net als de bekostigde onderwijsorganisaties ook de niet-bekostigde onderwijsorganisaties aan bepaalde wettelijke (minimum)normen voldoen. Onderwijsorganisaties in het basis- en voortgezet onderwijs moeten als een 'school' kunnen worden aangemerkt, willen de ouders van de leerlingen niet in strijd handelen met de leerplicht uit de Lpw.⁴² Alvorens van een 'school' sprake kan zijn, dienen de normen uit de Lpw in acht te zijn genomen.

5.3.3 *Sturing door middel van ontneming van bekostiging*

Wij hebben nog geen aandacht besteed aan de sturing van onderwijsorganisaties door de minister via de (gedeeltelijke) ontneming van bekostiging. De minister kan besluiten om de bekostiging van een onderwijsorganisatie op te schorten,⁴³ in te houden,⁴⁴ lager (gewijzigd) vast te stellen⁴⁵ en zo nodig terug te vorderen⁴⁶ en zelfs geheel te beëindigen.⁴⁷ Verrekening is vervolgens ook mogelijk.⁴⁸

Voor al deze vormen van ontneming van bekostiging is de basis in de onderwijswetten neergelegd, met uitzondering van de lagere (gewijzigde) vaststelling en terugvordering van bekostiging. De grondslag daarvoor bieden de artikelen 4:49 en 4:57 Awb.

Over de toepasselijkheid van deze laatste twee bepalingen heeft in de rechtswetenschappelijke literatuur en in de jurisprudentie een discussie bestaan. Wij zullen die discussie hier verder niet herhalen,⁴⁹ maar willen wel benoemen dat het voorheen niet vanzelfsprekend was dat de Awb zou kunnen dienen als grondslag voor het sanctioneren van een onderwijsorganisatie via de bekostigingsrelatie. Dat de minister de genoemde Awb-artikelen daarvoor nu wel hanteert, zou aldus ook kunnen worden beschouwd als een ommissie in de onderwijswetgeving.

41 Een voorbeeld van een subsidieregeling is de Subsidieregeling post-initiële masteropleidingen hoger beroepsonderwijs. Deze regeling is op 4 augustus 2009 in werking getreden en zal op 1 januari 2019 komen te vervallen.

42 Vgl. de rechtspraak inzake De Koers en De Kampanje die volgens de Afdeling niet kwalificeren als een 'school'. Dit heeft ook tot strafrechtelijke vervolging van de ouders op grond van de Lpw geleid: o.m. Rb. Midden-Nederland 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2829.

43 Bijv. artikel 11.1 WEB.

44 Bijv. artikel 11.1 WEB.

45 Artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb.

46 Artikel 4:57 Awb.

47 ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9095.

48 ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:692.

49 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2827 waarin wederom aan de Afdeling de vraag is voorgelegd of een bekostigings sanctie in de onderwijssector wel een grondslag vindt in de Awb.

De artikelen 4:49 en 4:57 Awb zijn inmiddels veel gehanteerde grondslagen om tot ontneming van bekostiging over te gaan. Vaak is de aanleiding daarvoor een onrechtmatige verkrijging of besteding van de bekostiging.⁵⁰

Wanneer de minister van OCW een bekostigingsmaatregel neemt, dient daarbij ook de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen in acht te worden genomen. Deze Beleidsregel laat zich onder meer uit over de hoogte van de te ontnemen bekostiging.

5.4 Interveniëren via het nemen van andere bestuurlijke maatregelen en sancties

Naast de bekostigingsrelatie kan de minister ook ‘eenzijdige sturing’ geven aan onderwijsorganisaties door het nemen van andere (bestuurlijke) maatregelen en door het opleggen van andere sancties aan de onderwijsorganisaties. Met name het opleggen van sancties is de meest vergaande vorm van ‘interveniëren’.⁵¹

De onderwijswetten kennen aan de minister van OCW de bevoegdheid toe om in te grijpen wanneer de kwaliteit van het onderwijs (ernstig of langdurig) tekortschiet of wanneer de wet- en regelgeving niet wordt nageleefd.

Een tweetal voorbeelden van bestuurlijke maatregelen die kunnen worden genomen, zijn de volgende. De gemeenteraad neemt op grond van artikel 17d lid 9 WPO ‘de maatregelen die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen voor zover het openbaar onderwijs betreft’.⁵² In dat verband zou de gemeenteraad het bestuur kunnen vervangen, een toezichthouder kunnen aanstellen of zelf in het onderwijsproces kunnen ingrijpen.⁵³ Dergelijke maatregelen moet de gemeenteraad eerst treffen, alvorens hij zou mogen overgaan tot het opheffen van de (samenwerkings)school, aldus de parlementaire toelichting.⁵⁴ Van deze (sanctie)bevoegdheid kan gebruik worden gemaakt wanneer er bij de openbare school sprake is van ernstige taakverwaarlozing.

Artikel 6.1.5a WEB biedt de minister van OCW als volgend voorbeeld de mogelijkheid om maatregelen te treffen bij een onderwijsorganisatie wanneer de kwaliteit van een opleiding al langer dan één jaar onvoldoende is en/of wanneer niet (meer) wordt voldaan aan de eisen inzake de kwaliteitszorg, het onderwijs of de examens. Artikel 6.1.5a lid 2 WEB vermeldt in dat verband expliciet de mogelijkheid om de onderwijsorganisa-

50 Zie bijv. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3186.

51 Interessant is het onderzoek van J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden en P.J.J. Zoontjens, *Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving*, Tilburg, Leiden: 26 maart 2013, waarin onder meer onderzoek is gedaan naar de vraag in hoeverre er ruimte bestaat om in het onderwijsrecht de bestuurlijke boete in te voeren. Eerder verwezen wij al naar samenvattende artikelen van dit onderzoek in NTB en NTOR.

52 Een soortgelijke bepaling is ook opgenomen in artikel 47 lid 8 WPO en artikel 48 lid 11 WPO.

53 *Kamerstukken II* 2009/10, 32134, nr. 3, p. 15.

54 *Kamerstukken II* 2009/10, 32134, nr. 3, p. 15.

tie in kwestie door een externe deskundige te laten bijstaan. De wetsgeschiedenis spreekt in dit verband over ‘stimulerende maatregelen’.⁵⁵

Een verbijzondering van een bestuurlijke maatregel is de sanctie (niet zijnde een bekostigingssanctie), die de minister aan een onderwijsorganisatie kan opleggen. Er is een onderscheid te maken tussen sancties die zijn gericht op herstel van de onrechtmatige situatie (zogenaamde herstelsancties) en sancties die zijn gericht op kort gezegd leedtoevoeging (punitieve sancties).⁵⁶ De kwalificatie van een sanctie als ‘herstel’ of ‘punitief’ is onder meer relevant voor de vraag in hoeverre de bestuursrechter de opgelegde sanctie indringend toetst in het kader van bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel.

Er is momenteel een bestuursrechtelijke discussie gaande of dit digitale onderscheid tussen herstelsancties en punitieve sancties nog aan de orde zou moeten zijn. De toetsing van een sanctie in het kader van het evenredigheidsbeginsel zou in de plaats daarvan ook langs een meer glijdende schaal kunnen worden verricht, zodat meer dan nu rekening wordt gehouden met de feitelijke gevolgen van de sanctie voor de ontvanger daarvan.⁵⁷ Dit onderwerp gaat de reikwijdte van dit preadvies te buiten, maar heeft wel invloed op de vraag hoe sancties in het onderwijs door de bestuursrechter zouden moeten worden beoordeeld.

Het voert te ver om hier uitgebreid stil te staan bij alle sanctiemogelijkheden van de minister binnen de onderwijssector. Een aantal interessante voorbeelden om hier te bespreken zijn de volgende.

De meest vergaande sanctie in het primair onderwijs en het voortgezet onderwijs is naar ons idee de opheffing van een openbare basis- of middelbare school of de beëindiging van de bekostiging van een bijzondere basis- of middelbare school bij ernstig of langdurig tekortschieten van de onderwijskwaliteit (artikel 164b WPO en artikel 109a WVO).⁵⁸ Deze sanctiebevoegdheid is nog relatief nieuw, want deze is pas op 1 augustus 2010 in de wet opgenomen.⁵⁹ Met deze sanctie kan de minister ingrijpen wanneer het onderwijs van een organisatie zodanig slecht is dat onderwijs onder de minimumkwaliteitsnorm uitkomt. In dit verband verwijst de wetgever ook naar de zorgplicht van de regering zoals verwoord in artikel 23, lid 1 Grondwet.⁶⁰

In de sector van het middelbaar beroepsonderwijs is een soortgelijke sanctiemogelijkheid voor de minister neergelegd, maar die richt zich dan niet tot de organisatie zelf maar

55 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20.

56 Zie in dit verband ook artikel 5:2 Awb.

57 VAR Preadviezen 2014, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014. Zie ook M.L. Batting, J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, ‘Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? De VAR-preadviezen 2014’, *NTB* 2014, 16.

58 Deze sturingsinstrumenten zijn ook aan de orde wanneer onder een minimum aantal leerlingen wordt uitgekomen.

59 *Stb* 2010, 80.

60 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 2.

tot een specifieke opleiding. Op grond van artikel 6.1.4 WEB kan de minister besluiten om de rechten van een opleiding in te trekken (maar niet nadat er eerst een waarschuwing is gegeven, zie daarvoor artikel 6.1.5 WEB). De ‘rechten van de opleiding’ houden onder meer, maar niet uitsluitend, in dat aan de examens geen diploma meer is verbonden (zie lid 2 artikel 6.1.4 WEB). De sanctie kan de minister opleggen, wanneer eerst de volgende stappen zijn gezet: (i) er moet uit een onderzoek van de Inspectie blijken dat bijvoorbeeld de kwaliteit van de opleiding onvoldoende is, (ii) de minister waarschuwt de onderwijsorganisatie dat de kwaliteit na één jaar moet zijn verbeterd, (iii) de Inspectie controleert na dat ene jaar de onderwijskwaliteit in de vorm van een ‘kwaliteitsverbeteringsonderzoek’, (iv) indien dat onderzoek aanleiding geeft de rechten van de opleiding in te trekken, dan dient de minister de beschikking daartoe te nemen vóór 1 november van het jaar voorafgaand aan het studiejaar waarop de intrekking betrekking heeft. Na drie jaar mag de onderwijsorganisatie de desbetreffende opleiding weer opnieuw gaan aanbieden, overigens zonder een controle van de staat van de opleiding vooraf.

Bij de toepassing van de sanctie tot ontneming van de opleidingsrechten kan zich de volgende, opmerkelijke situatie voordoen. Wanneer de onderwijskwaliteit ten tijde van het kwaliteitsverbeteringsonderzoek van de Inspectie nog niet voldoende is hersteld, zou dat alsnog wel het geval kunnen zijn op het moment dat de minister zijn definitieve besluit tot ontneming van de opleidingsrechten neemt – of nog later gedurende de bestuursrechtelijke procedure tegen dat besluit. Deze situatie kan er ultimo toe leiden dat de kwaliteit van het onderwijs op het moment dat de rechten van de opleiding worden ontnomen, weer op orde is, maar dat de opleiding dan alsnog moet worden gesloten vanwege de – vertragende – temporele werking van het besluit. Dit gevolg zou naar ons idee kunnen worden ondervangen door de onderwijsorganisatie de mogelijkheid te bieden de (herstelde) kwaliteit van de opleiding voorafgaand aan het moment dat het besluit feitelijk effect heeft (1 augustus van het studiejaar) aan te tonen. Dit heeft weliswaar tot nadeel dat de waarschuwingstermijn van één jaar feitelijk wordt opgerekt tot een langere periode, maar anderzijds is het doel van de sanctie herstel van de onrechtmatige situatie. Dat is dan alsnog bereikt. Hiervoor zou wel de wet moeten worden aangepast, die deze ruimte nu niet lijkt te bieden.

Een sanctie die de minister op grond van artikel 5a.12b WHW toekomt, is de intrekking van de accreditatie van een opleiding. Deze sanctie leidt tot dezelfde soort effecten als de hiervoor aangehaalde sancties uit de WPO, WVO en WEB: in dit geval kan de opleiding niet meer worden aangeboden.⁶¹ De intrekking van de accreditatie is ook een relatief nieuw instrument. Het genoemde wetsartikel is op 1 januari 2011 in werking getreden.

61 Overigens kent de WHW ook de sanctie tot ontneming van de rechten van een opleiding (artikel 6.5 WHW).

De intrekking van de accreditatie, alsmede ook de intrekking toets nieuwe opleiding of de instellingstoets kwaliteitszorg, is een zogenaamd ‘ultimum remedium’.⁶² Alleen ‘op grond van zwaarwegende en goed onderbouwde argumenten’ kan de minister overgaan tot intrekking van de accreditatie. Dit heeft immers ‘het verlies van de hieraan verbonden wettelijke rechten’ tot gevolg.⁶³

Een in alle onderwijswetten opgenomen instrument is de aanwijzingsbevoegdheid die de minister onder bepaalde voorwaarden toekomt.⁶⁴ De minister van OCW kan aan een onderwijsorganisatie bij wanbeheer een aanwijzing geven. De aanwijzing kan elke maatregel inhouden die de minister nodig acht. Voldoet de onderwijsorganisatie niet aan de aanwijzing, dan kan een bekostigingssanctie volgen.

Onder wanbeheer wordt kort gezegd verstaan financieel wanbeleid, ernstige nalatigheid ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs waardoor ook de kwaliteit van het onderwijsstelsel als zodanig in gevaar komt, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatig handelen en het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg in de omgang met alle betrokkenen binnen de instelling (artikelen 9.9a lid 2 en 10.3e lid 1 WHW).⁶⁵

De aanwijzing is bedoeld als een ‘corrigerend instrument’. Volgens de wetgever komt de minister pas toe aan het geven van een aanwijzing wanneer andere, minder vergaande instrumenten geen effect hebben gehad. In dat verband noemt de wetgever specifiek het ‘bestuurlijk gesprek’, dat wij hierna in paragraaf 6.2 ook zullen benoemen.

Ook in andere sectoren, zoals de woningcorporaties en de zorginstellingen, is men bekend met de aanwijzingsbevoegdheid. In het ruimtelijke ordeningsrecht beschikken het Rijk en de provincies ook over een aanwijzingsbevoegdheid richting de lagere overheden respectievelijk de gemeenten. Omdat met de aanwijzing wordt getreden in de bevoegdheid van een ander overheidsorgaan (bij bijvoorbeeld de ruimtelijke ordening) of een organisatie (zoals de onderwijssector), is het gebruikmaken van dit instrument aan strenge waarborgen van evenredigheid en proportionaliteit onderhevig. Dit zien wij ook terug in de onderwijswetten, zoals artikelen 9.9a lid 1 en 10.3e lid 1 WHW waarin staat vermeld dat de aanwijzing ‘evenredig [is] aan het doel waarvoor zij wordt gegeven’. Niet naleving van de aanwijzing kan zoals gezegd tot een bekostigingssanctie leiden.

62 *Kamerstukken II* 2009/10, 32210, nr. 3, p. 23. Een soortgelijke bewoording hanteert de wetgever ook in de toelichting op de WEB ten aanzien van de sanctie tot ontneming van de rechten: ‘Het ontnemen van rechten is het sluitstuk in het stelsel van kwaliteitsbewaking, zoals dat in de WEB is geregeld’ (*Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 21).

63 *Kamerstukken II* 2009/10, 32210, nr. 3, p. 23.

64 Artikel 163b WPO, artikel 103g WVO, artikel 154a WEC, artikel 9.1.4a WEB en artikelen 9.9a en 10.3e WHW. De aanwijzingsbevoegdheid is als laatste in werking getreden in de sectoren van de WEB en de WHW. De WPO en WVO kennen al langer de aanwijzing als instrument.

65 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 3, p. 14 (Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs).

6. Afspreken

6.1 Introductie

Het sturingsinstrumentarium dat de minister van OCW tot zijn beschikking staat, bestaat van origine (hoofdzakelijk) uit interventiemiddelen waarvan het eenzijdig karakter het belangrijkste kenmerk is. De minister kan eenzijdig sturing geven aan het handelen van een onderwijsorganisatie.

Uiteraard bestaat voor de minister – en ook de Inspectie – altijd de mogelijkheid om via informeel contact sturing te geven aan de onderwijsorganisaties. Daarbij is, zo is althans onze indruk, meer sprake van sturing met een tweezijdig karakter: er komen afspraken tot stand tussen de minister en de onderwijsorganisatie – al dan niet via de band van de brancheorganisaties.

Dat ‘afspreken’ heeft een formeler karakter gekregen met de introductie van de prestatiebekostiging in het hoger onderwijs. Hieraan besteden wij aandacht in paragraaf 6.3. Een vorm van ‘afspreken’ die zich meer in de sfeer van het toezicht begeeft, zijn de afspraken die tussen de Inspectie en de onderwijsorganisatie aan de orde kunnen komen (paragraaf 6.2).

6.2 Het ‘bestuursgesprek’

Naast de formeel verankerde sturingsinstrumenten, bestaat de mogelijkheid van het (informele) bestuursgesprek tussen de minister en/of Inspectie enerzijds en de onderwijsorganisatie anderzijds. Hoewel hiervoor een wettelijke grondslag ontbreekt, scharen wij dit instrument toch onder het publiekrechtelijke sturingsinstrumentarium. Het bestuursgesprek kan namelijk alsnog aanleiding geven voor toepassing van wel geformaliseerde sturingsinstrumenten en bovenal blijft het de minister of de Inspectie waarmee de onderwijsorganisatie in gesprek is.

De Inspectie vermeldt in haar Toezichtkaders de mogelijkheid van het bestuursgesprek (of het ‘bestuurlijk gesprek’). Het bestuursgesprek maakt daarmee aldus bovendien onderdeel uit van de formele toezichthoudende taak van de Inspectie, hoewel een gesprek ook kan plaatsvinden om een andere reden dan de in het Toezichtkader beschreven aanleidingen voor een bestuursgesprek.

In alle Toezichtkaders van de Inspectie komt zoals gezegd het bestuursgesprek (of bestuurlijk gesprek) terug. Wij lichten dit sturingsinstrument nader toe aan de hand van het Toezichtkader BVE 2012. Vanwege de omvang van dit preadvies zullen wij niet expliciet ingaan op de overige Toezichtkaders.

Het toezicht van de Inspectie op onderwijsorganisaties in de mbo-sector is te onderscheiden in een aantal ‘ordes’: eersteordetoezicht en tweedeordetoezicht. Het eersteordetoezicht bestaat uit het driejaarlijks terugkerend onderzoek van de Inspectie naar de ‘Staat van de instellingen’. In dit verband brengt de Inspectie een instellingsanalyse uit. Deze Staat van de instellingen kan aanleiding geven om het toezicht te intensiveren,

waarmee naar de volgende orde wordt overgegaan: het tweedeordetoezicht. In dat kader zal de Inspectie dan een kwaliteitsonderzoek uitvoeren met eventuele waarschuwingen en sancties – zijnde interventie-instrumenten – tot gevolg.

Wanneer er in de Staat van de instellingen (slechts) enkele, behapbare risico's zijn gesignaleerd, kiest de Inspectie volgens haar Toezichtkader voor het bestuursgesprek met de onderwijsorganisaties. Dit gesprek bestaat eruit dat met de onderwijsorganisaties de gesignaleerde risico's worden besproken, waarop volgend de onderwijsorganisatie aan de Inspectie een verbeterplan voorlegt. De onderwijsorganisatie krijgt vervolgens een verbetertijd, waarvan de duur *'afhankelijk is van de aard van de tekortkoming en ligt tussen een half jaar (...) en een jaar na het bestuursgesprek'*.⁶⁶ Tevens dient de onderwijsorganisatie de betrokkenen en het brede publiek te informeren over de bevindingen van de Inspectie. Daarmee wordt volgens de Inspectie *'voorkomen dat de betrokkenen en het publiek deze informatie onthouden wordt als gevolg van het niet uitvoeren van een inspectieonderzoek in geval van onvoldoende kwaliteit'*.⁶⁷ Blijkt na de verbeterperiode dat de gesignaleerde risico's niet zijn weggenomen en/of dat de kwaliteit van het onderwijs niet is hersteld, dan kan de Inspectie alsnog overgaan tot het onderzoek zoals bedoeld in het tweedeordetoezicht.

6.3 Prestatiebekostiging en prestatieafspraken / kwaliteitsbekostiging en kwaliteitsafspraken

In hoofdstuk 5 is al een korte introductie op de prestatiebekostiging gegeven. Deze nieuwe vorm van bekostiging is in het jaar 2012 van kracht geworden voor de hogeronderwijssector. Aan het maken van prestatieafspraken tussen de minister van OCW en de hogeronderwijsinstellingen en het naar aanleiding daarvan verstrekken van prestatiebekostiging, ligt het Besluit prestatiebekostiging ten grondslag. Dit Besluit heeft zijn grondslag in de experimenteerbepaling van artikel 1.7a WHW. Artikel 1.7a WHW biedt de 'ruimte voor innovatie' door de mogelijkheid te geven om voor een beperkte periode en bij wijze van experiment af te wijken van een aantal hoofdstukken van de WHW (genoemd in lid 1). De experimenten moeten tot doel hebben de *'verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het hoger onderwijs'* (artikel 1.7a lid 1 WHW). Omdat het om een experiment gaat, zal het Besluit prestatiebekostiging per 1 januari 2018 weer komen te vervallen.⁶⁸

De prestatiebekostiging *'is [een] op kwaliteit gerichte bekostiging'*.⁶⁹ In 2007 had de Onderwijsraad de minister van OCW al aanbevolen om een dergelijke vorm van bekostiging in te voeren,⁷⁰ die zich richt op bijzondere onderwijskwaliteit van een onderwijsorganisatie – anders dan de basiskwaliteit die met de rijksbijdrage wordt beoogd te bereiken. Daaropvolgend heeft ook de Commissie Toekomstbestendig Hoger Onderwijs Stelsel (Commissie Veerman) aanbevolen om prestaties van hogescholen en universiteiten te

⁶⁶ Toezichtkader MBO, p. 20.

⁶⁷ Toezichtkader MBO, p. 20.

⁶⁸ *Stb.* 2012, 534.

⁶⁹ Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en verantwoordelijkheid*, p. 32.

⁷⁰ Onderwijsraad, *Kwaliteit belonen in het hoger onderwijs?*, nr. 20070210/899, juli 2007.

belonen.⁷¹ Het idee is daarna verder uitgewerkt in de Strategische Agenda Hoger onderwijs, Onderzoek en Wetenschap uit het jaar 2011.⁷² Uiteindelijk is in 2012 aldus het Besluit prestatiebekostiging in werking getreden.

Het Besluit prestatiebekostiging zal navolging krijgen met het wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs en de invoering van prestatiebekostiging in de mbo-sector. Op deze ontwikkelingen gaan wij in deze paragraaf ook in (6.3.3 en 6.3.4). Alvorens daaraan toe te komen, lichten wij hierna eerst verder het Besluit prestatiebekostiging toe (paragraaf 6.3.1). In dat verband hebben wij ook nog enkele vragen en gedachten, die wij in dit preadvies graag naar voren willen brengen (paragraaf 6.3.2).

6.3.1 *Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs*

Organisaties in het hoger onderwijs kunnen voor het tijdvak 2013–2017 in aanmerking komen voor toekenning van prestatiebekostiging (artikel 5). Daarvoor hebben de onderwijsorganisaties een aanvraag moeten indienen, waarin zij hun plannen voor het tijdvak 2013 tot en met 2015 met betrekking tot (i) onderwijskwaliteit en studiesucces, (ii) profilering en zwaartepuntvorming en (iii) valorisatie hebben uiteengezet (vgl. artikelen 7 en 8 Besluit prestatiebekostiging). Deze plannen moeten ‘voldoende ambitieus’ en ‘realistisch’ zijn. Bovendien moeten de plannen ‘voldoende aansluiten bij de gewenste ontwikkelingen op stelselniveau’ (artikel 9 Besluit prestatiebekostiging). Wat betreft de plannen inzake profilering en zwaartepuntvorming geldt nog als aanvullend criterium dat die plannen ‘voldoende uitvoerbaar’ moeten zijn (artikel 9 lid 4 Besluit prestatiebekostiging).

Er is een zogenaamde ‘reviewcommissie’ door de minister van OCW ingesteld, die de plannen van de hogescholen en universiteiten heeft beoordeeld. De reviewcommissie heeft in het door haarzelf opgestelde ‘Beoordelingskader prestatieafspraken 2013–2016’, bijgevoegd als bijlage 1 bij het Besluit prestatiebekostiging, nadere invulling gegeven aan de criteria ‘ambitieuus’, ‘realiteitsgehalte’, ‘uitvoerbaarheid’, en dergelijke. De reviewcommissie is een adviescommissie; zij adviseert aan de minister van OCW over de voorstellen van de individuele hogeronderwijsorganisaties en over de toekenning van het ‘selectief budget’.

De hoogte van de totaal verdeelde prestatiebekostiging bedraagt zeven procent van het beschikbare onderwijsdeel van de bekostiging bestemd voor het hoger onderwijs. Dat deel wordt aangeduid als ‘bestemd voor ‘kwaliteit en profiel’.⁷³ Vijf procent is aan te duiden als ‘voorwaardelijke financiering’ en twee procent als ‘selectief budget’. Dat laatste is beschikbaar gesteld voor de plannen op het specifieke gebied van profilering en valorisatie. De overige vijf procent is beschikbaar voor verbetering van de onderwijskwaliteit en het studiesucces.

71 Commissie Toekomstbestendig Hoger Onderwijs Stelsel, *Differentiëren in drievoud omwille van kwaliteit en verscheidenheid in het hoger onderwijs*, april 2010, p. 39–40.

72 Strategische Agenda Hoger onderwijs, Onderzoek en Wetenschap, *Kwaliteit in verscheidenheid*, juli 2011, p. 66.

73 *Stb.* 2012, 534, p. 30.

De adviezen van de reviewcommissie kunnen de minister aanleiding geven om over te gaan tot toekenning van prestatiebekostiging aan de hogeronderwijsorganisaties. Dit is juridisch beschouwd als volgt vormgegeven. De plannen van de instellingen waarvoor zij prestatiebekostiging zullen krijgen, worden vervat in zogeheten ‘prestatieafspraken’. Deze afspraken maakt de onderwijsorganisatie met de minister van OCW. De minister wil in dat verband niet spreken van *‘civielrechtelijke overeenkomsten op basis van wilsovereenstemming, maar om een zwaarwegend procedureel element in de wijze waarop de bekostigingsbeschikkingen tot stand komen.’*⁷⁴ De toekenning van bekostiging geschiedt namelijk via een (bestuursrechtelijk appellabel) besluit, waarin naar de prestatieafspraken wordt verwezen. Desalniettemin hebben alle universiteiten en hogescholen, net als toenmalig Staatssecretaris Zijlstra van OCW, hun handtekening onder de individuele prestatieafspraken gezet, wat toch op zijn minst de indruk van een civielrechtelijke overeenkomst geeft.

Het Besluit prestatiebekostiging schrijft voor dat wanneer de onderwijsorganisatie in kwestie haar plannen *‘naar het oordeel van Onze Minister niet of in onvoldoende mate heeft behaald, een nieuwe toekenning voor onderwijskwaliteit en studiesucces voor het daaropvolgende tijdvak voor elk genoemd aspect telkens met een derde deel wordt verminderd wordt’* (artikel 13 lid 1 Besluit prestatiebekostiging). Met andere woorden, voor een volgend tijdvak zal dan minder of zelfs geen prestatiebekostiging kunnen worden verkregen.

6.3.2 Enkele gedachten en vragen over de prestatiebekostiging

Zoals gezegd is prestatiebekostiging een nieuwe vorm van financiering, die niet uitgaat van kwantitatieve maar van kwalitatieve parameters. Ook de wijze waarop aan de prestatiebekostiging uitvoering wordt gegeven, door de combinatie van het maken van prestatieafspraken en het nemen van een eenzijdig besluit tot toekenning van prestatiebekostiging, is nieuw. Wij hebben over de prestatiebekostiging enkele gedachten en vragen. Wij zullen niet ingaan op de vraag of de experimentele grondslag van de prestatiebekostiging, artikel 1.7a WHW, voldoende is om de mogelijke door de Raad van State geconstateerde strijdigheden met artikel 23 lid 5 Grondwet weg te nemen.⁷⁵ Dit is mogelijk een gepasseerd station, nu de prestatiebekostiging alweer enige jaren functioneert op basis van artikel 1.7a WHW.⁷⁶

Een eerste gedachte die wij hier wel willen voorleggen, betreft het volgende. Het is duidelijk dat de prestatiebekostiging geen betrekking heeft op het waarborgen van een ‘basiskwaliteit’ aan onderwijs (zoals wel bij de rijksbijdrage het geval is), maar daarmee een ‘goede onderwijskwaliteit’ moet worden bereikt. Daarmee raakt de minister van OCW, eerder dan bij de rijksbijdrage, mogelijk de vrijheid van inrichting van onderwijs. Dit is weliswaar deels ondervangen omdat de onderwijsorganisaties zelf hun te bereiken prestaties hebben geformuleerd in plaats van dat de wetgever die via nieuwe wettelijke prestatienormen heeft opgelegd. Echter, op tweeërlei wijze raakt de minister toch nog

⁷⁴ *Sib.* 2012, 534, p. 31.

⁷⁵ Zie in dit verband wel Rb. Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1707, *NTOR* 2014, p. 80-101, m.nt. Broeksteeg.

⁷⁶ Zie ook P.J.J. Zoontjens, ‘Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs’, *AA* 2014, p. 66-69.

mogelijk de vrijheid van inrichting van onderwijs. Wij laten daarbij in het midden of dat ook tot een strijdigheid met dat recht op vrijheid van inrichting leidt.

De beoordeling van de voorstellen voor prestatieafspraken voorafgaand aan de toekenning van prestatiebekostiging en de beoordeling van de overeengekomen prestatieafspraken na toekenning van prestatiebekostiging zijn namelijk gesubjectiveerd. Dit kan leiden tot een andere interpretatie van de bedoeling en de gewenste uitvoering van de prestatieafspraken dan wellicht door de onderwijsorganisatie is bedoeld.

De reviewcommissie beoordeelt of er sprake is *‘van een adequaat voorstel voor een prestatieafpraak’*. Wat is adequaat? Daaraan is deels invulling gegeven door de voorgestelde prestatieafspraken te scoren van 1 tot en met 5,⁷⁷ maar ook bij die invulling blijft een essentiële beoordelingsruimte voor de reviewcommissie bestaan. Wat wordt bijvoorbeeld verstaan onder de uitleg die zij in haar beoordelingskader geeft aan het criterium *‘ambitieniveau en realiteitsgehalte’*: *‘de mate waarin de instelling een verbetering van haar (activiteiten en) prestaties nastreeft, waarbij tegelijkertijd aannemelijk wordt gemaakt dat de ambitie te realiseren is. Van belang is dat er evenwicht is tussen de nagestreefde activiteiten en prestaties enerzijds en de kans op verwezenlijking daarvan anderzijds.’* De reviewcommissie betreft hierbij naar eigen zeggen *‘de relatie tot de context en historie van de betreffende instelling’*.⁷⁸ Dergelijke formuleringen laten ruimte voor subjectivering.

Achteraf wordt beoordeeld of de onderwijsorganisatie aan haar prestatieafspraken heeft voldaan. Artikel 13 Besluit prestatiebekostiging schrijft zoals gezegd in dat verband voor dat wanneer *‘naar het oordeel van Onze Minister’* de hogeschool of universiteit zijn prestatieafspraken *‘niet of in onvoldoende mate heeft behaald’* de prestatiebekostiging in het volgende tijdvak zal worden verminderd. Ook hier is weer sprake van enige mate van subjectivering.

Daarbij geldt overigens nog, eigenlijk een derde punt, dat de beantwoording door de reviewcommissie van de vraag of de onderwijsorganisatie met de door haar voorgestelde prestatieafspraken voor prestatiebekostiging in aanmerking komt, in relatie met de voorstellen van de andere onderwijsorganisaties plaatsvinden (althans wat betreft het selectief budget).

Overigens bestaat voor de hogeronderwijsorganisaties uiteraard wel de mogelijkheid om de besluitvorming inzake de prestatiebekostiging aan de bestuursrechter voor te leggen. Dit biedt enige waarborg als het gaat om de bescherming van onder meer het recht op vrijheid van inrichting van een onderwijsorganisatie.⁷⁹

Een tweede gedachte is dat ons niet duidelijk is hoe de tweezijdig overeengekomen prestatieafspraken – een vorm van tweezijdige sturing en aldus in dit preadvies aangeduid als

⁷⁷ Stb. 2012, 534, p. 16.

⁷⁸ Stb. 2012, 534, p. 12–13.

⁷⁹ Vgl. Rb. Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1707.

‘afspreken’ – zich verhouden tot het eenzijdig te nemen besluit tot toekenning van prestatiebekostiging – aldus meer een vorm van ‘interventie’ – waarvan de naleving bovendien ook op eenzijdige wijze zal beoordeeld en mogelijk negatieve gevolgen voor de onderwijsorganisatie heeft.

Deze vraag is vooral relevant voor de mate van rechtsbescherming die bestaat tegen eventuele voor de onderwijsorganisaties negatieve besluiten. In hoeverre worden de tweezijdig overeengekomen prestatieafspraken beschouwd als ‘subsidieverplichtingen’ in de zin van Subsidietitel van de Awb en wordt er al dan niet indringend getoetst of de daaraan gegeven interpretatie door de minister van OCW de juiste is? Zo kunnen wij ons voorstellen dat wanneer na afloop van het tijdvak waarop de prestatiebekostiging betrekking heeft en in het geval de minister oordeelt dat de prestatieafspraken niet of in onvoldoende mate zijn nagekomen, er een heel feitelijke, interpretatieve discussie kan ontstaan over wanneer een afspraak wel of juist niet is nagekomen. Bij objectiveerbare prestatieafspraken hoeft dit geen probleem zijn, maar bij de kwalitatieve afspraken – die juist met de prestatiebekostiging zijn beoogd – zou dit tot problemen kunnen leiden.

Kortom, de prestatiebekostiging is een hybride systeem waarvan de uitwerking naar ons idee nog niet helder is. Martijn Nolen werpt in zijn preadvies daarnaast nog de terechte vraag op of de prestatieafspraken werking richting derden zoals de studenten kunnen hebben.

Een derde gedachte houdt verband met de eerder al aangehaalde reviewcommissie. Normaliter worden in de onderwijssector de Inspectie en de NVAO als de deskundige beschouwd. Nu heeft de minister van OCW het nodig gevonden om voor de beoordeling van de kwaliteit van onderwijs een andere instantie dan de Inspectie en de NVAO in het leven te roepen. Dit houdt mogelijk verband met het feit dat de overheid met de prestatiebekostiging relatief ver ingrijpt in de autonomie van de onderwijsorganisatie en dat het de Inspectie – tevens toezichthouder op andere facetten van het onderwijs – (te meer) niet past om daarin te treden. De precieze reden voor het instellen van een reviewcommissie is in de parlementaire geschiedenis niet gegeven.⁸⁰

6.3.3 Wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs: ‘kwaliteitsbekostiging’

Met het recente wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs is de minister van OCW voornemens aan artikel 2.6 WHW twee nieuwe leden toe te voegen,⁸¹ waarvan wij het nieuwe vijfde lid citeren:

‘5. Met het oog op de bevordering van de kwaliteit van het hoger onderwijs of het wetenschappelijk onderzoek kan Onze Minister in afwijking van de algemene berekeningswijze, bedoeld in het eerste lid, bij de berekening van een deel van de rijksbijdrage

80 De toelichting bij het Besluit prestatiebekostiging besteedt weinig woorden aan de keuze voor een reviewcommissie (vgl. *Stb.* 2012, 534, p. 31).

81 Een andere belangrijke stelselwijziging met het wetsvoorstel is de komst van een sociaal leenstelsel in plaats van de huidige studiefinanciering. De studiefinanciering komt te vervallen; in de plaats daarvan komt een leenstelsel. Het geld dat hiermee wordt binnengehaald, moet in de vorm van kwaliteitsbekostiging aan de kwaliteitsafspraken worden besteed. Dit onderdeel laten wij verder buiten beschouwing.

*waarop de in artikel 1.9, eerste lid, bedoelde aanspraak betrekking heeft, rekening houden met de door een instelling in het vooruitzicht gestelde of gerealiseerde kwaliteit van het hoger onderwijs of het wetenschappelijk onderzoek.*⁸²

Artikel 2.6 WHW zal voorzien in een grondslag voor toekenning van prestatiebekostiging.⁸³ In het wetsvoorstel wordt overigens alleen nog maar gesproken van ‘kwaliteitsbekostiging’ en daarmee samenhangende ‘kwaliteitsafspraken’ (in plaats van prestatieafspraken). Aan de ‘kwaliteitsbekostiging’ liggen ‘kwaliteitsafspraken’ ten grondslag. Voor zover wij de toelichting juist begrijpen, is nog niet bekend hoe deze kwaliteitsafspraken zullen worden vormgegeven.⁸⁴ Zullen die weer door de minister en de individuele organisatie worden ondertekend of worden de kwaliteitsafspraken in een ander jasje gegoten?

De Raad van State is kritisch over de voorgestelde wijziging van artikel 2.6 WHW, waarin wij ons kunnen vinden.⁸⁵ De evaluatie van de prestatiebekostiging wordt niet afgewacht, maar nu al wordt voorzien in een wettelijke grondslag. Bovendien is het de vraag in hoeverre deze wettelijke grondslag past in het kader van artikel 2.6 WHW, dat juist uitgaat van een verdeling van lumpsumbekostiging op basis van voor een ieder gelijk geldende objectieve parameters. De verdeling van prestatiebekostiging is daarentegen gestoeld op individuele, kwalitatief-inhoudelijke maatwerkafspraken.

Het voorgestelde artikel 2.6 lid 2 WHW lijkt de deur open te zetten om een deel van de lumpsumrijksbijdrage – bedoeld om de basiskwaliteit van een onderwijsorganisatie op peil te houden – in te ruilen voor gebonden prestatiebekostiging (kwaliteitsbekostiging) waaraan specifieke onderwijsinhoudelijke doelen zijn gekoppeld.

De Raad van State merkt in dit verband onder verwijzing naar zijn eerdere advies over de prestatiebekostiging op, dat ‘[h]et voorgestelde artikel 2.6, vijfde lid, van de WHW (...) het evenwel mogelijk [maakt] een substantieel deel van de rijksbijdrage waarop de in artikel 1.9 van de WHW bedoelde aanspraak betrekking heeft op een andere wijze te bepalen en af te laten hangen van afspraken tussen Minister en individuele instelling. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het recht op basisbekostiging naar gelijke maatstaven, waarvan in ieder geval de hoofdlijnen (het oogmerk en de belangrijkste indicatoren) in de formele wet moeten worden vastgelegd.’⁸⁶

Op dit moment vormt de prestatiebekostiging zeven procent van het onderwijsdeel. Volgens de minister is deze zeven procent niet afkomstig van het bedrag dat in de vorm van lumpsumbekostiging aan de onderwijsorganisaties wordt verstrekt.⁸⁷ Het wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs is daarover diffuser. Dat komt zoals gezegd alleen al door artikel 2.6 WHW als grondslag te kiezen en in het nieuwe lid 5 te spreken van ‘in

82 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 2, p. 30.

83 Wij gaan ervan uit dat de kwaliteitsbekostiging zoals vermeld in het wetsvoorstel hetzelfde is als de nu bestaande prestatiebekostiging, maar dat uitsluitend voor een andere benaming is gekozen.

84 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 3, p. 36.

85 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 4, p. 10.

86 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 4, p. 10.

87 Vgl. r.o. 11–13 van Rb. Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1707.

afwijking van. Daarnaast spreekt dat artikellid van ‘*de berekening van een deel van de rijksbijdrage waarop de in artikel 1.9, eerste lid, bedoelde aanspraak betrekking heeft*’, zodat ook daaruit kan worden opgemaakt dat de kwaliteitsbekostiging en de lumpsumbekostiging uit dezelfde geldpot afkomstig zullen zijn.⁸⁸ Wij signaleren in dit verband een aantal mogelijke gevolgen van deze keuze.

Het aandeel prestatiebekostiging is nu (nog maar) zeven procent, maar het voorgestelde artikel 2.6 lid 5 WHW stelt geen maximumpercentage als beperking. De hoogte van de prestatiebekostiging kan aldus verder oplopen – de Strategische Agenda Hoger onderwijs, Onderzoek en Wetenschap uit 2011 sprak al van twintig procent⁸⁹ – hetgeen direct ten koste gaat van het beschikbare lumpsumbedrag.

Als gevolg hiervan zal de basiskwaliteit met een steeds kleiner bedrag op peil moeten worden gehouden, ervan uitgaande dat het macrobudget niet explosief zal stijgen. Aldus *kunnen* onderwijsorganisaties de basiskwaliteit mogelijk niet langer waarborgen.

Daarnaast bestaat het risico dat onderwijsorganisaties de basiskwaliteit (onbedoeld) uit het oog verliezen, omdat zij hun energie met name moeten steken in de uitvoering van de prestatieafspraken. Immers, de kwaliteitsbekostiging zal een substantieel bedrag van hun totale budget gaan inhouden, dat de onderwijsorganisaties graag zullen willen behouden. Daarbij geldt dat de kwaliteitsafspraken weer steeds ambitieuzer zullen zijn om de eerdere afspraken – maar vooral ook de concurrerende afspraken van andere organisaties – te overtreffen. Immers, de voorstellen worden in onderlinge vergelijking op basis van onder meer ambitie beoordeeld (althans, dat is nu het geval).

Een belangrijke verandering ten opzichte van de huidige prestatiebekostiging in het wetsvoorstel heeft betrekking op de volgende alinea uit de memorie van toelichting:

*‘De kwaliteitsafspraken zullen gericht zijn op het realiseren van de doelstellingen voor kwaliteitsverbeteringen en het beoogde uitdagende hoger onderwijs van wereldniveau. Van belang daarbij is dat de kwaliteitsafspraken en de strategische plannen waarop deze gebaseerd zijn, gedragen worden door de docenten en studenten.’*⁹⁰ [onderstreping TB/MC]

Hier zien wij terug dat voor de te maken kwaliteitsafspraken ook draagvlak binnen de eigen organisatie onder studenten en docenten moet bestaan. Dat is op basis van het huidige Besluit prestatiebekostiging nog geen expliciet vereiste.

6.3.4 ‘Regeling kwaliteitsafspraken mbo’: een ‘investeringsbudget’

In het ‘bestuursakkoord mbo 2014’ hebben de minister van OCW en de MBO Raad namens de instellingen in het middelbaar beroepsonderwijs met elkaar afgesproken ook in deze sector prestatiebekostiging in te voeren. Bij brief van 17 september 2014 heeft

88 Zie ook de toelichting in *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 3, p. 88.

89 Strategische Agenda Hoger onderwijs, Onderzoek en Wetenschap, *Kwaliteit in verscheidenheid*, juli 2011, p. 62.

90 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 3, p. 36.

de minister van OCW de Tweede Kamer nader geïnformeerd over de invoering van kwaliteitsafspraken in het mbo.⁹¹ Daarin wordt het doel van het maken van kwaliteitsafspraken in de mbo-sector beschreven:

‘Het doel van de kwaliteitsafspraken is de kwaliteit van het onderwijs te verbeteren door instellingen te stimuleren om op maat in hun onderwijs te investeren en hen te prikkelen hun onderwijsopbrengsten te verhogen.’

Hoewel hierbij hetzelfde uitgangspunt als bij de prestatiebekostiging in het hoger onderwijs wordt gehanteerd – immers: verbetering van de onderwijskwaliteit – spreken het bestuursakkoord en de minister van OCW niet van ‘prestatiebekostiging’ of ‘kwaliteitsbekostiging’, maar van ‘een investeringsbudget voor de kwaliteitsafspraken’. Voor de verbetering van het studiesucces en de kwaliteit van de beroepspraktijkvorming komt een ‘variabel budget’ ter beschikking.⁹² In de hiervoor al aangehaalde brief van 17 september 2014 wordt dit onderdeel ook wel aangeduid als ‘de resultaatafhankelijke bekostiging’ of ‘budget’.⁹³ Beide vormen van bekostiging – het investeringsbudget en het variabele budget – zullen worden geregeld in de ‘Regeling kwaliteitsafspraken mbo’. Daarvoor zal de huidige ‘Regeling prestatiebox mbo’ worden gewijzigd.

Waar daarover in het Wetsvoorstel Studievoorschot hoger onderwijs verder niets staat vermeld, is in het bestuursakkoord en in de toelichting bij de conceptregeling wel expliciet opgenomen dat het deel van het investeringsbudget dat is bestemd voor het stimuleren van excellentie zal worden verdeeld op basis van de lumpsumsystematiek.

Een concept van de Regeling kwaliteitsafspraken mbo heeft de minister van OCW op 1 oktober 2014 aan de Tweede Kamer toegestuurd. Als bijlage van deze regeling heeft de minister van OCW ook een conceptovereenkomst (‘overeenkomst kwaliteitsafspraken mbo’) bijgevoegd, die door de individuele instellingen en de minister uiterlijk in december 2014 zal moeten worden ondertekend (aldus de toelichting bij de conceptregeling). Ondertekening van de overeenkomst vormt een (subsidie)voorwaarde voor verkrijging van het investeringsbudget (voorgestelde artikel 1.5 van de Regeling). Aldus wordt net als in het hoger onderwijs ook in het mbo uitgegaan van ondertekening van een overeenkomst – een ‘tweezijdig’ (wederkerig) sturingsinstrument.

Het is opmerkelijk dat de minister van OCW in de toelichting bij het Besluit prestatiebekostiging expliciet benadrukt dat van een civielrechtelijke overeenkomst bij de ondertekening van de prestatieafspraken in het hoger onderwijs geen sprake is, maar dat de minister in zijn brief van 17 september 2014 inzake de kwaliteitsafspraken in het mbo wel spreekt van een overeenkomst:

91 Kamerbrief d.d. 17 september 2014, met het kenmerk 669067 (*Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 214).

92 Zie hiervoor ook bijlage 1 van het Bestuursakkoord.

93 *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 214, p. 3.

‘De wederzijdse inzet voor de kwaliteitsafspraken wordt bekrachtigd in een overeenkomst kwaliteitsafspraken mbo met de afzonderlijke instellingen.’⁹⁴

In de overeenkomst worden de afspraken neergelegd die volgen uit het door de onderwijsorganisatie opgestelde kwaliteitsplan.⁹⁵ De onderwijsorganisaties winnen advies in bij een nog door de minister van OCW aan te wijzen instantie over het door hen opgestelde kwaliteitsplan. Gelet op de formulering van artikel 1.5 zijn de onderwijsorganisaties verplicht dit advies in te winnen. De nog aan te wijzen instantie zal verder de minister adviseren over de beoordeling van het kwaliteitsplan ten aanzien van de plannen om de excellentie te stimuleren. Het overige deel van het kwaliteitsplan is niet aan goedkeuring van de minister onderworpen (artikel 1.5 en de toelichting bij de conceptregeling). Al met al is de nieuw voorgestelde regeling in het mbo grotendeels vergelijkbaar met het hoger onderwijs, maar is ons niet duidelijk waarom telkens voor andere terminologie en uitleg van afspraken is gekozen. Hoe dan ook is sprake van een tweezijdig sturingsinstrument.

7. Openbaar maken in het kader van afspreken en interveniëren

7.1 Introductie

Naast ‘afspreken’ en ‘interveniëren’ kan ook sturing aan onderwijsprestaties worden gegeven door informatie openbaar te maken of door de dreiging daarvan. Informatie stelt anderen ook weer in staat sturing te geven aan onderwijsorganisaties.

Met openbaarmaking bedoelen wij hier niet het delen van informatie door een onderwijsorganisatie met bijvoorbeeld alleen één ouder of één overheidsorgaan.⁹⁶ Van openbaarmaking sluiten wij hier ook uit de bekendmaking van nieuwe wet- en regelgeving in het Staatsblad of in de Staatscourant.⁹⁷ Wij verstaan in dit preadvies onder openbaarmaking uitsluitend het delen van informatie met de samenleving in meer brede zin of een bredere groep van belanghebbenden/geïnteresseerden. Daarbij zijn verschillende vormen van openbaarmaking denkbaar: via de eigen website of door middel van een persbericht van de rijksoverheid, door de Inspectie of de NVAO,⁹⁸ een brief van de minister aan de Tweede Kamer, plaatsing van informatie in openbare registers of anderszins.

Onderwijsorganisaties maken zelf actief informatie openbaar. Soms zijn zij daartoe verplicht, soms doen zij dat op eigen initiatief, soms voelen zij zich daartoe gedwongen

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 214, p. 4.

⁹⁵ (Bijlage 1) bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 214.

⁹⁶ Vgl. bijv. artikel 40c WPO, waarin de onderwijsorganisatie een besluit tot schorsing schriftelijk aan de ouders bekendmaakt en artikel 13 lid 2 WPO waarin is geregeld dat de school aan de ouders de schoolgids uitreikt. Een voorbeeld van het delen van informatie met de overheid is het aanleveren van de benodigde informatie voor invulling van het Basisregister Bron (hoofdstuk 6a WOT). Een wetsvoorstel ter zake is de wijziging van verschillende onderwijswetten ‘in verband met het registreren van leerlingen met een ontwikkelingsperspectief in het basisregister onderwijs’ (*Kamerstukken II* 2013/14, 33971, nrs. 1-4).

⁹⁷ Zie bijv. artikel 113 lid 7 WPO waarin staat vermeld dat ministeriële regeling met daarin nieuwe programma’s van eisen worden bekendgemaakt in de Staatscourant.

⁹⁸ www.rijksoverheid.nl en www.onderwijsinspectie.nl.

(paragraaf 7.2). Ook de brancheorganisaties van de verschillende onderwijssectoren geven inzicht in de prestaties van de onderwijsorganisaties. Zo brengt de MBO Raad jaarlijks de 'Benchmark middelbaar beroepsonderwijs' uit en publiceert hij deze op zijn website. In de benchmark is informatie te vinden over de besteding door de onderwijsorganisaties van hun budget, het aantal deelnemers dat het mbo gediplomeerd heeft verlaten en wat die deelnemers van het onderwijs vinden.⁹⁹ De hiervoor genoemde vormen van openbaarmaking vallen alleen onder de publiekrechtelijke sturing, wanneer aan die openbaarmaking een wettelijke verplichting of bevoegdheid ten grondslag ligt. Hierna beperken wij ons dan ook tot alleen deze vorm van openbaarmaking door onderwijsorganisaties.

Ook de minister van OCW, de Inspectie, de NVAO en andere bestuursorganen (op bijvoorbeeld lokaal niveau) maken informatie openbaar over individuele onderwijsorganisaties en over het onderwijsstelsel als zodanig. Het kan hier gaan om een zogenaamde 'actieve openbaarmaking' (paragraaf 7.3) of 'passieve openbaarmaking' (paragraaf 7.4).

Bij een actieve openbaarmaking komt het initiatief van de minister, Inspectie of een ander bestuursorgaan zelf. Dit initiatief kan zijn ingegeven door een wettelijke bepaling die voorschrijft dat er bepaalde informatie openbaar *moet* (verplichting) of *mag* (discretionaire bevoegdheid) worden gemaakt. Actieve openbaarmaking kan ook gebaseerd zijn op een andere grondslag dan een wettelijk voorschrift, bijvoorbeeld omdat er onrust in de maatschappij is ontstaan over een bepaalde ontwikkeling zodat nadere informatievoorziening nodig is.

Bij passieve openbaarmaking gaat de minister of de Inspectie pas tot openbaarmaking over nadat daarom is verzocht. Dit verzoek kan van een ieder afkomstig zijn. Vaak zijn dergelijke verzoeken gebaseerd op de Wob. Het kan uiteraard zijn dat wanneer een verzoek om openbaarmaking niet expliciet op de Wob is gebaseerd, er ook aanleiding kan zijn de informatie openbaar te maken.¹⁰⁰

In een uitspraak van 13 juni 2012 staat een verzoek van twee ouders centraal, waarin zij aan de school vragen om een afschrift van onder meer het schooldossier van hun zoon. Omdat de ouders niet de intentie hebben deze informatie algemeen publiekelijk te maken, maar zij willen dat de informatie alleen aan hen wordt verstrekt, is het verzoek volgens de Afdeling niet gebaseerd op de Wob maar op de Wet bescherming persoonsgegevens.¹⁰¹

Actieve en passieve openbaarmaking van informatie is op grond van de Wob verplicht voor bestuursorganen in de zin van artikel 1a van de Wob. Daarmee vallen onderwijs-

99 <http://www.mбораad.nl/?page/1169572/Benchmark+middelbaar+beroepsonderwijs.aspx>.

100 Zie in dit verband twee uitspraken van de Afdeling waarin de vraag naar voren komt of een verzoek waarin niet aan de Wob (of een andere wettelijke grondslag) wordt gerefereerd, wel als een Wob-verzoek moet worden beschouwd. De Afdeling oordeelt in de omstandigheden van die zaken dat dat niet het geval is (ABRvS 11 september 2013, *JB* 2013, 204 en ABRvS 13 november 2013, *Gst.* 2013, 129).

101 ABRvS 13 juni 2012, *AB* 2012, 281, m.nt. E.J. Daalder.

organisaties vaak ook onder de openbaarmakingsverplichtingen van de Wob.¹⁰² Een voorbeeld hiervan is te vinden in de Afdelingsuitspraak d.d. 13 mei 2009, waarin het college van bestuur van de Erasmus Universiteit Rotterdam op grond van de Wob is verzocht om openbaarmaking van informatie.¹⁰³

Daarnaast geldt nog dat ook via de band van artikel 3 Wob informatie vanuit onderwijsorganisaties openbaar kan (zo niet moet) openbaar worden gemaakt. Artikel 3 lid 1 Wob bepaalt namelijk dat een verzoek om informatie zich kan richten tot een bestuursorgaan *‘of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf’*. Het is de vraag of onderwijsorganisaties kwalificeren als een dergelijke instelling, omdat zij een bekostigingsrelatie met de minister van OCW hebben.¹⁰⁴

Elk van de hiervoor genoemde vormen van openbaarmaking werken wij hierna uit. Een belangrijke wet daarbij is zoals gezegd de Wob. Het voert in het kader van dit preadvies over het onderwijsrecht te ver om een uitgebreide introductie op deze wet te geven. Daarvoor verwijzen wij naar de literatuur.¹⁰⁵ Kort gezegd biedt de Wob voor bestuursorganen in de zin van artikel 1a van die wet de grondslag voor zowel actieve als passieve openbaarmaking van informatie die betrekking heeft op een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij als uitgangspunt is genomen dat openbaarmaking van informatie wordt beschouwd als een algemeen belang. Daaraan wordt een groot gewicht toegekend, hoewel er ook redenen kunnen zijn om van openbaarmaking af te zien. In dat verband kent de Wob ook absolute en relatieve ‘weigeringsgronden’ (artikelen 10 en 11 Wob).

7.2 Openbaarmaking van informatie door onderwijsorganisaties

Onderwijsorganisaties kunnen verplicht worden gesteld om informatie openbaar te maken. Wij richten ons in deze paragraaf op de algemene openbaarmakingsplicht die geldt voor het algemeen bestuur in het hoger onderwijs en tot openbaarmaking van de jaarverslaggeving in alle onderwijssectoren.

7.2.1 Actieve openbaarmaking door bestuur, medewerkers en studenten

De meeste onderwijswetten kennen geen algemene bepaling over het openbaar maken van informatie of het anderszins verstrekken daarvan. Uitzondering hierop is artikel 13.8 WHW, dat bepaalt dat het algemeen bestuur van een hogeronderwijsinstelling actief en desgevraagd passief informatie aan belanghebbenden en belangstellenden moet verstrekken:

102 Immers, het (college van) bestuur van een openbare onderwijsorganisatie is een a-bestuursorgaan. Het (college van) bestuur van een bijzondere onderwijsorganisatie kwalificeert ten aanzien van sommige taken als een b-bestuursorgaan (bijvoorbeeld ten aanzien van de examinering).

103 ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI4488.

104 Vgl. echter ABRvS 14 mei 2014, JB 2014, 138, m.nt. G. Overkleef-Verburg waarin Prorail niet als een bedrijf in de zin van artikel 3 lid 1 Wob wordt aangewezen vanwege een te beperkt samenstel van bevoegdheden van de staatssecretaris. De subsidierelatie is daarvan één van de relevante kenmerken.

105 In het bijzonder E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011, p. 598.

‘1. Het algemeen bestuur verschaft desgevraagd alsmede uit eigen beweging informatie over de instelling aan belanghebbenden en belangstellenden. Het reglement regelt in welke gevallen het verschaffen van informatie achtenvege blijft.’

In de huidige tijdgeest waarin de vraag naar transparantie groot is, hadden wij een soortgelijke bepaling ook in de andere onderwijswetten verwacht.

Overigens vindt openbaarmaking niet telkens via het management van de (hoger)onderwijsorganisatie plaats. Ook docenten en studenten werken al dan niet bewust mee aan de openbaarmaking van informatie.

De online beoordeling van universiteiten en opleidingen door weekblad Elsevier komt mede tot stand aan de hand van vragenlijsten die door hoogleraren en vakdocenten worden ingevuld. Elsevier publiceert al de daaruit verkregen informatie in de vorm van rangordes op haar website www.bestestudies.elsevier.nl.

Een belangrijke speler als het gaat om het inzichtelijk maken van prestaties van onderwijsorganisaties, is het Centrum Hoger Onderwijs Informatie. Dit Centrum geeft jaarlijks de Keuzegids uit. In deze Keuzegids is allerhande informatie te vinden over het mbo, hbo en over universiteiten. Het Centrum komt aan de informatie op grond van een kwaliteitsoordeel dat door honderdduizenden studenten via de Nationale Studenten-enquête wordt gegeven.¹⁰⁶

Ook op internationaal niveau zijn er rangordes over het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek beschikbaar. Belangrijke internationale ‘rankings’ zijn de ‘Times Higher Education (THE) Ranking’ en de ‘QS World University Rankings’. Hoewel deze rankings geen formele status hebben, hebben ze wel degelijk serieuze invloed. Zo kopte NRC op 2 oktober 2014 *‘Stom lijstje, maar iedereen kijkt erop’*. Studenten en potentiële onderzoekers blijken zich mede hierop te oriënteren bij de keuze van een universiteit. Ook de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) informeert ons periodiek over de stand van het Nederlandse onderwijs in vergelijking met de onderwijsstelsels uit andere landen, met haar rapporten *‘Education at a Glance’*.

7.2.2 Openbaarmaking van de jaarverslaggeving (inclusief de jaarrekening)

Onderwijsorganisaties dienen in hun jaarverslaggeving een toelichting te geven op de door hen in het desbetreffende jaar bereikte prestaties (bijvoorbeeld of de code goed bestuur is gevolgd). De jaarverslaggeving dient vervolgens openbaar te worden gemaakt, zodat over de prestaties publieke verantwoording kan worden afgelegd.

Op de jaarverslaggeving van onderwijsorganisaties in het primair en secundair onderwijs is Titel 9 van Boek 2 BW van toepassing.¹⁰⁷ Aldus moeten de onderwijsorganisaties van beide sectoren ingevolge artikelen 2:394 en 2:395 BW binnen acht dagen na de vaststel-

¹⁰⁶ www.keuzegids.org.

¹⁰⁷ Zie artikel 171 WPO en artikel 103 WVO.

ling van de jaarverslaggeving een exemplaar daarvan neerleggen bij de Kamer van Koophandel (artikel 2:394 lid 1 BW).¹⁰⁸ Voor zover openbaarmaking op andere wijze plaatsvindt, dan moet bij het jaarverslag de accountantsverklaring zijn bijgevoegd (artikel 2:395 BW).

In het kader van de jaarverslaggeving verklaart de WEB Titel 9 van Boek 2 BW niet expliciet van toepassing. De artikelen 2.5.3 lid 5 en 2.5.4 lid 1 WEB schrijven zelf al voor dat het bevoegd gezag van een beroepsonderwijsinstelling de jaarrekening respectievelijk het jaarverslag openbaar maakt. Het wetsartikel schrijft niet voor op welke wijze dat moet geschieden. Voor deze openbaarmakingsverplichting wordt in de wetsgeschiedenis als reden gegeven dat *‘het voor een adequate externe verantwoording door de instelling van belang [is] dat zowel jaarrekening en jaarverslag openbaar wordt gemaakt.’*¹⁰⁹ Deze toelichting volgt opnieuw in een wijziging van het wetsartikel in 2004: *‘het jaarverslag van de instellingen speelt een steeds grotere rol in de publieke verantwoording.’*¹¹⁰

In artikel 2.9 WHW, dat op de jaarverslaggeving betrekking heeft, is geen expliciete openbaarmakingsverplichting van de jaarverslaggeving opgenomen.

Via de band van artikel 2 Regeling jaarverslaggeving onderwijs is Titel 9 van Boek 2 BW van ‘overeenkomstige toepassing’ verklaard, zodat hogeronderwijsorganisaties en mbo-organisaties (ook op die grond) verplicht zijn om hun jaarverslaggeving openbaar te maken.

Overigens is het opmerkelijk dat in de WPO en WVO Titel 9 Boek 2 BW ‘van toepassing is’ en dat via de band van de Regeling jaarverslaggeving onderwijs Titel 9 Boek 2 BW op alle onderwijssectoren ‘van overeenkomstige toepassing’ is verklaard. Aldus is Titel 9 Boek 2 BW voor het basis- en voortgezet onderwijs zowel direct als indirect van toepassing. Een uitleg over dit verschil geeft de minister van OCW niet in de toelichting bij de Regeling.¹¹¹

De onderwijswetten bepalen verder niet op welke manier de openbaarmaking moet plaatsvinden (behoudens Titel 9 Boek 2 BW, zie hiervoor). De Richtlijn Jaarverslag Onderwijs, een ‘Toelichtende brochure bij de Regeling jaarverslaggeving onderwijs’ die geen harde, afdwingbare juridische status heeft, vermeldt daarover het volgende:

*‘Uiteraard zorgt iedere onderwijsinstelling ervoor dat jaarverslag en jaarrekening voor iedereen vlot toegankelijk is.’*¹¹²

108 Het deponeren van de jaarrekening bij de Kamer van Koophandel is overigens niet telkens verplicht. Zie hiervoor de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de regels van de Kamer van Koophandel waarin onder meer is geregeld dat de hiervoor bedoelde deponering voor een vereniging of stichting pas aan de orde is wanneer bijvoorbeeld aan een bepaalde omzetnorm is voldaan.

109 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 133. In het voorstel van wet was deze openbaarmakingsverplichting nog opgenomen in het voorgestelde artikel 2.6.3 lid 6 WEB. Gedurende het wetgevingsproces is dit artikel gewijzigd in artikel 2.5.4 WEB.

110 *Kamerstukken II* 2003/04, 29205, nr. 3, p. 19.

111 *Stcr.* 2007, 248.

112 De brochure is te raadplegen via de website van de rijksoverheid.

Naar aanleiding van een onderzoek in 2013 van de Algemene Onderwijsbond waaruit bleek dat een behoorlijk aantal onderwijsorganisaties uit met name de primaire en secundaire onderwijssector de jaarverslaggeving niet op hun website publiceren of desgevraagd toesturen, wordt daarop als volgt gereageerd in een tweemaandelijks nieuwsbrief over de jaarverslaggeving van het ministerie van OCW (d.d. 24 januari 2014):

‘Recentelijk is een rapport verschenen waarin de Algemene OnderwijsBond (AOB) heeft bericht dat ongeveer één derde van de schoolbesturen – ook na een herhaald verzoek – niet bereid is om de jaarrekening openbaar te maken (...). De bewindslieden (...) hebben daarover hun verbazing uitgesproken omdat het logisch en zelfs vanzelfsprekend wordt gevonden dat als het bestuur met ouders, stakeholders en externe partijen het gesprek wil aangaan over de organisatie en het beleid, het voor de hand ligt dat het bestuur de jaarverslaggeving extern publiceert. Met alle digitale middelen van nu kan dat ook niet ingewikkeld meer zijn. De bewindslieden hopen en verwachten dan ook dat publicatie van het eigen jaarverslag en de jaarrekening voortaan standaard is. Overigens wordt overwogen om deze verplichte openbaarmaking ook in wet- en regelgeving te gaan verankeren.’¹¹³

De openbaarmaking van de jaarverslaggeving die hier in het bericht lijkt te worden bedoeld, namelijk via de eigen website van de onderwijsorganisatie, is niet wettelijk verankerd. Alleen *dat* openbaarmaking moet plaatsvinden, is wettelijk geregeld, (nog) niet op welke wijze (het *hoe*).

7.3 Actieve openbaarmaking van informatie door het bestuursorgaan, zoals de minister van OCW en de Inspectie

7.3.1 De algemene ‘actieve openbaarmakingsplicht’: artikel 8 Wob

Op bestuursorganen zoals de minister van OCW en de Inspectie rust een actieve openbaarmakingsplicht. Deze verplichting volgt uit artikelen 2 juncto 8 Wob. Artikel 2 lid 1 Wob bepaalt dat ‘[e]en bestuursorgaan, (...) bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij wet bepaalde, informatie [verstrekt] overeenkomstig deze wet en (...) daarbij uit[gaat] van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.’ Deze verstrekking van informatie dient ingevolge artikel 8 lid 1 Wob ‘uit eigen beweging’ plaats te vinden door ‘het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat’ bij ‘informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen’ en ‘zodra dat in het belang (...) van een goede en democratische bestuursvoering [is].’

De actieve openbaarmakingsplicht is anders gezegd aan de orde ten aanzien van een ‘bestuurlijke aangelegenheid’. Het begrip ‘bestuurlijk’ wordt ruim uitgelegd, in die zin dat alle facetten van het openbaar bestuur daaronder worden begrepen.¹¹⁴ Het is voor de toepasselijkheid van de actieve openbaarmakingsplicht al voldoende wanneer er overheidsbeleid is ten aanzien van de al dan niet openbaar te maken informatie.

¹¹³ Dit bericht uit de nieuwsbrief van 24 januari 2014 kan worden teruggevonden via: https://abonneren.rijksoverheid.nl/nieuwsbrieven/archief/jaarverslaggeving-onderwijs/14/editie/73c67251-9580-4a19-bedda80cb3f4d342#article_22541.

¹¹⁴ ABR vS 2 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735. *Kamerstukken II* 1986/87, 19859, nr. 3, p. 25.

In een uitspraak van 7 september 2011 oordeelt de Afdeling dat een onderzoeksrapport van de Inspectie onder de reikwijdte van de Wob valt, omdat dat rapport een uitvoering van het beleid van de minister van OCW betreft:

*‘De minister heeft het onderzoek naar de aanwending van financiële middelen door de school in het kader van zijn toezichthoudende taak verricht. Nu in het rapport de bevindingen zijn neergelegd van de uitvoering van deze toezichthoudende taak, betreft het informatie over de uitvoering van beleid van de minister. Het enkele feit dat het rapport geen overheidsinformatie bevat, betekent daarom niet dat de Wob in dit geval toepassing mist.’*¹¹⁵

Openbaarmaking van informatie dient ‘het belang van een goede en democratische bestuursvoering’. Het gaat hier om ‘een soepele norm’, aldus de wetsgeschiedenis.¹¹⁶

In de hiervoor aangehaalde Afdelingsuitspraak wordt ook op dit criterium ingegaan. Volgens de Afdeling heeft ‘de minister zich op het standpunt [mogen] stellen dat het in het belang van een goede en democratische bestuursvoering is dat het publiek inzage heeft in de wijze waarop publieke middelen worden besteed en de wijze waarop de minister hierop controle uitoefent. Gelet hierop valt het openbaar maken van het [Inspectie]rapport onder de reikwijdte van artikel 8, eerste lid, van de Wob.’

Overigens dient het bestuursorgaan bij de toepassing van artikel 8 Wob wel telkens een belangenafweging toe te passen, die enerzijds bestaat uit het algemene belang van openbaarmaking en anderzijds uit de belangen van degene waarop de openbaar te maken informatie betrekking heeft:

*‘(...) ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wob [is] een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van de VAHON [Algemene Hindoeschool, toevoeging TB/MC] geen onevenredig nadeel te ondervinden als gevolg van de publicatie, waarbij aan het algemeen belang een groot gewicht moet worden toegekend.’*¹¹⁷

De weigeringsgronden van artikelen 10 en 11 Wob kunnen in de weg staan aan actieve openbaarmaking van informatie op grond van artikel 8 Wob. Voor de onderwijssector belangrijke (relatieve) weigeringsgronden zijn de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 lid 1 sub d en artikel 10 lid 2 sub e Wob), het voorkomen van onevenredige benadeling van de betrokken persoon of onderwijsorganisatie (artikel 10 lid 2 sub g Wob) en persoonlijke beleidsopvattingen in documenten die ten behoeve van intern beraad zijn opgesteld (artikel 11 lid 1 Wob).

¹¹⁵ ABRvS 7 september 2011, AB 2011, 324, m.nt. E.J. Daalder, JB 2011, 225, m.nt. G. Overkleef-Verburg.
¹¹⁶ Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 29.

¹¹⁷ ABRvS 7 september 2011, AB 2011, 324, JB 2011, 225, r.o. 2.6.1.

Artikel 8 Wob kan worden beschouwd als een vangnetbepaling. Voor zover er op basis van andere bijzondere (onderwijs)wetgeving al geen verplichting tot actieve openbaarmaking geldt, dan biedt artikel 8 Wob daarvoor de grondslag. Op dit wetsartikel kan aldus – zo niet *moet* – worden teruggevallen.

7.3.2 *Verplichtingen tot openbaarmaking op grond van specifieke onderwijswetten*

De onderwijswetten kennen ook verschillende artikelen over openbaarmaking van informatie. Een eerste belangrijke bepaling is artikel 21 Wet op het onderwijstoezicht, dat aan de Inspectie voorschrijft om haar onderzoeksrapporten openbaar te maken (paragraaf 7.3.2.1). In de tweede plaats bevatten de sectorale onderwijswetten bepalingen die de minister van OCW of de gemeenteraad (op het niveau van primair en secundair onderwijs) verplichten dan wel de bevoegdheid toekennen om informatie openbaar te maken (paragraaf 7.3.2.2).

7.3.2.1 *Openbaarmaking op grond van de Wet op het onderwijstoezicht*

Artikel 21 lid 1 van de Wot schrijft voor dat de Inspectie haar onderzoeksrapporten ‘in de vijfde week na vaststelling daarvan’ openbaar maakt. Openbaarmaking vindt in beginsel plaats door middel van publicatie van het rapport op de website van de Inspectie.¹¹⁸

Een uitzondering op dit uitgangspunt geldt voor de Inspectierapporten waarin wordt geoordeeld dat op een basisschool of een middelbare school de kwalificatie ‘zeer zwakke school’ van toepassing blijkt te zijn. De Inspectie maakt het rapport openbaar via de eigen website, maar plaatst de betrokken school ook op het overzicht van zeer zwakke scholen dat de Inspectie maandelijks publiceert.¹¹⁹ Alvorens overigens tot publicatie door de Inspectie wordt overgegaan, is het bevoegd gezag van de desbetreffende school gehouden daarvóór zelf de ouders te informeren door toezending van minstens een samenvatting van het Inspectierapport. Hiervoor krijgt de school vijf weken de tijd na vaststelling van het rapport, omdat de Inspectie dat rapport pas op zijn vroegst na die vijf weken openbaar mag maken. Informeert de school niet zelf de betrokken ouders, dan maakt de Inspectie niet alleen het rapport openbaar, maar stuurt zij alsnog de samenvatting van het rapport zelf naar de ouders toe (artikel 45a WPO en artikel 23c WVO).

Artikel 21 Wot bevat voor de Inspectie een verplichting tot openbaarmaking, die mede in de wet is opgenomen naar aanleiding van vragen hierover uit de samenleving:

‘De openbaarheid van inspectierapporten over scholen en hun kwaliteit staat mede onder invloed van de media al geruime tijd in de belangstelling.’¹²⁰

De media hebben veel belangstelling voor de prestaties van onderwijs. Illustratief hiervoor was de jaarlijkse publicatie door dagblad Trouw van rapportcijfers van scholen in het voortgezet onderwijs. Trouw heeft hiervoor zelfs een aparte website ontwikkeld: www.schoolprestaties.trouw.nl. Inmiddels is Trouw gestopt met de publicatie van schoolprestaties. Een online nieuwsbericht hierover zegt daarover het volgende:

¹¹⁸ Dit blijkt onder meer uit hoofdstuk 6 van het Toezichtkader BVE 2012.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 14.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 4.

‘Met een beroep op de Wet Openbaarheid van Bestuur dwong Trouw de inspectie gegevens over scholen af te staan. De inspectie erkent nu het nut van die openbaarheid. Trouw heeft ons de noodzaak van transparantie doen inzien, zegt de inspectie. Tegenwoordig zijn de gegevens over de schoolprestaties ook elders en uitgebreider te vinden, waarmee jaarlijkse bijlage journalistiek minder interessant is geworden, zo schrijft de hoofdredacteur van Trouw.’¹²¹

Omdat de Wot (inmiddels) een openbaarmakingsverplichting bevat, heeft de Inspectie niet de wettelijke vrijheid om de bij openbaarmaking betrokken belangen af te wegen. Het belang dat met openbaarmaking wordt gediend, is dat daarmee ‘publieke verantwoording over de kwaliteit van het onderwijs als complement van de vergroting van de autonomie van de instellingen’ wordt afgelegd.¹²² Anderzijds kan openbaarmaking nadelige gevolgen hebben voor de onderwijsorganisatie waarop het openbaar te maken Inspectierapport betrekking heeft.

Blijkens de wetsgeschiedenis is de wetgever zich hiervan bewust geweest. De wetgever acht echter het belang om publieke verantwoording over de kwaliteit van het onderwijs en de inzet van de toezichthouder af te leggen dusdanig groot, dat daarmee een *verplichting* tot openbaarmaking is gerechtvaardigd. Weliswaar kan openbaarmaking tot nadelige gevolgen voor een onderwijsorganisatie leiden, maar die *‘wegen niet op tegen het genoemde belang van openbaarheid en publieke verantwoording.’*¹²³ Met het oog op de belangen van de betrokken onderwijsorganisatie, is volgens de wetgever de openbaarmaking wel *‘met waarborgen omgeven’*. Deze waarborgen zijn volgens de wetgever in de eerste plaats neergelegd in artikel 20 Wot. De onderwijsorganisatie kan tegen een eerdere ontwerpversie van het Inspectierapport een zienswijze indienen, die aanleiding kan geven tot wijziging van het uiteindelijk definitieve rapport (lid 3). Leidt de zienswijze niet tot aanpassingen, dan hecht de Inspectie de zienswijze als bijlage aan het definitieve rapport (lid 4). In de tweede plaats heeft de onderwijsorganisatie als gevolg van het feit dat openbaarmaking (pas) na vijf weken na vaststelling van het rapport plaatsvindt, volgens de wetgever nog de tijd om te anticiperen op eventuele publiciteit in de media naar aanleiding van die openbaarmaking.¹²⁴ Ten derde, niet expliciet genoemd in de wetsgeschiedenis, heeft een onderwijsorganisatie weliswaar de mogelijkheid om de rechtmatigheid van de openbaarmaking aan de bestuursrechter voor te leggen. Deze rechtsgang biedt echter geen daadwerkelijke waarborg, omdat de bestuursrechter in beginsel ook gebonden is aan de dwingende formulering van artikel 21 Wot.

7.3.2.2 Openbaarmaking op grond van sectorale onderwijswetten

Ook de sectorale onderwijswetten bevatten verplichtingen voor de minister en in het primair en voortgezet onderwijs voor de gemeenteraad om informatie openbaar te maken. Enkele daarvan bespreken wij hierna. Deze openbaarmakingsverplichtingen zijn

¹²¹ Nos.nl, ‘Trouw stopt bijlage schoolprestaties’, 11 oktober 2012. De informatie is nu via de website van de Inspectie verkrijgbaar.

¹²² Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3, p. 19.

¹²³ Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3, p. 19.

¹²⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3, p. 19.

overigens niet telkens direct gerelateerd aan prestaties die de onderwijsorganisaties moeten leveren. Wij halen een aantal van de verplichtingen desalniettemin aan, omdat daarmee het aantal soorten openbaarheidsregimes en de verschillen daartussen kunnen worden geïllustreerd.

In het basis- en voortgezet onderwijs besluit de gemeenteraad dat een stichting of een openbare rechtspersoon een of meer openbare scholen in de gemeente in stand moet houden.¹²⁵ Een voornemen van dit besluit moet worden bekendgemaakt door de gemeenteraad (ingevolge lid 2 van elk genoemd wetsartikel). Met ‘bekendmaken’ wordt bedoeld de wijze van bekendmaken zoals vermeld in artikel 3:42 Awb, aldus door publicatie van het voornemen in bijvoorbeeld een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.¹²⁶

Eveneens in het basis- en voortgezet onderwijs, bevatten de daarop betrekking hebbende wetten voor de minister de verplichting en soms de discretionaire bevoegdheid om – uiteraard onder voorwaarden – de bekostiging van een bijzondere school te beëindigen of een openbare school op te heffen (artikelen 151 e.v. WPO, zie in soortgelijke zin ook artikelen 107 e.v. WVO). Artikel 160 WPO schrijft de wijze van bekendmaking van een dergelijke beslissing voor. Zijn oordeel om de bekostiging te beëindigen of een openbare school op te heffen maakt de minister ‘*voor 1 januari voorafgaand aan de datum van beëindiging van de bekostiging onderscheidenlijk opheffing van de school bekend aan het bevoegd gezag*’ (lid 1) [onderstreping TB/MC]. De minister moet voorts uiterlijk vóór 1 mei daaropvolgend aan het bevoegd gezag bekendmaken of de school in kwestie simpel gezegd definitief wel of juist niet kan blijven voortbestaan (leden 3 en 4). De artikelen over de opheffing van een openbare school respectievelijk het beëindigen van de bekostiging van een bijzondere school reppen niet over openbaarmaking in brede zin.

In alle onderwijssectoren kan de minister aan een onderwijsorganisatie bij wanbeheer een aanwijzing geven (zie hiervoor ook hoofdstuk 5).¹²⁷ In de onderwijswetten is een uitgebreide regeling opgenomen met betrekking tot het instrument van de aanwijzing, maar daarin is niets opgenomen over het openbaar maken van het aanwijzingsbesluit.¹²⁸

De WEB kent een (extra) aantal sancties dat zich richt op de ontneming van onderwijsrechten, die niet in alle andere onderwijswetten voorkomen. De in dit verband eerst door de minister aan de bekostigde onderwijsorganisatie af te geven waarschuwing en indien nog nodig, het besluit tot ontneming van de rechten van de opleiding of van het recht op examinering, moeten openbaar worden gemaakt.¹²⁹ De wettekst biedt geen ruimte om openbaarmaking achterwege te laten. Bij de toepassing van deze sancties bij niet-bekostigde onderwijsorganisaties ligt het iets anders. Daarbij dient de waarschuwing ook openbaar te worden gemaakt (artikel 6.2.3b lid 2 WEB), maar de ontneming van het recht op examinering ‘*wordt in het Centraal register bekendgemaakt*’ (artikel 6.2.3b lid 1

¹²⁵ Artikelen 47 en 48 WPO en artikelen 42a en 42b WVO.

¹²⁶ Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. 3, p. 14.

¹²⁷ Artikel 163b WPO, artikel 103g WVO, artikel 154a WEC, artikel 9.1.4a WEB en artikelen 9.9a en 10.3e WHW.

¹²⁸ Ook de memorie van toelichting gaat daarop niet in.

¹²⁹ Artikelen 6.1.4 lid 5, 6.1.5 lid 3 en 6.1.5b lid 2 WEB.

WEB). Uit de wetsgeschiedenis kunnen wij niet afleiden waarom er verschil is tussen beide regimes van openbaarmaking.

De minister is ook verplicht een waarschuwing om de diplomaerkenning van een niet-bekostigde onderwijsinstelling in te trekken, openbaar te maken (artikel 6.2.3 lid 4 WEB). Het besluit tot beëindiging van de diplomaerkenning kent weer geen onderwijs-wettelijke openbaarmakingsplicht, maar wel dient de registratie in het Centraal register te worden beëindigd (artikel 6.2.2 lid 2 WEB).

De wijze van openbaarmaking is in het kader van de hiervoor genoemde artikelen uit de WEB telkens vormvrij.¹³⁰ De wet kent ook geen aanduiding over wanneer de openbaarmaking zou moeten plaatsvinden (of vanaf welk moment).

De WHW kent voor zover ons bekend geen bijzondere actieve openbaarmakingsverplichtingen voor de minister, de Inspectie of een ander bestuursorgaan, anders dan onderwijsorganisaties zelf.

Dat de onderwijswetten niet telkens expliciet openbaarmaking voorschrijven, wil nog niet zeggen dat daarmee een besluit dus niet openbaar hoeft te worden gemaakt. In de meeste gevallen geldt dan namelijk nog steeds voor het bestuursorgaan de actieve openbaarmakingsverplichting van artikel 8 Wob, dat in de vorige paragraaf aan de orde is gekomen. Anders dan bij bijvoorbeeld de verplichte openbaarmaking van de sancties tot ontneming van bepaalde onderwijsrechten in het middelbaar beroepsonderwijs, moeten bij de vraag of het desbetreffende besluit op grond van artikel 8 Wob openbaar moet worden gemaakt, wel eerst de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen.

7.4 Passieve openbaarmaking van informatie door het bestuursorgaan, zoals de minister van OCW

Naast de actieve openbaarmakingsplicht kan de minister of de Inspectie ook gevraagd worden om informatie openbaar te maken. Veelal geschiedt een dergelijk verzoek op grond van de Wob. Wanneer het verzoek om openbaarmaking onder de reikwijdte van de Wob valt en er niet een of meer van de weigeringsgronden van artikelen 10 of 11 van de Wob van toepassing is of zijn, is het bestuursorgaan verplicht om de gevraagde informatie openbaar te maken.

Een weigeringsgrond kan aanleiding geven de gevraagde informatie in het geheel niet openbaar te maken, daarvan slechts een gedeelte openbaar te maken of een gedeelte van de openbaar te maken documentatie te anonimiseren.

Ten aanzien van de openbaarmaking van informatie op grond van de Wob zijn voor dit preadvies twee soorten componenten interessant: de openbaarmaking van informatie over prestatienormen en de openbaarmaking van informatie over de wijze waarop er toezicht wordt gehouden op de onderwijsorganisaties. Wij benoemen hierna een aantal

¹³⁰ *Kamerstukken II 2006/07, 30853, nr. 3, p. 13.*

Wob-uitspraken van de Afdeling en de rechtbank, afdeling bestuursrecht die in meer brede zin onderwijs gerelateerd zijn.

Een zaak die wel expliciet betrekking heeft op de prestaties van onderwijsorganisaties, is de in het oog springende uitspraak over de desgevraagde openbaarmaking van de uitslagen van de Cito-toets. Hierover is in de media veel te doen geweest, mede omdat het RTL was dat om openbaarmaking had gevraagd. De rechtbank heeft het beroep van de 122 belanghebbende individuele schoolbesturen voor primair onderwijs tegen de openbaarmaking van de uitslagen door de staatssecretaris van OCW ongegrond verklaard.¹³¹ Het algemeen belang van openbaarmaking weegt volgens de rechtbank zwaarder dan eventuele onevenredige benadeling van schoolbesturen met de openbaarmaking.

Bij dit oordeel heeft de voorzieningenrechter meegewogen dat scholen de openbaar te maken gegevens vaak zelf al op hun website of in de schoolwijzer publiceerden. Ook bestaat voor de scholen de mogelijkheid om de openbaar te maken informatie zelf te voorzien van contextinformatie. Daarmee is volgens de voorzieningenrechter voldoende te ondervangen dat als gevolg van de openbaarmaking een rangorde zou ontstaan waarbij een aantal scholen onderaan de rangorde zou worden geplaatst.

Interessant aan de uitspraak is verder nog dat tussen partijen tijdens de zitting is afgesproken dat wanneer een van de partijen in hoger beroep zou gaan, de staatssecretaris niet actief tot openbaarmaking van de Cito-uitslagen zou overgaan. Dit is een naar ons idee bijzondere afspraak over de al dan niet openbaarmaking van informatie gedurende het eventuele vervolg van de procedure.

In de Afdelingsuitspraak die hierna wordt toegelicht, staat de vraag centraal of namen van docenten van het Luzac College openbaar mogen worden gemaakt. De staatssecretaris van OCW had besloten van niet, omdat de relatieve weigeringsgronden 'de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer' en 'het voorkomen van onevenredige benadeling' van de betrokken natuurlijke personen naar zijn idee zwaarder wogen dan de openbaarmaking van de gevraagde informatie. De Afdeling gaat hierin echter niet mee.

In oktober 2009 ontvingen de Inspectie en de staatssecretaris van OCW een verzoek tot openbaarmaking van het bekwaamheidsdossier van docenten werkzaam bij de private onderwijsinstelling het Luzac College. Meer precies ontving de staatssecretaris het verzoek om onder meer de namen van de onderbevoegde en onbevoegde docenten openbaar te maken. Hij heeft geweigerd de namen van de docenten en de vakken die zij doceren openbaar te maken.

Omdat het hier gaat om het beroepshalve functioneren van de docenten, kan volgens de Afdeling om die reden slechts in beperkte mate een beroep worden gedaan op het belang van de persoonlijke levenssfeer. Dat ligt anders bij het openbaar maken van namen van ambtenaren en niet-ambtenaren, aldus de Afdeling.

¹³¹ Rb. Midden-Nederland 4 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3648.

De Afdeling vervolgt haar uitspraak met de overweging dat het voorgaande daarentegen niet betekent dat namen nooit openbaar mogen worden gemaakt. Er dient een belangenafweging te worden toegepast, die in de onderhavige zaak als volgt uitpakt:

‘Het belang van de openbaarheid is gelegen in het verkrijgen van inzicht of het onderwijs, waarop door de minister toezicht moet worden gehouden, wordt gegeven door personen die aan de wettelijke kwaliteitseisen voldoen. Om te weten welke docenten voldoen aan die eisen is het niet mogelijk de verzochte informatie geanonimiseerd te verstrekken. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de minister zich in dit geval niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken docenten zwaarder weegt dan voormeld zwaarwegend belang van de openbaarheid. (...). Met de rechtbank is de Afdeling voorts van oordeel dat de minister er niet in is geslaagd inzichtelijk te maken waarom zou moeten worden gevreesd voor onevenredige benadeling van de docenten indien de namen en vakken openbaar zullen worden gemaakt. Dat docenten kunnen worden achtervolgd door verouderde gegevens, is daartoe niet voldoende. (...).’¹³²

In een procedure over een verzoek tot openbaarmaking van een e-mailberichtenwisseling tussen een leerplichtambtenaar en ambtenaren van de Inspectie, is beoordeeld of de toegepaste weigeringsgrond van artikel 11 lid 1 Wob – intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen – rechtmatig is. De Afdeling oordeelt van wel:

‘De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de minister zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat deze zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen bevatten.’

En:

‘De rechtbank heeft voorts in het in beroep aangevoerde terecht evenmin grond gevonden voor het oordeel dat de minister niet in redelijkheid heeft kunnen weigeren de berichten in niet tot personen herleidbare vorm openbaar te maken. Daartoe mocht hij in aanmerking nemen dat hij onwenselijk acht dat de persoonlijke beleidsopvattingen van de betrokken ambtenaren een rol in het publieke debat over thuisonderwijs spelen. Hierbij is de identiteit van de desbetreffende ambtenaren niet van belang, maar zijn dat de opvattingen zelf.’¹³³

Ook in een procedure over openbaarmaking van documenten die betrekking hebben op de beslissing om de bekostiging van basisschool Abraham el Khaliel te beëindigen, beriep de minister zich voor een klein deel van die documenten op de weigeringsgrond ‘intern beraad’. De Afdeling gaat in de uitspraak van 18 februari 2009 eerst in op de vraag of er bij de niet openbaar gemaakte stukken sprake is van ‘intern beraad’ en beoordeelt daarna of in die stukken ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ staan vermeld.¹³⁴ Beide vragen worden bevestigend beantwoord.

¹³² ABRvS 25 juli 2012, AB 2012, 306, m.nt. P.J. Stolk.

¹³³ ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1831.

¹³⁴ ABRvS 18 februari 2009, AB 2009, 160, m.nt. P.J. Stolk.

Het document waarop de weigeringsgrond ‘intern beraad’ betrekking zou hebben, betreft een notitie die is opgesteld door het interim-bestuur van SIBA (de onderwijsorganisatie in kwestie). Volgens de Afdeling kan ook met betrekking tot een document dat afkomstig is van een derde die niet tot de kring van de overheid behoort, de weigeringsgrond ‘intern beraad’ van toepassing zijn:

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) kunnen ook documenten afkomstig van derden die niet tot de kring van de overheid behoren, worden aangemerkt als documenten bedoeld voor intern beraad, indien de documenten met dat oogmerk zijn opgesteld. (...). De rechtbank heeft (...) terecht overwogen dat de notitie beoogde een bijdrage te leveren aan het voeren van intern overleg om de staatssecretaris in staat te stellen een standpunt in te nemen in een bestuurlijke aangelegenheid.’

Degene die het Wob-verzoek heeft ingediend meent dat er bij de ontbrekende stukken geen sprake kan zijn van ‘persoonlijke beleidsopvattingen’, omdat die volgens hem betrekking moeten hebben op het beleid van het bestuursorgaan. De notitie ziet volgens de appellant slechts op het beleid van het interim-bestuur van de school. De Afdeling geeft aan het begrip ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ een andere uitleg, namelijk dat ‘onder het begrip persoonlijke beleidsopvattingen naast opvattingen van bewindslieden, bestuurders en ambtenaren, ook opvattingen en meningen vallen van meer personen, een groep personen of rechtspersonen (Kamerstukken 19859, nr. 6, p. 15 en 16).’¹³⁵

8. Tussenconclusie deel II

Er is een veelheid aan publiekrechtelijke instrumenten om sturing aan het onderwijs te geven. Een belangrijk aantal van deze instrumenten biedt de minister van OCW en de Inspectie de mogelijkheid om in het onderwijs te ‘interveniëren’. Het gaat hier om eenzijdige sturingsinstrumenten, die de minister of Inspectie indien nodig kan inzetten.

De interventie-instrumenten zijn te onderscheiden in het stellen van prestatienormen (het introduceren van nieuwe dan wel het wijzigen, zo nodig aanscherpen, van reeds bestaande prestatienormen), invloed uitoefenen via de bekostigingsrelatie met de onderwijsorganisatie en het inzetten van andere bestuurlijke maatregelen en andere sancties.

Daarnaast kan met de onderwijsorganisaties ook altijd het gesprek worden aangegaan. De Inspectie duidt dit gesprek in haar Toezichtkaders aan als het bestuursgesprek of het bestuurlijk gesprek. Tijdens dit gesprek bespreekt de Inspectie met het bestuur van een onderwijsorganisatie geconstateerde tekortkomingen, die te gering van aard zijn om direct een zwaarder sturingsinstrument in te zetten.

De prestatiebekostiging en de bijbehorende prestatieafspraken signaleren wij als een nieuwe vorm van sturing. Hoewel het bestuursgesprek ook al als een tweezijdig stu-

¹³⁵ Zie in soortgelijke zin ook ABRvS 5 juli 2006, AB 2006, 306, m.nt. P.J. Stolk (stukken Landsadvocaat vallen ook onder de weigeringsgrond van artikel 11 Wob).

ringsinstrument kwalificeert, heeft met de introductie van prestatiebekostiging in de onderwijssector een kentering plaatsgevonden. Naar ons idee is de prestatiebekostiging mede voortgekomen uit het feit dat andere sturingsinstrumenten steeds meer tegen de begrenzings van artikel 23 Grondwet aan schuren. Daarentegen kan dat ook nog van de prestatiebekostiging worden gevonden.

Tot slot is het openbaar maken van informatie te beschouwen als een afzonderlijk sturingsinstrument. De onderwijswetten kennen verschillende openbaarmakingsregimes, waarbij het uitgangspunt is dat openbaarmaking van informatie van groot, algemeen belang is. Door middel van het openbaar maken van informatie kunnen de onderwijsorganisaties, de minister van OCW en de Inspectie publieke verantwoording afleggen over de bereikte onderwijsprestaties en de wettelijke toezichtstaak.

DEEL III GRENZEN AAN PUBLIEKRECHTELIJKE STURINGS-MOGELIJKHEDEN

Wij zijn toegekomen aan beantwoording van de vraag wat de grenzen zijn aan de hiervoor geschetste publiekrechtelijke sturingsinstrumenten.

De mogelijkheden om via het publiekrecht sturing te geven aan prestaties in het onderwijs zijn niet onbegrensd. In deze paragraaf onderzoeken wij een aantal facetten dat begrenzend werkt bij de introductie van nieuwe sturingsinstrumenten in het publiekrecht en bij de toepassing van reeds bestaande publiekrechtelijke sturingsinstrumenten.

In dat verband onderzoeken wij eerst de mogelijk begrenzende werking van artikel 23 Grondwet bij de toepassing van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten (hoofdstuk 9). Een tweede potentiële begrenzing ligt in de toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij het gebruik van sturingsinstrumenten via het publiekrecht (hoofdstuk 10). Een begrenzing die wij hier verder niet uitwerken, is gelegen in de onderwijswetten en andere wet- en regelgeving zelf. Bij de wettelijke toekenning van een bevoegdheid bevat die wet telkens ook de voorwaarden op grond waarvan die bevoegdheid uitsluitend kan of moet worden ingezet. Het voert echter te ver alle begrenzende voorwaarden per soort sturingsinstrument in dit preadvies te benoemen en uit te werken. Een tweede begrenzing die wij hier verder niet aan de orde stellen, is het recht op onderwijs dat voornamelijk door verschillende internationale en Europese verdragen wordt beschermd (het recht op onderwijs is namelijk niet expliciet verwoord in artikel 23 Grondwet). Overigens bieden die internationale en Europese verdragen weinig extra bescherming. Wel zorgen zij voor een versterkende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, omdat die ook hun doorwerking via die verdragen in de Nederlandse rechtsorde hebben. Met name het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM draagt aan die versterking bij.

9. Artikel 23 Grondwet

9.1 Introductie

Over artikel 23 Grondwet is (zeer) veel geschreven. Wij gaan er voor de lezers van dit preadvies van uit dat zij voldoende geïnformeerd zijn over de betekenis en inhoud van artikel 23 Grondwet.¹³⁶

Zoals gezegd, onderzoeken wij in deze paragraaf of en zo ja in hoeverre artikel 23 Grondwet een begrenzendende werking heeft bij de introductie van nieuwe sturingsinstrumenten in het publiekrecht en bij de uitoefening van reeds bestaande publiekrechtelijke sturingsinstrumenten. Daarbij maken wij onderscheid tussen enerzijds deugdelijkheidseisen c.q. bekostigingsvoorwaarden en anderzijds andere sturingsinstrumenten. Bij de beantwoording van de hiervoor gestelde vraag mag behandelen van het advies van de Onderwijsraad inzake artikel 23 Grondwet niet ontbreken (paragraaf 9.2). Ook het uitgebreide onderzoek van de parlementaire onderzoekscommissie Onderzoeksvernieuwingen (commissie-Dijsselbloem) bevat interessante overwegingen over de functie en betekenis van artikel 23 Grondwet voor het onderwijsstelsel (paragraaf 9.3). Met betrekking tot concrete wetsvoorstellen geven de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State nuttige inzichten over de toepasselijkheid van artikel 23 Grondwet bij nieuwe wettelijke initiatieven voor de onderwijssector (paragraaf 9.4). Paragraaf 9.5 bevat een tussenconclusie.

9.2 Artikel 23 Grondwet en de stichting van bijzondere en openbare scholen

De belangrijkste publicatie van de Onderwijsraad over artikel 23 Grondwet uit recente jaren is (uiteraard) 'Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief'.¹³⁷

De eerste aanbeveling die de Onderwijsraad in deze publicatie doet, is dat het huidige artikel 23 Grondwet ruimer zou moeten worden geïnterpreteerd. Aanleiding voor dit advies is dat de stichting van bijzondere scholen met een pedagogische visie of nieuwe levensbeschouwelijke overtuiging op grond van de huidige interpretatie van artikel 23 Grondwet niet (goed) mogelijk is, terwijl de vraag daarnaar wel bestaat. Artikel 23 Grondwet biedt in feite alleen ruimte voor de stichting van bijzondere scholen met een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke grondslag die bovendien zichtbaar aanwezig moet zijn in het maatschappelijk leven, aldus de Onderwijsraad.¹³⁸

Een ruimere interpretatie van artikel 23 Grondwet op dit punt hangt sterk samen met de 'richting van onderwijs'. In het aan de publicatie van de Onderwijsraad ten grondslag

136 D. Mentink en B. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

137 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, april 2012.

138 Vgl. artikel 75 WPO. Alvorens een school voor bekostiging in aanmerking komt, moet het eerst op een plan van scholen worden geplaatst. Om op die lijst te komen, moet onder meer een prognose van het te verwachten aantal leerlingen en het 'belangstellingspercentage' voor de nieuwe bijzondere school worden gegeven (artikel 76 WPO).

liggende onderzoek van de hoogleraren Huisman, Laemers, Mentink en Zoontjens naar de vrijheid van stichting wordt langer stilgestaan bij het ‘richtingbegrip’.¹³⁹ Zij halen onder meer een arrest van de Hoge Raad aan waarin het begrip ‘richting’ als volgt wordt gedefinieerd: *‘een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing’*.¹⁴⁰ Of een bepaalde onderwijsvisie binnen het richtingsbegrip valt, is materieel beschouwd voornamelijk van belang voor de vraag of de nieuw op te richten bijzondere school wel of niet voor rijksbekostiging in aanmerking komt. Onderwijsvisies die niet godsdienstig of levensbeschouwelijk zijn georiënteerd, komen niet voor bekostiging in aanmerking.

Op grond van de aangehaalde publicatie van de Onderwijsraad kan worden geconstateerd dat artikel 23 Grondwet begrenzend werkt als het gaat om het toelaten van bepaalde onderwijsvormen tot de bekostiging van de rijksoverheid. Mogelijk zal daarin verandering komen met de introductie van de ‘richtingvrije planning’ van scholen, zoals aangekondigd door de staatssecretaris van OCW.¹⁴¹

Op andere terreinen is de begrenzende werking van artikel 23 Grondwet minder aan de orde, zo menen wij uit de publicatie van de Onderwijsraad te kunnen afleiden. De Onderwijsraad beveelt de minister in het hiervoor aangehaalde advies verder namelijk aan om de *‘deugdelijkheidseisen daadwerkelijk kwaliteit [te laten] omvatten’*. Deze aanbeveling komt mede voort uit het door de Onderwijsraad gesignaleerde spanningsveld tussen enerzijds *‘de toenemende sturing op de kwaliteit van onderwijs’* en anderzijds het feit dat de eisen vanwege de werking van artikel 23 Grondwet *‘alleen op hoofdlijnen’* worden vastgelegd en daarmee *‘het impliciete uitgangspunt van de Grondwet dat de eisen zo helder zijn voor scholen dat zij hun gedrag erop kunnen afstemmen’* in het gedrang komt.¹⁴²

De staatssecretaris van OCW ziet deze aanbeveling *‘als een belangrijke bevestiging van het uitgangspunt dat het de taak van de overheid is om eisen te stellen aan de kwaliteit van het onderwijs. De bescherming die artikel 23 Grondwet biedt, kan dus niet worden tegengeworpen als de kwaliteit van een school of instelling onder de maat is en de overheid de instelling daarop aanspreekt.’*¹⁴³

9.3 Publiekrechtelijke sturing van onderwijsorganisaties – rapport ‘Tijd voor Onderwijs’ van de commissie-Dijsselbloem

De commissie-Dijsselbloem heeft in de jaren 2007 en 2008 onderzoek verricht naar de invoering van onderwijsvernieuwingen en meer in het bijzonder naar de wijze *‘waarop de overheid het beste kan sturen op de kwaliteitsverbetering in het onderwijs en onder welke rand-*

139 P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, juni 2011 (o.m. raadpleegbaar via de website van de Rijksoverheid), paragraaf 1.2.

140 HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719.

141 *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164.

142 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, april 2012, p. 60.

143 *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164, p. 8.

voorwaarden dit moet plaatsvinden.’¹⁴⁴ Hoewel dit type sturing zich meer richt op het onderwijsstelsel als zodanig, zijn het uiteindelijk wel de individuele onderwijsorganisaties die aan de voorgeschreven onderwijsvernieuwingen gehoor moe(s)ten geven. Om die reden is het onderzoek van de commissie-Dijsselbloem voor dit preadvies van belang.

Haar belangrijkste conclusie is dat de overheid haar kerntaak, ‘het zeker stellen van de kwaliteit van het onderwijs’ had verwaarloosd. Het was daarom volgens de commissie nodig om de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de overheid en de onderwijsorganisaties opnieuw vast te stellen. Daarbij heeft de commissie-Dijsselbloem – met inachtneming van artikel 23 Grondwet – het volgende voorstel gedaan:

‘De commissie bepleit het opnieuw vaststellen van de verantwoordelijkheid van de overheid enerzijds en de scholen anderzijds. De overheid is verantwoordelijk voor het ‘wat’, de onderwijsinhoud en stuurt daarop in de vorm van het kerncurriculum, examens en toezicht. De scholen gaan nadrukkelijk over het ‘hoe’, dat wil zeggen de inrichting van het onderwijs, het pedagogisch-didactisch klimaat. Als extra waarborgen voor de kwaliteit van het onderwijsproces onderkent de commissie het belang van onderwijstijd en de kwaliteit van docenten.’¹⁴⁵

Over de rol van artikel 23 Grondwet in het onderwijsbestel concludeert de commissie dat naar haar waarneming ‘artikel 23 Grondwet (...) een beperkte rol [heeft] gespeeld. Behalve op één belangrijk punt en dat betreft de verhouding tussen de eisen van deugdelijkheid die de overheid moet stellen en de vrijheid van inrichting die de scholen toekomt conform het vijfde lid van het artikel.’ In dat verband merkt de commissie verder op dat bij het stellen van het ‘wat’, daarmee ook enige invloed wordt uitgeoefend ‘op de wijze waarop het onderwijs wordt aangeboden, het ‘hoe’’.¹⁴⁶

De gedachten en conclusies van de commissie-Dijsselbloem ten aanzien van het ‘wat’ en ‘hoe’ zien wij ook terug in onder meer de adviezen van de Raad van State over concrete wetsvoorstellen.

9.4 De betekenis van artikel 23 Grondwet bij de totstandkoming van wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten met sturingsinstrumenten

Ondanks de aanbeveling van de commissie-Dijsselbloem om het ‘wat’ te scheiden van het ‘hoe’, valt ons op dat in wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten met betrekking tot sturingsinstrumenten nog met regelmaat door de Raad van State de vraag wordt gesteld of het voorstel met het oog op artikel 23 Grondwet passend is. Wij halen hierna een aantal adviezen van de Raad van State aan, waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen het desbetreffende wetsvoorstel en artikel 23 Grondwet. Daarbij maken wij onderscheid tussen enerzijds wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten die een nieuwe of aangepaste prestatienorm voor onderwijsorganisaties bevatten (paragraaf 9.4.1) en anderzijds wetsvoor-

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2007/08, 31007, nr. 6, p. 10.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31007, nr. 6, p. 189.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2007/08, 31007, nr. 6, p. 139.

stellen en ontwerpbesluiten die betrekking hebben op het houden van toezicht op onderwijsorganisaties en al dan niet daarmee samenhangende voorstellen voor nieuwe (overige) sturingsinstrumenten (paragraaf 9.4.2). Een derde categorie, niet in een van de hiervoor genoemde categorieën te plaatsen, is het advies van de Raad van State over de prestatiebekostiging (paragraaf 9.4.3). De prestatiebekostiging kent zowel inhoudelijke prestatienormen alsook een overige sturingsmogelijkheid.

9.4.1 *Wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten inhoudende een prestatienorm*

Bij het voorstel om de kerndoelen in het basis- en voortgezet onderwijs aan te passen op het gebied van seksualiteit en seksuele diversiteit – daterend van juli 2012 – gaat de Raad van State uitgebreid in op het vijfde lid van artikel 23 Grondwet.¹⁴⁷ Dit artikel schrijft kort gezegd voor dat deugdelijkheidseisen bij de wet moeten worden geregeld waarbij wat betreft het bijzonder onderwijs ook rekening wordt gehouden met de vrijheid van richting.

In verband hiermee constateert de Raad van State dat als het gaat om kerndoelen over seksualiteit en seksuele diversiteit *‘scholen [aldus] verplicht [worden] aandacht te besteden aan een onderwerp dat voor sommige scholen nauw verveven is met de identiteit.’* Dit op zich staat overigens volgens de Raad van State nog niet in de weg aan het stellen van (extra) kerndoelen, wanneer dat *‘uit een oogpunt van deugdelijkheid noodzakelijk moet worden geacht.’* Wel geldt dat bij het formuleren van kerndoelen terughoudendheid moet worden betracht, juist gelet op artikel 23 Grondwet. Het is daarom ook dat de Raad van State meent dat de door de regering geformuleerde extra kerndoelen zouden moeten worden geherformuleerd, in die zin dat er in de kerndoelen *‘een algemene opdracht’* wordt opgenomen *‘om leerlingen kennis te laten nemen van en respect bij te brengen voor diversiteit binnen de Nederlandse samenleving.’*

Gelet op het nader rapport is de regering niet meegegaan in het voorstel van de Raad van State en heeft zij vastgehouden aan de oorspronkelijk bedachte formulering.

Ook over de introductie van een centrale toets en bijbehorend leerlingvolgsysteem in het basis- en voortgezet onderwijs is de Raad van State in zijn advies van 17 november 2011 kritisch, met name voor wat betreft het leerlingvolgsysteem.

De Raad van State benadrukt eerst het algemene uitgangspunt dat *‘terughoudendheid moet worden betracht bij het opleggen van inhoudelijke onderwijsnormen: daarvoor dienen zwaarwegende gronden te zijn en de begrenzingen dienen te voldoen aan het vereiste van proportionaliteit.’* Deze toets toepassend, constateert de Raad van State vervolgens het volgende:

‘Nu de eindtoets voldoende inzicht geeft in de prestaties van de school, is het niet noodzakelijk en proportioneel om de weg ernaartoe, het leerlingvolgsysteem, gedetailleerd voor te schrijven. Immers, hierdoor wordt de eigen ruimte voor de scholen te zeer van

¹⁴⁷ Wijziging van onder meer het Besluit vernieuwde kerndoelen WPO en het Besluit kerndoelen WVO, advies d.d. 18 juli 2012 en nader rapport d.d. 14 september 2012, kenmerk W05.12.0070/1.

*buitenaf beperkt, hetgeen op gespannen voet staat met de inrichtingsvrijheid van scholen. Ook kan de overheid hiermee te zeer treden in de autonomie van docenten.*¹⁴⁸

Dit advies van de Raad van State gaf de regering aanleiding om *‘de grootst mogelijke terughoudendheid [te] betracht[en] bij het stellen van inhoudelijke eisen aan dit systeem.’* De minister van OCW benadrukt daarbij dat de keuze voor een bepaald systeem, de inrichting daarvan en de momenten en wijze van toetsing van de leerlingen aspecten *‘(...) voluit een zaak van de professionele autonomie van de school [zijn én blijven]. Dit geldt ook voor de vrijheid van scholen om volgens de eigen pedagogisch-didactische en levensbeschouwelijke opvatting invulling te geven aan de wettelijke onderwijstaken.’*¹⁴⁹

Ook over het wetsvoorstel Versterking positie leraren heeft de Raad van State geadviseerd.¹⁵⁰ De voorgestelde artikelen houden deugdelijkheidseisen c.q. bekostigingsvoorwaarden voor openbare respectievelijk bijzondere onderwijsorganisaties in. Mede daarom legt de Raad van State de toetsing ten aanzien van artikel 23 Grondwet aan.

De kern van het wetsvoorstel is dat de docent ‘professionele ruimte’ krijgt, in die zin dat hij wordt betrokken bij de interne zeggenschap over het ontwerp en de uitvoering van het onderwijsbeleid dat mede betrekking heeft op de kwaliteit daarvan. De Raad van State merkt ten aanzien van dit wetsvoorstel onder meer op *‘dat de individuele vrijheid van de leerkracht, voor zover het bijzondere scholen betreft, allereerst wordt begrensd door artikel 23 van de Grondwet. Uit die bepaling volgt dat de vrijheid ten aanzien van de inrichting en vormgeving van het onderwijs bij het bevoegd gezag berust.’*¹⁵¹ Naar aanleiding hiervan heeft de regering in de toelichting bij het wetsvoorstel expliciet de hiervoor geschetste begrenzing van artikel 23 Grondwet opgenomen.¹⁵²

Een wetsvoorstel waarbij de Raad van State (ook) uitgebreid heeft stilgestaan bij de werking van artikel 23 Grondwet betreft het voorstel tot wijziging van de WPO, de WEC, de WVO, de Wet medezeggenschap op scholen en de Lpw *‘in verband met de invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, alsmede een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van intern toezicht.’* De overwegingen van de Raad van State inzake artikel 23 Grondwet zien bij dit wetsvoorstel voornamelijk op de introductie van wettelijke zorgplichten voor onderwijsorganisaties.¹⁵³ De Raad van State is daarover in het licht van artikel 23 Grondwet (zeer) kritisch en meent dat er *‘niet positief kan worden geadviseerd.’*

148 *Kamerstukken II* 2011/12, 33157, nr. 4, p. 4.

149 *Kamerstukken II* 2011/12, 33157, nr. 4, p. 5.

150 *Kamerstukken II* 2009/10, 32396, nr. 4. Het advies dateert van 18 januari 2010. Het wetsvoorstel is nog niet in werking getreden. De laatste (bij ons bekende) stand van zaken is dat de minister van OCW nu eerst de sectoren zelf de gelegenheid geeft om de positie van leraren door middel van een ‘professioneel statuut’ te versterken (*Kamerstukken II* 2012/13, 32396, nr. 13).

151 *Kamerstukken II* 2009/10, 32396, nr. 4, p. 3.

152 *Kamerstukken II* 2009/10, 32396, nr. 3, p. 5.

153 Zie ook P.J.J. Zoontjens, ‘Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschut?’, *Regelmaat* 2008, p. 111–121.

De Raad van State besteedt ruime aandacht aan de werking en betekenis van artikel 23 Grondwet. Naar aanleiding daarvan komt de Raad van State tot de volgende, resume-rende overweging, waarbij hij tevens verwijst naar een eerder advies inzake de Wet op het onderwijstoezicht:

‘In zijn advies over de Wet op het onderwijstoezicht (WOT) heeft de Raad erop gewezen dat dit onderscheid tussen deugdelijkheidseisen die essentieel zijn voor de bekostiging en dus voor het voortbestaan van een instelling enerzijds, en aandachtspunten die niet tot handhavend optreden kunnen leiden anderzijds, van wezenlijk belang is. Toezicht met de daaraan gekoppelde handhavingsbevoegdheid kan slechts betrekking hebben op de naleving van wettelijke voorschriften; aandachtspunten vallen buiten het toezicht, bedoeld in artikel 23 van de Grondwet, zolang zij niet als deugdelijkheidseisen in de onderwijswetten zijn opgenomen.’

En:

‘Uitgangspunt blijft niettemin dat de organisatie van een school overgelaten dient te worden aan het bevoegd gezag van die school, op grond van de eigen regelingen van de betreffende rechtspersoon, en dat terughoudendheid moet worden betracht ter zake van het opleggen van inhoudelijke onderwijsnormen. Voor het inperken van deze eigen ruimte dienen zwaarwegende gronden te zijn, en de begrenzingen dienen te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.’¹⁵⁴

De Raad van State kwalificeert voorts de voorgenomen introductie van wettelijke zorgplichten voor onderwijsorganisaties als een *‘ingrijpende wijziging en uitbreiding van de bestaande deugdelijkheidseisen’*, mede waarom de Raad van State *‘de globale weergave van de nieuwe deugdelijkheidseisen (...) en de nadere invulling daarvan bij amvb (...) te onbepaald [acht] om te garanderen dat deze verenigbaar zijn met de grondwettelijke voorwaarden dat deugdelijkheidseisen niet de vrijheid van richting en inrichting aantasten.’*

En:

‘Voorts merkt de Raad wat betreft de inhoud van de voorgestelde deugdelijkheidseisen op dat deze zonder meer wordt overgenomen van de aandachtspunten van de inspectie, waardoor de aard van deze aandachtspunten ingrijpend verandert. In de toelichting wordt niet ingegaan op de noodzaak, wenselijkheid en rechtvaardiging van deze wijziging van de betreffende aandachtspunten tot deugdelijkheidseisen, mede in het licht van artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet.’¹⁵⁵

Gelet op het negatieve advies van de Raad van State is het oorspronkelijke wetsvoorstel aangepast, in die zin dat de zorgplicht voor *‘een goed functionerende kwaliteitszorg’* niet langer als een bekostigingsvoorwaarde in het voorstel van wet is opgenomen en dat de

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4, p. 4.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4, p. 6.

toelichting bij het wetsvoorstel is aangepast alsmede dat aan de normen in een algemene maatregel van bestuur uitwerking zal worden gegeven.¹⁵⁶

9.4.2 Wetsvoorstellen die voorzien in andere sturingsinstrumenten

Een relatief nieuw interventie-instrument is de bevoegdheid van de minister om aan een onderwijsorganisatie een aanwijzing te geven (zie ook hoofdstuk 5 van dit preadvies). Deze bevoegdheid komt de minister in elke onderwijssector toe. De aanwijzing is in de wetten voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs opgenomen na inwerkingtreding van de Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs. In het oorspronkelijke voorstel van deze wet was er een aanwijzingsbevoegdheid voor de minister opgenomen in het geval er sprake is van voornamelijk financieel-bestuurlijk wanbeheer. De regering meende dat dit voorstel *‘tegen de achtergrond van de grondwettelijke verantwoordelijkheid van de overheid voor het onderwijs (...) noodzakelijk [is]’*.¹⁵⁷ Aldus doet de regering hier een nadrukkelijk beroep op artikel 23 lid 1 Grondwet. De Raad van State adviseert anders, althans vraagt zich af of er daadwerkelijk aanleiding is te denken dat het wettelijke stelsel onvoldoende waarborgen bevat om incidenten in het hoger onderwijs te voorkomen.¹⁵⁸

Met een latere nota van wijziging is de bevoegdheid van de minister om een aanwijzing te geven, verder uitgebreid. Naast de aanwijzingsbevoegdheid bij financieel-bestuurlijk wanbeheer verkrijgt de minister met de nota van wijziging ook de bevoegdheid om een aanwijzing te geven indien dat voor de kwaliteit of goede voortgang van het onderwijs noodzakelijk is en zonder de aanwijzing de kwaliteit van het onderwijsstelsel in gevaar zou komen. Over dat laatste heeft de Raad van State op 4 september 2013 nader geadviseerd. De Raad van State merkt onder meer op dat *‘de Minister geen handhavingsbevoegdheid en derhalve ook geen aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van onderwijsinstellingen toe[komt] indien niet vaststaat dat een in de wet neergelegde bekostigingsvoorwaarde wordt overtreden. Een instelling die zich aan de wettelijke voorwaarden houdt dient niet met overheidsingrijpen te worden geconfronteerd’*.¹⁵⁹ Het hiervoor aangehaalde criterium kwaliteit van het onderwijs is in dat licht bezien, hier in eigen bewoordingen geschetst, in de wettekst en toelichting te onbepaald.

‘Niet [is] bepaald (...) tot hoever en waartoe de aanwijzingsbevoegdheid kan strekken’, aldus de Raad van State.¹⁶⁰ Mede in reactie hierop reageert de staatssecretaris van OCW als volgt:

‘Verder is de Minister bij het geven van een aanwijzing vanzelfsprekend gebonden aan de grenzen van artikel 23 van de Grondwet. De zorg van de Afdeling dat een aanwijzing ook de opdracht kan inhouden om bepaalde onderwijsinhoudelijke en onderwijsbeleidsmatige maatregelen te nemen is dan ook ongegrond tenzij het gaat om een aan-

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8. Ook de soortgelijke opmerkingen ten aanzien van de voorgestelde zorgplicht voor goed bestuur hebben tot aanpassingen in het wetsvoorstel geleid (vgl. p. 9).

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 3, p. 1-2.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33742, nr. 4, p. 3.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 16, p. 3.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 16, p. 3.

*wijziging tot het naleven van bekostigingsvoorwaarden van die aard die vallen onder de taak van het bevoegd gezag om de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen.*¹⁶¹

Op 31 mei 2013 heeft de Raad van State advies uitgebracht over de wijziging van de Wot ‘in verband met het wettelijk regelen van de verbetertermijn voor zeer zwakke instellingen’ voor basis- en voortgezet onderwijs.¹⁶² Met dit wetsvoorstel is geregeld dat na een constatering van de Inspectie dat een basisschool of middelbare school kwalificeert als ‘zeer zwak’ die school dan op grond van de wet één jaar hersteltijd krijgt aangeboden. Na dat jaar dient de Inspectie opnieuw onderzoek naar de kwaliteit van het onderwijs te verrichten. Vóór deze wetswijziging kon de Inspectie zelf de duur van de hersteltijd bepalen. Omdat de bevindingen van de Inspectie aanleiding kunnen geven tot opheffing van de openbare school of tot beëindiging van de bekostiging van een bijzondere school, stelt de Raad van State in het licht van artikel 23 Grondwet dat aan de bevindingen van de Inspectie alleen bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen ten grondslag mogen liggen. De Toezichtkaders die de Inspectie bij haar onderzoek hanteert, bevatten daarnaast echter ook andere normindicatoren, die niet tot een bekostigingssanctie mogen leiden:

‘De Afdeling gaat in de eerste plaats in op de inhoud en vorm van het toezichtkader van de Onderwijsinspectie bij een negatief oordeel (...) in het licht van artikel 23 Grondwet. Dit oordeel vormt een voorwaarde voor de bevoegdheid van de Minister te besluiten een openbare school op te heffen respectievelijk de bekostiging van een bijzondere school te beëindigen. Het oordeel van de inspectie is mede gebaseerd op de normindicatoren in haar eigen toezichtkader, neergelegd in de beleidsregels. Deze normindicatoren zijn niet alle uitdrukking van bestaande bekostigingsvoorwaarden/deugdelijkheidseisen in de (...) WPO. Naar het oordeel van de Afdeling brengt artikel 23 van de Grondwet met zich dat normindicatoren, voor zover deze mede de grondslag vormen voor een bekostigingsmaatregel, voorzien zouden moeten worden van een formeel-wettelijke grondslag in de WPO en vastgesteld zouden moeten worden bij algemene maatregel van bestuur.’¹⁶³ [onderstreping TB/MC]

Het gaat aldus om het (belangrijke) onderscheid tussen ‘enerzijds deugdelijkheidseisen die essentieel zijn voor de bekostiging (...) en anderzijds overige, in beleid neergelegde, kwaliteitscriteria die instellingen geacht worden na te streven, zonder dat het gaat om bekostigingsmaatregelen’, aldus de Raad van State.¹⁶⁴ De Raad van State vervolgt zijn advies met een uitgebreide onderbouwing op het voorgaande. De uitgebreide uiteenzetting leidt uiteindelijk tot het advies van de Raad van State om ‘de normindicatoren in het toezichtkader van de Onderwijsinspectie, voor zover deze de grondslag voor een bekostigingsmaatregel kunnen vormen en thans nog niet overeenkomen met bestaande bekostigingsvoorwaarden, nader te bezien, en zo nodig te voorzien van een formeel-wettelijke grondslag (...).’¹⁶⁵

¹⁶¹ Kamerstukken II 2013/14, 33472, nr. 16, p. 8.

¹⁶² Kamerstukken II 2013/14, 33796, nr. 4.

¹⁶³ Kamerstukken II 2013/14, 33796, nr. 4, p. 1-2.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33796, nr. 4, p. 2-3.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33796, nr. 4, p. 4.

De regering reageert voorts met de opmerking dat zij de opvatting van de Raad van State deelt en dat het hiervoor geschetste onderscheid inderdaad moet worden gemaakt. Uit de verdere reactie van de regering maken wij op dat er geen aanleiding is om bepaalde normindicatoren van een formeel-wettelijke basis te voorzien.¹⁶⁶

9.4.3 Prestatiebekostiging

Een aparte categorie die in het licht van artikel 23 Grondwet relevant is te bespreken, is, zoals gezegd, de introductie van prestatiebekostiging in het hoger onderwijs.

Oorspronkelijk had de minister van OCW ten behoeve hiervan voorzien het huidige artikel 2.6 WHW als grondslag aan te wijzen voor de invoering van prestatiebekostiging. Artikel 2.6 WHW – dat een wettelijke basis biedt voor de verstrekking van bekostiging, berekend op de grondslag van een algemene berekeningswijze – zou daarvoor volgens de regering niet te hoeven worden gewijzigd. De Raad van State dacht daarover echter anders, mede gelet op de betekenis van artikel 23 Grondwet. Het advies van de Raad van State heeft aanleiding gegeven om de prestatiebekostiging bij wijze van experiment in te voeren op de grondslag van artikel 1.7a WHW.

Het kenmerk van de prestatiebekostiging is dat deze juist niet aan de onderwijsorganisaties op grond van een algemene berekeningswijze wordt toegekend, anders dan de toekenning van (reguliere) bekostiging op grond van artikel 2.6 WHW. De Raad van State is daarom van oordeel dat artikel 2.6 WHW *‘vanwege de vereiste algemene berekeningswijze geen grondslag [biedt] voor een voorwaardelijke financiering die ziet op de kwaliteit van de geleverde prestaties of profilering van de instelling.’* Verder adviseert de Raad van State de door hem voorgestelde experimentele regeling *‘te [laten] voldoen aan de gelijkheidsmaatstaf voortvloeiend uit artikel 1 juncto artikel 23 van de Grondwet. De Afdeling adviseert tevens de toekenningsgronden en beoordelingsmaatstaven in het ontwerpbesluit zelf op te nemen, omdat zij tot de hoofdlijnen van de bekostigingssystematiek gerekend kunnen worden.’*¹⁶⁷

De regering heeft het advies van de Raad van State overgenomen, door de prestatiebekostiging bij wijze van experimenteel besluit in te voeren. Aan dat besluit zijn de beoordelingskaders die door de door de minister ingestelde reviewcommissie zijn vastgesteld, bij wijze van bijlage aangehecht.

In een uitspraak van begin 2014, ook al aangehaald in hoofdstuk 6 van dit preadvies, heeft de bestuursrechter (rechtbank Den Haag) zich inmiddels uitgelaten over de vraag of de prestatiebekostiging al dan niet in overeenstemming is met artikel 23 lid 5 Grondwet. De rechtbank meent dat het begrip ‘deugdelijkheidseisen’ ruim moet worden opgevat, gezien de volgende overweging:

‘Deugdelijkheidseisen vervullen in de verhouding overheid en onderwijs een kwaliteitsnormerende functie met betrekking tot de gang van zaken in de school in zeer ruime

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33796, nr. 4, p. 4–5.

¹⁶⁷ Stcr. 2012, 15449, p. 11.

*zin. Het zijn verplichtingen die aan het bekostigde onderwijs worden opgelegd, met het doel een voldoende kwaliteit van de onderwijsinrichting en het functioneren van de school te waarborgen. Artikel 23, vijfde lid, van de Gw laat in het midden wat precies van de wetgever wordt verlangd en in hoeverre hij zijn regelingsbevoegdheid kan overdragen bij wijze van horizontale of verticale delegatie. Dat de in het vijfde lid genoemde deugdelijkheidseisen in een wet in formele zin moeten zijn neergelegd, zoals eiser stelt, is de rechtbank dus niet gebleken.*¹⁶⁸

Recentelijk heeft de minister van OCW bij de Tweede Kamer het Wetsvoorstel studievoorschot hoger onderwijs ingediend (zie ook hoofdstuk 6 van dit preadvies). Het wetsvoorstel houdt onder meer een wijziging van artikel 2.6 WHW in, in die zin dat dat wetsartikel voor de toekomst wel de grondslag biedt om bekostiging op basis van prestatie- of kwaliteitsafspraken aan onderwijsorganisaties toe te kennen. In zijn advies over dit onderdeel verwijst de Raad van State terug naar zijn eerdere advies over prestatiebekostiging. Volgens de Raad van State moet worden voorkomen dat met de voorgestelde wijziging van artikel 2.6 WHW afbreuk wordt gedaan aan het recht op basisbekostiging. Immers, '[h]et voorgestelde artikel 2.6, vijfde lid, van de WHW maakt evenwel mogelijk een substantieel deel van de rijksbijdrage waarop de in artikel 1.9 van de WHW bedoelde aanspraak betrekking heeft op een andere wijze te bepalen en af te laten hangen van afspraken tussen Minister en individuele instelling.'

¹⁶⁹ De minister van OCW reageert hierop met de boodschap – in eigen bewoordingen – dat de Raad van State zich voor niets ongerust maakt:

*'Kwaliteitsbekostiging is bedoeld als aanvulling op de basisbekostiging. Dat blijkt uit diverse uitspraken en standpunten die opeenvolgende kabinetten over dit onderwerp hebben gedaan respectievelijk ingenomen. Dat kwaliteitsbekostiging niet in de plaats kan komen van de basisbekostiging is ook in het wetsartikel vastgelegd. Het moet altijd gaan om een deel van het budget dat voor het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek beschikbaar is. (...). Welk deel voor (eventuele) kwaliteitsbekostiging wordt gereserveerd is aan de begrotingswetgever overgelaten. (...). Omdat ook de begrotingswetgever gehouden is aan de Grondwet, is het niveau van de basisbekostiging gewaarborgd.'*¹⁷⁰

9.5 Tussenconclusie

Al met al zien wij dat artikel 23 Grondwet (nog steeds) een begrenzendende werking heeft, maar dat de mate waarin dat geschiedt, afneemt. Hoewel de Raad van State en andere adviesorganen bij de beoordeling van wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten de betekenis artikel 23 Grondwet strikt hanteren, valt het ons op dat de regering daaraan vaak in meer of mindere mate voorbijgaat.

Wanneer een formele wet eenmaal in werking is getreden, is het vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet mogelijk om alsnog een rechterlijke toetsing aan artikel 23 Grondwet af te dwingen.

¹⁶⁸ Rb. Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1701, *NTOR* 2014, p. 80-101, m.nt. Broeksteeg.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 4, p. 10.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 4, p. 12-13.

10. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naast artikel 23 Grondwet bieden ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een mate van begrenzing aan de mogelijkheden om sturing aan onderwijsorganisaties via het publiekrecht te geven. Waar wij ons bij ons onderzoek naar de werking van artikel 23 Grondwet voornamelijk hebben geconcentreerd op wetgevingsadviezen van de Raad van State, betrekken wij bij de beoordeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur juist de Afdelingsjurisprudentie. Het is daarbij heel goed denkbaar dat ook de Raad van State in zijn advisering over wetsvoorstellen ingaat op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo stelt de Raad van State met regelmaat de vraag of met het voorgenen wetsvoorstel in kwestie voldoende het nut en de noodzaak worden gediend (het vereiste van een deugdelijke motivering, proportionaliteit en subsidiariteit). Dit laten wij hier echter verder buiten beschouwing.

De minister van OCW en de Inspectie moeten bij het stellen van (nieuwe) prestatienormen en bij het houden van toezicht rekening houden met beginselen van rechtszekerheid, legaliteit, lex certa, vertrouwen, gelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit.¹⁷¹ Daarenboven moet een en ander zorgvuldig gebeuren en dienen acties gemotiveerd te worden: wat is de noodzaak en het nut van voorstellen voor nieuwe sturingsinstrumenten?

De waarborgen die de genoemde rechtsbeginselen met zich meebrengen, gelden te meer wanneer er een voor de onderwijsorganisatie belastend besluit wordt genomen (zo niet zelfs een punitieve sanctie¹⁷²).

Staatssecretaris Dekker van OCW heeft in zijn brief van 12 juli 2013 het voorgaande al als volgt samengevat weergegeven (overigens mede in het licht van artikel 23 Grondwet):

‘Randvoorwaarde is dat de eisen die de overheid stelt, gebaseerd zijn op voldoende duidelijke en, voor zover mogelijk, objectieve wettelijke normen op hoofdlijnen. Is objectiviteit van normen niet mogelijk, dan vragen rechtszekerheid en de beginselen van behoorlijk bestuur dat dit wordt gecompenseerd met procedurele maatstaven, zoals een adequate rechtsbescherming.’¹⁷³

Het legaliteitsbeginsel houdt in dat een sanctie of andere belastende sturingsmaatregel alleen mag worden opgelegd, wanneer daarvoor een bevoegdheid in de wet is gegeven en wanneer het om overschrijding van een wettelijke norm gaat.¹⁷⁴ Het rechtszekerheidsbeginsel waarborgt dat het toepasselijke juridisch kader kenbaar, voorzienbaar en duidelijk moet zijn en dat dat kader op juiste wijze wordt toegepast. Regels moeten in

¹⁷¹ Een aantal van deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gecodificeerd in de Awb.

¹⁷² Zie hiervoor ook paragraaf 5.4 van dit preadvies.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164, p. 8.

¹⁷⁴ Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 85 (MvT Vierde Tranche Awb).

dat verband ook duidelijk en precies zijn geformuleerd. Deze waarborgen gelden te meer wanneer het lex certa-beginsel van toepassing is. Dit is aan de orde bij bestuurlijke sancties.¹⁷⁵

Vermeldenswaardig in dit verband is een recente uitspraak van de Afdeling, waarin onderwijsorganisatie Lentiz betoogt dat het lager vaststellen van de bekostiging in strijd is met het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, dat onder meer de rechtszekerheid waarborgt. Lentiz voert aan *‘dat de grondslag voor de verlaging van de bekostiging niet voldoende toepasselijk, precies en voorzienbaar is, nu de minister zelf bij herhaling heeft aangegeven dat het toetsingskader dusdanig vaag is dat het onmogelijk is te handhaven.’*

Hierop oordeelt de Afdeling als volgt: *‘Dat de criteria voor onderwijstijd niet voor elk geval in detail en op een niet voor misverstand vatbare wijze in een regeling zijn vastgelegd, betekent niet dat deze wettelijke bepalingen niet voldoende toepasselijk, precies en voorzienbaar zijn. Het lager vaststellen en terugvorderen van de teveel ontvangen rijksbijdrage dient voorts het algemeen belang, nu deze bijdrage is verstrekt uit de schaarse middelen uit ‘s Rijks kas die aan het onderwijs als geheel ten goede moeten komen.’*¹⁷⁶

De Afdeling toetst hier niet heel streng aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wij vragen ons af of dat terecht is, nu de wet- en regelgeving als complex en op punten als vaag wordt beschouwd (zie daarvoor ook hoofdstuk 12 hierna) en de daarop te nemen sancties en overige sturingsinstrumenten vaak ingrijpend zijn voor de onderwijsorganisatie.

Het vertrouwensbeginsel houdt kort gezegd in dat een toezegging van een bestuurs- of overheidsorgaan moet worden nagekomen. Dit uitgangspunt behoeft wel enige nuanceering, want er is niet snel sprake van een gerechtvaardigd beroep op dit beginsel.¹⁷⁷

Het gelijkheidsbeginsel beschermt het principe dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat ongelijke gevallen in de mate waarin zij ongelijk zijn aan elkaar, ongelijk worden behandeld.¹⁷⁸ Dit is een lastig te hanteren beginsel in het onderwijsrecht, althans zo kunnen wij ons om een aantal redenen wel voorstellen. In de eerste plaats onderkent de (Grond)wet het belangrijke onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, hoewel dat materieel gezien niet telkens tot een verschil leidt. In hoeverre zijn beide soorten onderwijsorganisaties nu wel of niet met elkaar vergelijkbaar, nog los van de vraag of bepaalde prestaties tot een (ongerechtvaardigde) inbreuk kunnen leiden op de vrijheid van richting van een bijzondere onderwijsorganisatie. In de tweede plaats zijn er ook grote regionale verschillen tussen onderwijsorganisaties, verschilt het aantal leerlingen of studenten en kan de gekozen pedagogische of levensbeschouwelijke onderwijs-

¹⁷⁵ Zie o.m. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 86.

¹⁷⁶ ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2469.

¹⁷⁷ Bijv. ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173.

¹⁷⁸ Zie voor een voorbeeld van een onderwijszaak waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gedaan: ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013, 423.

methodiek verschillen. Desalniettemin kennen de onderwijswetten voornamelijk uniforme regels.

De beginselen van evenredigheid en proportionaliteit zouden ervoor moeten zorgen dat de minister of Inspectie voor de meest gerede maatregel of sanctie kiest. De maatregel of sanctie moet in een juiste verhouding staan met de geconstateerde schending van bijvoorbeeld een wettelijk voorschrift en de gevolgen van de maatregel of de sanctie moeten in verhouding staan tot het doel dat die maatregel of die sanctie dient (zie in dit verband ook artikel 3:4 lid 2 Awb). De Afdeling komt niet snel tot het oordeel dat een bekostigingssanctie in strijd is met het evenredigheidsbeginsel of het proportionaliteitsvereiste. Dit komt mede omdat de Afdeling als uitgangspunt neemt dat de bekostiging 'is verstrekt uit de schaarse middelen uit 's Rijks kas die aan het onderwijs als geheel ten goede moeten komen'.¹⁷⁹ De evenredigheid kan aan terugvordering van bekostiging op grond van artikel 4:57 Awb in de weg staan, indien de onderwijsorganisatie in kwestie 'door de terugvordering van dit bedrag in financiële moeilijkheden zal geraken'.¹⁸⁰

Dit uitgangspunt is meer gespecificeerd in een uitspraak van 10 oktober 2012 waarin de Afdeling als toets aanlegt of 'de financiële situatie niet dusdanig ernstig is, dat de continuïteit van de stichting of het op de door haar in stand gehouden school gegeven onderwijs in gedrang komt (...)'.¹⁸¹

Ook kan de evenredigheid aan een bekostigingssanctie in de weg staan, wanneer er weliswaar sprake is van een overschreden vereiste maar dat niet ter discussie staat dat aan de betrokken deelnemers of leerlingen daadwerkelijk onderwijs is gegeven.¹⁸²

Tot slot is voor de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een begrenzen- de werking hebben, relevant te vermelden dat de Afdeling bij de beoordeling van bekostigingssancties (slechts) terughoudend toetst:

'Beoordeeld moet worden of de afweging van de betrokken belangen zodanig onevenwichtig is, dat moet worden geoordeeld dat de minister niet in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot wijziging van vaststelling van de rijksbijdrage (...) en de terugvordering van de ten onrechte door de stichting ontvangen bedragen'.¹⁸³

De relevante belangenafweging wordt door de Afdeling terughoudend getoetst. Mede daarom komt de Afdeling niet snel tot het oordeel dat een sanctie of een andere publiekrechtelijke sturingsmaatregel in strijd is met een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In een aantal gevallen heeft de Afdeling wel geoordeeld dat de hoogte van een bekostigingssanctie in strijd was met het evenredigheidsbeginsel.

179 Zie bijv. ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2469.

180 ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173.

181 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013, 162, m.nt. W. den Ouden.

182 Zie bijv. ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 en ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097. In de noot bij ABRvS 23 november 2011, AB 2012, 93, m.nt. M. Claessens wordt hierop verder ingegaan.

183 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013, 162, m.nt. W. den Ouden.

11. Tussenconclusie deel III

In dit deel van het preadvies hebben wij de vraag gesteld en getracht te beantwoorden of en zo ja welke grenzen er zijn aan de publiekrechtelijke instrumenten om sturing aan prestaties in het onderwijs te kunnen geven. In dat verband hebben wij in dit deel van ons preadvies de werking van artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de onderwijswetten en de toepassing daarvan onderzocht. Beide onderdelen hebben wij overigens afzonderlijk onderzocht. De begrenzende werking van artikel 23 Grondwet kan uiteraard ook samenvallen met de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het volgende citaat uit de memorie van toelichting bij de Wet goed onderwijs, goed bestuur toont dat aan:

‘Een eventueel ingrijpen van de overheid [moet] bij slechte onderwijskwaliteit of bestuurlijk wanbeheer in overeenstemming (...) zijn met de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs. Deze vrijheid kan alleen worden begrensd door bij wet gestelde bekostigingsvoorwaarden. Dit om de aan deze vrijheid ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor scholen optimaal te waarborgen.’¹⁸⁴

Gelet op de voorgaande hoofdstukken kunnen wij ten aanzien van artikel 23 Grondwet concluderen dat dat artikel een prominente functie vervult in het onderwijsrecht en de onderwijssector. Wel signaleren wij dat de huidige tendens om steeds meer sturing te geven aan de kwaliteit van het onderwijs door middel van wet- en regelgeving (aldus van ‘bovenaf’ door de wetgever, de minister van OCW en de Inspectie) schuurt met artikel 23 Grondwet. Weliswaar heeft de regering ingevolge lid 1 van artikel 23 Grondwet een zorgplicht, maar die zorgplicht is begrensd door de overige leden van artikel 23 Grondwet.

De Onderwijsraad constateert dat de huidige interpretatie van artikel 23 Grondwet te beperkend werkt als het gaat om de richting van onderwijs. De Onderwijsraad beveelt daarom aan artikel 23 Grondwet ruimer te interpreteren en ook de pedagogische en levensbeschouwelijke onderwijsvisies toe te laten tot de richting van onderwijs.

Het valt ons op dat de Raad van State met regelmaat vanuit het oogpunt van artikel 23 Grondwet kritiek heeft op concrete wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten, maar dat die kritieken niet telkens leiden tot aanpassing daarvan. Artikel 120 Grondwet staat vervolgens aan rechterlijke toetsing in de weg. Alleen wanneer de Raad van State dermate fel wordt in zijn standpunt dat het voorgenomen wetsvoorstel leidt tot strijdigheid met artikel 23 Grondwet, wil aanpassing van dat voorstel volgen. In andere gevallen wordt hoogstens de toelichting bij het wetsvoorstel aangepast. Wij leiden hieruit af dat de Raad van State een striktere lezing hanteert dan dat de regering dat doet. Hoe dan ook, wij kunnen uit ons onderzoek afleiden dat de grenzen van artikel 23 Grondwet worden

¹⁸⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 2.*

opgezocht. Wellicht moet daarom de vraag andersom worden gesteld: is artikel 23 Grondwet voor de huidige tijd niet te strikt van opzet?

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben ook een begrenzende werking op de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten, met name bij het opleggen van (bekostigings)sancties. Hoewel de Afdeling met enige terughoudendheid (sanctie)besluiten van de minister van OCW toetst, gaat van die beginselen wel degelijk een normerend effect uit. Weliswaar weegt voor de Afdeling zwaar dat het bij bekostiging om schaarse publieke middelen gaat die aan onderwijs moeten worden besteed, maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn dusdanig in onze rechtsorde verankerd dat die (bij voorkeur ten tijde van de beslissing van de minister al) in de weg kunnen staan aan het opleggen van een sanctie.

DEEL IV KNELPUNTEN TEN AANZIEN VAN PUBLIEKRECHTELIJKE STURINGSINSTRUMENTEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

In dit deel van het preadvies – daarna volgt nog een samenvattende slotbeschouwing – staat de derde deelvraag centraal: Wat zijn bij de toepassing van de publiekrechtelijke sturingsmogelijkheden eventuele knelpunten en hoe zouden die kunnen worden weggenomen?

Ook in deze paragraaf maken wij weer een onderverdeling. Een eerste knelpunt is naar ons idee de complexiteit van de onderwijswet- en (beleids)regelgeving (hoofdstuk 12). Oplossingen die wij voorstellen voor het wegnemen van de door ons signaleerde knelpunten richten zich vooral tot de wetgever en de minister van OCW.

Een tweede knelpunt dat wij in dit verband signaleren, werpen wij meer op als een vraag. Hoe verhouden de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten zich tot de overige sturingsinstrumenten? Hieraan geven wij een nadere uitwerking in hoofdstuk 13. Eventuele oplossingen voor dit mogelijke knelpunt richten zich hoofdzakelijk tot de wetgever, de Inspectie als toezichthouder maar ook tot de rechter.

Tot slot besteden wij nog aparte aandacht aan de standaard openbaarmaking van informatie door onderwijsorganisaties en bestuursorganen. Dit betreft een afgeleid knelpunt van de hiervoor signaleerde knelpunten (hoofdstuk 14).

12. Complexiteit van wet- en regelgeving

Er lijkt weinig discussie over te bestaan dat het onderwijsrecht een complex rechtsgebied betreft,¹⁸⁵ met alle problemen van dien. Oorzaken van deze complexiteit zijn naar ons idee de gelaagdheid van de toepasselijke regels (paragraaf 12.1), de snelheid waarmee

¹⁸⁵ Brief van P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens aan de Commissie Nationaal Plan Toekomst Onderwijswetenschappen (NPTO) van 7 september 2010, 'De toekomst van het onderwijsrecht. Analyses en desiderata', *NTOR Jaarboek Onderwijsrecht 2006-2010*, paragraaf 4.

nieuwe normen en andere sturingsinstrumenten worden geïntroduceerd en reeds bestaande sturingsinstrumenten worden gewijzigd (zo niet aangescherpt) (paragraaf 12.2), het feit dat de sturingsinstrumenten steeds vaker betrekking hebben op de kwaliteit van onderwijs (paragraaf 12.3) en de situatie dat de Inspectie niet alleen toezichthouder is, maar ook (beleids)regelgever (paragraaf 12.4). Voorkomen zou moeten worden dat complexiteit van regelgeving leidt tot een afbreuk aan rechtszekerheid, omdat de geldende normen wellicht niet telkens voldoende duidelijk en voorzienbaar zijn. Daar staat tegenover dat de minister en de Inspectie met soms zware maatregelen en sancties kunnen interveniëren ten aanzien van het handelen van een onderwijsorganisatie. Daardoor ontstaat naar ons idee een spanningsveld, dat als een knelpunt wordt ervaren. Wij gaan hierop nader in in paragraaf 12.5.

12.1 Gelaagdheid van regels

Naar ons idee is een eerste oorzaak van de complexiteit van het onderwijsrecht dat er een grote gelaagdheid aan regels bestaat, in welk verband bovendien ook nog belangrijke constitutionele uitgangspunten hun werking hebben (denk aan het onderscheid tussen openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs). De complexiteit van deze gelaagdheid is deels een gegeven, maar zou deels ook kunnen worden weggenomen.

Het is een gegeven dat op het onderwijsrecht als functioneel rechtsgebied veel deelrechtsgebieden hun werking hebben, zoals de Awb, het BW, Europees- en verdragsrechtelijke invloeden en strafrechtelijke handhaving op grond van de Lpw. Echter, dat een bepaalde wet uit een ander deelrechtsgebied werking heeft op de onderwijssector en de vraag wat daarvan de precieze reikwijdte en betekenis is, is niet telkens op voorhand bekend. Een voorbeeld hiervan is de jurisprudentielijn van de Afdeling dat de Subsidietitel van de Awb 'gewoon' van toepassing is op de bekostiging van onderwijs, ondanks dat onder meer vanwege constitutionele redenen in artikel 4:21 Awb is neergelegd dat de Subsidietitel 'van overeenkomstige toepassing' is. Onderwijsorganisaties en andere betrokkenen gingen (mede daarom) ervan uit dat de mogelijkheden in de onderwijswetten om bekostiging te ontnemen uitputtend waren geregeld. Wij schatten in – maar horen graag als dat anders is – dat ook de minister en de Inspectie hiervan lang uitgingen. Met de HBO-fraude ontstond echter een nieuwe situatie, namelijk dat pas ruim na vaststelling van de bekostiging werd geconstateerd dat gedurende de jaren daarvoor de bekostiging onrechtmatig was besteed. Met de wijziging van de Wot op 1 juli 2012 zou inmiddels voor een ieder duidelijk moeten zijn dat bekostiging ook op grond van artikelen 4:49 en 4:57 Awb kan worden teruggevorderd. Dit is namelijk met de inwerkingtreding van de hiervoor genoemde wetwijziging expliciet in artikel 3 lid 3 sub b Wot vastgelegd. Daarmee is de rechtszekerheid ten aanzien van het voorgaande punt gediend.

De onderwijswet- en (beleids)regelgeving bestaat verder uit wettelijke deugdelijkheidseisen en kwaliteitseisen afkomstig van de Inspectie. Uit de Toezichtkaders volgt niet duidelijk welke normen een uitwerking van de wettelijke deugdelijkheidseisen zijn en welke normen kwalificeren als (nieuwe) kwaliteitseisen. Ook is de wettelijke basis van de bevoegdheid van de Inspectie om kwaliteitseisen in beleidsregels op te nemen, niet expliciet geregeld. Dit geeft rechtsonzekerheid. Een nieuwe loot aan de stam als het om gelaagdheid van (beleids)regelgeving gaat, zijn de notities en servicedocumenten van de

Inspectie. Wat is de juridische status daarvan en hoe passen die in het geheel aan (handhaafbare) prestatienormen?

Een oplossing voor het hiervoor gesignaleerde knelpunt zou kunnen zijn dat bij het stellen van nieuwe prestatienormen telkens duidelijk wordt vermeld of die kwalificeren als (uitwerking van) deugdelijkheidseisen of kwaliteitseisen en hoe de naleving daarvan kan worden verzekerd.¹⁸⁶

12.2 Snelheid van nieuwe of gewijzigde, al dan niet aangescherpte regels

Onderwijswet- en regelgeving is aan verandering onderhevig, ondanks dat er behoefte bestaat aan rust. De laatste jaren is er een trend waarneembaar waarin bestaande normen en andere sturingsinstrumenten worden aangescherpt of dat nieuwe, ver(der)gaande sturingsinstrumenten in de onderwijswetten worden opgenomen. Het aantal soorten sturingsinstrumenten is indrukwekkend. Hiermee kan de overheid zich dichter bij het onderwijs(proces) plaatsen. De keerzijde hiervan is dat de overheid daarmee ook een verantwoordelijkheid voor zichzelf creëert, hetgeen tot mogelijke aansprakelijkheidsrisico's leidt. Dit kan weer zorgen voor nog meer overheidssturing. Omdat de overheid zich dichter bij het onderwijs(proces) plaatst, kan ook wrijving met artikel 23 Grondwet en de relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontstaan.

Het uitvoering geven aan de elkaar snel opvolgende nieuwe normen en het reageren op de overige sturingsinstrumenten is verder een (soms te) grote taak voor onderwijsorganisaties, naast het feit dat zij telkens ook ervoor moeten waken dat de basiskwaliteit van het onderwijs op orde blijft. Nieuwe normen en overige sturingsinstrumenten zijn met regelmaat ook ingegeven door incidenten. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) spreekt in dat kader over de 'risico-regelreflex' en doet dat niet in positieve zin.¹⁸⁷ Het is bovendien de vraag of met betrekking tot de nieuwe en de reeds bestaande sturingsinstrumenten voldoende visie en samenhang bestaat.

Er treedt ook rechtsonzekerheid op wanneer het aantal sturingsinstrumenten groeit. Het is voor een onderwijsorganisatie minder goed in te schatten welk sturingsinstrument wanneer zal worden gehanteerd voor de bevordering en naleving van bepaalde prestatienormen.

In de derde plaats groeit het aantal sturingsinstrumenten dat een ingrijpende werking op de onderwijsorganisatie heeft (denk aan de aanwijzingsbevoegdheid, en privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden richting bestuur en raad van toezicht). Hoewel wij niet het nut en de noodzaak van deze sturingsinstrumenten in twijfel willen trekken, kunnen die instrumenten wel de zekerheid van een onderwijsorganisatie ten aanzien van haar inrichting en vormgeving van het onderwijs aantasten.

186 Zie in dat verband ook de soortgelijke aanbeveling van de Onderwijsraad in *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 5-6.

187 WRR, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag: november 2011.

12.3 Sturingsinstrumenten hebben steeds vaker betrekking op de kwaliteit van onderwijs

In de vorige deelparagraaf benoemden wij al dat de overheid zich steeds dichter bij het onderwijs plaatst en dat dat tot spanningen met artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan leiden. Daarbij komt dat – in ieder geval voor ons – onduidelijk is wat precies met ‘kwaliteit’ van onderwijs wordt bedoeld.

Met relatief nieuwe publiekrechtelijke sturingsinstrumenten kan de minister of de Inspectie harder ingrijpen in de organisatie van het onderwijs. De aanwijzingsbevoegdheid en de prestatiebekostiging zijn hiervan twee voorbeelden. De inzet van dergelijke instrumenten vergt grote zorgvuldigheid, onder meer ten aanzien van de duidelijkheid en voorzienbaarheid van de prestaties waarop de onderwijsorganisaties (kunnen) worden afgerekend.

Naar ons idee, weliswaar vanaf enige afstand bekeken, wordt er haast een soort verstop-pertje gespeeld. De overheid wil meer te zeggen kunnen hebben over de kwaliteit van onderwijs, maar beseft dat daaraan artikel 23 Grondwet en de autonomie van onderwijs-organisaties mogelijk in de weg staan. Aldus worden alternatieve (tweezijdige) sturings-instrumenten geïntroduceerd, die echter alsnog tegen die begrenzingen aan schuren. Het is echter voorstelbaar dat een overheid zich incidenten in het onderwijs aantrekt, juist vanwege haar zorgplicht op grond van artikel 23 Grondwet, en zich daarom steviger wil opstellen ten aanzien van de te bereiken kwaliteit van onderwijs. Is daarmee artikel 23 Grondwet wellicht te strikt van opzet voor de huidige tijdgeest?

12.4 De Inspectie als toezichthouder en beleidsregelgever in één

Aan de complexiteit van onderwijswet- en (beleids)regelgeving draagt ook bij dat de Inspectie niet alleen toezichthouder is, maar ten behoeve daarvan zelf ook (kwaliteits)-normen bepaalt (die overigens voor goedkeuring aan de minister van OCW worden voorgelegd en een uitwerking betreffen van artikel 11 Wot). De kwaliteitsnormen houden tientallen indicatoren in, waarmee de Inspectie tracht te beschrijven wat zij onder voldoende kwaliteit van onderwijs verstaat.¹⁸⁸

Uit de Wot volgt niet expliciet dat de Inspectie ook zelf normen kan stellen. Artikel 13 WOT spreekt slechts over het vastleggen van een ‘werkwijze’ in de Toezichtkaders. Artikel 11 Wot geeft de Inspectie – en ook de minister van OCW – geen expliciete bevoegdheid om normen nader uit te werken in beleidsregels. De in de Toezichtkaders neergelegde indicatoren vormen echter een essentieel deel van het juridisch kader op basis waarvan onderwijsorganisaties hun onderwijs vormgeven en inrichten. Een duidelijke(re) wettelijke basis voor het opnemen/uitwerken van kwaliteitseisen in de Toezichtkaders zou daarom onze voorkeur hebben, ook in het licht van de rechtszekerheid en artikel 23 Grondwet.

Overigens zijn wij ook meer in het algemeen de mening toegedaan dat een toezicht-houdend orgaan niet snel zou moeten overgaan tot zelfstandige invulling van normen.

¹⁸⁸ Vgl. op dit punt het Toezichtkader VO 2013, p. 35.

Verhey en Verheij hebben aan deze samenloop in hun preadvies uit 2005 voor de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) aandacht besteed.¹⁸⁹ Zij spreken van een ‘onaanzienlijke machtsconcentratie: wanneer bij een toezichthouder *‘het beleid én het toezicht (...) grotendeels in één hand [liggen].’* Voor zover er al beleidsregels nodig zijn, moeten die concreet zijn.¹⁹⁰

Kortom, wij bevelen aan meer duidelijkheid te scheppen in de grondslag van de beleidsregelgevende taak van de Inspectie, die zij samen uitoefent met haar toezichtstaak.

12.5 Effecten van (verminderde) rechtszekerheid in relatie gezien met de zwaarte van maatregelen en sancties

In de vorige paragrafen hebben wij meermalen gesignaleerd dat bepaalde ontwikkelingen mogelijk afbreuk doen aan de rechtszekerheid. In deze paragraaf werpen wij de vraag op hoe zich dat verhoudt met de andere ontwikkeling dat steeds vaker zwa(a)r(der)e publiekrechtelijke sturingsinstrumenten worden ingezet wanneer blijkt dat prestatienormen in de ogen van de Inspectie en de minister niet zijn nageleefd. In dat verband weegt ook mee dat Inspectierapporten en sancties openbaar (moeten) worden gemaakt, ook wanneer een onderwijsorganisatie gebruikmaakt van haar (bestuursrechtelijke) rechtsbeschermingsmogelijkheden. Hoewel een onderwijsorganisatie openbaarmaking zou kunnen voorkomen door de voorzieningenrechter te vragen openbaarmaking op te schorten, is ook algemeen bekend dat de bestuursrechter allesbehalve snel tot dat oordeel zal (kunnen) overgaan.

Gelet op het voorgaande constateren wij dat het negatieve effect van de in de vorige paragrafen gesignaleerde verminderde rechtszekerheid mogelijk wordt versterkt doordat onderwijsorganisaties (kunnen) worden geconfronteerd met steeds zwaardere maatregelen en sancties, inclusief openbaarmaking daarvan.

13. De verhouding tussen publiekrechtelijke en overige sturingsinstrumenten

In dit preadvies hebben wij onze aandacht gericht op de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten. Martijn Nolen schetst in zijn preadvies een scala aan sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard. Het aantal sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard neemt – net als het aantal publiekrechtelijke sturingsinstrumenten – toe. Ook factoren die het keuzegedrag van ouders, leerlingen en studenten beïnvloeden, kunnen sturing aan onderwijsorganisaties geven. Mond-tot-mond reclame, het gebruik van sociale media, berichten in de klassieke media, klachten en pluimen, incidenten, rangordes, vergelijkingswebsites en soortgelijke platforms beïnvloeden het keuzegedrag (instrumentaria van de publieke opinie).

189 L.F.M. Verhey en N. Verheij, ‘De macht van de marktmeesters’, *Preadviezen NJV* 2005, p. 135–332.

190 Verhey & Verheij 2005, p. 224.

Het gebruik van sturingsinstrumenten via het publiekrecht is omkleed met onder meer de waarborgen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 23 Grondwet. Dit ligt voor een belangrijk deel anders bij de toepassing van overige sturingsinstrumenten. Deze overige sturingsinstrumenten kunnen echter wel eenzelfde als of zelfs een grotere impact hebben.

Alle betrokken 'stakeholders' van een onderwijsorganisatie zouden (meer) aandacht moeten hebben voor de cumulatieve effecten van de inzet van al deze publiekrechtelijke en overige sturingsinstrumenten. Voorkomen zou moeten worden dat er naar aanleiding van een kwestie wordt 'overgereageerd'. Dat kan bij de onderwijsorganisatie mogelijk tot tegenovergestelde effecten leiden dan beoogd. In dit verband menen wij dat van de overheid mag worden verwacht dat zij als uitgangspunt vertrouwen heeft in de werking van het veld. In eerste instantie zou de overheid verder moeten vertrouwen op de inzet van de overige, vaak private instrumenten. Mocht dat ondanks het gestelde vertrouwen niet werken, dan zou in een later stadium alsnog een publiekrechtelijk sturingsinstrument kunnen worden ingezet.

14. Is openbaarmaking met voldoende waarborgen omkleed?

In hoofdstuk 7 hebben wij aandacht besteed aan de openbaarmaking van informatie door onderwijsorganisaties zelf en door de minister en de Inspectie. Door informatie openbaar te maken kan er publieke verantwoording worden afgelegd over de prestaties van onderwijsorganisaties (*naming*). Openbaarmaking van informatie kan voor de onderwijsorganisatie daarentegen ook tot zware, zo niet onevenredige effecten leiden (*shaming*).¹⁹¹

Ondanks het feit dat openbaarmaking wellicht vaak niet als sanctie is bedoeld, kan dat nog wel als zodanig worden ervaren. Als de onderwijsorganisatie daardoor reputatieschade oploopt en er minder inschrijvingen van studenten zijn, dan zou de openbaarmaking kunnen worden ervaren als 'leed toevoegend' ('punitieve' sanctie) of eraan bijdragen dat de geconstateerde tekortkoming niet nogmaals wordt begaan ('herstellende' sanctie). In de parlementaire toelichting wordt ook erkend dat een onderwijsorganisatie met het openbaar maken van informatie kan worden benadeeld.

De ervaring en/of het effect van een sanctie kan met name aan de orde zijn bij openbaarmaking van een sanctie die nog niet onherroepelijk is. In een dergelijke situatie zou op een later moment na openbaarmaking immers nog kunnen blijken dat de desbetreffende sanctie onrechtmatig is opgelegd, maar die sanctie heeft dan al zijn effect gesorteerd *als gevolg van* die openbaarmaking. Datzelfde geldt voor de openbaarmaking van een Inspectierapport, waarin negatieve bevindingen over een onderwijsorganisatie zijn opgenomen.

¹⁹¹ Deze uitleg geeft Michiels aan het begrip *naming and shaming*: F.C.M.A. Michiels, 'Aansprakelijkheid bij naming & shaming', *O&A* 2008, p. 190 e.v. Zie ook zijn artikel: 'Naming and shaming' in het markttoezicht', *NTB* 2007, 16.

Gezien de potentieel zware effecten van de openbaarmaking van belastende informatie, zou de openbaarmaking met voldoende waarborgen moeten zijn omkleed. In dat verband constateren wij dat er in het onderwijsrecht verschillende openbaarmakingsregimes gelden. Een groot aantal van die regimes gaat uit van een *verplichting* tot openbaarmaking: de Inspectie *moet* haar onderzoeksrapporten bekendmaken en de minister van OCW *moet* waarschuwingen en besluiten tot ontneming van de rechten van een opleiding openbaar maken. De wet biedt geen ruimte voor een belangenafweging. Dat biedt naar ons idee te weinig waarborgen. Voor zover er al wel een discretionaire bevoegdheid voor de minister en/of de Inspectie is, dan zou naar ons idee expliciet (meer) aandacht mogen bestaan voor de vraag welk effect openbaarmaking zal genereren en of dat het doel van toezichthouden en publieke verantwoording afleggen niet voorbijschiet.

Verder regelen de verschillende openbaarmakingsregimes niet telkens op welk moment de desbetreffende informatie openbaar moet of kan worden gemaakt en op welke wijze dat zou moeten geschieden. Hoewel de Inspectie en de minister naar ons idee daarin wel vaste gedragslijnen hebben, zijn die niet wettelijk vastgelegd.

Een oplossing voor de hier gesignaleerde knelpunten zou kunnen zijn dat in een uniforme regeling geldend voor alle onderwijssectoren een openbaarmakingsregime wordt opgenomen. De openbaarmakingsregeling van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet ACM) – artikel 12u en volgende – zou daarbij als inspiratie kunnen dienen.

In artikel 12u Instellingswet ACM komen namelijk de hiervoor geschetste waarborgen terug. Dit wetsartikel neemt terecht als uitgangspunt dat een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing in beginsel openbaar moet worden gemaakt, maar neemt daarbij wel de volgende waarborgen in acht:

- informatie die ingevolge (één van) de weigeringsgronden van artikel 10 Wob niet voor openbaarmaking in aanmerking komt, wordt niet openbaar gemaakt (lid 1), hetgeen een belangenafweging mogelijk maakt;
- openbaarmaking geschiedt in beginsel niet eerder dan nadat tien werkdagen na bekendmaking van de sanctie zijn verstreken (lid 2);
- bij een verzoek om een voorlopige voorziening wordt openbaarmaking uitgesteld tot na de uitspraak van de voorzieningenrechter (lid 3);
- indien de openbaarmaking van de beschikking in strijd zou kunnen komen met het doel van het toezicht dat de ACM houdt, blijft openbaarmaking achterwege (lid 4); en
- de openbaarmakingsprocedure is ook van toepassing op een beslissing op bezwaar (lid 5).

15. Tussenconclusie deel IV

Het huidige publiekrechtelijke sturingsinstrumentarium kent een aantal knelpunten.

Een eerste knelpunt is naar ons idee de complexiteit van de onderwijswet- en (beleids)-regelgeving. Er lijkt weinig discussie te bestaan dat het onderwijsrecht complex is, met alle problemen van dien. Oorzaken van deze complexiteit zijn naar ons idee de gelaagdheid van de toepasselijke regels, de snelheid waarmee nieuwe normen en andere sturingsinstrumenten worden geïntroduceerd en de (verscherpte) aanpassing van al bestaande sturingsinstrumenten, het feit dat de sturingsinstrumenten steeds vaker betrekking hebben op de kwaliteit en inhoud van onderwijs en de situatie dat de Inspectie niet alleen toezichthouder is, maar in het kader daarvan ook zelf normen formuleert. Voorkomen zou moeten worden dat complexiteit van regelgeving leidt tot een afbreuk aan rechtszekerheid, omdat de geldende normen wellicht niet telkens voldoende duidelijk en voorzienbaar zijn. Daar staat tegenover dat de minister en de Inspectie met soms zware maatregelen en sancties kunnen interveniëren ten aanzien van het handelen van een onderwijsorganisatie. Daardoor ontstaat naar ons idee een spanningsveld, dat als een knelpunt wordt ervaren.

Oplossingen voor de hiervoor gesignaleerde knelpunten zouden kunnen zijn het verduidelijken van de vraag wat voor soort (prestatie)norm wordt geïntroduceerd en hoe de naleving daarvan in de toekomst zal worden gehandhaafd. Belangrijk hierbij is het onderscheid te duiden tussen deugdelijkheidseisen en de uitwerking daarvan enerzijds en overige (kwaliteits)eisen anderzijds. Verder bevelen wij aan om de wettelijke grondslag waarop de Inspectie beleidsnormen vaststelt, te expliciteren. Wat betreft de kwaliteit van onderwijs geldt dat de overheid daarover naar ons idee in sommige situaties graag meer te zeggen wil hebben, juist vanwege haar zorgplicht op grond van artikel 23 Grondwet. De begrenzendende werking van artikel 23 Grondwet daarbij wordt met regelmaat als (te) strikt ervaren. Zou er wellicht meer gewicht moeten worden toegekend aan het eerste lid van artikel 23 Grondwet – de zorgplicht van de regering voor het onderwijs – om incidenten in het onderwijs en problemen met (zeer) zwakke scholen te kunnen wegnemen en te kunnen voorkomen?

Een tweede knelpunt dat wij signaleren is de verhouding tussen de inzet van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten en overige sturingsinstrumenten. Martijn Nolen schetst in zijn preadvies een scala aan sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard. Het aantal sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard neemt – net als het aantal publiekrechtelijke sturingsinstrumenten – toe. Ook factoren die het keuzegedrag van ouders, leerlingen en studenten beïnvloeden, kunnen sturing aan onderwijsorganisaties geven. Deze overige sturingsinstrumenten kunnen eenzelfde of zelfs een grotere impact hebben dan de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten, maar zijn niet met dezelfde publiekrechtelijke waarborgen omkleed. Alle betrokken ‘stakeholders’ van een onderwijsorganisatie zouden daarom (meer) aandacht moeten hebben voor de cumulatieve effecten van de inzet van publiekrechtelijke en overige sturingsinstrumenten. Voorkomen zou moeten worden dat er naar aanleiding van een kwestie wordt ‘overgereageerd’. In dit verband menen wij dat van de overheid mag worden verwacht dat zij vertrouwen heeft in de werking van het veld. In eerste instantie zou de overheid moeten vertrouwen op de inzet van de overige, vaak private instrumenten. Mocht dat ondanks het gestelde vertrouwen niet werken, dan zou in een later stadium alsnog een publiekrechtelijk sturingsinstrument kunnen worden ingezet.

Een afgeleide van het voorgaande is de openbaarmaking van informatie. Wij menen dat openbaarmaking van informatie – met name sancties en andere bestuursrechtelijke maatregelen – zware effecten voor onderwijsorganisaties kan hebben en dat openbaarmaking daarom met voldoende waarborgen zou moeten zijn omkleed. Wij constateren in dat verband dat er veel verschillende soorten openbaarmakingsregimes in het onderwijsrecht bestaan. Een essentieel deel daarvan gaat bovendien uit van een gebonden bevoegdheid: de minister of de Inspectie moet tot openbaarmaking van voor de onderwijsorganisatie belastende informatie overgaan. Wij bevelen in de eerste plaats aan om een uniforme regeling ten aanzien van de openbaarmaking van informatie in het onderwijs op te stellen. In de tweede plaats zou de openbaarmaking met meer waarborgen moeten zijn omkleed, waarvan de belangrijkste is dat er een belangenafweging kan plaatsvinden. Ten behoeve van de nieuw op te stellen regeling kan inspiratie worden ontleend aan artikel 12u van de Instellingswet ACM. Daarin zijn waarborgen neergelegd ten aanzien van de beoordeling van de vraag of openbaarmaking op zijn plaats is, wanneer die openbaarmaking zou moeten plaatsvinden en of de openbaarmaking evenredig en proportioneel is.

DEEL V SLOT

16. Samenvattende slotbeschouwing

16.1 Introductie

Met het onderhavige preadvies hebben wij getracht meer inzicht te geven in de mogelijkheden die het publiekrecht biedt om de prestaties van onderwijsorganisaties te sturen en hebben wij ons afgevraagd hoe deze te waarderen. In dat verband hebben wij de volgende drie (deel)vragen beantwoord:

1. Welke publiekrechtelijke sturingsinstrumenten zijn er in de onderwijssector en door wie kunnen die worden ingezet?
2. Wat zijn de grenzen aan die publiekrechtelijke sturingsinstrumenten?
3. Wat zijn bij de toepassing van die publiekrechtelijke sturingsinstrumenten eventuele knelpunten en hoe zouden die kunnen worden weggenomen?

16.2 Beantwoording eerste deelvraag

Er is een veelheid aan publiekrechtelijke instrumenten om sturing aan het onderwijs te geven. Een belangrijk aantal van deze instrumenten biedt de minister van OCW en de Inspectie de mogelijkheid om in het onderwijs te ‘interveniëren’. Het gaat hier om eenzijdige sturingsinstrumenten, die de minister, Inspectie of NVAO indien nodig kan inzetten.

De interventie-instrumenten zijn te onderscheiden in het stellen van prestatienormen (het introduceren van nieuwe dan wel het wijzigen, zo nodig aanscherpen, van reeds bestaande prestatienormen), invloed uitoefenen via de bekostigingsrelatie met de onderwijsorganisatie en het inzetten van andere bestuurlijke maatregelen en andere sancties.

Daarnaast kan met de onderwijsorganisaties ook altijd het gesprek worden aangegaan. De Inspectie duidt dit gesprek in haar Toezichtkaders aan als het bestuursgesprek of het

bestuurlijk gesprek. Tijdens dit gesprek bespreekt de Inspectie met het bestuur van een onderwijsorganisatie geconstateerde tekortkomingen, die te gering van aard zijn om direct een zwaarder sturingsinstrument in te zetten.

De prestatiebekostiging en de bijbehorende prestatieafspraken signaleren wij als een nieuwe vorm van sturing. Hoewel het bestuursgesprek ook al als een tweezijdig sturingsinstrument kwalificeert, heeft met de introductie van prestatiebekostiging in de onderwijssector een kentering plaatsgevonden. Naar ons idee is de prestatiebekostiging mede voortgekomen uit het feit dat andere sturingsinstrumenten steeds meer tegen de begrenzingen van artikel 23 Grondwet aan schuren.

Tot slot is het openbaar maken van informatie te beschouwen als een afzonderlijk sturingsinstrument. De onderwijswetten kennen verschillende openbaarmakingsregimes, waarbij het uitgangspunt is dat openbaarmaking van informatie van groot, algemeen belang is. Door middel van het openbaar maken van informatie kunnen de onderwijsorganisaties, de minister van OCW en de Inspectie publieke verantwoording afleggen over de bereikte onderwijsprestaties en de wettelijke toezichtstaak.

16.3 Beantwoording tweede deelvraag

Artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben een begrenzendende werking op het publiekrechtelijke sturingsinstrumentarium. Uiteraard hebben ook de onderwijswetten en onderliggende regelgeving een begrenzendende werking, omdat daarin voorwaarden zijn neergelegd ten aanzien van de vraag wanneer een bepaald sturingsinstrument mag worden ingezet. Deze 'grens' hebben wij echter verder buiten beschouwing te laten.

Artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben elk een zelfstandige begrenzendende werking, maar die werking kan ook samenvallen.

Ten aanzien van artikel 23 Grondwet kunnen wij concluderen dat dat artikel een prominente functie vervult in het onderwijsrecht en de onderwijssector. Wel signaleren wij dat de huidige tendens om steeds meer sturing te geven aan de kwaliteit van het onderwijs door middel van wet- en regelgeving (aldus van 'bovenaf' door de wetgever, de minister van OCW en de Inspectie) schuurt met artikel 23 Grondwet. Weliswaar heeft de regering ingevolge lid 1 van artikel 23 van de Grondwet een zorgplicht, maar die zorgplicht is begrensd door de overige leden van artikel 23 Grondwet.

Het valt ons op dat de Raad van State met regelmaat vanuit het oogpunt van artikel 23 Grondwet kritiek heeft op concrete wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten ten aanzien van nieuwe prestatienormen en/of overige sturingsinstrumenten, maar dat die kritiek niet telkens leidt tot aanpassing daarvan. Artikel 120 Grondwet staat vervolgens vaak aan rechterlijke toetsing in de weg.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben ook een begrenzendende werking op de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten, met name bij het opleggen van (bekosti-

gings)sancties. Hoewel de Afdeling met enige terughoudendheid (sanctie)besluiten van de minister van OCW toetst, gaat van die beginselen wel degelijk een normerend effect uit. Weliswaar weegt voor de Afdeling zwaar dat het bij bekostiging om schaarse publieke middelen gaat die aan onderwijs moeten worden besteed, maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn dusdanig in onze rechtsorde verankerd dat die (bij voorkeur ten tijde van de beslissing van de minister al) in de weg kunnen staan aan het opleggen van een sanctie.

16.4 Beantwoording derde deelvraag

Het huidige publiekrechtelijke sturingsinstrumentarium kent een aantal knelpunten.

Een eerste knelpunt is naar ons idee de complexiteit van de onderwijswet- en (beleids)-regelgeving. Er lijkt weinig discussie te bestaan dat het onderwijsrecht complex is, met alle problemen van dien. Oorzaken van deze complexiteit zijn naar ons idee de gelaagdheid van de toepasselijke regels, de snelheid waarmee nieuwe normen en andere sturingsinstrumenten worden geïntroduceerd en de (verscherpte) aanpassing van al bestaande sturingsinstrumenten, het feit dat de sturingsinstrumenten steeds vaker betrekking hebben op de kwaliteit en inhoud van onderwijs en de situatie dat de Inspectie niet alleen toezichthouder is, maar in het kader daarvan ook zelf normen formuleert. Voorkomen zou moeten worden dat complexiteit van regelgeving leidt tot een afbreuk aan rechtszekerheid, omdat de geldende normen wellicht niet telkens voldoende duidelijk en voorzienbaar zijn. Daar staat tegenover dat de minister en de Inspectie met soms zware maatregelen en sancties kunnen interveniëren ten aanzien van het handelen van een onderwijsorganisatie. Daardoor ontstaat naar ons idee een spanningsveld, dat als een knelpunt wordt ervaren.

Oplossingen voor de hiervoor gesignaleerde knelpunten zouden kunnen zijn het verduidelijken van de vraag wat voor soort (prestatie)norm wordt geïntroduceerd en hoe de naleving daarvan in de toekomst zal worden gehandhaafd. Belangrijk hierbij is het onderscheid te duiden tussen deugdelijkheidseisen en de uitwerking daarvan enerzijds en overige (kwaliteits)eisen anderzijds. Verder bevelen wij aan om de wettelijke grondslag waarop de Inspectie beleidsnormen vaststelt, te expliciteren. Wat betreft de kwaliteit van onderwijs geldt dat de overheid daarover naar ons idee in sommige situaties graag meer te zeggen wil hebben, juist vanwege haar zorgplicht op grond van artikel 23 Grondwet. De begrenzendende werking van artikel 23 Grondwet daarbij wordt met regelmaat als (te) strikt ervaren. Zou er wellicht meer gewicht moeten worden toegekend aan het eerste lid van artikel 23 Grondwet – de zorgplicht van de regering voor het onderwijs – om incidenten in het onderwijs en problemen met (zeer) zwakke scholen te kunnen wegnemen en te kunnen voorkomen?

Een tweede knelpunt dat wij signaleren is de verhouding tussen de inzet van publiekrechtelijke sturingsinstrumenten en overige sturingsinstrumenten? Martijn Nolen schetst in zijn preadvies een scala aan sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard. Het aantal sturingsinstrumenten van privaatrechtelijke aard neemt – net als het aantal publiekrechtelijke sturingsinstrumenten – toe. Ook factoren die het keuzegedrag van ouders,

leerlingen en studenten beïnvloeden, kunnen sturing aan onderwijsorganisaties geven. Deze overige sturingsinstrumenten kunnen eenzelfde of zelfs een grotere impact hebben dan de publiekrechtelijke sturingsinstrumenten, maar zijn niet met dezelfde publiekrechtelijke waarborgen omkleed. Alle betrokken ‘stakeholders’ van een onderwijsorganisatie zouden daarom (meer) aandacht moeten hebben voor de cumulatieve effecten van de inzet van publiekrechtelijke en overige sturingsinstrumenten. Voorkomen zou moeten worden dat er naar aanleiding van een kwestie wordt ‘overgereageerd’. In dit verband menen wij dat van de overheid mag worden verwacht dat zij vertrouwen heeft in de werking van het veld. In eerste instantie zou de overheid moeten vertrouwen op de inzet van de overige, vaak private instrumenten. Mocht dat ondanks het gestelde vertrouwen niet werken, dan zou in een later stadium alsnog een publiekrechtelijk sturingsinstrument kunnen worden ingezet.

Een afgeleide van het voorgaande is de openbaarmaking van informatie. Wij menen dat openbaarmaking van informatie – met name sancties en andere bestuursrechtelijke maatregelen – zware effecten voor onderwijsorganisaties kan hebben en dat openbaarmaking daarom met voldoende waarborgen zou moeten zijn omkleed. Wij constateren in dat verband dat er veel verschillende soorten openbaarmakingsregimes in het onderwijsrecht bestaan. Een essentieel deel daarvan gaat bovendien uit van een gebonden bevoegdheid: de minister of de Inspectie moet tot openbaarmaking van voor de onderwijsorganisatie belastende informatie overgaan. Wij bevelen in de eerste plaats aan om een uniforme regeling ten aanzien van de openbaarmaking van informatie in het onderwijs op te stellen. In de tweede plaats zou de openbaarmaking met meer waarborgen moeten zijn omkleed, waarvan de belangrijkste is dat er een belangenafweging kan plaatsvinden. Ten behoeve van de nieuw op te stellen regeling kan inspiratie worden ontleend aan artikel 12u van de Instellingswet ACM. Daarin zijn waarborgen neergelegd ten aanzien van de beoordeling van de vraag of openbaarmaking op zijn plaats is, wanneer die openbaarmaking zou moeten plaatsvinden en of de openbaarmaking evenredig en proportioneel is.

16.5 Tot slot

Wij begrijpen dat de minister en de Inspectie (en de NVAO) dicht bij het onderwijs willen staan. Incidenten enerzijds en de ambitie om tot de mondiale top 5 te willen behoren anderzijds, eisen dat ook. Nieuwe, aangescherpte normen en andere publiekrechtelijke sturingsinstrumenten lijken elkaar steeds sneller op te volgen. Waar voorheen het sturingsinstrumentarium voornamelijk bestond uit ‘eenzijdige’ sturingsmogelijkheden, door ons in dit preadvies ‘interveniëren’ genoemd, voorzien wij dat nu steeds vaker zal worden gekozen voor ‘tweezijdige’ sturingsmogelijkheden. De invoering van prestatiebekostiging en de bijbehorende prestatieafspraken zijn daarvoor een eerste aanzet. Op deze manier wordt mogelijk getracht de begrenzendende werking van artikel 23 Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te ontwijken (waarvan het overigens nog maar de vraag is of dat is gelukt). Immers, de overheid legt niet eenzijdig kwaliteitsnormen op, want de instellingen stellen die zelf voor. Feit blijft echter dat de overheid zich nog steeds met de kwaliteit van het onderwijs inlaat, omdat zij zich bij de beoordeling van de prestatiebekostiging zal moeten afvragen of de prestatieafspraken voldoende

adequaat zijn om voor prestatiebekostiging in aanmerking te brengen en of de prestatieafspraken na afloop van het tijdvak ook zijn gerealiseerd. Bovendien wordt verondersteld dat de onderwijsorganisaties op basis van vrijwilligheid overgaan tot het maken van prestatieafspraken met de minister van OCW, maar wij kunnen ons voorstellen dat dit – te meer op de lange termijn – niet per se door de onderwijsorganisaties zo hoeft te worden ervaren.

Bevoegdheid creëert ook verantwoordelijkheid. De keerzijde van de verschuiving van de positie van de overheid richting de onderwijsorganisaties is het risico van overheidsaansprakelijkheid. Bovendien vereist sneller ingrijpen een (nog) duidelijke(re) wettelijke basis: voor de onderwijsorganisaties moet buiten kijf staan aan welke normen zij moeten voldoen en of niet-naleving daarvan zou kunnen leiden tot een (bekostigings)sanctie. Moeizaam in dat verband is de samenloop van de toezichtstaak van de Inspectie en haar bevoegdheid om daarvoor eigen normen te stellen.

Verder zou aan de openbaarmaking van maatregelen en sancties naar ons idee bijzondere aandacht mogen worden besteed. Gelet op de betrokkenheid van de samenleving bij het onderwijs gaat van openbaarmaking van sancties een zelfstandige sturing van de onderwijsorganisaties uit. De openbaarmaking is daarentegen niet met dezelfde waarborgen omkleed als de sanctie of maatregel zelf.

Alles hangt tot slot samen met artikel 23 Grondwet; daar kunnen wij niet om heen. In hoeverre vereist de zorgplicht van de regering voor het onderwijs (lid 1) dat de minister anno 2014 meer van onderwijsorganisaties mag vergen als het gaat om de kwaliteit van onderwijs? In hoeverre staat daaraan (nog) de vrijheid van (in)richting van onderwijs in de weg? Is artikel 23 Grondwet in de huidige tijdgeest voor de regering niet te strikt van opzet om aan haar zorgplicht uit het eerste lid te *kunnen* voldoen? Mogelijk dat bepaalde leden van dit Grondwetsartikel in dat verband ruimer zouden moeten worden geïnterpreteerd. Hoe dit ook zij, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen in ieder geval dat normen duidelijk, kenbaar en voorzienbaar zijn, te meer wanneer er zware publiekrechtelijke sturingsinstrumenten worden ingezet. Ook bij de publiekrechtelijke sturing van prestaties in het onderwijs komt het namelijk aan op het zoeken naar een balans. Daarbij kan voldoende worden gestuurd zonder de autonomie van de onderwijsorganisatie en de zorgvuldigheid uit het oog te verliezen.



Privaatrechtelijke sturing in het onderwijs: bijzonder onderwijsrecht in nood?

mr. Martijn Nolen

1. Inleiding

1.1 Introductie

In het onderwijsrecht ervaar ik de laatste jaren vier ontwikkelingen die mogelijk fundamentele gevolgen kunnen hebben voor het onderwijsrecht in het algemeen en de onderwijswetgeving in het bijzonder.

De eerste ontwikkeling is de wens om artikel 23 Grondwet meer in een ‘maatschappelijk perspectief te plaatsen. Het advies van de Onderwijsraad uit 2012 en het onderliggende onderzoek over de uitleg van het ‘richtingbegrip’ zijn hiervan voorbeelden.¹

De tweede ontwikkeling is de blijvende behoefte aan uniformering van het begrippenkader in de onderwijswetgeving. De vragen van het lid Bisschop over het begrip ‘bevoegd gezag’ en het daaropvolgende onderzoek naar de juridische adressant van de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid illustreren dit.²

De overheid heeft ook een voorkeur voor verdere harmonisatie van de onderwijswetgeving met de Algemene wet bestuursrecht en doet bij de handhaving vaker een beroep op de Algemene wet bestuursrecht. Vanuit de Universiteit van Tilburg wordt alvast overwogen dat afwijkingen van de Awb in het bijzonder onderwijsrecht te vaak onvoldoende gerechtvaardigd zijn en wordt er voor gepleit te komen tot een verdere harmonisering en aanpassing van de onderwijswetgeving.³ Barkhuysen en Claessens richten zich in hun preadvies voor een belangrijk deel op de effecten van deze derde ontwikkeling.

Tot slot kan een vierde ontwikkeling worden onderscheiden. De onderlinge verhoudingen in het onderwijs ‘verzakelijken’ en in alle semipublieke sectoren neemt de prestatiedruk toe.⁴ Deze verzakelijking uit zich in het onderwijsrecht onder meer door een toe-

1 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad, 2012 en P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*. Eindrapport, Rotterdam / Amsterdam / Schoonhoven / Tilburg, 14 juni 2011.

2 P.H. Huisman en C.H.C. Overes, *De juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de WEB en de WHW*, Ministerie van OCW, Den Haag, 17 januari 2014. Zij wijzen op de onwenselijkheid van het gegeven dat het bevoegd gezag niet in elke sector de rechtspersoon is.

3 J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zoontjens, *‘De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is’*, NTB 2014/15.

4 S. Harchaoui, R. Janssens, J. van der Meer, *Klaar voor de start. Overwegingen bij de startkwalificatie*, (RMO Essay) Den Haag: RMO 2013. De term ‘verzakelijking’ ontleen ik aan het persbericht van de Algemene Rekenkamer van 30 juni 2014 bij Algemene Rekenkamer, *Bekostiging voortgezet onderwijs*, Den Haag 30 juni 2014.

nemend gebruik van een privaatrechtelijk begrippenkader en een beroep door betrokkenen op privaatrechtelijke sturingsinstrumenten. In dit preadvies richt ik mij op deze vierde ontwikkeling.

Een illustratie van de verzakelijking van de verhouding in het onderwijs leest u bijvoorbeeld in een brief van de Minister van OCW uit 2013. In deze brief merkt Bussemaker op dat de overheid en de politiek ‘opdrachtgever’ zijn van het onderwijs en dat de overheid maatregelen moet kunnen nemen ‘als het vertrouwen wordt beschaamd’.⁵ De Minister van OCW wenst daarom te kunnen sturen en ‘daar waar nodig en wenselijk’ het beleid daarop bij te stellen.⁶ De term ‘opdrachtgever’ getuigt van een zakelijke benadering. De relatie opdrachtgever en opdrachtnemer is daarbij van origine uitgewerkt in Boek 7 Titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. De benadering impliceert een verbintenis waarbij de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever verbindt om de door die opdrachtgever te benoemen werkzaamheden te verrichten.

Ook de populariteit van prestatieafspraken in het onderwijs bevestigt deze verzakelijking.⁷ De overheid beschouwt het geven van onderwijs als de te verrichten prestatie, benoemt specifieke beleidsdoelen en stelt vooraf de gewenste kwalitatieve uitkomst vast. Diezelfde overheid sluit vervolgens met onderwijsorganisaties liefst individuele afspraken en toetst de realisatie. Als sluitstuk doet de overheid een beroep doen op doorzettingsmacht, al dan niet van privaatrechtelijke aard.

Ik ben mij ervan bewust dat niet alleen de verhouding overheid-onderwijsorganisaties verzakelijkt. Dezelfde ontwikkeling treffen we ook aan binnen onderwijsorganisaties, tussen onderwijsorganisaties en in de relatie met ouders, leerlingen/studenten en het bedrijfsleven. Het bestuur en intern toezicht professionaliseert⁸ en het aantal ‘educational malpractice’ claims groeit.⁹

1.2 Doelstelling preadvies en deelvragen

De genoemde vier ontwikkelingen vormen de aanleiding voor dit preadvies. Een onderliggende vraag is of het bijzonder onderwijsrecht als functioneel rechtsgebied ‘in nood’ is?¹⁰ Barkhuysen en Claessens richten zich in hun preadvies op de publiekrechtelijke

5 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5, p. 5.

6 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5, p. 3.

7 Stb. 2012/534 (Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs) en Stcrt. 2012, nr. 5808, 26 maart 2012 (Regeling prestatiebox mbo). Zie tevens het voorstel van het Ministerie van OCW inzake bekostiging en kwaliteitsafspraken in het mbo: Ministerie van OCW, Concept Regeling kwaliteitsafspraken mbo, 1 oktober 2014..

8 Nationaal Register, *Toolkit Toezicht Onderwijs. Stevig toezicht voor goed onderwijsbestuur*, Den Haag: Nationaal Register, 2014 en Commissie Goed Onderwijsbestuur VO, *De letter en de geest. Adviezen voor versterking van de bestuurskracht in het voortgezet onderwijs*, Utrecht: VO-raad, September 2014. Auteur heeft geen analyse van dit laatste rapport gemaakt.

9 P. Louwerse, ‘Procederen tegen een vijf’, *Advocatenblad* 2013/8, p. 40-41.

10 Ik ontleen de zinsnede ‘in nood’ aan: T. Hartlief, *Privaatrecht in nood – Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiek-recht* (Preadvies NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 137.

context. Als gezegd, ik zal mij focussen op de verzakelijking van het onderwijs vanuit de privaatrechtelijke context.

Met dit preadvies probeer ik inzicht te krijgen in de directe of indirecte sturing middels het privaatrecht op prestaties in het onderwijs. De doelstelling van dit preadvies is om een schets te geven van privaatrechtelijke sturing in het onderwijs en te bezien wat daarvan de gevolgen zijn voor onderwijsorganisaties, hun bestuurders en hun intern toezichthouders in het onderwijs.

Om aan deze doelstelling inhoud te geven zal ik in dit preadvies drie vragen aan de orde stellen:

1. *Welke privaatrechtelijke sturingsinstrumenten treffen we aan in het onderwijs?*
2. *Wat is de betekenis van deze privaatrechtelijke sturingsinstrumenten voor het onderwijs als prestatie en de daaruit voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders en intern toezichthouders voortvloeiende verplichtingen?*
3. *Welk effect heeft de geschetste ontwikkeling voor de rol van het onderwijsrecht in het algemeen en de onderwijswetgeving in het bijzonder?*

1.3 Opzet

De opzet van het preadvies is als volgt.

Na deze inleiding introduceer ik in hoofdstuk 2 het begrip prestatie en het begrip sturing. Ook motiveer ik in dit hoofdstuk de wijze waarop ik de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten rubriceer.

In de hoofdstukken 3, 4 en 5 bespreek ik de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten. Bij deze bespreking komen steeds de volgende aspecten aan bod:

- de wettelijke grondslag;
- het algemeen juridisch kader en de toepasselijke norm;
- de bevoegdheid tot gebruik van het privaatrechtelijke instrument.

Als nuttig komen eventuele bijzonderheden en/of voorbeelden in het onderwijs aanbod. Ook ga in op eventuele voorgenomen wetswijzigingen.

Hoofdstuk 6 vat mijn bevindingen van de besproken privaatrechtelijke sturingsinstrumenten samen. In hoofdstuk 7 ga ik in op de betekenis van de privaatrechte sturingsinstrumenten voor het onderwijs en zet ik het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten af tegen de vrijheid van richting en inrichting in het onderwijs en de tweewegenleer. Hoofdstuk 8 bevat enkele opmerkingen van algemene aard over mijn bevindingen.

Ik rond in hoofdstuk 9 af met een nadere beschouwing op de toekomst van het bijzonder onderwijsrecht.

1.4 Leeswijzer en verantwoording

In dit preadvies is gekozen voor het begrip onderwijsorganisatie als alomvattend begrip. Onder het begrip onderwijsorganisatie versta ik de rechtspersoon die één of meer instellingen in stand houdt. In het primair en voortgezet onderwijs staat de rechtspersoon gelijk aan het bevoegd gezag. In het middelbaar beroepsonderwijs zette de wetgever die stap (helaas) nog niet. Bij roc's is het college van bestuur het bevoegd gezag en het hoger onderwijs hanteert de term instellingsbestuur.

In dit preadvies richt ik mij verder voornamelijk op onderwijsorganisaties met de rechtsvorm stichting; ook omwille van de leesbaarheid en de omvang. Onverminderd het openbare karakter of de bijzondere grondslag van het onderwijs worden de meeste instellingen immers in stand gehouden door stichtingen. Alleen bij de universiteiten is de publiekrechtelijke rechtspersoon in de meerderheid.

In dit preadvies kies ik voor het raad van toezicht-model als uitgangspunt. Weliswaar geldt dat in het onderwijs ook andere modellen voor de scheiding van de functies bestuur en intern toezicht mogelijk zijn, maar het steeds benoemen van de verschillende modellen beperkt de leesbaarheid.¹¹ Effect van deze keuze is dat ik met intern toezichthouders de leden van de raad van toezicht bedoel. Tenzij anders blijkt, ga ik er in dit preadvies verder vanuit dat bestuurders belast zijn met de eindverantwoordelijkheid voor de dagelijkse leiding en algemene gang van zaken, dat zij de functie bestuur vervullen en dat zij bezoldigd worden.

Het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten bespreek ik voor de onderwijssectoren primair onderwijs, voortgezet onderwijs, middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs. Dit preadvies gaat in beginsel niet in op de Wet op de expertisecentra. Ook komen de wettelijke bepalingen die verband houden met de met ingang van 1 augustus 2014 in werking getreden Wet passend onderwijs niet aan bod.¹²

Tot slot. Het overzicht van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten in het onderwijs is niet uitputtend. Het onderliggende literatuuronderzoek bij dit preadvies is afgesloten op 1 oktober 2014. Zo komt bijvoorbeeld de relatie werkgever-werknemer niet aan bod. Dat geldt ook voor de relatie tussen onderwijsorganisaties en bijvoorbeeld toeleveranciers en dienstverleners.

11 Zie over die modellen o.a. M.F. Nolen & P.W.A. Huisman, 'Goed toezicht bij goed bestuur', *School en Wet* 2009/6, p. 6 e.v.

12 De motivering is dat samenwerkingsverbanden passend onderwijs direct of indirect worden beheerd door die onderwijsorganisaties die regulier onderwijs geven. Voor de instellingen in het speciaal onderwijs voor cluster 3 en 4 geldt een beperkte zelfstandigheid; zij zijn voor hun functioneren sterk afhankelijk van hun samenwerking met die samenwerkingsverbanden.

2. Prestaties in het onderwijs: een inleiding op het algemene thema

2.1 Opzet hoofdstuk

Dit hoofdstuk vormt een inleiding op het algemene thema. Om inzicht te kunnen krijgen in de privaatrechtelijke sturing op prestaties in het onderwijs, is het noodzakelijk om vooraf helderheid te hebben over de begrippen sturing en interventie (paragraaf 2.2). In de volgende paragraaf kunt u lezen wat ik onder het begrip prestatie versta en hoe ik de relatie tussen prestatie en bekostiging beschouw (paragraaf 2.3). Een vraag is wat een prestatie is, welke (verschillende soorten) prestaties er zijn en welke mogelijke tendensen we kunnen ontdekken. In paragraaf 2.4 motiveer ik de wijze waarop ik de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten rubriceer.

Ik ben mij ervan bewust dat delen van dit hoofdstuk deels overeenkomen maar soms ook iets afwijken van het preadvies van Barkhuysen en Claessens.

2.2 De begrippen sturing en interventie

Het privaatrecht regelt de rechtsverhoudingen binnen rechtspersonen en tussen personen. Het gebruik van het privaatrecht kan het presteren van onderwijsorganisaties sturen en daarmee de uitkomst van onderwijsprestaties beïnvloeden. Dat geldt ook voor het door anderen dan de onderwijsorganisaties gebruik maken van het privaatrecht.

Onder privaatrechtelijke sturing in het onderwijs versta ik daarom het met behulp van privaatrechtelijke instrumenten beïnvloeden van een prestatie van een onderwijsorganisatie. Daar waar ik in dit preadvies spreek over een interventie versta ik daaronder elke handeling die erop gericht is de naleving van rechtsregels te bevorderen. Deze ruime definitie ontleen ik aan Michiels en is nuttig omdat daaronder ook wordt begrepen vormen van handhaving zoals openbaarmaking en voorlichting.¹³ Een interventie impliceert daarbij een 'doen'. Elke interventie wordt verricht met het oog op een bepaald te bereiken doel. Een interventie kan privaatrechtelijk van aard zijn, maar dat is geen vereiste. Wel focus ik mij – als gezegd – in dit preadvies voornamelijk op de privaatrechtelijke sturingsinstrumenten.

De begrippen sturing en interventie zijn nauw verwant met de begrippen toezicht en handhaving. Op het moment dat handhaving vooral is gericht op het onderzoeken, treffen en tenuitvoerleggen van sancties en maatregelen, staat handhaving meer synoniem voor toezicht.¹⁴ Vanuit het perspectief van de overheid spreken we dan over extern toezicht gericht op de uitoefening van publieke taken.¹⁵ Dit externe toezicht is geregeld in de diverse sectorwetten en de Wet op het onderwijstoezicht. Het externe toezicht omvat

13 F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, VAR-preadvies, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 12.

14 F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 10.

15 Kaderstellende visie op toezicht 2005, *Minder last, meer effect*, Den Haag: Ministerie van BZK, 2005, p. 11. Zie ook: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toeziën op publieke belangen. Naar een vernuimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

in het onderwijs ook het onderzoeken, analyseren, beoordelen en beslissen of onderwijsorganisaties aan de bekostigingsvoorwaarden of andere door de overheid benoemde normen voldoen. Een dergelijke analyse van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO leidt in eerste instantie vooral tot een waardering van de kwaliteit van de prestatie.¹⁶ Afhankelijk van de uitkomst van deze waardering, kan vervolgens worden besloten tot handhaving.

Binnen onderwijsorganisaties kan ook sprake zijn van toezicht en handhaving. De raad van toezicht houdt bijvoorbeeld intern toezicht op het bestuur van de onderwijsorganisatie. Hij let daarbij niet alleen op de prestaties die de overheid verlangt, maar kan ook een aanvullend toetsingskader vaststellen en normen benoemen die passen bij het karakter van de eigen organisatie. Op zijn beurt stelt een bestuur beleidsplannen op en begrotingen vast en kan hij gedragsregels benoemen. Het bestuur zal sturen op de verwezenlijking van het beleidsplan, daarop toezicht houden en kan de naleving van interne gedragsregels handhaven door middel van interventies.

2.3 Prestaties in het onderwijs

2.3.1 Soorten prestaties in het onderwijs

Barkhuysen en Claessens onderscheiden in hun preadvies drie soorten prestaties:

- prestaties gericht op het onderwijs zelf ('onderwijsprestatie');
- prestaties gericht op de eigen onderwijsorganisatie, daaronder begrepen het besturen, het intern toezicht houden en het financieel beheren ('bestuursprestaties' of 'organisatie prestaties');
- prestaties gericht op zowel het onderwijs als op de organisatie, zoals de borging van de sociale veiligheid en daarmee verwante randvoorwaarden ('hybride prestaties').

Barkhuysen en Claessens lijken hun begrenzing en onderscheiding voornamelijk te ontleenen aan de bij of krachtens de onderwijswetgeving voor de erkenning en bekostiging van het onderwijs te gelden prestatienormen.

Vanuit het privaatrecht bezien is juist de eerste stap op welke prestatie een rechtspersoon gericht is, of die prestatie wordt verricht en wie die prestatie 'afneemt'. De tweede stap is pas of die prestatie kan leiden tot een erkenning in de zin van de onderwijswetgeving, of die prestatie voor bekostiging door de overheid in aanmerking komt en zo ja, of bij het verrichten van die prestatie wordt voldaan aan de bij of krachtens de wet gestelde normen.

¹⁶ Artikel 11 Wet op het onderwijstoezicht en onder meer Stcrt. 2012, nr. 26249, 19 december 2012 (Toezichtkader VO 2013). Zie voor het hoger onderwijs: Hoofdstuk 5a WHW en Stcrt. 2010, nr. 21523, 31 december 2010 (Beoordelingskaders accreditatiestelsel hoger onderwijs).

2.3.2 Onderwijsprestaties en bekostiging

Tegenover de onderwijsprestatie staat een recht op bekostiging

Bekostiging van het onderwijs is 'gewoon' subsidie.¹⁷ Op hoofdlijnen kennen we in het onderwijs twee vormen van bekostiging: (i) reguliere bekostiging en (ii) overige subsidiëring. Als hoofdregel kan gelden dat de reguliere bekostiging voor een onderwijsorganisatie voldoende moet zijn om aan de normen voor de onderwijsprestatie te voldoen.¹⁸ Subsidiëring op grond van de Wet overige OCW-subsidies heeft eerst en vooral aanvullende werking. Deze wet biedt het Rijk de grondslag overige of aanvullende bekostiging toe te kennen ten behoeve van specifiek te benoemen organisaties en programma's.¹⁹

Systematiek reguliere bekostiging en overige subsidiëring

De systematiek van reguliere bekostiging is als volgt. Voor elke onderwijssector wordt jaarlijks in de Rijksbegroting een macrobudget vastgesteld en dat macrobudget wordt vervolgens verdeeld tussen de onderwijsinstellingen. De onderwijswet- en regelgeving benoemt daartoe vooraf prijsfactoren die tezamen de omvang van het recht op bekostiging bepalen.

De meeste prijsfactoren zijn kwantitatief. Voorbeelden zijn:

- prijsfactor aantallen ingeschreven leerlingen/studenten (inputbekostiging);
- prijsfactor aantallen verstrekte diploma's/getuigschriften (outputbekostiging);
- prijsfactor onderwijs- of opleidingssoort, niveau onderwijs of opleiding;
- prijsfactoren die zien op bijvoorbeeld sociale achtergrond, ondersteunings- en zorgbehoeften, instroomniveau.

Recentelijk is deze systematiek nog eens beschreven voor het mbo door de Commissie Herziening Prijsfactoren MBO.²⁰

De op grond van de Wet overige OCW-subsidies te verstrekken subsidies hebben als gezegd aanvullende werking. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de Wet overige OCW-subsidies '*niet van toepassing is ingeval van subsidieverstrekking krachtens andere wetgeving. Dit houdt in het bijzonder in dat het wetsvoorstel geen betekenis heeft voor de reguliere bekostiging van het onderwijs en onderzoek*'.²¹ Van een dergelijke situatie zou slechts in een '*bijzonder geval*'

17 Deze zin is direct ontleend aan: J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zootjens, 'De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is', *NTB* 2014/15.

18 Zie hierover ook: C.W. Noorlander en P.J.J. Zootjens, 'Bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs', *School en Wet* 2011, p. 5-12.

19 Voorbeelden van bekostigde activiteiten zijn subsidies verleend aan organisaties als Platform Bèta-Tech-niek, Kennisnet, LSVB/ISO/JOB. Voorbeelden van gesubsidieerde programma's zijn Studiekeuze 123, jonggehandicapten, Sirius, invoering Passend Onderwijs of ICT in het Onderwijs. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VIII, nr. 2, p. 217 (Rijksbegroting 2014).

20 Advies Commissie Herziening Prijsfactoren MBO, *Prijsfactoren onder de loep. Op weg naar een robuust prijsfactorienmodel in het mbo*, Den Haag: Ministerie van OCW, 5 juni 2014. Zie ook Algemene Rekenkamer, *Bekostiging voortgezet onderwijs*, Den Haag 30 juni 2014.

21 *Kamerstukken II* 1997/98, 25671, nr. 3, p. 2-3.

sprake zijn.²² Blijkens de wet zelf kunnen ze niet worden verstrekt indien de Minister van OCW op grond van een andere wettelijke bepaling reeds subsidie kan verstrekken (artikel 3 Wet overige OCW-subsidies).

Een dunne scheidslijn?

In de praktijk blijkt de scheidslijn tussen de reguliere bekostiging en overige subsidiëring dun. De onderwijswetgeving maakt het namelijk mogelijk om aan onderwijsorganisaties aanvullende of overige bekostiging toe te kennen dat onderdeel vormt van het recht op reguliere bekostiging.

Artikel 123 WPO biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid om indien bijzondere ontwikkelingen daartoe aanleiding geven, bij ministeriële regeling voorschriften vast te stellen omtrent het verstrekken van 'bijzondere bekostiging' voor personeelskosten in het primair onderwijs. Wanneer sprake is van een bijzondere ontwikkeling is of hoe de bepaling zich verhoudt tot de Wet overige OCW-subsidies is niet duidelijk. De bepaling dateert uit 2005 en is ingevoerd in het kader van de lumpsumbekostiging in het primair onderwijs. De bepaling zou nodig zijn om 'snel te kunnen inspelen op bijzondere ontwikkelingen in de sector'.²³ De laatste jaren lijkt de grondslag populair te worden en een steeds bredere invulling te krijgen. Zo is kennelijk al sprake van een bijzondere en actuele ontwikkeling als het gaat om het ondersteunen van jonge leerkrachten, pilotprojecten tweetalig onderwijs en het verbeteren van het taal- en rekenonderwijs.²⁴

Artikel 2.2.3 WEB biedt de Minister van OCW de mogelijkheid om 'al dan niet onder door hem op te leggen verplichtingen' en 'ten behoeve van de ontwikkeling van het bestel van het beroepsonderwijs' een bedrag toe te voegen aan de reguliere bekostiging van een roc. Artikel 2.2.3 WEB is sinds enkele jaren de grondslag voor een hele waaier aan regelingen die zien op bijzondere prestaties.²⁵ Bijzonder aan artikel 2.2.3 WEB is dat de mogelijkheid om aanvullende middelen toe te kennen oorspronkelijk was beperkt tot maximaal 2% van de reguliere rijksbijdrage.²⁶ Zonder nadere toelichting van de zijde van de regering is deze beperking per 1 augustus 2008 geschrapt.²⁷

22 *Kamerstukken II* 1997/98, 25671, nr. 3, p. 2.

23 *Kamerstukken II* 2003/04, 29736, nr. 3, p. 22.

24 Inmiddels vinden onder meer de volgende bekostigingsregelingen hun grondslag in artikel 123 wpo: Regeling bekostiging personeel PO 2013–2014 en aanpassing bedragen leerlinggebonden budget VO 2013–2014, Regeling bekostiging personeel PO 2014–2015 en vaststelling bedragen voor ondersteuning van leerlingen in het PO en VO 2014–2015, Regeling bijzondere en aanvullende bekostiging jonge leerkrachten, Regeling bijzondere en aanvullende bekostiging PO en VO 2013, Regeling prestatiebox primair onderwijs en Subsidieregeling pilot tweetalig primair onderwijs.

25 Zie onder meer: Regeling aanvullende bekostiging bekwaamheid van het management en professionalisering onderwijspersoneel Middelbaar Beroepsonderwijs, Regeling aanvullende bekostiging praktijkgerichte leeromgeving 2007, Regeling bijzondere en aanvullende bekostiging jonge leerkrachten, Regeling intensivering Nederlandse taal en rekenen mbo, Regeling Leerplusarrangement VO, Nieuwkomers VO en eerste opvang Vreemdelingen 2009, Regeling praktijkleren en Groene plus, Regeling prestatiebox mbo, Regeling Prestatiebox Voortgezet Onderwijs, Regeling regionaal investeringsfonds mbo, Regeling versterking van salarismix leraren middelbaar beroepsonderwijs in de Randstadregio's, Regeling visueel gehandicapte leerlingen WVO en deelnemers WEB 2010–2012, Tijdelijke regeling School Ex 2013–2014.

26 Stb. 1995, 501 (artikel 2.2.3 lid 2 WEB).

27 Stb. 2008, 267 (Wet deregulering en administratieve lastenverlichting WEB).

Experimenteerbepalingen?

Sinds een aantal jaren kent elke sectorwet ook zogeheten experimenteerbepalingen (artikelen 176k WPO, 118t WVO, 11a.1 WEB en 1.7a WHW). Deze experimenteerbepalingen bieden de overheid de mogelijkheid om met het oog op de verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of de doelmatigheid van het onderwijs af te wijken van het bepaalde in de sectorwet. De bepalingen bieden in beginsel ook de mogelijkheid om af te wijken van regelingen die zien op de verdeling van de reguliere bekostiging.

De bekostiging in het kader van de prestatieafspraken in het hoger onderwijs is bijvoorbeeld gebaseerd op de experimenteerbepaling. Artikel 1.7a WHW vormt de wettelijke grondslag van het Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs. De oorspronkelijke wens was om artikel 4.11 van het Uitvoeringsbesluit WHW 2008 te wijzigen en artikel 2.6 WHW als grondslag te benutten. De Raad van State was van mening dat dit *'artikel het hoger onderwijs bestedingsvrijheid garandeert en sturing op specifieke, door de minister te beoordelen kenmerken van de instelling uitsluit'*.²⁸ Als alternatief voor de korte termijn wees de Raad van State op de mogelijkheid van een experiment.²⁹ Inmiddels wordt 7% van de in totaal voor het hoger onderwijs jaarlijks beschikbare reguliere bekostiging niet langer als lumpsumbedrag toegekend.³⁰

Rijksmiddelen onderwijs en onderzoek (Rijksbegroting OCW)	
Reguliere middelen onderwijs en onderzoek	Overige of aanvullende middelen onderwijs en onderzoek
Aan te wenden ten behoeve van onderwijs en onderzoek	Aan te wenden ten behoeve van in subsidiebesluit benoemd doel
• Deugdelijkheidseisen benoemd in Wpo, Wvo, Web en Whw • Uitgangspunt is dat reguliere bekostiging/ Rijksbijdrage voldoende is om aan deugdelijkheidseisen te voldoen • Algemene regels tot verdeling reguliere middelen benoemd in Wpo, Wvo, Web en Whw. Lagere regelgeving werkt verdeelsleutel verder uit. • Geen normatieve of kwalitatieve toetsing vooraf (artikel 23 Grondwet "geven van onderwijs is vrij") • In sectorwetten opgenomen bepalingen met benamingen als 'experiment', 'overige bekostiging' of 'aanvullende bekostiging'	• Wet overige OCW-subsidies • Er worden geen overige middelen toegekend voor prestaties benoemd sectorwetgeving • Tijdelijk karakter

Grensgevallen?

Figuur 1: Bekostiging in het onderwijs

28 Stcrt. 2012, 15449, p. 11.

29 Stcrt. 2012, 15449, p. 12.

30 Rechtbank Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1707 (Hogeschool Leiden).

2.4 Prestatienormen in het onderwijs

2.4.1 *Kwalitatieve ondergrens als prestatienorm*

De onderwijswetgever hanteert in beginsel een kwalitatieve ondergrens als norm voor de onderwijsprestatie. De vraag wanneer sprake is van een onderwijsprestatie is nauw verbonden met wat door de commissie-Dijsselbloem het ‘wat’ van het onderwijs is gaan heten.³¹ Van oudsher wordt het ‘wat’ objectief ingevuld.

De minimale kwaliteit van het onderwijs als prestatie valt onder te verdelen in de volgende verplichtingen:

- Onderwijs dat past binnen de algemene zorgplichten van de onderwijsorganisatie (vgl. artikel 10 WPO en artikel 23a WVO; artikel 7.2.7 lid 1 WEB; artikel 7.4 lid 2 WHW).³²
- Onderwijs dat past binnen de door de onderwijswetgever benoemde uitgangspunten of doelstellingen (artikelen 1.2.1, 1.3.5, 1.3.7 WEB; artikel 1.1 onder c en d en artikel 1.3 WHW).
- Onderwijs dat aansluit op de door de onderwijswetgever benoemde kerndoelen, programma en eindniveau (vgl. artikelen 8 en 9 WPO; artikelen 11–15 en 17 WVO; artikel 7.1.2 WEB; artikel 7.3 lid 2 WHW).
- Onderwijs dat tenminste een door de wet benoemde omvang kent (artikel 15 WPO; artikel 6g WVO; artikelen 7.2.7 lid 1, 7.2.4a en 7.2.7 lid 3 WEB; artikelen 7.4 lid 2 en 7.4a WHW).
- Onderwijs dat leidt tot door de onderwijswetgever benoemde minimale leerresultaten (artikel 10a WPO).

Is geen sprake van onderwijs dat voldoet aan de minimale kwaliteitsnorm, dan heeft dat invloed op het recht op bekostiging en kan dit leiden tot een interventie door de overheid.

De onderwijswetgeving biedt alsdan de mogelijkheid een deel van de bekostiging terug te vorderen en op te schorten (artikelen 164 WPO, 104 WVO, 11.1 WEB en 15.1 WHW) of zelfs het recht op bekostiging als zodanig te beëindigen (artikel 109a WPO en artikel 164 WVO). Het bestuursrecht biedt de mogelijkheid de bekostiging terug te vorderen wegens het ‘*niet plaatsvinden van de activiteit*’ of het ‘*niet voldaan hebben aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen*’ (artikel 4:48, 4:49 en 4:57 Awb). Zie hierover het preadvies van Barkhuysen en Claessens en in het bijzonder de annotatie van Claessens bij de terugvordering van onderwijsbekostiging bij Stichting Noor.³³ De grens tussen beide

³¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31007, nr. 6, p. 142–143.

³² Een met artikel 10 wpo en artikel 23a WVO vergelijkbare algemene zorgplicht in het middelbaar beroeps-onderwijs en het hoger onderwijs ontbreekt op het eerste gezicht. Echter, zowel in de WEB als de WHW is bepaald dat een opleiding ‘studeerbaar’ is. ‘Studeerbaar’ houdt in dat de inrichting van het onderwijs zodanig moet zijn dat studenten in staat worden gesteld om het examen binnen de vastgestelde studieuur te behalen. Een ruime lezing van studeerbaarheid maakt deze bepalingen al snel tot algemene zorgplichten goed onderwijs.

³³ ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW954, AB 2012/378 m. nt. M. Claessens.

mogelijkheden vervaagt bij een verdere harmonisatie van de onderwijswetgeving met de Algemene wet bestuursrecht.

2.4.2 *De onderwijsprestatie als bekostigingsparameter*

Bijzonder aan prestatienormen in het onderwijs is dat deze niet alleen betekenis kunnen hebben voor het recht op bekostiging, maar ook op de omvang van dat recht. We kunnen de prestatienormen op basis van indicator of prijsfactor onderscheiden in twee groepen:

- algemene onderwijsprestaties;
- bijzondere onderwijsprestaties.

Een andere onderverdeling is mogelijk door te kijken naar de wijze van beoordeling. Bij kwantitatieve prestaties gaat het dan om prestaties die op basis van bijvoorbeeld aantallen objectief beoordeeld kunnen worden. Hier staan tegenover prestaties waarvan de beoordeling van de kwaliteit afhankelijk wordt gesteld van het voldoen aan ‘open normen’ en relatieve toetsing (hierna: ‘kwalitatieve prestaties’).

Objectieve prijsfactoren

De overheid hanteert bij de berekening van het recht op bekostiging voor een onderwijsprestatie meestal objectieve prijsfactoren. Objectieve prijsfactoren worden door de overheid benut om te sturen op bepaalde beleidsdoelstellingen en prikkels in te bouwen voor gewenst beleid.³⁴ Het verhogen van de bekostiging van leerlingen met een specifieke achtergrond maakt bijvoorbeeld beleid gericht op achterstandsgroepen mogelijk. Het toekennen van een extra recht op bekostiging voor kleine scholen, biedt een oplossing in krimpgebieden. Hetzelfde geldt voor het verhogen van de bekostiging voor technische studies; dat biedt ruimte voor extra personeel. Ook het bekostigen per diploma of het hanteren van hogere prijsfactoren bij snel studeren, heeft doorgaans een beleidsdoelstelling als achtergrond.

Een recent voorbeeld van sturing met behulp van objectieve prestatie-indicatoren treffen we aan in de Wet doelmatige leerwegen beroepsonderwijs en het in dat verband te wijzigen Uitvoeringsbesluit WEB.³⁵ Het verdeelmodel van het voor het mbo beschikbare macrobudget wijzigt met de introductie van een wegingsfactor voor de verblijfsjaren van een student in het mbo (aangeduid als ‘cascade’). De cascade heeft blijkens de Nota van Toelichting bij de concept-AMvB ten doel om instellingen te prikkelen tot vormgeving van intensieve, compacte opleidingen waarin studenten snel en effectief tot een zo hoog mogelijk diploma worden geleid.³⁶

34 Zie bijvoorbeeld E. Dijkgraaf e.a., *Onderzoek naar de relatie tussen financiële prikkels en schaalgrootte in het onderwijs*, Rotterdam: SEOR 15 april 2010 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 29) of de opmerkingen van de Onderwijsraad in *Onderwijsraad, Hoger onderwijs voor de toekomst*, Den Haag: Onderwijsraad 2011, p. 21.

35 Stb. 2013, 288 (Wet bevorderen van doelmatige leerwegen in het beroepsonderwijs en het moderniseren van de bekostiging van het beroepsonderwijs).

36 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33187, nr. 1, p. 2.

De Regeling prestatiebox primair onderwijs is een ander voorbeeld. Overeenkomstig artikel 2 lid 1 en lid 2 Regeling prestatiebox primair onderwijs verstrekt de Minister van OCW aan elk bevoegd gezag in de jaren 2011–2012 tot en met 2014–2015 bijzondere bekostiging voor het realiseren van afspraken ten aanzien van opbrengstgericht werken en de professionalisering van leraren en schoolleiders. De berekening van de bijzondere bekostiging geschiedt per school en per leerlingen. Dat zijn beide objectieveerbare aantallen. Hoewel de bestemming van de bijzondere bekostiging uitdrukkelijk is omschreven, heeft een bevoegd gezag de mogelijkheid de bijzondere bekostiging ook te besteden aan andere activiteiten van de school waarvoor bekostiging wordt verstrekt (artikel 4 Regeling prestatiebox primair onderwijs). Het lumpsum-karakter blijft daarmee overeind. Wel geldt dat er afspraken zijn gemaakt over het gewenste resultaat. De afspraken waarop de regeling doelt, gelden echter slechts op stelselniveau en vinden we terug in het tussen de Staat der Nederlanden en de PO-raad overeengekomen bestuursakkoord ter uitvoering van het Actieplan Leerkracht.³⁷ De uitvoering van dat bestuursakkoord en actieplan wordt in zijn algemeenheid geëvalueerd.

Relatieve prijsfactoren en bijzondere prestatie; afspraken over prestaties

Van recentere datum is het hanteren van de mate waarin een prestatie wordt gerealiseerd als prijsfactor. De prestatieafspraken in het hoger onderwijs en de prestatiebox in het middelbaar beroepsonderwijs zijn de twee meest pregnante voorbeelden.³⁸ De Minister van OCW heeft het voornemen ook in het mbo kwaliteitsafspraken als prijsfactor voor bekostiging in te zetten.³⁹

In de onderliggende (concept)regelingen treffen we een aantal inhoudelijke elementen aan die kenmerkend lijken voor bijzondere prestaties.

- De bijzondere prestatie past bij een door de overheid benoemde bijzondere beleidsdoelstelling. Deze doelstelling is al snel specifiek en kan van tijdelijke aard zijn.
- Een bijzondere prestatie impliceert een daadwerkelijk realiseren door de onderwijsorganisatie.
- Tegenover de bijzondere prestatie staat een recht op een groter aandeel in de reguliere bekostiging.
- Over het realiseren van de bijzondere prestatie wordt vooraf en achteraf aan de overheid verantwoording afgelegd.
- De overheid kan de mate waarin de bijzondere prestatie is of wordt gerealiseerd toetsen aan de hand van ‘open’ geformuleerde kwaliteitsnormen als ‘voldoende’, ‘adequaat’, ‘verbetering’ en ‘ambitie’. Ook kan de overheid de prestatie van een onderwijsorganisatie vergelijken met de prestaties van andere onderwijsorganisatie.

37 Bestuursakkoord primair onderwijs 2012–2015. *Impuls opbrengstgericht werken en professionalisering Basis voor Presteren, Leraar 2020, In Tien Jaar naar de Top*, Den Haag: 17 januari 2012 (Staat der Nederlanden/Vereniging PO-Raad).

38 Stb. 2012/534 (Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs) en Stcrt. 2012, nr. 5808, 26 maart 2012 (Regeling prestatiebox mbo).

39 Voorstel van het Ministerie van OCW inzake bekostiging en kwaliteitsafspraken in het mbo, 1 oktober 2014: ‘Concept Regeling kwaliteitsafspraken mbo’.

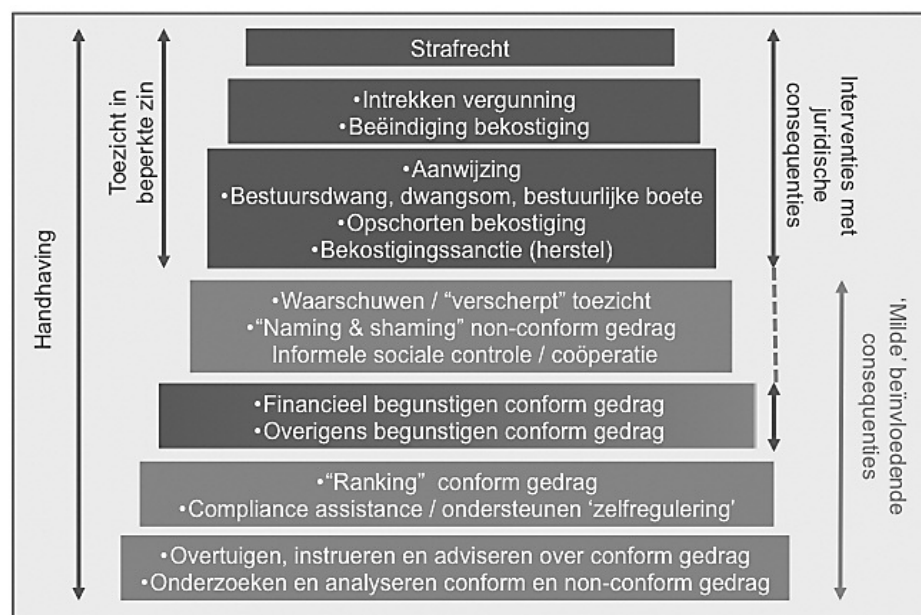
De open geformuleerde normen en de mogelijkheid prestaties kwalitatief te vergelijken maakt de prestatienorm – en daarmee het recht op reguliere bekostiging – relatief. Barkhuysen en Claessens bespreken de prestatieafspraken in het hoger onderwijs verder.⁴⁰ In paragraaf 7.5 ga ik kort in op het gehanteerde begrip afspraak en het gegeven dat hier sprake is van plannen die door de onderwijsorganisatie zelf worden opgesteld.

2.5 Rubricering privaatrechtelijke sturingsinstrumenten

Het is mogelijk de privaatrechtelijke sturing in het onderwijs op drie manieren te bespreken.

2.5.1 Interventiepiramide

Allereerst kan men gebruikmaken van de interventiepiramide. Het gebruik van een interventiepiramide maakt het mogelijk eerst de lichte privaatrechtelijke interventiemogelijkheden te bespreken en dan de zwaardere. Een dergelijke aanpak geeft de gelegenheid het gebruik van een interventie te toetsen aan het beginsel van proportionaliteit. De interventiepiramide die de Minister van OCW in 2006 gebruikte in de Beleidsnota 'Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht' heb ik hieronder verder aangepast.⁴¹



Figuur 2: Interventiepiramide onderwijs⁴²

40 Zie o.a. P.J.J. Zoontjens, 'Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs', AA 2014/1, p. 66-69.

41 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 11 (Beleidsnota Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht). Zie vergelijkbare piramides in Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toezien op publieke belangen. Naar een vernieuwd perspectief op rijksstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 59 en H.B. Winter, *Zicht op toezicht? Over de meerwaarde van toezicht in de risicosamenleving*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2010 (*Oratie*), p. 9.

42 Deze interventiepiramide is gebaseerd op voornoemde interventiepiramides.

2.5.2 Krachtenveld onderwijsorganisatie

Bezien vanuit het gezichtspunt van onderwijsorganisaties en hun bestuurders is de interventiepiramide echter niet nuttig. Onderwijsorganisaties en hun bestuurders en intern toezichthouders functioneren immers in een privaatrechtelijke organisatiestructuur en in een krachtenveld met actoren die allen een eigen belang hebben. Die belangen kunnen soms overlappen of aanvullen, maar dat hoeft niet. Als men echter de privaatrechtelijk instrumenten bespreekt vanuit het gezichtspunt van de verschillende actoren, dan moet elk privaatrechtelijk instrument meerdere malen besproken worden. Dat bevordert de leesbaarheid niet.



Figuur 3: Krachtenveld gezien vanuit het standpunt van de onderwijsorganisatie

2.5.3 Besluitvormingscyclus en moment van gebruik van privaatrechtelijk instrument

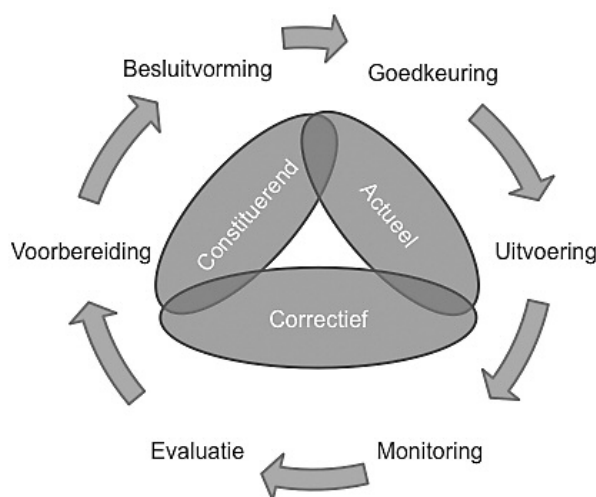
Mijn voorkeur gaat daarom uit naar een rubricering van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten aan de hand van een besluitvormingscyclus.

Het moment van het gebruik van een privaatrechtelijk sturingsinstrument is dan doorslaggevend. De volgende fase kunnen worden onderscheiden.⁴³

- De fase voorafgaand aan het handelen van een onderwijsorganisatie/bestuurder/ intern toezichthouder vormt de preventieve of constituerende fase.
- Het moment van handelen en besluiten door een onderwijsorganisatie, bestuurder of intern toezichthouder vormt de actuele fase.
- Het daadwerkelijk inzetten van een privaatrechtelijk instrument tot interventie nadat een handeling of besluit (niet) heeft plaatsgevonden (achteraf/repressief)?

43 Deze mogelijkheid tot rubricering is deels ontleend aan E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht in nood', *NJB* 2014, p. 1474–1478, en T. Hartlief, *Privaatrecht in nood – Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiek-recht* (Preadvies NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 70–72.

Deze rubricering maakt ook een logisch onderscheid mogelijk tussen regulerende instrumenten van privaatrechtelijke aard, privaatrechtelijke interventies gericht op de beïnvloeding van specifieke besluiten en handelingen van bestuurders en onderwijsorganisaties en privaatrechtelijke interventies die leiden tot een correctie of rechtvaardige verdeling. Uiteraard bestaat ook nu soms overlap tussen privaatrechtelijke sturingsinstrumenten. Het enkele bestaan van een dreigende correctie als die van schadevergoeding heeft immers ook preventieve betekenis.



Figuur 4: Privaatrechtelijke interventies binnen een besluitvormingscyclus

3. Privaatrechtelijke sturingsinstrumenten: constituerende fase

3.1 Opzet hoofdstuk

In dit hoofdstuk bespreek ik de privaatrechtelijke sturingsinstrumenten die zien op de constituerende fase. Hiermee wordt bedoeld de fase voorafgaand aan het daadwerkelijk geven van onderwijs door een onderwijsorganisatie.

In paragraaf 3.2 ga ik in op het vereiste van rechtspersoonlijkheid en het verbod op winstoogmerk in het onderwijs. De rechtsvorm en statutaire doelstelling bespreek ik in paragraaf 3.3. De scheiding van bestuur en toezicht en de benoeming van bestuurders komt in paragraaf 3.4 aan bod. Tot slot wordt in paragraaf 3.5 het civielrechtelijk bestuursverbod besproken.

3.2 Rechtspersoonlijkheid en winstoogmerk

3.2.1 Rechtspersoonlijkheid als bekostigingsvoorwaarde

Voor het bijzonder onderwijs geldt dat reeds vanaf 1889 degene onder wiens bestuur de school staat rechtspersoonlijkheid moet hebben. Sinds 1996 geldt deze eis ook voor het

verzelfstandigd openbaar onderwijs en sinds 2011 voor de samenwerkingschool.⁴⁴ De weliswaar summiere toelichting in 1889 getuigt van een weloverwogen keuze voor rechtspersoonlijkheid als bekostigingsvoorwaarde.

*‘Voor die bijdrage zullen nochtans alleen in aanmerking komen die bijzondere scholen welke onder het bestuur staan van eene instelling of vereeniging die rechtspersoonlijkheid bezit. Bij de wet van 30 December 1887 (Staatsblad n°. 259) is dezelfde beperking aangenomen, waar het betreft vrijstelling te verleen van grondbelasting. Niet alle de in bijlage B vermelde scholen zullen thans voldoen aan die voorwaarde, doch voor zooverre de oprichting daarvan een gevolg is van de begeerte der ouders om hunne kinderen eene opvoeding te geven zooals zij verlangen, is het naar het oordeel der Regeering wenschelijk dat, wil men op de bijdrage aanspraak maken, de ouders en andere belanghebbenden eene vereeniging oprichten en daarvoor rechtspersoonlijkheid verkrijgen’.*⁴⁵

De regering wijst al in 1889 op de samenhang tussen de kwaliteit van de onderwijsprestatie en de kwaliteit van het bestuur.

*‘De Regeering zoekt de deugdelijkheid van het onderwijs te verzekeren: 1°. door de rechtspersoonlijkheid van de vereeniging of instelling, die het onderwijs doet geven, te eischen.’*⁴⁶

*‘Door den eisch dat de school sta onder het bestuur eener vereeniging of instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, zal een nauwlettend toezicht op de school worden gehouden door personen wier doel is, degelijk onderwijs te doen geven, aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt is en die voorts tegenover de ouders der kinderen verantwoordelijk zijn.’*⁴⁷

3.2.2 Geen houden van een scholen als winstgevend bedrijf

Het niet mogen houden van een bijzondere school als een winstgevend bedrijf is een tweede voorwaarde. Ook deze voorwaarde kennen we sinds 1889 en geldt ook voor openbare scholen. De toelichting luidde destijds als volgt: *‘dat er een waarborg zij dat ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed’.*⁴⁸

Deze toelichting is met de blik van nu voor meerdere uitleg vatbaar. De eerste uitleg is dat publiek geld überhaupt niet mag weglekken naar houders van een school (vgl. de bepalingen in de Nota’s Helderheid die het weglekken van publieke middelen naar de

44 Stb. 1996, 580 (Wet bestuursvormen openbaar onderwijs) en Stb. 2011, 287 (Wet inzake samenwerkingscholen).

45 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 12.

46 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

47 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 35.

48 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.

private sector tegen moeten gaan).⁴⁹ De toelichting kan ook een uitdrukking zijn van de zorg dat een houder van een school als winstgevend bedrijf minder geneigd is het belang van kwalitatief goed onderwijs voorop te stellen (vgl. de discussie over bijvoorbeeld marktwerking in de zorg).

3.3 Rechtsvorm en statutaire doelstelling

3.3.1 Algemeen

De sectorwetten stellen diverse voorwaarden aan de statutaire doelstelling van de privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties. Ik vond de volgende.

- Het statutaire doel van een stichting voor openbaar onderwijs is ook voorgeschreven en zelfs sterk beperkt: *‘het statutaire doel van de stichting is uitsluitend het geven van openbaar onderwijs’* (artikel 48 WPO, artikel 42b WVO);
- Het statutaire doel van de samenwerkingsstichting *‘is in elk geval het geven van openbaar onderwijs en onderwijs van één of meer richtingen in afzonderlijke scholen voor openbaar onderscheidenlijk bijzonder onderwijs’* (artikel 17 lid 2 WPO, artikel 53v lid 2 WVO);
- Het statutaire doel van de stichting die een samenwerkingsschool in stand houdt is *‘in ieder geval (...) het in stand houden van een samenwerkingsschool’* (artikel 17 lid 1 WPO, artikel 53d lid 1 WVO);
- *‘De bijzondere school staat onder het bestuur van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen’* (artikel 49 lid 1 WVO). In het primair onderwijs moet dit blijken uit de *‘statuten of reglementen’* (artikel 55 WPO).
- *‘Bijzondere instellingen worden in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid niet zijnde een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek, die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen’* (artikel 9.1.1 WEB). In het middelbaar beroepsonderwijs kennen we geen openbaar onderwijs.
- *‘Een bijzondere hogeschool wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen’* (artikel 10.8 lid 1 WHW). In de WHW ontbreekt een vergelijkbare bepaling voor de bijzondere universiteiten.

In het bijzonder onderwijs valt op dat de wetgever niet de private rechtsvorm als zodanig voorschrijft en de rechtsvorm dus ook niet beperkt tot de rechtsvormen stichting of vereniging. Dit maakt het gebruik van andere rechtsvormen, zoals de coöperatie of de besloten vennootschap, in theorie mogelijk. Wel zal dan uit de statuten moeten blijken dat het maken van winst niet wordt beoogd en zal naar alle waarschijnlijkheid ook bij de eerste aanvraag van de bekostiging worden beoordeeld in hoeverre de statuten een regeling bevatten die het uitkeren van eventuele winst onmogelijk maken.

49 Ministerie van OCW, Notitie Helderheid in de bekostiging van het bve, 2003 en Ministerie van OCW, Notitie Helderheid in de bekostiging van het ho, 2003. Aanvullingen op beide nota's dateren uit 2004 en 2007. De status van deze nota's is onhelder. Wel verwijst de Regeling onderwijscontroleprotocol OCW/EZ naar de zes notities: Stcrt. 2014, 1893, 28 januari 2014 (Regeling onderwijscontroleprotocol OCW/EZ), p. 7.

Voor het openbaar funderend onderwijs is bij verzelfstandigingen de rechtsvorm stichting steeds de voorgeschreven private rechtsvorm is. In politiek en literatuur wordt soms de wens geuit om in het openbaar onderwijs ook de keuze voor de rechtsvormen vereniging en coöperatie mogelijk te maken.⁵⁰ Tot op heden zijn de pogingen daartoe weinig vruchtbaar gebleken. Het zou ook een breuk betekenen met het uitgangspunt dat openbaar onderwijs door de overheid wordt beheerd.

Uit de jurisprudentie en de praktijk zijn mij geen voorbeelden bekend van geschillen tussen onderwijsorganisaties, de overheid of derden over de vraag of voldaan werd aan de voorwaarden van volledige rechtsbevoegdheid of het niet hebben van winstoogmerk. Wel komt het voor dat de betekenis van een statutaire doelstelling van een onderwijsorganisatie als zodanig aan de orde komt. Dat is echter voornamelijk het geval bij discussies over de te onderscheiden richting van een school⁵¹, het toelaten van leerlingen⁵² of het personeelsbeleid.⁵³ In het kader van de vraag of een school wel daadwerkelijk kwalificeert als een school als bedoeld in de Leerplichtwet 1969 kan de vraag ook aan de orde komen.⁵⁴

Het voldoen aan de in de onderwijswetgeving benoemde voorwaarden van volledige rechtsbevoegdheid en het niet hebben van winstoogmerk heeft betekenis voor de aanspraak op bekostiging. Het wel of niet besluiten tot bekostiging is echter een besluit in de zin van de Awb, als gevolg waarvan het voldoen aan deze twee voorwaarden niet snel privaatrechtelijk gehandhaafd wordt.

Dat laatste wil echter niet zeggen dat voor wat betreft de rechtspersoonlijkheid en statutaire doelstelling geen privaatrechtelijke interventie mogelijk is. We kunnen vier instrumenten onderscheiden:

- ontbinding wegens strijdigheid statutaire doelstelling of werkzaamheid met de openbare orde (artikel 2:20 BW);
- ontbinding wegens onbepaalbaarheid en/of onbereikbaarheid statutaire doelstelling (artikel 2:301 BW);
- ontbinding wegens gebreken totstandkoming, onwettige statutaire bepalingen of niet voldoen aan wettelijke omschrijving rechtsvorm (artikel 2:21 BW);
- uitkeringsverbod (artikel 2:285 lid 3 BW).

50 *Kamerstukken II* 2011/12, 31293, nr. 138, p. 2-3. Zie ook AOb, *Concept Wetsvoorstel Vereniging voor Openbaar Onderwijs*, Utrecht: AOb, 2012 en C.H.C. Overes, 'De vereniging als bestuursvorm in het openbaar onderwijs', in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!* (Brekelmansbundel), Utrecht: 2012, p. 195-208.

51 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 11 februari 1997, AB 1998/28, m. nt. B.P.Vermeulen (Evangelische stroming vormt eigen richting in het basisonderwijs).

52 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam, 24 juli 2007, NJF 2007/389 (Hoornbeeck) en Hoge Raad, 22 januari 1988, NJ 1988/891 (Maimonides).

53 Zie bijvoorbeeld: Vz. Rechtbank Den Haag, 2 november 2011, JAR 2011/305, m.nt W. Lindeboom (Homoseksuele leraar).

54 Zie indirect ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, Gst. 2013/11 m. nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje) en ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, AB 2013/309, m. nt. P.J.J. Zoontjens, Gst. 2013/10 m. nt. P.W.A. Huisman, JIN 2012/189, m. nt. C.L.G.F.H. Albers, e.a. (De Koers).

3.3.2 Statutaire doelstelling of werkzaamheid in strijd met de openbare orde (artikel 2:20 BW)

Artikel 2:20 Burgerlijk Wetboek staat vol in de aandacht door het verzoek van het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank tot ontbinding van de Vereniging Martijn ('what's in a name') wegens diens doel en feitelijke werkzaamheden.

Artikel 2:20 BW biedt het Openbaar Ministerie de bevoegdheid om de burgerlijke rechter te verzoeken over te gaan tot verbodenverklaring en ontbinding van een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde (lid 1) of ontbinding van een rechtspersoon waarvan het doel in strijd is met de openbare orde (lid 2). Het doel is het statutaire doel of de in de statuten en reglementen beschreven middelen. De werkzaamheid is een feitelijk criterium.

Het criterium 'strijd met de openbare orde' is ontleend aan artikel 8 Grondwet en moet blijkens de wetsgeschiedenis zeer beperkt worden uitgelegd. Zij is beperkter dan strijd met de wet, de zedelijkheid of de aantasting van andermans rechten en zou ook niet moeten kunnen zien op een doel of werkzaamheid die *'vanuit een maatschappelijk oogpunt ongewenst'* is.⁵⁵ Als voorbeelden van strijd met de openbare orde zijn genoemd: gebruik van geweld of bedreiging, rassendiscriminatie en andere verboden discriminatie, het heulen met vijandelijke mogendheden, het stelselmatig niet afdragen van premies en frauderen, het aanzetten tot haat en uitingen die verboden discriminatie inhouden of een mensonterend streven. Het moet in elk geval steeds gaan om aantastingen *'van de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving'*.⁵⁶

Opvallend aan de casus Vereniging Martijn is niet alleen dat de overheid voor privaatrechtelijke handhaving koos maar ook dat die route succesvol bleek. Eerder was bijvoorbeeld bij het verzoek tot verbodenverklaring en ontbinding van de Hells Angels Harlingen geen succes geboekt door het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad overwoog in die casus nog dat aan een verbodenverklaring *'slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen'*, dat het moet gaan om meer dan *'maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag'* en dat bij de Hells Angels geen sprake was van *'een daadwerkelijke en ernstige aantasting van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel'* die kon leiden tot een ontwrichting van de samenleving.⁵⁷

Bij de Vereniging Martijn pakte het oordeel uiteindelijk anders uit. Het Hof meende nog dat van ontwrichting geen sprake was omdat de samenleving voldoende weerbaar was tegen ongewenste uitingen en gedragingen die weliswaar verwerpelijk zijn, maar niet strafbaar. De Hoge Raad overwoog daarentegen dat daadwerkelijke ontwrichting niet aan de orde hoeft te zijn en dat het Hof ook had moeten onderzoeken *'of het verbod en de ontbinding van de vereniging in een democratische samenleving noodzakelijk zijn'*.⁵⁸ Gelet

55 *Kamerstukken II* 1984/85, 17476, nr. 5, p. 2.

56 *Kamerstukken II* 1984/85, 17476, nr. 5, p. 3.

57 HR 26 juni 2009, JOR 2009/222, m.nt. Schmieman, i.h.b. r.o. 3.3 en r.o. 3.6 (Hells Angels Harlingen).

58 HR 18 april 2014, JIN 2014/142, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, r.o. 3.10 (Vereniging Martijn).

op de volgens de Hoge Raad *'uitzonderlijk ernstige aard van de onderhavige gedragingen, de aard van de werkzaamheid van de vereniging'* oordeelde hij dat in dit geval *'bij afweging van alle betrokken rechten en belangen, in een democratische samenleving noodzakelijk is dat de vereniging wordt verboden en ontbonden in het belang van de bescherming van de gezondheid en van de rechten en vrijheden van kinderen'*.⁵⁹ De zaak ligt inmiddels voor bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Strijdigheid van het doel met de openbare orde zal in het onderwijs niet snel aan de zijn. Mochten de werkzaamheden eventueel in strijd zijn met de openbare orde, dan acht ik de kans groot dat ook in strijd met de onderwijswetgeving wordt gehandeld. Dat biedt de mogelijkheid om reeds bij maatschappelijk ongewenst gedrag die 'mogelijk' de samenleving ontwricht publiekrechtelijk sturen. Een voorbeeld daarvan is het besluit van de Minister van OCW van 25 september 2013 om de bekostiging van Ibn Ghal-doun te stoppen met ingang van 1 november 2013. Dit leidde op 8 oktober 2013 tot een faillissement.⁶⁰

3.3.3 Onbepaalbaarheid en/of onbereikbaarheid statutaire doelstelling (artikel 2:301 BW)
Stichtingen moeten een bepaalbaar en bereikbaar doel hebben (art. 2:285 lid 1 BW). Het doel van een stichting kan heel ruim zijn en hoeft niet ten volle geconcretiseerd te worden. Zeker in de eerste helft van de 20^{ste} eeuw bestond wel discussie over de vraag of een te ruime doelstelling niet een misbruik van de rechtsvorm vormde. Als de omschrijving te vaag zou zijn, dan zou volgens Scholten de stichting een rechtsvorm worden die eigenlijk enkel vermogen ter beschikking zou stellen *'aan bepaalde, op zekere wijze georganiseerde personen om het te gebruiken op de hun behagende wijze'*.⁶¹

Inmiddels wordt algemeen aangenomen dat de keuze voor een zeer ruim en algemeen statutair doel goed mogelijk is. Wel gelden een tweetal voorwaarden:

- i. het vermogen, ook als dat nul tot nihil is, moet voldoende kunnen zijn voor de verwezenlijking van het statutaire doel en anders moet er voldoende vermogen binnen afzienbare tijd kunnen worden verkregen;
- ii. het doel van de stichting moet kunnen worden bereikt.

Voldoet een bestaande stichting niet aan één van deze twee voorwaarden, dan bestaat de kans dat de stichting door de rechtbank wordt ontbonden op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie (artikel 2:301 BW).

Discussies over de bepaalbaarheid van het doel van een onderwijsorganisatie zullen niet snel leiden tot ontbinding. Wel blijkt in de praktijk de bepaalbaarheid van het doel wel degelijk relevant.

⁵⁹ HR 18 april 2014, JIN 2014/142 (Vereniging Martijn), m.nt. J.L.W. Broeksteeg. r.o. 3.11.3.

⁶⁰ Faillissementsverslag 28 april 2014, Curator Ibn Ghaldoun. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 31289, nr. 166 en Inspectie van het Onderwijs, *Definitief Rapport van Bevindingen Examenfraude Ibn Ghaldoun*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 31289, nr. 166.

⁶¹ Zie de verwijzing in *Asser/Rensen 2-III** 2012/323 naar Scholten (p.199). Scholten stelde deze vraag naar aanleiding van onder andere de uitspraken HR 11 december 1914, NJ 1915/238 en WPNR 1915/2360 (Fonds Jan de Koning) en HR 9 januari 1925, NJ 1925/327 (Papefonds).

Een eerste voorbeeld daarvan betreft de vraag of een stichting voor openbaar onderwijs zelf een openbare school mocht oprichten cq. belanghebbende kon zijn bij het doen van een aanvraag tot oprichting. De Raad van State oordeelde hierover in 2009 dat nu artikel 48 lid 1 en lid 4 WPO bepalen dat de doelstelling is *'het in stand houden van openbaar basisonderwijs'* en *'niet het stichten van openbare scholen'* de betreffende stichting voor openbaar onderwijs niet kon worden aangemerkt als belanghebbende bij het besluit van de gemeenteraad geen openbare basisschool op een plan van scholen op te nemen.⁶²

Een tweede voorbeeld is de casus Stichting voor Persoonlijk Onderwijs.⁶³ Deze stichting zoekt in heel Nederland naar 'witte vlekken' in het bijzonder onderwijs en heeft als statutair doel *'de kansen van kinderen te vergroten om hun opleiding in het voortgezet onderwijs met goed gevolg af te ronden en daarmee in het algemeen belang bij te dragen aan een goed opgeleide beroepsbevolking'*. Voor nieuw te stichten scholen kiest de stichting steeds die richting of die kleur waarvoor ter plaatse voldoende potentieel is, waarna een nieuwe stichting wordt opgericht die de betreffende school in stand moet gaan houden.⁶⁴ Een vraag kan zijn of de gekozen statutaire doelstelling wel aansluit bij het daadwerkelijke doel van de oprichters en of zij daarmee voldoende bepaalbaar is.

In het verlengde van dit voorbeeld, geldt ook voor veel bijzondere scholen dat in de praktijk hun bijzondere grondslag weinig onderscheidend is ten opzichte van het openbaar onderwijs. Kan een stichting in zo'n geval nog wel zijn oorspronkelijke statutaire doelstelling bereiken? In krimpregio's kan de oorspronkelijke statutaire doelstelling bijvoorbeeld problemen opleveren bij voorgenomen fusies, aangezien als gevolg daarvan de diversiteit van het aantal onderwijsorganisaties afneemt.⁶⁵

3.3.4 Ontbinding wegens gebreken totstandkoming, onwettige statutaire bepalingen of niet voldoen aan wettelijke omschrijving rechtsvorm (artikel 2:21 BW)

Een volgende mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving welke verband houdt met de keuze voor de private rechtsvorm, de statuten en de doelstelling als zodanig, vinden we in artikel 2:21 BW. Ook kan het *'in ernstige mate in strijd'* handelen met de statuten een grond voor ontbinding zijn (artikel 2:21 lid BW).

Zowel belanghebbenden als het Openbaar Ministerie kunnen de rechtbank verzoeken over te gaan tot ontbinding van een rechtspersoon. Een voorbeeld van het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van de rechtsvorm betreft het als stichting hebben van leden. In de praktijk is dat in het onderwijs niet ondenkbaar. Veel gezamenlijk beheerde rechtspersonen kennen bijvoorbeeld aangesloten rechtspersonen (denk bijvoorbeeld aan de stichtingen samenwerkingsverband passend onderwijs of de beheerstichtingen voor brede scholen). De rechten van deze aangeslotenen kunnen feitelijk overeenkomen met de rechten van leden bij een vereniging.

62 ABRVS 9 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC1528.

63 Zie www.svpo.nl.

64 Zie ook Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012, p. 11.

65 Zie ook: *Kamerstukken II* 2012/13, 31293, nr. 167 en *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203.

De uitleg van artikel 48 lid 4 WPO kan ook betekenis hebben voor de samenwerking tussen openbaar onderwijs en kinderopvang. Artikel 48 lid 4 WPO bepaalt dat het statutaire doel van een stichting voor openbaar onderwijs 'uitsluitend het geven van openbaar onderwijs' is. Dat roept de vraag op of een stichting voor openbaar onderwijs ook kinderopvang (daaronder begrepen tussenschoolse opvang) mag aanbieden en een rechtspersoon kan oprichten, besturen en beheren die kinderopvang aanbiedt.⁶⁶ Een dergelijk beperking lees ik niet in artikel 48 lid 4 WPO, aangezien uit de wetsgeschiedenis volgt dat met het begrip 'uitsluitend' vooral is bedoeld een onderscheid te maken met het bijzonder onderwijs.⁶⁷

3.3.5 *Uitkeringsverbod (artikel 2:285 lid 3 BW)*

Het in artikel 2:285 lid 3 BW opgenomen uitkeringsverbod vormt een volgende grens. Het uitkeringsverbod maakt geen onderdeel uit van de definitie van de stichting, maar is een rechtsnorm waarnaar de stichting heeft te handelen en waaraan haar statuten (en dus haar doel) moet voldoen.

Het uitkeringsverbod ziet op de norm dat het doel van de stichting niet mag inhouden (i) het doen van uitkeringen aan oprichters of (ii) het doen van uitkeringen aan bestuurders of andere die deel uitmaken van haar organen. Het doen van uitkeringen aan anderen is slechts mogelijk indien en voor zover dat past binnen de statutaire doelstelling en de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Het toch doen van ongeoorloofde uitkeringen is een overtreding van een voor de stichting als rechtsvorm geldend wettelijk verbod en heeft op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie ontbinding door de rechtbank tot gevolg (artikel 2:21 lid 3 BW).

Het privaatrechtelijk uitkeringsverbod wil niet zeggen dat een stichting geen winst mag maken of winst mag beogen. De privaatrechtelijke toets is enkel wat de bestemming van eenmaal behaalde winst is.⁶⁸ Die bestemming moet in lijn zijn met het statutaire doel van de stichting en mag niet tot gevolg hebben dat activiteiten en werkzaamheden worden verricht die voorzien in een stoffelijke behoefte van de bestuurders en/of de oprichters. De discussie in het onderwijs over de financiële reserves, waarnaar de Commissie Don onderzoek heeft gedaan, maakt duidelijk dat onderwijsorganisaties weliswaar geen winstoogmerk hebben, maar wel positieve financiële resultaten behalen.⁶⁹ De te ontvangen publieke bekostiging wordt niet altijd (direct) ingezet.

Ook bij de oprichting van een onderwijsorganisatie door personen die later bezoldigd bestuurder of docent worden, kan in theorie discussie bestaan over de vraag of dan niet

66 PO-raad, *Advies Belemmeringen in bestuurlijk-juridische vormgeving van kindcentra*, september 2013 en VOS-ABB, *Brief aan de Minister van OCW inzake artikel 48 lid 4 WPO*, 12 juli 2011.

67 Stb. 1996, 580 (Wet bestuursvormen openbaar onderwijs). Zie ook de *Kamerstukken* in de dossiers 24137 en 24138.

68 T.J. van der Ploeg, *Van de vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Gouda Quint, 2007, p. 15.

69 Commissie Vermogensbeheer Onderwijsinstellingen (Commissie Don), *Financieel beleid van onderwijsinstellingen*, Den Haag, 29 september 2009.

alsnog in strijd met het uitkeringsverbod wordt gehandeld. Van Reijnen wijst in een recent artikel op het betoog van Van der Grinten in 1943 die het uitkeringsverbod in een ander perspectief plaatst: *‘Een geneesheer, die een ziekenhuis in den vorm van een stichting opricht, met het doel zichzelf een bron van inkomsten te verschaffen, fundeert een stichting met economisch doel. Maakt een comité, dat de volksgezondheid wil bevorderen, zulk een stichting, dan is van een economisch doel geen sprake’*.⁷⁰ Dit perspectief laat zich ook vertalen naar het onderwijs.

3.4 ‘Governance’

3.4.1 Wettelijk verplichte scheiding functie bestuur en intern toezicht

Motivatiefunctiescheiding

Voor alle onderwijssectoren geldt dat onderwijsorganisaties de functies bestuur en intern toezicht dienen te scheiden. In het hoger onderwijs is het raad van toezicht-model verplicht (artikelen 9.7 ev, 9.51 en 10.3.d WHW), terwijl in het middelbaar beroepsonderwijs het raad van toezicht-model weliswaar uitgangspunt is (artikel 9.1.4 WEB) maar de mogelijkheid bestaat om te kiezen voor functionele scheiding middels het *one-tier* model (artikel 9.1.8 WEB). In het funderend onderwijs behoren het bestuur-directie model, de *one-tier* en het raad van toezicht-model tot de mogelijkheden (artikel 17b WPO en artikel 24 d WVO). Deze deugdelijkheidseis en bekostigingsvoorwaarde is vormgegeven middels de bijzondere zorgplicht goed bestuur: *‘Het bevoegd gezag draagt (...) zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop, en met een rechtmatig bestuur en beheer’*.⁷¹

De motivatie van de onderwijswetgever om de functies bestuur en intern toezicht te scheiden is de gedachte dat een goed functionerend bestuur kan zorgdragen voor kwalitatief goed onderwijs en een zorgvuldig financieel beheer, maar ook effectief kan optreden als daaraan op een school behoefte bestaat.⁷² Die gedachte is al gemeengoed sinds in elk geval 1889 en lijkt te worden onderschreven door recente onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs.⁷³

Over de huidige scheiding tussen de functies bestuur en intern toezicht in het onderwijs is veel geschreven. Ik beperk mij daarom tot enkele aangekondigde aanpassingen.

Wel of niet meewegen publiek belang?

In het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt de toezichthoudende taak omschreven als het toezicht houden *‘op het beleid van het bestuur en op de*

70 T.F.H. Reijnen, *‘Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie’*, WPNR 2013, p. 791-797 met een verwijzing naar W.C.L. van der Grinten, *‘De doeleinden der stichting (vervolg)’*, WPNR 1943/3845.

71 Zie over de functiescheiding eerder en uitgebreider: M.F. Nolen en P.W.A. Huisman, *‘Goed toezicht bij goed bestuur’*, *School en Wet* 2009/6, p. 6 e.v.

72 M.F. Nolen, *‘Goed bestuur in het onderwijs; legitimiteit bestuurlijke autonomie ter discussie’*, *NTOR* 2013/1, p. 20-43.

73 Idem. Zie mijn verwijzing in dit artikel naar onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs over de relatie tussen bestuurlijk handelen en de kwaliteit van het onderwijs in Noord-Nederland.

algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden organisatie' (artikel 2:292a lid 2 BW Nieuw).⁷⁴ Blijkens de toelichting betreft het hier een algemene regeling die ruimte moet laten *'om in sectorale regelgeving aanvullende taken en bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan toe te kennen dan wel om meer specifieke punten op te nemen. Aldus kan indien daaraan behoefte bestaat in sectorale wetgeving bijvoorbeeld worden voorgeschreven dat bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur goedkeuring van het toezichthoudend orgaan behoeven of dat het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van haar taak specifiek acht moet slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen.'*⁷⁵

Die ruimte heeft de onderwijswetgever deels al benut. Voor alle onderwijssectoren geldt dat intern toezichthouders ook toe dienen te zien op *'de naleving van de wettelijke verplichtingen'* en de *'rechtmatige verwerving en de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending'* van de bekostiging (artikel 17c WPO, artikel 24e1 IWVO, artikel 9.1.4 WEB, artikel 10.3d WHW en artikel 9.8 juncto artikel 9.51 WHW). Een dergelijke aanvulling vormt op het oog een verruiming van de taak van intern toezichthouders. Men dient zich kennelijk bij de vervulling van zijn taak niet alleen te richten op het belang van de eigen rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie (vgl. artikel 2:139/239 lid 5 BW en artikel 2:140/250 lid 2 BW), maar ook op een publiek belang.

Een effect van een dergelijke verruiming van de taak als intern toezichthouder is dat bij de door hem te betrachten redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW ook leerstukken een rol spelen die samenhangen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een dergelijke ontwikkeling kan in theorie zelfs leiden tot een belangenconflict. In het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt immers de volgende norm voorgesteld voor het handelen van toezichthouders: *'Elk lid van het toezichthoudend orgaan is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie'* (artikel 2:9a lid 1 BW Nieuw).⁷⁶ De belangen van de eigen rechtspersoon kunnen echter strijdig zijn met het publieke belang of de belangen van de onderwijswetgever en/of de overheid.

Meldingsplicht wanbeheer

Bedoeld belangenconflict lijkt vooral theorie. Al was het maar omdat het niet naleven van een wettelijke verplichting niet snel in het belang van de eigen onderwijsorganisatie is. Echter, het Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen versterkt de potentie van een conflict tussen het belang van de eigen onderwijs-

74 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), www.internetconsultatie.nl (6 februari 2014).

75 Memorie van Toelichting bij de Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), www.internetconsultatie.nl (6 februari 2014), p. 18.

76 Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

organisatie en het publieke belang wel.⁷⁷ Vooral ingrijpend is het voorstel dat een intern toezichthouder bij het redelijkerwijs moeten aannemen van ‘wanbeheer’ als bedoeld in de diverse onderwijswetten een melding moet doen bij de Inspectie van het Onderwijs.

De motivatie van deze meldingsplicht is dat een raad van toezicht volgens de regering niet alleen het belang van de eigen onderwijsorganisatie maar ook het publieke belang behoort mee te wegen.

‘In het geheel van checks and balances rond de instelling of school speelt de inspectie een belangrijke rol die aanvullend is op de horizontaal werkende countervailing powers. De interne toezichthouder wordt geacht zijn informatiepositie op orde te hebben om zijn wettelijke taak goed te kunnen uitoefenen. Wanneer de interne toezichthouder in die positie redelijkerwijs moet aannemen dat sprake is van wanbeheer in de zin van de wet, is het allereerst aan de interne toezichthouder om zijn verantwoordelijkheid te nemen. Deze verantwoordelijkheid bestaat eruit, indicaties voor wanbeheer te onderzoeken, de resultaten daarvan te beoordelen en indien nodig treffende maatregelen te nemen. Daarbij is de interne toezichthouder niet alleen dienend aan het belang van de school of instelling in kwestie, maar ook aan het publieke belang.’⁷⁸ [Onderstrepingen MN]

De raad van toezicht wordt aldus gezien als ware hij het verlengstuk van de Inspectie van het Onderwijs.

‘Bovendien maakt de plicht van de interne toezichthouder om de Inspectie van het Onderwijs tijdig te informeren over een redelijk vermoeden van wanbeheer in de zin van de sectorwetten het voor de inspectie mogelijk om meer gericht te werk te gaan in haar toezicht. Voor een proportioneel interveniëren in het bestuur van de school of instelling maakt de inspectie immers behalve van haar eigen informatie en de informatie die geleverd wordt door het bestuur zelf, gebruik van signalen van andere betrokkenen bij de school of instelling. Dit maakt de informatie van de interne toezichthouder over een redelijk vermoeden dat sprake is van wanbeheer, tot een onmisbare bron voor de taakuitoefening van de onderwijsinspectie. Om die reden is het noodzakelijk de informatieplicht van de interne toezichthouder over zo’n vermoeden op te nemen in de sectorwetten.’⁷⁹

Deze motivatie is mijns inziens wel erg sterk aangezet. Een meldingsplicht met als motivering het te dienen publieke belang kan in elk geval het beginsel van artikel 2:9a BW Nieuw doorkruisen dat primair het belang van de rechtspersoon voorop staat. Dat mag

77 Voorstel van Wet houdende wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen (Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen), www.internetconsultatie.nl (8 mei 2014).

78 Memorie van Toelichting bij Voorstel van Wet houdende wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen (Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen), www.internetconsultatie.nl (8 mei 2014), p. 6.

79 MvT Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, p. 7.

meer aandacht krijgen. Ook zet de meldingsplicht het collectief functioneren van besturen en raden van toezicht snel onder druk.⁸⁰

De meldingsplicht leidt ook tot tal van praktische vragen als: wanneer moet gemeld worden, hoe is de bescherming van degene die meldt geregeld, valt de melding onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid bestuur, wat als er ten onrechte wordt gemeld en kan de Inspectie van het Onderwijs het aantal meldingen aan?

Een mogelijk fundamentele vraag is of, mede in het licht van de publieke taak jurisprudentie⁸¹, de raad van toezicht hierdoor niet alleen een rechtspersonenrechtelijk orgaan wordt maar tevens gaat functioneren als b-orgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Naarmate de raad van toezicht van een onderwijsorganisatie geacht wordt het publieke belang meer te laten meewegen, kan bij bijvoorbeeld goedkeuringsbesluiten de balans doorslaan naar diens kennelijk publieke taak.

3.4.2 Benoeming

Uitgaande van de rechtsvorm stichting en het raad van toezicht-model geldt als uitgangspunt dat de bestuurders in beginsel worden benoemd door de raad van toezicht. Het recht tot benoeming en ontslag van de leden van de raad van toezicht berust in het bijzonder onderwijs doorgaans bij de raad van toezicht zelf. Dit geldt voor alle onderwijssectoren.

In het openbaar onderwijs komt de bevoegdheid tot benoeming en ontslag op grond van de onderwijswetgeving toe aan de gemeenteraad (artikel 42b WPO en artikel 48 WVO). Bij de publiekrechtelijk vormgegeven openbare universiteiten, benoemt, schorst en ontslaat de Minister van OCW de leden van de raad van toezicht (artikel 9.7 lid 2 WHW).

Artikel 2:286 lid 4 BW schrijft voor dat de statuten van een stichting de wijze van benoeming en ontslag der bestuurders moeten inhouden. Bij verenigingen benoemt de algemene ledenvergadering of de ledenraad de bestuurders (artikel 2:37 BW). In het Burgerlijk Wetboek ontbreekt een regeling voor de benoeming en het ontslag van de leden van de raad van toezicht bij stichtingen- en verenigingenrecht. Het staat stichtingen en verenigingen daarmee – voor zover hier relevant – vrij dit nader in de statuten te regelen.

80 De Vereniging Toezichthouders Woningcorporaties heeft om die reden in 2011 een Adviesgroep Bestuurlijke Vraagstukken onder voorzitterschap van mr. H. Willems (oud-president Ondernemingskamer) ingesteld waar commissarissen hun op redelijke gronden gebaseerde vermoedens van een (dreigende) onenigheid of een misstand, waaronder begrepen tegenstrijdige belangen en integriteitsproblemen bij een woningcorporatie en waarbij een maatschappelijk belang in het geding is, ter advisering kunnen voorleggen. Zie www.vtw.nl

81 Zie over de publieke taak van privaatrechtelijke rechtspersonen de recente conclusie van de Advocaat-Generaal over de vraag wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon toch moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan in ABR vS, 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (Conclusie A-G), i.h.b. overweging 4.20. Zie ook: F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak*, Staatsrechtconferentie 2002 VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.

Het benoemingsbesluit moet steeds voldoen aan de wet en de statuten. Ook dienen de statutaire regels voor de totstandkoming van het besluit te zijn gevolgd (artikel 2:14 en 2:15 BW). Het benoemingsbesluit kan inhoudelijk worden getoetst aan artikel 2:8 BW (redelijkheid en billijkheid).

Een voorbeeld in het onderwijs waarin sprake was van een benoeming in strijd met de statuten vinden we terug bij de Hogeschool van Amsterdam (bijzonder onderwijs). Het ging om de benoeming van een lid van de raad van toezicht die tevens lid was van de Eerste Kamer. Deze benoeming leidde tot Kamervragen, waarop de Minister van Onderwijs moest antwoorden dat deze benoeming inderdaad in strijd was met de statuten van de Hogeschool van Amsterdam die leden van de Staten-Generaal uitsloot.⁸² De zaak is uiteindelijk ‘opgelost’ door een wijziging van de statuten als gevolg waarvan de eerdere uitsluitingsgrond verviel.

Een betrekkelijk nieuw risico bij de benoeming van bestuurders en leden van de raad van toezicht bij ‘grote’ stichtingen is de maximering van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties (artikel 2:297a en 2:297b BW).⁸³ De maximering geldt voor stichtingen die ‘groot’ zijn: dat is bijvoorbeeld het geval als de bekostiging meer dan EUR 35 miljoen per jaar bedraagt en er meer dan 250 werknemers werkzaam zijn. De maximering is niet van toepassing bij verenigingen en kleine stichtingen of publiekrechtelijke rechtspersonen. Dat laatste heeft het vreemde effect dat een benoeming bij de openbare universiteit Leiden niet meetelt, maar een benoeming bij de Stichting Hogeschool Leiden wel.

Het besluit tot benoeming van een persoon die daarmee boven het maximale aantal functies geraakt is nietig. Deze maximering heeft veel kritiek gekregen en krijgt dat nog.⁸⁴ De maximering is echter bewust door de wetgever ingevoerd om het ‘old boys network’ te doorbreken.⁸⁵ De regeling vormt zo een goed voorbeeld van privaatrechtelijke sturing door de overheid.

3.4.3 Profielen

De benoeming van leden van de raad van toezicht geschiedt op basis van vooraf openbaar gemaakte profielen. Dit geldt voor alle onderwijssectoren (artikel 17a lid 2 WPO, artikel 24d lid 2 WPO, artikel 9.1.4 lid 5 WEB en artikel 9.7 lid 4 WHW). De diverse branchecodes voor goed bestuur in het onderwijs werken de profielen soms nader uit.

82 *Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel bij de Handelingen, nr. 1071.

83 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, Stb. 2011, 275 en wet van 27 september 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de art. 297a en 297b, Stb. 2012, 440.

84 Zie o.a. H. Maarsen, ‘*Commissaris moeilijker te vinden na wetwijziging*’, Het Financiële dagblad 31 oktober 2013, p. 1, H. Maarsen, ‘*Commissaris aan banden gelegd*’, Het Financiële dagblad 15 januari 2014, p. 13 en H. Maarsen, ‘*Commissarissen kunnen meer werk verzetten dan wetgever toestaat*’, Het Financiële dagblad 15 januari 2014, p. 17.

85 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 20, p. 4 (Amendement Irrgang).

De onderwijswetgeving bepaalt niet wie de profielen vaststelt; ook niet voor het openbaar onderwijs. De onderwijswetgever heeft wel geregeld dat profielen ter advisering moeten worden voorgelegd aan de betrokken medezeggenschapsorganen (artikel 11 sub q Wms, artikel 9.1.6 WEB en artikel 9.4 lid 5 WHW). De branchecodes voor goed bestuur gaan er desalniettemin vanuit dat de intern toezichthouders zelf het profiel voor de benoeming van de eigen leden en de bestuurders vaststellen.

Bij voordrachten en benoemingen leidt de inhoud van het profiel soms tot spanningen. Zo is bekend dat bij de benoeming van de voorzitter van de raad van toezicht van de UvA met de staatssecretaris van OCW een discussie is geweest over het door de UvA opgestelde profiel en het profiel dat de staatssecretaris wenste.⁸⁶ Achtergrond van deze spanning was de onrust over de wenselijkheid van de samenwerking tussen de universiteit en de hogeschool.⁸⁷

Het instrument van profielen hangt nauw samen met het voorafgaand benoemen van kwaliteitseisen, competenties en deskundigheden. Voor banken, zorgverzekeraars en pensioenfondsen geldt bijvoorbeeld dat bestuurders en commissarissen moeten voldoen aan kwaliteitseisen die betrekking hebben op hun deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit (artikel 4.8, 4.9, 4.9a, 4.10 en 4.11 Wet financieel toezicht). De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten kunnen dit toetsen voorafgaand en na de benoeming. Het niet naleven van deze eisen kan gevolgen hebben voor de vergunning.

Ook in het onderwijs wordt nagedacht over een deskundigheidstoets voor bestuurders en toezichthouders of een betrouwbaarheidstoets.⁸⁸ De Onderwijsraad heeft onlangs geopperd dat bestuurders en toezichthouders een verklaring omtrent gedrag overleggen. Die eis geldt al voor directieleden en overig personeel in het onderwijs.⁸⁹ De Minister van OCW wees dit voorstel af met de motivatie dat een dergelijke verklaring voor bestuurders en toezichthouders niet bestaat (ook niet in andere sectoren) en de verklaring enkel ziet op strafbare feiten en niet op gedrag.⁹⁰ Een motivatie kan ook zijn dat het aantal onderwijsorganisaties vele malen groter is dan het aantal banken, pensioenfondsen en zorgverzekeraars. Een deskundigheids- en betrouwbaarheidstoets vereist extra capaciteit bij de overheid.

Het Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen werkt de regeling in de onderwijswetgeving over profielen verder uit.⁹¹ Het voorstel is dat (i) de profielen voor benoemingen in de functies bestuur en intern toezicht vooraf openbaar worden gemaakt en (ii) dat de medezeggenschapsorganen in alle onderwijssectoren

86 'Studenten beschuldigen Zijlstra van belangenverstrengeling', Volkskrant 4 september 2011.

87 *Kamerstukken II* 2011/1212, 31288, nr. 233, p. 65.

88 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 495, nr. 10 (Brief versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen; Amaran-tisbrief II).

89 Onderwijsraad, *Advies Voorkomen draaideurconstructies*, Den Haag, 17 maart 2014, p. 5.

90 *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 57, p. 3.

91 Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.

vooraf advies kunnen uitbrengen over de profielen. De motivatie van de voorstellen is dat het vergroten van professionaliteit en deskundigheid volgens het kabinet *'een voorwaarde voor verbetering van het functioneren van de governance'* is. De inzet van de regering is dat de betrokkenheid van de medezeggenschapsorganen bij de profielen de deskundigheid voldoende bewaakt.

3.4.4 Voordrachten

Bij benoemingen is vaak sprake van voordrachtsrechten. In alle sectoren hebben leerlingen/studenten/ouders en het personeel, al dan niet gezamenlijk, één of meer voordrachtsrechten. Deze voordrachtsrechten worden doorgaans opgenomen in de statuten. De precieze wijze van voordracht en de hoeveelheid voordrachten verschilt enigszins per sector en is in de ene sectorwet uitgebreider beschreven dan in de andere. Over voordrachten – en dan vooral het terugzenden of niet overnemen van voordrachten – kunnen wel degelijk discussies ontstaan.

Een treffend voorbeeld vormt de casus Stichting Woonfriesland.⁹² De statuten van deze stichting bepaalden dat de huurders voor twee zetels in de raad van commissarissen een bindende voordracht mochten doen. Nadat er één en later twee vacatures ontstaan na respectievelijk het vertrek en het aflopen van de eerste benoemingstermijnen van twee huurderscommissarissen, weigert de raad van commissarissen een voordracht van de huurders op te volgen en wordt daarnaast een commissaris benoemd door de raad van commissarissen die bij de herbenoeming niet was voorgedragen door de huurders maar in zijn eerste termijn huurderscommissaris was. De Rechtbank Leeuwarden oordeelde over het niet nemen van een beslissing over de door de huurders voorgedragen eerste commissaris, dat de raad van toezicht daarmee het voordrachtsrecht van de huurders ten onrechte 'frustreert'.⁹³ De benoeming van de persoon die in zijn eerste termijn huurderscommissaris was, duidt de rechtbank als een extra benoeming. De huurders mogen daarom ook nog hun tweede huurderscommissaris voordragen.

Aandachtspunt voor het primair en voortgezet onderwijs is dat de wetgever niet heeft geregeld of en wie de leden van de raad van toezicht van een stichting voor openbaar onderwijs voordraagt. Gebruikelijk is dat de raad van toezicht een voordracht opstelt (dan wel de voordracht van de ouders/medezeggenschapsraad overneemt) en die zendt aan de gemeenteraad. De gemeenteraad is echter niet gehouden aan enige voordracht van de raad van toezicht, tenzij dit volgt uit de statuten of daarover anderszins afspraken zijn gemaakt.

In het Consultatiedocument *Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*⁹⁴ wordt voorgesteld een algemene bepaling voor de aanbeveling of voordracht op te nemen in een nieuw artikel 2:292b BW.

92 Vz. Rechtbank Leeuwarden, 12 oktober 2012, JOR 2013/35 (Stichting Woonfriesland).

93 Vz. Rechtbank Leeuwarden, 12 oktober 2012, JOR 2013/35 (Stichting Woonfriesland), r.o. 4.4.2.

Artikel 2:292b BW Nieuw

‘Bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een lid van het toezichthoudend orgaan worden van de kandidaat medegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep en de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een lid van het toezichthoudend orgaan. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als lid van een toezichthoudend orgaan is verbonden; indien zich daaronder rechtspersonen bevinden die tot een zelfde groep behoren, kan met de aanduiding van de groep worden volstaan. De aanbeveling en de voordracht worden met redenen omkleed.’

De voorgestelde bepaling is van regelend recht.⁹⁵ Zij moet vooral de transparantie bevorderen bij benoemingsbesluiten. De toevoeging dat de aanbeveling of voordracht met redenen moet worden omkleed is wel nieuw en vult zo de redelijkheid en billijkheid verder in (artikel 2:8 BW).

3.5 Civielrechtelijk bestuursverbod

De regering wenst ook te voorkomen dat ‘falende bestuurders en toezichthouders’, in elk geval op korte termijn, na dit falen weer bestuurder of toezichthouder worden bij een andere onderwijsorganisatie. In zijn reactie op het advies over draaieurconstructies in het onderwijs wees de staatssecretaris van OCW daarbij op het civielrechtelijk bestuursverbod als mogelijk privaatrechtelijk instrument.⁹⁶

Het civielrechtelijk bestuursverbod is als zodanig is niet nieuw. Bij een ontslag door de Rechtbank op de grond van artikel 2:298 lid 3 BW geldt een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar. Een benoemingsbesluit in die periode is nietig (artikel 2:14 lid 1 BW). In paragraaf 5.3 bespreek ik de ontslagmogelijkheid van artikel 2:298 BW meer uitgebreid.

Op 1 oktober 2014 lag het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod nog ter advisering voor bij de Raad van State. Uit het voorafgaande consultatiedocument blijkt dat een aanpassing van de Faillissementswet wordt beoogd inhoudende het kunnen opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod aan frauduleuze bestuurders.⁹⁷ Bestuurders en/of toezichthouders van private rechtspersonen die zich de drie jaar voorafgaand aan een faillissement van die rechtspersoon naar het oordeel van de Rechtbank schuldig hebben gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur of kennelijk onbehoorlijk toezicht, zouden op verzoek van de curator of het Openbaar Ministerie voor maximaal vijf jaar een bestuursverbod opgelegd moeten krijgen.

Artikel 106a lid 3 Faillissementswet Nieuw kwalificeert de volgende gevallen als ‘*kennelijk onbehoorlijk*’: voldoen aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid, aanwe-

⁹⁴ Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

⁹⁵ MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 21.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 57, p. 3.

⁹⁷ Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod), www.internetconsultatie.nl (29 maart 2013).

zigheid actio pauliana, het in ernstige mate tekortschieten in de informatie- en medewerkingsverplichtingen gedurende het faillissement, het gedurende korte tijd meermaals betrokken zijn geweest bij een faillissement of het aan de bestuurder of de rechtspersoon opgelegd zijn van een bestuurlijke boete wegens fiscale fraude.

Een faillissement van een onderwijsorganisatie is uitzonderlijk, maar niet onmogelijk. In 2011 ging bijvoorbeeld nog een basisschool in Maarssen failliet (Jenaplanschool De Regenboog).⁹⁸

Barkhuysen en Claessens beschrijven in hun preadvies ook de publiekrechtelijke variant van het bestuursverbod. Het Ministerie van OCW overweegt namelijk om voorafgaand aan de bekostiging van een school te toetsen of de betrokken bestuurders en intern toezichthouders eerder betrokken zijn geweest bij een onderwijsorganisatie die een aanwijzing als bedoeld in de onderwijswetgeving heeft gekregen.⁹⁹

4. Privaatrechtelijke interventies: besluiten en handelen

4.1 Opzet hoofdstuk

Bestuurders van onderwijsorganisaties besturen, besluiten en voeren uit. Die besluiten kunnen interne werking hebben, opmaat zijn voor het aangaan van rechtshandelingen en hebben soms ook rechtsgevolg (bestuursorgaan). Intern toezichthouders adviseren bestuurders, keuren voorgenomen besluiten goed of af en houden toezicht. Onderwijsorganisaties treden op in het rechtsverkeer en zijn partij bij overeenkomsten met overheden, leerlingen/studenten en overige derden. Op hun beurt hebben diezelfde overheden, leerlingen/studenten en overige derden wettelijke en statutaire (goedkeurings)-rechten en maken zij afspraken met onderwijsorganisaties.

In dit hoofdstuk bespreek ik kort nog de norm voor het handelen van bestuurders en intern toezichthouders (paragraaf 4.2). In het kader van het proces van besluitvorming komt in paragraaf 4.3 het gebruik van goedkeuringsrechten aan bod. In paragraaf 4.4 komt het thema 'educational malpractice' aan de orde.

4.2 Norm voor bestuurlijk handelen?

Ik beschreef reeds in paragraaf 3.4.1 dat bestuurders en intern toezichthouders tegenover hun onderwijsorganisatie gehouden zijn hun taak behoorlijk te vervullen en dat zij zich daarbij primair te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming. Deze norm volgt voor bestuurders uit artikel 2:9 BW. Het is de bedoeling dat als gevolg van de voorgenomen Wet bestuur en toezicht rechtspersonen deze norm ook wordt gecodificeerd voor het handelen van intern toezichthouders (artikel 2:9a lid 1 BW Nieuw).¹⁰⁰

98 *Kamerstukken II* 2011/12, Aanhangsel 16 januari 2012, nr. 998.

99 Onderwijsraad, *Advies Voorkomen draaieurconstructies*, Den Haag, 17 maart 2014 en 2013–2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 57 (Kabinetsreactie voorkomen draaieurconstructies).

100 Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

Het niet handelen conform deze norm kan leiden tot interne bestuurdersaansprakelijkheid. Zie daarover paragraaf 5.4 van dit preadvies.

Hoewel de norm van artikel 2:9 BW en artikel 2:9a BW is afgeleid van bestaande jurisprudentie, bestaat over de uitwerking in de literatuur wel enige discussie. Zo is een vraag of de voor bestuurders en intern toezichthouders van semipublieke organisaties te gelden norm niet een andere zou moeten zijn dan die voor bestuurders van commerciële organisaties. Hendrikse merkt bijvoorbeeld op dat bij not-for-profit instellingen het loyaliteits- en zorgvuldigheidsbeginsel in de regel hogere eisen aan de taakvervulling door bestuurders lijkt te stellen, terwijl tegelijkertijd door de (semi-)publieke context en daarmee gepaard gaande beperkte (financiële) beleidsruimte aansprakelijkheid minder snel aangenomen zou moeten worden als bestuurders binnen die aan zijn beleidsvrijheid getrokken grenzen opereren.¹⁰¹ Hendrikse wijst daarbij ook op het veelal subjectieve karakter van de keuzes die binnen die ruimte gemaakt kunnen en moeten worden.

Naar aanleiding van de incidenten bij onder meer Vestia, Servatius en Amarantis wordt de laatste jaren echter juist gepleit voor extra mogelijkheden om bestuurders en toezichthouders aansprakelijk te stellen met als motivatie dat sprake is van (semi-)publieke middelen.¹⁰² De Minister van Justitie onderschrijft deze gedachtegang blijkens zijn brief over de aansprakelijkheid van intern toezichthouders uit 2013 en de voorstellen in het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.¹⁰³ In de literatuur wordt de keuze voor uniformering van de voor bestuurders en toezichthouders te gelden norm en de introductie van de interne bestuurdersaansprakelijkheid voor intern toezichthouders onderschreven. De uitwerking en dan vooral de verhouding tot de sectorale normen wordt kritischer gezien.¹⁰⁴ Het blijft in elk geval vreemd dat bestuurders en intern toezichthouders van publiekrechtelijke rechtspersonen niet intern aansprakelijk gesteld kunnen worden en bestuurders en intern toezichthouders bij privaatrechtelijke rechtspersonen wel. Ook bij publiekrechtelijke rechtspersonen kan immers sprake zijn van 'flagrante onbehoorlijkheid'.

4.3 Goedkeuringsrechten

4.3.1 Vooraf

Besluiten van bestuurders zijn soms onderworpen aan goedkeurings- of instemmingsrechten.¹⁰⁵ Een onderscheid is mogelijk tussen goedkeuringsrechten die bij of krachtens de statuten zijn toegekend aan organen of derden (daaronder begrepen overheden),

101 A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40.

102 Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector, *Een lastig gesprek*, Den Haag september 2013, p. 3 (Commissie Behoorlijk Bestuur).

103 *Kamerstukken II* 2013/14, 33750-VI nr. 31 (Brief Minister van Justitie, Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren).

104 H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector: Het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen nader belicht', *RM Themis* 2014/4, p. 159-171.

105 Het onderscheid tussen goedkeuring en instemming heeft geen materiële betekenis; reden waarom ik hierna vooral de term goedkeuring hanteer.

goedkeuringsrechten die bij of krachtens de bijzondere onderwijswet- en regelgeving zijn toegekend aan overheden of medezeggenschap en goedkeuringsrechten krachtens overeenkomst. Tussen deze soorten bestaat echter veel overlap.

Privaatrechtelijk gezien is relevant dat statutaire goedkeuringsrechten primair interne werking hebben. Andere personen dan de statutair goedkeuringsgerechtigden kunnen in beginsel geen beroep doen op het ontbreken van een eventuele goedkeuring voor een bestuursbesluit. Het niet hebben verkregen van een statutaire goedkeuring voor een bestuursbesluit zal in de praktijk ook niet snel gevolgen hebben voor de bekostiging. Desalniettemin is bij een handelen zonder wettelijk voorgeschreven goedkeuring formeel sprake van strijdigheid met een wettelijk voorschrift.

Goedkeuringsrechten die alleen bij of krachtens de bijzondere onderwijswet- en regelgeving zijn toegekend aan overheden hebben wel een extern effect. Indien bijvoorbeeld een fusie wordt aangegaan zonder voorafgaande goedkeuring door de Minister van OCW, handelt de onderwijsorganisatie in strijd met de wet en kan een aanwijzing of een bekostigingssanctie volgen of kan worden overgegaan tot publiekrechtelijke handhaving anderszins.¹⁰⁶ Zie hierover het preadvies Barkhuysen en Claessens.

Ik bespreek hierna eerst de statutaire goedkeuringsrechten (4.3.2). Op goedkeuringsrechten die niet verplicht in de statuten van de onderwijsorganisatie moeten worden opgenomen ga ik slechts beperkt in (4.3.3).

4.3.2 Statutaire goedkeuringsrechten¹⁰⁷

Algemeen

Het algemeen rechtspersonenrecht en het stichtingenrecht bevatten geen algemene regeling voor (i) de toekenning van goedkeuringsrechten, (ii) de wijze waarop het gebruik van statutaire goedkeuringsrechten wordt getoetst en (iii) de gevolgen van het niet verkrijgen van een goedkeuring door het bestuur.

Artikel 2:21 lid 1 BW

Het ontbreken van een algemene regeling betekent dat het toekennen van goedkeuringsrechten aan organen of derden vrij is. De toets is of toekenning leidt tot een strijdigheid met artikel 2:21 lid 1 BW (voldoen van statuten aan de wet en wettelijke omschrijving rechtsvorm).

De norm dat de statuten aan de wet moeten voldoen brengt mee dat het bestuur ondanks eventuele beperkingen moet kunnen blijven besturen (artikel 2:291 lid 1 BW). Onder besturen wordt daarbij verstaan het leiding geven en kunnen zorgen voor een goede taakvervulling, deelneming aan het maatschappelijk verkeer en functioneren van de organisatie.¹⁰⁸

¹⁰⁶ T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Fusies in het primair, speciaal en voortgezet onderwijs: handvatten bij de toepassing van de fusietoets', *School en Wet* 2013/1, p. 12-19

¹⁰⁷ Onder statutaire goedkeuringsrechten versta ik ook in nadere interne reglementen toegekende goedkeuringsrechten.

¹⁰⁸ *Asser/Maeijer 2-II* 1997/484 en 317.

Dat de gekozen rechtsvorm binnen de wettelijke omschrijving moet blijven vallen is bijvoorbeeld relevant bij het toekennen van goedkeuringsrechten aan derden. De omvang van die rechten kan niet dusdanig zijn dat strijdigheid met het ledenverbod ontstaat (artikel 2:285 lid 1 BW).

Gebruik goedkeuringsrechten en toetsing aan artikel 2:8 BW

Bij de toetsing van het gebruik van goedkeuringsrechten, geldt het uitgangspunt van artikel 2:8 BW. Degene aan wie een statutaire goedkeuringsrecht toekomt is bij de organisatie betrokken en moet zich als zodanig jegens de onderwijsorganisatie en diens bestuurders gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Voorts kan degene aan wie een bevoegdheid toekomt deze niet inroepen voor zover dat tot misbruik leidt (artikel 3:13 BW). Dit tezamen brengt mee dat een besluit tot niet-goedkeuring motivatie behoeft.

De uit artikel 2:8 BW volgende zorgvuldigheidsnorm wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval en de voor de onderwijsorganisatie te gelden branchecode voor goed bestuur. Ook bijzondere publieke wet- en regelgeving geeft, al dan niet als element van de geconstrueerde werkelijkheid, invulling aan die norm.¹⁰⁹ Onder de geconstrueerde werkelijkheid van de onderwijsorganisatie versta ik – naar Van Bulten – de bedoeling die de diverse betrokkenen hebben met de gekozen rechtsvorm als onderdeel van de juridische beoordeling van de verhouding tussen betrokkenen en de te betrachten redelijkheid en billijkheid.¹¹⁰ Deze bedoeling is af te leiden uit onder meer de geopenbaarde wil van de oprichters, de keuzes en het handelen van betrokkenen. Dat er ruimte is voor een geconstrueerde werkelijkheid vloeit voort uit het vrijheidsbeginsel dat aan de basis van het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht ligt. Dit vrijheidsbeginsel is ook een grondrechtbeginsel.¹¹¹ Het ziet op de oprichtingshandelingen (artikel 11 EVRM en artikel 8 Grondwet), heeft betekenis gedurende het functioneren van de rechtspersoon (artikel 12 EVRM en artikel 9 Grondwet) en speelt een rol bij als onderwijsorganisatie geven van onderwijs (artikel 23 Grondwet). Ook dan vullen wil, afspraken en gedragingen, net als de beschikbare informatie, de redelijkheid en billijkheid in.¹¹²

Voorafgaand goedkeuringsrecht en artikelen 2:14 en 2:15 BW

Indien en voor zover op grond van de statuten sprake is van een voorafgaand goedkeuringsrecht dan is een zonder zo'n goedkeuring genomen besluit nietig (artikel 2:14 BW).¹¹³ Wel kan dit besluit door diegene achteraf worden bekrachtigd.

109 Zie ook S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur? (Preadvies Vereniging Administratief Recht)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 56-57.

110 C.D.J. Bulten, 'De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2014/94.

111 Zie o.a. M.J. G. C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht. Pitlo/2*, Deventer: Kluwer 2006, p. 8, en C.D.J. Bulten, 'De invloed van fundamentele rechten op het rechtspersonenrecht', in: J. Gerards e.a. (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 315-347.

112 Zie o.a. over de betekenis van informatie voor de redelijkheid en billijkheid: L. Timmerman, 'Meer informatie, beter recht?', *WPNR* 2013/6966, nr. 4.

113 J.B. Huizink in: *Groene Serie Rechtspersonen*, aantekening 10.3.1.

Ook het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen¹¹⁴ bevat geen algemene regeling voor het toekennen van goedkeuringsrechten aan het toezichthoudend orgaan.

Goedkeuringsrechten in de onderwijswetgeving

Ter uitwerking van het wettelijke vereiste van functie- en soms orgaanscheiding (zie paragraaf 3.4.1) heeft de onderwijswetgever ervoor gekozen om intern toezichthoudende organen in alle onderwijssectoren ten minste te belasten met een drietal statutaire goedkeuringsrechten: (i) het goedkeuren van de begroting, (ii) het goedkeuren van de jaarrekening en jaarverslag en (iii) het goedkeuren van de meerjarenbeleidsplannen (artikel 17c lid 1 WPO, artikel 24e1 lid 1 WVO, artikel 9.1.4 lid 1 WEB, artikel 10.3d lid 2 WHW en artikel 9.8 lid 1 juncto artikel 9.51 WHW).

In de Memorie van Toelichting bij de Wet goed onderwijs goed bestuur is het nut van de toekenning van deze goedkeuringsrechten als volgt toegelicht:

*‘De toezichthouder heeft goedkeuringsrecht met betrekking tot begroting en jaarverslag (onderdeel a) en houdt toezicht op de naleving van wettelijke verplichtingen en de afwijkingen van de branchecode (onderdeel b). Deze taken leiden tot invloed op het beleid en de gang van zaken bij de school. Het toezien op de verwerving en bestemming en aanwending van de middelen (onderdeel c) maakt de interne toezichthouder (mede)verantwoordelijk voor deze aspecten. De bepaling dat de toezichthouder de instellingsaccountant aanwijst en dat die rapport aan hem uitbrengt (onderdeel d), geeft de toezichthouder op financieel gebied een sterkere positie ten opzichte van het bestuur. De verantwoording over de uitvoering van deze taken en de uitoefening van deze bevoegdheden in een jaarverslag (onderdeel e) is het sluitstuk van deze regeling en biedt de basis voor horizontaal en verticaal toezicht door stakeholders, de minister en de inspectie’.*¹¹⁵

De diverse branchecodes voor goed bestuur en intern toezicht in het onderwijs breiden het aantal goedkeuringsrechten verder uit.

Bijzondere positie verzelfstandigd openbaar onderwijs

Gemeenteraad heeft diverse statutaire goedkeuringsrechten

Het verzelfstandigd openbaar onderwijs heeft een bijzondere positie in het geheel van *checks and balances*.¹¹⁶ De onderwijswetgeving bepaalt dat de statuten van stichtingen voor openbaar onderwijs meerdere goedkeuringsrechten moeten inhouden ten gunste

¹¹⁴ Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 26.

¹¹⁶ P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, ‘Toezicht op verzelfstandigd openbaar onderwijs’ *Gemeentestem* 2013/64, Commissie Governance Openbaar Onderwijs (Commissie Cohen), *Het bijzondere karakter van het openbaar onderwijs gewaardeerd en verankerd*, Rotterdam: Gemeente Rotterdam 2012, P.J.J. Zoontjens en B.Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs. Eindrapport 1e deel*, Tilburg: Schoordijk Instituut 2007 en P.J.J. Zoontjens en B.P.Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs. Eindrapport 2e deel*, Amsterdam: VU Amsterdam 2007.

van de gemeenteraad (artikel 42b lid 6 en lid 7 WVO en artikel 48 lid 6 en lid 7 WPO). Een statutenwijziging behoeft de goedkeuring van de gemeenteraad, net als de begroting en de jaarrekening. Bij het niet verlenen van goedkeuring voor de begroting heeft de gemeenteraad de verplichting om de maatregelen te nemen die zij nodig achten om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen (artikel 42b lid 10 WVO en artikel 48 lid 10 WPO).

Opvallend is dat de motivatie van de gemeenteraad bij het niet goedkeuren van de begroting in het openbaar onderwijs slechts kan zijn gelegen in *'strijd (...) met het recht of met het financiële belang van de gemeente'*. Doel was te benadrukken dat de toets een globale zou zijn en het bestuur daadwerkelijk zelfstandig. Dit blijkt ook uit opmerkingen destijds van de Minister van Onderwijs in de Eerste Kamer. Een gemeenteraad moest 'niet op de stoel van het schoolbestuur gaan zitten'.¹¹⁷

Het rechtskarakter van het besluit van de gemeenteraad om wel/of geen goedkeuring te verlenen staat niet vast. Hoewel het uitoefenen van de statutaire goedkeuringsrechten voortvloeit uit de publieke taak van de gemeenteraad om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs, mag worden aangenomen dat bij het wel of niet tot goedkeuring overgaan de gemeente (bij monde van de gemeenteraad) handelt in de hoedanigheid van publiekrechtelijk rechtspersoon. Daar staat tegenover dat de onderwijswetgeving heeft bepaald dat de bedoelde goedkeuringsrechten in de statuten moeten zijn opgenomen. Dat maakt dat sprake is van een duidelijk onderscheid met goedkeuringsrechten die direct volgen uit de bijzondere onderwijswetgeving zelf, zoals bijvoorbeeld de fusietoets.¹¹⁸

Voornoemde globale toetsing die de Minister van Onderwijs voorstond sluit mijns inziens echter aan bij het beginsel van redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW) en het niet misbruiken van bevoegdheden (artikel 3:13 BW). Onverminderd het precieze rechtskarakter, zou ik willen betogen dat het verlenen van een goedkeuring door een goedkeuringsgerechtigde moet worden gemotiveerd en dat de weigering niet mag zijn gelegen in andere belangen.

Deze denktrant is ook terug te vinden in een uitspraak over een verzelfstandigd gemeentelijk museum uit 1987. De rechtsvraag was of de weigering om geen goedkeuring te verlenen aan het besluit tot benoeming van een directeur strijdig was met het recht. De motivatie van de weigering was namelijk gelegen in een geschil tussen de gemeente en het bestuur over de beleidsvisie van het bestuur van de verzelfstandigde stichting. De rechter liet de kwalificatie van het besluit in het midden en oordeelde dat de betrokken gemeente in strijd handelde met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijk ver-

¹¹⁷ *Handelingen I* 1995/96, 6, p. 142.

¹¹⁸ Denk ook aan het adviesrecht van de gemeente bij fusies in het primair en voortgezet onderwijs of de bevoegdheid tot overdracht aan de gemeente van een te sluiten school of vestiging (artikel 159 lid 2 wpo).

keer betaamt.¹¹⁹ Deze benadering past ook bij het uitgangspunt dat een privaatrechtelijke bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht (artikel 3:15 BW).

De onderwijswetgeving geeft aan dat in de statuten moet zijn vastgelegd dat de drie besluiten tot begroting en jaarrekening en statutenwijziging genomen kunnen worden 'na' goedkeuring/instemming door de gemeenteraad. Dit brengt mee dat een dergelijk besluit genomen zonder goedkeuring, nietig is wegens strijd met de statuten (artikel 2:14 BW). Gaat de gemeenteraad alsnog tot goedkeuring over, dan is sprake van bekrachtiging.

Uitholling goedkeuringsrecht gemeenteraad?

Met de toekenning in 2012 van de bevoegdheid aan de Inspectie van het Onderwijs om ook toezicht te houden op de financiële rechtmatigheid en financiële situatie van de instelling, lijkt er de afgelopen jaren overigens een uitholling plaats te vinden van het goedkeuringsrecht van de gemeenteraad voor de begroting en de jaarrekening.¹²⁰ De verscherping van het financiële toezicht als gevolg van onder meer de casus Amarantis en de problematiek rondom derivaten versterkt dat beeld nog eens.¹²¹

Huisman en Rogier stelden zich in 2013 de vraag hoe het strengere toezicht door de Inspectie van het Onderwijs ten aanzien van het financieel beleid zich verhoudt tot de goedkeuringsrechten van de gemeenteraad.¹²² Mijn antwoord op die vraag is dat de goedkeuringsrechten van de gemeenteraad slechts een aanvulling vormen op het financieel toezicht door de Inspectie van het Onderwijs die vooral nuttig is voor de communicatie tussen de gemeenteraad en het verzelfstandigd openbaar onderwijs. Het is immers moeilijk voorstelbaar dat een gemeenteraad redelijkerwijs een goedkeuring aan een begroting of jaarrekening kan onthouden, als de Inspectie van het Onderwijs op basis van dezelfde cijfers zou concluderen dat er geen reden voor verscherpt financieel toezicht is. De situatie dat de gemeenteraad over meer financiële informatie beschikt dan de Inspectie van het Onderwijs is in de praktijk niet echt goed denkbaar.

Beperkte bevoegdheid gemeenteraad bij raad van toezicht-model

Indien een stichting voor openbaar onderwijs een raad van toezicht kent, zijn de statutaire goedkeuringsrechten van de gemeenteraad ter zake de begroting en de jaarrekening in beginsel niet van toepassing (artikel 48 lid 12 WPO en artikel 42b lid 12 WVO). Het uitgangspunt van de wetgever is dat de raad van toezicht deze bevoegdheden als het ware 'overneemt' van de gemeenteraad. Huisman hanteert hiervoor nog steeds het

119 Rb. Breda (President) 31 januari 1987, LJN: AH1573 (Stichting Stedelijk Museum voor Geschiedenis en Oudheidkunde/Gemeente Breda).

120 Staatsblad 2012/118 (Wet geïntegreerd toezicht en gewijzigde rol Inspectie van het Onderwijs).

121 Artikel 4 lid 4 Regeling jaarverslaggeving onderwijs (verplichte continuïteitsparagraaf en risicoanalyses jaarverslag). Zie ook aankondiging *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 16.

122 P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, 'Toezicht op verzelfstandigd openbaar onderwijs' *Gemeentestem* 2013/64.

begrip ‘attributie’, daar waar Vermeulen en Zoontjens het begrip ‘toekenning’ gebruiken.¹²³

Die laatste term heeft gelet op het privaatrechtelijke karakter mijn voorkeur. In de statuten worden goedkeuringsrechten ‘toegekend’ aan de raad van toezicht van de stichting openbaar onderwijs. Deze goedkeuringsrechten beperken in lijn met artikel 2:291 lid 1 BW de bevoegdheid van het bestuur.

Vermeulen en Zoontjens in 2007¹²⁴ en de commissie Cohen in 2012¹²⁵ zijn van oordeel dat ook bij de keuze voor het raad van toezicht-model de grondwettelijke verantwoordelijkheid van de gemeenteraad voor het openbaar onderwijs het wenselijk maakt dat deze de begroting en de statuten moet kunnen goedkeuren. De regering gaf echter gelet op de keuze van de gemeenteraden voor verzelfstandiging van het openbaar onderwijs en het optionele karakter in 2009 de voorkeur aan het exclusief beleggen van het goedkeuringsrecht bij de raad van toezicht.¹²⁶

4.3.3 Niet-statutaire goedkeuringsrechten

Instemmingsrechten medezeggenschap

De groep goedkeurings- of instemmingsrechten die bij of krachtens de bijzondere onderwijswet- en regelgeving is toegekend aan overheden of medezeggenschap is ruim. Nu deze goedkeuringsrechten en de bijbehorende normen niet van privaatrechtelijke aard zijn ga ik hier in dit preadvies slechts beperkt op in. Dat dergelijke goedkeuringsrechten invloed hebben op de vrijheid van het bestuurlijk handelen staat buiten kijf.

In de Wms, de WEB, de WHW en de Wet op de ondernemingsraden zijn aan de medezeggenschapsraden meerdere instemmingsrechten toegekend. De wijze van uitoefening van deze rechten, alsmede de alsdan te gelden norm wordt beheerst door de betreffende wettelijke medezeggenschapsbepalingen. Als hoofdregel geldt dat bij het onthouden van instemming wordt getoetst of de beslissing tot onthouding van de instemming onredelijk is en of de voorgenomen beslissing van het bestuur van de onderwijsorganisatie gevergd wordt door zwaarwegende organisatorische, economische of sociale redenen.¹²⁷ Het is de bedoeling deze hoofdregel ook vast te leggen voor het funderend onderwijs.¹²⁸ Het bestuur zal zelf moeten motiveren dat van onredelijkheid sprake is of aantonen dat er zwaarwegende redenen zijn.

123 P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, ‘Toezicht op verzelfstandigd openbaar onderwijs’ Gemeentestem 2013/64, paragraaf 2.2 en P.J.J. Zoontjens en B.Vermeulen, Governance in het openbaar onderwijs. Eindrapport 1e deel, Tilburg: Schoordijk Instituut 2007, p. 16.

124 Commissie Governance Openbaar Onderwijs (Commissie Cohen), Het bijzondere karakter van het openbaar onderwijs gewaardeerd en verankerd, Rotterdam: Gemeente Rotterdam 2012, p. 33.

125 P.J.J. Zoontjens en B.P.Vermeulen, Governance in het openbaar onderwijs. Eindrapport 2e deel, Amsterdam: VU Amsterdam 2007.

126 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 29 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 37-38.

127 Zie bijvoorbeeld artikel 9.40 lid 5 WHW.

128 Artikel 32 Wms Nieuw (Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen).

Vooralsnog bestaat niet het voornemen om aan medezeggenschapsorganen een goedkeuringsrecht te geven op de begroting. Volgens de regering zou dit leiden tot medeverantwoordelijkheid van medezeggenschapsorganen voor het bestuur als gevolg waarvan zij het bestuur niet meer onafhankelijk kunnen controleren.¹²⁹ Dat argument lijkt mij vergezocht. Al was het maar omdat dit argument voor alle goedkeuringsrechten geldt; dus ook die van de overheid. Dat het de bestuurlijke slagvaardigheid, bestuurskracht en de bestuurlijke beleidsvrijheid beperkt mag duidelijk zijn. De weigering van de centrale medezeggenschapsraad van de UvA om geen instemming te verlenen aan de lang voorbereide samenwerking tussen de technische faculteiten van de UvA en de VU bevestigt dit.

Goedkeuringsrechten direct volgend uit de onderwijswetgeving

Voorbeeld van een goedkeuringsrecht die direct volgt uit de onderwijswetgeving is de fusietoets onderwijs. Als het goedkeuringsrecht toekomt aan de overheid, kwalificeert het niet verlenen van een dergelijke goedkeuring als een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb. De toetsingsnorm wordt alsdan beïnvloed door de wettelijke grondslag van de goedkeuringsbevoegdheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.4 Privaatrechtelijke rechtsverhouding leerling/student/ouders en onderwijsorganisatie

4.4.1 Kwalificatie privaatrechtelijke rechtsverhouding

Algemeen

Onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten hebben een privaatrechtelijke rechtsverhouding die rechten en verplichtingen tot gevolg heeft. Deze privaatrechtelijke rechtsverhouding treffen we aan in twee varianten: (i) de rechtsverhouding die voortvloeit uit de onderwijsovereenkomst en (ii) de rechtsverhouding die voortvloeit uit een eventuele onrechtmatige daad van de onderwijsorganisatie.

Artikel 2:147

Pajmans besteedt in haar dissertatie uit 2013 veel aandacht aan de zorgplicht van scholen bij ongevallen, bewegingsonderwijs en sportbeoefening, pesten, misbruik en geweld.¹³⁰ Ze neemt daarbij het recht en de plicht van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden (artikel 2:147 BW) als vertrekpunt. Die rechten en plichten zouden met de inschrijving van leerlingen als het ware gedeeltelijk worden overgedragen aan de onderwijsorganisatie.

De zorgplicht van een onderwijsorganisatie is volgens Pajmans een afgeleide van de zorgplicht van ouders. Zij wijst bijvoorbeeld op de overweging van meerdere feitenrechtens dat op een school een zorgplicht rust voor leerlingen 'die aan haar zorg zijn toe-

¹²⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33495, nr. 10, p. 13 (Brief versterking bestuurskracht).

¹³⁰ B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, (dissertatie Utrecht), Woerden: Kluwer 2013.

vertrouwd' en 'onder haar toezicht staan'. Daarbij meent Paijmans dat deze privaatrechtelijke verplichting – anders dan bij banken en notarissen – een gewone en geen bijzondere zorgplicht is en kan worden vergeleken met de zorg van een ziekenhuis of werkgever.

Onderwijsovereenkomst

De analyse van Paijmans en de verwijzing naar artikel 2:147 BW lijkt vooral nuttig bij ongevallen op school van jonge kinderen en bij pestgedrag. Het geven van onderwijs is echter veeleer een tweezijdige rechtshandeling. De onderwijsorganisatie geeft onderwijs en de leerling of student ontvangt de onderwijsprestatie en participeert. Voor de onderwijsprestatie lijkt het vertrekpunt van artikel 2:147 BW daarom minder nuttig. Het – al dan niet indirect – aannemen van een verbintenis tussen de onderwijsorganisatie en de leerling/student biedt bij de onderwijsprestatie meer houvast.

In de literatuur geven veel auteurs de voorkeur aan de fictie van de onderwijsovereenkomst. Over de onderwijsovereenkomst en zijn kenmerken is in de onderwijsrechtelijke literatuur veel debat.¹³¹ De achtergrond van dit debat is onder meer het mogelijke verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs, de verhouding tussen het bijzondere onderwijsrecht het privaatrecht en het algemeen bestuursrecht en het gegeven dat in de praktijk partijen geen onderwijsovereenkomst tekenen.¹³²

In het funderend onderwijs heeft de onderwijswetgever er expliciet voor gekozen geen uitgewerkte regeling op te nemen die de onderwijsovereenkomst regelt. De onderwijswetgever probeert als het even kan de kwalificatie in het midden te laten. Over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs spreekt de wetgever zich niet duidelijk uit.¹³³ Wel nam de regering in 1989 aan dat in het bijzonder onderwijs sprake is van een overeenkomst als bedoeld in het privaatrecht.¹³⁴

De introductie van de geschillencommissie toelating en verwijdering (artikel 43 WPO en artikel 27c WVO) per ingang van 1 augustus 2014 bevestigt de wens van de onderwijswetgever om de kwalificatie in het midden te laten en bij voorkeur geen gevolg te geven aan de mogelijk procesrechtelijke consequenties van het onderscheid tussen het

131 J. Sperling, 'De juridische positie van ouders in het onderwijs', in J. Sperling, K.J. Slump en M. van de Koppel, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs (preadviezen NVOR 29)*, Den Haag: Sdu 2009, p. 24-35.

132 M.T.A.B. Laemers, 'Beoordeling van schoolkwaliteit', in: F.J.H. Mertens, J.C. van Bruggen, D. Mentink en M.T.A.B. Laemers, *Metten van schoolkwaliteit of de rol van de inspectie als toezichthouder op de kwaliteit*, Preadvies NVOR, Delft: Combiwerk 1999, p. 56, C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, C.W. Noorlander en B.M. Paijmans, 'Educational malpractice' als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlands aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2011, p. 233-245, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, 'Het algemene bestuursrecht en het bijzondere onderwijsrecht', in C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Preadvies VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 103-113.

133 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, nr. 6, p. 53.

134 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, nr. 6, p. 53.

openbaar en bijzonder onderwijs.¹³⁵ Deze nieuwe geschillencommissie behandelt zowel geschillen over het bestuursrechtelijke besluit tot niet-toelating en de weigering in het bijzonder onderwijs een verbintenis aan te gaan tot inschrijving.¹³⁶ Ook bij een discussie over de mogelijkheid van schadevergoedingen in het hoger onderwijs, laat de regering de precieze kwalificatie in het midden.¹³⁷

Het middelbaar beroepsonderwijs vormt de uitzondering op de regel. In de Wet educatie en beroepsonderwijs is een uitgewerkte regeling voor de onderwijsovereenkomst opgenomen. *'Aan de inschrijving ligt een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en de deelnemer ten grondslag'* (artikel 8.1.3 lid 1 WEB) en die overeenkomst wordt *'schriftelijk vastgelegd'* (artikel 8.1.3 lid 2 WEB). De motivering van de regering is dat schriftelijke vastlegging van de onderwijsovereenkomst de rechtspositie van de deelnemers versterkt.¹³⁸ Me dunkt dat in andere onderwijssectoren eenzelfde motivering te bedenken is voor de introductie van een wettelijke regeling van de onderwijsovereenkomst.¹³⁹

Verbintenis en vergoeding?

In de literatuur wordt geopperd dat het gegeven dat geen vergoeding verschuldigd is, een argument is voor afwijzing van het kwalificeren van de verhouding als een verbintenis. Die lijn volg ik niet.

Allereerst geldt voor het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs dat wel degelijk sprake is van les- en collegegelden te betalen door de deelnemer/student. Daarnaast illustreert een uitspraak uit 2012 van de staatssecretaris van Financiën dat ook volgens de regering sprake is van een vergoeding voor het verzorgen van onderwijs als te verrichten prestatie. De staatssecretaris betoogde dat bij het verzorgen van bekostigd middelbaar beroepsonderwijs weliswaar sprake was van een vrijstelling voor de btw, maar dat het roc voor die economische activiteit moest worden aangemerkt als een ondernemer. De staatssecretaris meende dat de bekostiging kwalificeerde als *'een vergoeding voor een prestatie die leidt tot ondernemerschap'* in de zin van de Wet op omzetbelasting 1968 en noemde het *'onbegrijpelijk'* dat het Gerechtshof eerder anders leek te oordelen.¹⁴⁰ Kennelijk meent de staatssecretaris van Financiën dat de bekostiging van het onderwijs door de overheid in feite een bevrijdende betaling is van de door studenten voor de onderwijsprestatie verschuldigde vergoeding (betaling *'longa manu'*).

¹³⁵ Stb. 2012, 533 (Wet passend onderwijs). Zie in het bijzonder *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 7, p. 32. *Kamerstukken I* 2011/12, 33106, I-1, p. 16 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 91 (amendement Ferrier en Van der Ham).

¹³⁶ Opvallend is de motivering van de wetgever dat de geschillencommissie nodig is om reden van de gewenste tijdelijke specifieke expertise; deze zou er niet zijn bij het College rechten voor de mens, de bestaande klachtencommissies en de rechter. De uitwerking van de bijbehorende geschillenregeling heeft wel enige hoofdbreken gekost. Voorts is de regeling opmerkelijk genoeg van toepassing op alle geschillen over toelating; dus ook als een leerling geen ondersteuningsbehoefte heeft. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 91 (amendement Ferrier en Van der Ham).

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 31288, nr. 167, p. 13.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 143.

¹³⁹ Zie ook J. Sperling, K.J. Slump en M. van de Koppel, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs*, (Pre-adviezen NVOR), Den Haag: Sdu 2009.

¹⁴⁰ Hoge Raad 15 juni 2012, BNB 2012/222, m.nt. Bijl (Cassatiemiddel 2).

4.4.2 Prestatienorm 'educational malpractice'

Algemeen

De onderwijsovereenkomst is in elk geval in zijn fictieve betekenis nuttig bij de beschrijving van die elementen die invulling geven aan de prestatienorm van een onderwijsorganisatie in zijn verhouding tot ouders, leerling en student.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter in de praktijk de kwalificatie van de rechtsverhouding meestal ontwijkt. Kennelijk, zo stellen ook Noorlander en Pajmans, is deze niet van voldoende belang voor de beoordeling van geschillen tussen onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten en hun ouders.¹⁴¹ De in dat geval te hanteren prestatienorm van de onderwijsorganisatie is, aldus hun analyse, zowel vanuit het verbintenissenrecht als vanuit de actie uit onrechtmatige daad gelijk zijn. Ik kan mij hier wel in vinden. Temeer nu met name lagere burgerlijke rechters vrij casuïstisch te werk gaan en geneigd zijn een geschil te beslechten.

De onderliggende vraag is of een nadere concretisering van de voor onderwijsorganisaties in de privaatrechtelijke rechtsverhouding te betrachten prestatienorm.

Met name aan het begin van deze eeuw is getracht te komen tot de fictie van 'beginnselen van behoorlijk onderwijs'.¹⁴² Vanuit het perspectief van onder meer het wetgevingsproject *Bruikbare Rechtsorde* was het idee deze beginnselen te bundelen tot één of meer algemene wettelijke algemene zorgplichten.¹⁴³ In het hoger onderwijs was het idee zelfs uitgewerkt in het later ingetrokken wetsvoorstel tot gehele vervanging van de WHW.¹⁴⁴

Elementen van dergelijke beginnselen van behoorlijk onderwijs vinden we nog steeds terug in de onderwijswetgeving. Niet alleen is sprake van algemene zorgplichtbepalingen, maar ook van zogeheten bijzondere zorgplichten. Voorbeelden zijn het bieden van 'adequaat' onderwijs voor zieke leerlingen (artikel 6b WVO, artikel 7.1.4 WEB), de studiebaarheid van de opleiding (artikel 7.2.7 lid 1 WEB en artikel 7.4 lid 2 WHW) of de zorgplicht arbeidsmarktperspectief (artikel 6.1.3 WEB).

Het gebruik van bijzondere zorgplichten is nog steeds populair. De onderwijswetgever lijkt een voorkeur te hebben voor 'open' formuleringen en het 'kwalitatief' invullen van prestatienormen. Het begrip 'ondersteuningsbehoefte' in het kader van het passend onder-

¹⁴¹ C.W. Noorlander en B.M. Pajmans, 'Educational malpractice' als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlands aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2011, p. 235.

¹⁴² Ph. Eijlander, J.J.W.M. Rietveld & P.J.J. Zoontjens, *Modernisering onderwijsregelgeving; een studie naar mogelijkheden voor verdergaande deregulering in het funderend onderwijs*. Tilburg: Schoordijk Instituut, 2001, P.J.J. Zoontjens, 'Algemene beginnselen van behoorlijk onderwijs? Een intrigerend concept', *School en Wet* 2001, p. 20-23.

¹⁴³ Ministerie van Justitie, *Nota Bruikbare Rechtsorde*, Den Haag, 21 april 2004 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 9), Ministerie van Justitie, *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag, 2004 en P.J.J. Zoontjens, 'Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschut?', *RegelMaat* 2008/4, 112-121.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27848, nrs. 1-2 (Wijziging Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, gericht op vermindering en vereenvoudiging regelgeving).

wijs is daarvan een voorbeeld, maar ook het voorstel om te bepalen dat het bevoegd gezag van een roc ervoor 'zorg' dient te dragen dat een beroepsopleiding wordt aangeboden als de verzorging van die opleiding 'doelmatig' is, is een voorbeeld van een bijzondere zorgplicht die 'open' is geformuleerd (artikel 6.1.3 lid 3 WEB Nieuw).¹⁴⁵ Zeker nu deze nieuwe bepaling gepaard gaat met de toevoeging dat gediplomeerden 'binnen een redelijke termijn' werk moeten kunnen vinden 'op het niveau van de gevolgde opleiding' (artikel 6.1.3 lid 2 WEB Nieuw).

Enkele uitspraken van de burgerlijke rechter over 'educational malpractice'

Slechts in een beperkt aantal gevallen is bekend dat de burgerlijke rechter is overgegaan tot het aannemen van aansprakelijkheid.

Schaapman

De bekendste casus is die van *Schaapman*.¹⁴⁶ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in deze casus in hoger beroep dat de gemeente tekort was geschoten in 'de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs, waarvoor zij op grond van de WBO verantwoordelijk was' en 'handelde (...) in strijd met haar wettelijke plicht, zoals die met name volgde uit de art. 8 en 9 van die wet'.

De uitspraak bevestigt dat de in de privaatrechtelijke rechtsverhouding te betrachten norm kan worden ingevuld door de in de bijzondere onderwijswetgeving beschreven normen. Gevolg daarvan is dat niet-naleving van door de wetgever gehanteerde normen voor bekostiging kan leiden tot een onrechtmatige daad in die privaatrechtelijke rechtsverhouding.

Deze ontwikkeling wordt bevestigd door het optreden van de Hogeschool Inholland in 2011, die na harde conclusies van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO over de kwaliteit van hun opleidingen en examens met de studentenorganisaties een regeling tot herstel en schadeafwikkeling overeen kwam.¹⁴⁷

Een aansprakelijkstelling onder verwijzing naar diskwalificerende onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs is op zichzelf echter nog geen voldoende grond voor aansprakelijkheid. Wel kan een dergelijk onderzoek invloed hebben op de bewijslastverdeling. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam over de opleiding communicatiewetenschappen van de UvA die een 'gele kaart' had gekregen.¹⁴⁸ De vordering van de studenten was uiteindelijk niet succesvol.

Christelijke Hogeschool Nederland

Meer kans op schadevergoeding lijkt er te zijn bij onvoldoende begeleiding van leerlingen en studenten. De casus *Christelijke Hogeschool Nederland* maakt dit inzichtelijk.¹⁴⁹ Het

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33948, nrs. 1-2 (Wetsvoorstel macrodoelmatigheid in het beroepsonderwijs).

¹⁴⁶ Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen en Ktg. Amsterdam 11 juni 1998, Gst. 1999-7091, 6, m.nt. J. Donner.

¹⁴⁷ Persbericht Inholland, LSVb, ISO en LSR, *Gezamenlijk hersteltraject Inholland*, 24 mei 2011.

¹⁴⁸ Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO7276 (Studenten/UvA).

¹⁴⁹ Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, JA 2007/68.

betrof hier een stage waarvoor de student een onvoldoende had gekregen. De Rechtbank Leeuwarden overwoog *‘dat van een school verwacht mag worden dat deze in het geval van een stage de student begeleidt. Wanneer een stage moeizaam verloopt zal de begeleiding intensiever moeten zijn en moet de student, die immers in een leertraject zit, handvatten aangereikt krijgen om een negatieve beoordeling af te wenden.’* (r.o. 4.4)

De uitspraak is om meerdere redenen interessant. Allereerst lijkt de Rechtbank Leeuwarden een bijzondere bewijslast te leggen bij de onderwijsorganisatie. Die moet de voldoende begeleiding, en daarmee het voldoen aan de redelijkerwijs te gelden norm bij stagebegeleiding, zelf aannemelijk maken. Zo ontbrak een administratie van de begeleiding en de motivering van de negatieve beoordeling. Opvallend is dat de uitspraak niet verwijst naar de eventuele stage-overeenkomst met het bedrijf. Een stage houdt een driezijdige rechtsrelatie in. Daardoor heeft ook het stagebedrijf verantwoordelijkheden gedurende de stage. Die kwamen nu niet aan bod.

Ten tweede geldt dat er juist bij stages en scripties sprake is van een onderwijsorganisatie die meer op afstand staat. De nadruk bij geschillen ligt dan al snel minder op de kwaliteit van de onderwijsprestatie maar op de kwaliteit van de organisatorische prestatie. Het aantal klachten over de begeleiding in het mbo en hbo is hoog. In het hoger onderwijs geldt dat ook voor begeleiding gedurende de scriptiefase. Te verwachten valt dat de wijziging van het studiefinancieringsstelsel in een leenstelsel en de striktere bindend studieadviezen, tot meer schade leidt bij vertragingen.

Bootfakkel

Een volgende succesvolle procedure betreft de zogeheten *Bootfakkel-zaak*.¹⁵⁰ Een leerling had een bootfakkel afgestoken en werd vervolgens direct verwijderd van de school. Die verwijdering werd in rechte onrechtmatig geoordeeld, waarna het conflict voortduurt en de leerling zich inschrijft op het Luzac College (privaat bekostigd). Aangezien de verwijdering onrechtmatig was bevonden, overwoog de rechtbank dat de onderwijsorganisatie in beginsel aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan ontstane schade. Hoewel een school volgens de rechtbank in beginsel de vrijheid heeft om het onderwijs naar eigen bevinden in te richten (hetgeen een marginale toetsing tot gevolg heeft), werd geoordeeld dat in dit geval de concreet door de onderwijsorganisatie genomen maatregelen om de schade te beperken onvoldoende waren.

Onduidelijk ziektebeeld

Een vrij recente zaak over een leerling met een *onduidelijk ziektebeeld* waarin het niet lukte te komen tot een aansprakelijkheid leert ons veel over de wijze waarop de burgerlijke rechter omgaat met ‘educational malpractice’.¹⁵¹

De casus was als volgt. De ouders stelden dat als gevolg van het niet bieden van adequaat onderwijs aan een zieke leerling sprake was van het niet nakomen van de onderwijs-

¹⁵⁰ Rb. Haarlem, 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:BK5218, JA 2010/38.

¹⁵¹ Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:RBME:2013:2773.

overeenkomst c.q. sprake was van een onrechtmatige daad. De leerling beschikte over een indicatie van de huisarts, maar de klachten waren vaag. Afgesproken werd dat de leerling gedoseerd naar school zou gaan. Dat betekende dat hij ook veel lessen zou missen en niet alles af zou kunnen ronden. Vervolgens ontstond een conflict over de vraag of de onderwijsorganisatie wel voldoende adequaat onderwijs had aangeboden. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde uiteindelijk dat de onderwijsorganisatie niet tekort was geschoten in haar verplichting adequaat onderwijs aan te bieden aan de zieke leerling.

Illustratief is dat de ouders wijzen op de algemene zorgplicht van het bevoegd gezag om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs op de school (artikel 23a WVO) en vervolgens ook op de bijzondere zorgplicht voor zieke leerlingen ('adequaat'; artikel 6b WVO). In de privaatrechtelijke rechtsverhouding wordt aldus rechtstreeks naar twee zorgplichten verwezen die primair bekostigingsvoorwaarden zijn. De rechter betreft beide publiekrechtelijke zorgplichten uitdrukkelijk in zijn afweging.

Ook zijn de diverse overwegingen van de Rechtbank Midden-Nederland kenmerkend voor de wijze waarop rechter omgaan met 'educational malpractice'.

'4.2 Naar het oordeel van de rechtbank kan de precieze kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden blijven, omdat tussen partijen niet (wezenlijk) ter discussie staat dat het handelen van het Revius Lyceum moet worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen [eisers] c.s. en het CVO een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan, dan wordt deze overeenkomst zozeer beheerst door dezelfde normen dat de uitkomst niet anders is bij de subsidiair gestelde grondslag, namelijk onrechtmatige daad (vgl. rechtbank Dordrecht 3 augustus 2005, LJN: AU0376, rechtbank Rotterdam 17 februari 2008, LJN: BL8782 en rechtbank Amsterdam 14 mei 2008, LJN: BD1526).

4.3. De vordering van [eisers] c.s. berust in de kern op het standpunt dat het Revius Lyceum onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht door geen adequaat onderwijs aan [eiser sub 3] te bieden en dus onvoldoende rekening te houden met zijn ziekte. Bij de beoordeling van dat standpunt stelt de rechtbank voorop dat een school in beginsel de vrijheid heeft het onderwijs naar eigen bevinden in te richten, zodat de burgerlijke rechter de begeleiding slechts marginaal kan toetsen. De verplichting van een school zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, welke verplichting nader is uitgewerkt in artikel 6b WVO, is – anders dan [eisers] c.s. betoogt – een inspanningsverplichting. Dit betekent dat de school aan haar verplichting heeft voldaan als zij bij de uitvoering daarvan de vereiste zorg heeft betracht (zie ook rechtbank Utrecht 7 juli 2010, LJN: BN5636). Het ligt op de weg van [eisers] c.s. feiten en omstandigheden te stellen en, zo nodig, te bewijzen die de conclusie rechtvaardigen dat het CVO zich onvoldoende heeft ingespannen.

(...)

4.7. (...) *De verplichting van een school zoveel als redelijkerwijs mogelijk is met de ziekte rekening te houden, gaat niet zo ver dat een reguliere middelbare school – mede gelet op haar organisatie, lesroosters en beschikbare docenten – ook gehouden is thuis-onderwijs aan te bieden. Bij dit oordeel betreft de rechtbank ook de omstandigheid dat[eiser sub 3] – zij het in (sterk) verminderde mate – in staat was naar school te gaan.* [Onderstrepingen, MN]

Elementen 'educational malpractice'

Het thema 'educational malpractice' leert ons dat een concretisering vooraf van de normen waaraan onderwijs als prestatie van de onderwijsorganisatie jegens de leerling/student dient te voldoen, lastig blijft.

Wel kunnen we enkele elementen benoemen die een rol spelen bij 'educational malpractice'.

- De precieze kwalificatie van de privaatrechtelijke rechtsverhouding kan bij 'educational malpractice' in het midden blijven.
- Van de onderwijsorganisatie mag worden verwacht dat zij handelen conform de norm van hetgeen van een redelijk handelende en redelijk bekwame onderwijsorganisatie mag worden verwacht.
- Van onderwijsorganisaties wordt veeleer een inspanning verlangd en in mindere mate een resultaat.
- Een bestuurder van een onderwijsorganisatie heeft in beginsel de vrijheid het onderwijs naar eigen bevinden in te richten en mag daarbij ook rekening met organisatorische vraagstukken, lesroosters en beschikbare docenten.
- De rechter toetst het handelen van de onderwijsorganisatie gelet op de vrijheid van onderwijs en de professionele autonomie van docenten marginaal en terughoudend, zeker voor zover het betreft geschillen over de inrichting/vormgeving van het onderwijs of inhoudelijke beoordelingen.
- De rechter kan de te betrachten norm die voortvloeit uit de artikel 6:74 en 6:162 BW nader invullen door te verwijzen naar de voor het onderwijs te gelden deugdelijkheidseisen.
- Als de onderwijswetgeving een bijzondere zorgplicht bevat lijkt de rechter genegen de redelijkheid en billijkheid met die bijzondere zorgplicht concreter invulling te geven.
- Diskwalificerende onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO alleen vormen geen voldoende bewijs voor het aannemen van onrechtmatig handelen van een onderwijsorganisatie jegens leerlingen/studenten en hun ouders. Ook dan heeft de rechter de ruimte de concrete situatie te beoordelen aan de hand van hetgeen redelijkerwijs van de onderwijsorganisatie mocht worden verwacht.

Bijzondere zorgplichten en openbaarmaking kwaliteitsoordelen geven invulling aan artikel 6:74 en 6:162 BW

De ontwikkelingen op het terrein van 'educational malpractice' hebben betekenis voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten. De overheid en de onderwijswetgever geven echter aan de krachtens artikel 6:74 en 6:162 BW te gelden norm en de bijbehorende bewijslastverdeling invulling

door de keuze voor bijzondere zorgplichten, het benoemen van ‘kwalitatieve’ prestaties als prijsfactor voor de bekostiging en het openbaar maken van oordelen over de kwaliteit van onderwijsprestaties. De vraag is of de overheid en de onderwijswetgever zich daarvan wel bewust zijn.

Naast het benoemen van bijzondere zorgplichten door de overheid, geven ook de brancheorganisaties, vakverenigingen en onderwijsorganisaties zelf nader invulling aan de te betrachten kwalitatieve prestatienorm. Voorbeelden zijn de bekende pestprotocollen, handreikingen voor medisch handelen, modellen voor stageovereenkomsten, scriptiehandleidingen, instructies enz. Ook die zelfregulering, al dan niet op sectorniveau, kan in concrete gevallen de prestatienorm nader invullen. Deze ontwikkeling vinden we ook terug in de literatuur en jurisprudentie over bijvoorbeeld sportongelukken, de bancaire zorgplicht en het huurrecht.¹⁵²

5. Privaatrechtelijke interventies: correctief

5.1 Opzet hoofdstuk

De uitkomst van bestuur, beleid en toezicht kan ongewenst zijn voor de onderwijsorganisatie, het publieke belang of de continuïteit van (de kwaliteit van) de onderwijsprestatie. Op dat moment komt de vraag aan de orde of bestuurders en intern toezichthouders hun taak wel behoorlijk hebben vervuld en of sprake is geweest van wanbeleid en/of wanbeheer.

In dit hoofdstuk sta ik stil bij het statutair ontslag van bestuurders en intern toezichthouders (paragraaf 5.2) en het ontslag door de rechtbank (paragraaf 5.3). Hierna bespreek ik de mogelijkheid van aansprakelijkheid van bestuurders en intern toezichthouders (paragraaf 5.4). Ook het enquête-recht komt aan bod (paragraaf 5.5).

Een opmerking vooraf is dat een statutair ontslag van een bestuurder of een ontslag door de rechtbank bij onderwijsorganisaties niet tevens het einde van de eventuele arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft. Sinds de 15 april-arresten¹⁵³ is dat wel de hoofdregel bij vennootschappen.¹⁵⁴ Deze hoofdregel geldt echter (formeel) niet voor bestuurders van stichtingen en (coöperatieve) verenigingen. Bij deze rechtspersonen geldt wel als uitgangspunt dat de arbeidsrechtelijke gevolgen van een ontslagbesluit pas intreden als het ontslagbesluit vanuit het rechtspersonenrechtelijk perspectief ‘staat’.¹⁵⁵

152 B. Bieren, ‘Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht’, *NTBR* 2013/3, J.P. Zeilstra, ‘Aansprakelijkheid voor klimongevallen: de (bijzondere) zorgplicht van zekeraars, instructeurs en sportorganisaties’, *Verkeersrecht Artikelen*, 2013/81 en L. Westhoff, ‘Zelfregulering: een belangrijke bron voor civiele aansprakelijkheid binnen de sport?’, *Tijdschrift voor Sport en Recht* 2013, p. 70–75.

153 Hoge Raad 15 april 2005, JAR 2005/17 (Unidek Volumebouw B.V.) en Hoge Raad 15 april 2005, JAR 2005/153 (Ciris/Bartelink).

154 E.W. Heyman, ‘De positie van de statutair bestuurder in een notendop’, *V&O* 2012/7, p. 123–127 en L.G. Verburg, ‘De bestuurder van de nv of de bv’, in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, red., *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag, 2012, p. 250–261.

155 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II* 2009/426 en Ktr Venlo, 22 april 2009, *JOR* 2009/156, mnt. Witteveen en Ktr Dordrecht, 12 februari 2009, *JOR* 2009/155.

5.2 Statutair ontslag van bestuurders en intern toezichthouders (artikel 2:286 BW)

Artikel 2:286 lid 4 BW schrijft voor dat de statuten de wijze van benoeming en ontslag der bestuurders moeten inhouden. In het Burgerlijk Wetboek ontbreekt een regeling voor de benoeming en het ontslag van de leden van de raad van toezicht in het stichtingen- en verenigingenrecht. Het staat stichtingen en verenigingen daarmee – voor zover hier relevant – vrij dit nader in de statuten te regelen. Uitgangspunt is wel dat de benoemingsbevoegde ook degene is die bevoegd is tot ontslag. Een situatie waarbij een ander dan de benoemingsbevoegde mag besluiten tot ontslag kan al snel tot patstellingen leiden.

Het overgaan tot benoeming en ontslag van een lid van de raad van toezicht, kwalificeert als een besluit in rechtspersonenrechtelijke zin. Voor zover het de raad van toezicht is die de eigen leden benoemt en ontslaat, is hierop het bepaalde in artikel 2:14 en 2:15 BW van toepassing. Dit betekent dat als het besluit is genomen in strijd met de wet of de statuten, dit besluit in beginsel nietig is. Het besluit is vernietigbaar als het besluit is genomen in strijd met de wettelijke of statutaire totstandkomingsvoorschriften of de overeenkomstig artikel 2:8 BW te betrachten redelijkheid en billijkheid. De rechtbank kan de vernietiging uitspreken op vordering van een belanghebbende.

Uit de toepasselijkheid van artikel 2:8 BW volgt dat de ontslagbevoegde steeds een zelfstandig afweging moet maken van de relevante belangen, waaronder het belang van degene die wordt ontslagen. Hij dient zich daarbij zelfstandig een oordeel te vormen over de relevante feiten. Relevante feiten in het onderwijs kunnen bijvoorbeeld zijn het bestaan van diskwalificerende onderzoeksrapporten, een van de overheid ontvangen publiekrechtelijke aanwijzingen of andere ‘signalen’.

Een voorbeeld in het onderwijs waarbij een bestuurlijk geschil tussen de betrokken gemeenteraden en de onderwijsorganisatie een reden vormde voor het ontslag van de bestuurder, is te vinden in een uitspraak uit 2009 over een verzelfstandigde stichting voor openbaar onderwijs.¹⁵⁶ De betrokken gemeenten gingen overeenkomstig hun in de statuten beschreven bevoegdheid over tot ontslag van de vrijwillige bestuurders van stichting *Akkoord!* nadat bij de gemeenten een conflict was ontstaan met de titulair directeur van, terwijl zij gelijktijdig ook een beroep deden op de regeling van ernstige taakverwaarlozing als bedoeld in artikel 48 lid 1 WPO.

De precieze ontslaggrond blijkt niet uit het ontslagbesluit en de uitspraak. Wel overwoog de voorzieningenrechter dat het ontslagbesluit kon *‘worden gezien als het sluitstuk van een over lange tijd voortdurend proces, waarin verveerder uiteindelijk mocht concluderen, dat het bestuur afbreuk heeft gedaan aan zijn taakopvatting en dat er sprake is van een ernstige vertrouwensbreuk tegenover het gemeenschappelijk orgaan als toezichthouder. Het thans bestreden besluit, voor zover het betrekking heeft op het ontslag van het bestuur, en daarmee de ontslagen van de individuele leden van het bestuur kunnen dan ook de terughoudende toets van de rechter doorstaan’*.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Vz Rechtbank Roermond, 28 augustus 2009, ECLI:NL:RBROE:BJ6422.

¹⁵⁷ Vz Rechtbank Roermond, 28 augustus 2009, ECLI:NL:RBROE:BJ6422.

Ook een bestuurlijke aanwijzing door de overheid is wel eens voorwerp van discussie geweest bij een rechtspersonenrechtelijk ontslag. Het feitenrelaas bij Veer Palthe Voute (een commerciële bank) in 2006 geeft aan dat de betrokken bankbestuurders werden ontslagen na een publiekrechtelijke aanwijzing van de Autoriteit Financiële Markten.¹⁵⁸ Het gerechtshof meende dat ook na deze aanwijzing de betrokken raad van commissarissen, de betrokken bestuurders had moeten horen over het voorgenomen statutair ontslagbesluit.

5.3 Ontslag bestuurders en toezichthouders door de rechtbank (artikel 2:298 BW)

5.3.1 Ontslag bestuurders door de rechtbank: huidige regeling

Algemeen

De rechtbank kan naar huidig recht een bestuurder van een stichting ontslaan op verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende indien die bestuurder:

- iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet;
- in strijd met de bepalingen van de statuten;
- zich schuldig maakt aan wanbeheer; en
- niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter gegeven bevel de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te tonen als bedoeld in artikel 2:297 BW.

Deze regeling is uitgewerkt in artikel 2:298 BW.

Is een bestuurder eenmaal ontslagen door de rechtbank, dan geldt een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar. Het besluit tot benoeming van een bestuurder in strijd met artikel 2:298 lid 3 BW is strijdig met de wet en dus nietig krachtens artikel 2:14 BW. Het verbod is – vreemd genoeg – beperkt tot het benoemd worden als bestuurder van een stichting. Een benoeming als lid van de raad van toezicht van een stichting of bestuurder van andere private of publiekrechtelijke rechtspersonen behoort dus wel tot de mogelijkheden.

Norm: onrechtmatig handelen of wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW

Uit de jurisprudentie volgt dat bij een handelen in strijd met de wet of de statuten sprake moet zijn van een ‘*uitgesproken onrechtmatig handelen*’.¹⁵⁹ Onder wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW wordt verstaan ‘*een tekortkoming ten aanzien van het beheer over het aan de stichting toevertrouwde vermogen of van de zorg voor de verkrijging van inkomsten*’.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Gerechtshof Den Haag, 23 februari 2007, JAR 2007/45, m. nt. Verhulp, r.o. 8. Zie over de relevantie van deze uitspraak voor het onderwijs ook: M.F. Nolen, ‘De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren’, TAO 2013/2, p. 63-72.

¹⁵⁹ HR 3 januari 1975, NJ 1975/222, m.nt. Scholten (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).

¹⁶⁰ Idem.

De heersende leer is dan ook dat het criterium wanbeheer als bedoeld in artikel 2:298 BW eerder is financieel wanbeheer dan bestuurlijk wanbeleid. Er lijkt sprake te zijn van een enigszins eigen en beperkte uitleg van onrechtmatig handelen en wanbeheer.¹⁶¹ Het enkele gegeven dat sprake is van een vermoeden van wanbeleid als bedoeld in artikel 2:350 BW of 'wanbeheer' als begrepen in de onderwijswetgeving, wil nog niet zeggen dat er ook voldoende grond is voor ontslag door de rechtbank.

Zo geldt bijvoorbeeld dat het handelen van een bestuurder pas onrechtmatig is in de zin van artikel 2:298 BW indien redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid van de betreffende handeling mogelijk is.¹⁶² Ook controleert de rechtbank niet het beleid, de doelmatigheid, de beleidsvisie of de opbrengsten van het bestuurlijk beleid als zodanig, maar slechts de rechtmatigheid van het handelen zelf.¹⁶³

Tot slot geldt naar de aard van bepaling uiteraard dat het gaat om een eigen handelen of nalaten van de bestuurder. Dit uitgangspunt betekent dat een interne discussie tussen bestuurders over het beleid als gevolg waarvan geen vruchtbare samenwerking meer mogelijk is binnen het bestuur, op zichzelf geen reden kan zijn voor een ontslag door de rechtbank via de weg van artikel 2:298 BW.¹⁶⁴ De ontslagmogelijkheid is niet bedoeld als middel om een einde te maken aan een bestuurlijke impasse.

Ruime kring van belanghebbenden

De kring van belanghebbenden die een verzoek tot ontslag kunnen indien is ruim. Niet alleen het Openbaar Ministerie kan verzoeken om het ontslag van een bestuurder, maar ook een belanghebbende. Bij een onderwijsorganisatie kunnen onder meer als belanghebbende worden aangemerkt andere bestuurders, de raad van toezicht, leerlingen/studenten en hun ouders of steunstichtingen. Deze groep wordt wel aangeduid als de eerste kring.¹⁶⁵

Een tweede kring van belanghebbenden bestaat uit diegenen die niet zozeer een eigen belang hebben maar op een andere wijze zo nauw zijn betrokken bij het onderwerp van de procedure dat zij op grond van die betrokkenheid een belang hebben om in de procedure te verschijnen. Tot deze kring kunnen schuldeisers en vakbonden behoren, maar ook overheden.

161 Asser/Rensen 2-III* 2012/349 en J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), 2014, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, art. 2:298 BW.

162 HR 20 april 2007, LJN AZ9324, NJ 2007/241 (Dr. A. Fuldauerstichting).

163 Asser/Rensen 2-III* 2012/349 en J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), 2014, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, art. 2:298 BW.

164 Zie o.a. Rb Dordrecht 21 december 2005, JOR 2006/146 (Stichting HogeSnelWeg) en Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1866 (Stichting Schaapstil I).

165 HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149, m.nt. Ma (Veldhof/Leonard Woltjer Stichting), HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486, m.nt. Ma (Scheipar) en HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. Maeijer en JOR 2007/6, m.nt. Schmieman (Stichting Schaapstil II). Zie ook E. Schmieman, De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008/2, p. 40-48.

Een bekend voorbeeld in het onderwijs waarin de Staat geacht werd belanghebbende te zijn, treffen we aan in de casus IS Helmond uit 2008. Het gerechtshof oordeelde uiteindelijk in deze casus dat de Staat in voldoende mate belanghebbende was, nu (i) het belang van de Staat onder meer was gelegen in het voorkomen van onrechtmatig handelen in de toekomst en (ii) tussen de Staat als subsidiegever en de onderwijsorganisaties een rechtsverhouding bestond die in grote mate wordt beheerst door onderling vertrouwen.¹⁶⁶

Deze tweede rechtsverhouding bracht volgens het gerechtshof mee dat de Staat gerechtigd is een beroep te doen op artikel 2:298 BW teneinde te bereiken dat de subsidierelatie blijvend kan worden voortgezet zonder dat het beheer over die subsidie komt te berusten bij de betrokken bestuurders. Het gerechtshof laat het oordeel van de rechtbank dat sprake was van handelen in strijd met de wet, de statuten en wanbeheer in stand.

‘4.17 (...) Dat betekent dat er door de staat ter beschikking gestelde financiële middelen zijn aangewend om werknemers te betalen die daarvoor geen, althans volstrekt onvoldoende, werkzaamheden hebben verricht. Zulks is in strijd met de wet (WPO). Bovendien moet dit worden aangemerkt als financieel wanbeheer. (...)’

4.18 (...) Echter, naar het oordeel van de rechtbank kan in redelijkheid niet worden getwijfeld aan de onrechtmatigheid van het handelen van het bestuur waar het de dienstverbanden van de schoonmakers betreft. (...) Bovendien komen hierdoor de andere in het rapport genoemde gevallen in een bedenkelijk licht te staan. Dit wordt nog versterkt door de omvang en samenhang van al die gevallen. Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van handelen dat als evident strijdig met de wet is aan te merken. Niet in geschil is dat het aldus onterecht toegekende, weer aan de staat zal moeten worden teruggegeven. Dat was ten tijde van het handelen redelijkerwijs voorzienbaar. Dat betekent dat eveneens van evident (financieel) wanbeheer kan worden gesproken.’¹⁶⁷

5.3.2 Voorstellen tot verruiming reikwijdte artikel 2:298 BW

Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

In de literatuur zijn enige vraagtekens gezet bij de beperkte regeling en de interpretatie van artikel 2:298 BW.¹⁶⁸ Artikel 2:298 BW wordt daarbij afgezet tegen de ruimer uitgewerkte regeling van het enquête-recht. Ook de in de huidige regeling gemaakte keuze voor het begrip ‘wanbeheer’ in plaats van ‘wanbeleid’ heeft tot vragen geleid.¹⁶⁹ De huidige regeling lijkt aan deze kritiek gehoor te willen geven.

¹⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138 (IS Helmond).

¹⁶⁷ Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002 (IS Helmond).

¹⁶⁸ HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. Maeijer (Stichting Schaapstil II).

¹⁶⁹ E. Schmieman, ‘De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008/2, p. 48.

De regering wenst blijkens het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen te opteren voor meer rechterlijke controle. De regering kiest daarbij niet voor een uitbreiding van de kring van gerechtigden tot enquête en geschilbeslechting, maar voor repressief toezicht middels een verruiming van de norm voor ontslag door de rechtbank.

In het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt allereerst voorgesteld de norm voor ontslag van bestuurders te verlagen. Het voorstel is dat ontslag door de rechtbank reeds mogelijk is als de bestuurder: *'het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden geduld'* (artikel 2:298 lid 1 sub BW Nieuw).

De regering benoemt enkele niet-limitatieve voorbeelden waarin de nieuwe norm wordt overschreden: (i) het zich als bestuurder richten naar het eigen belang in plaats van dat van de stichting en de met haar verbonden organisatie, (ii) iets doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten van de stichting of (iii) het zich als bestuurder zodanig opstellen dat daardoor sprake is van een disfunctioneren van de stichting.¹⁷⁰

Een tweede punt is dat de regering de ontslagmogelijkheid ook lijkt in te willen kunnen zetten in situaties waarin sprake is van een 'gevaar' voor de continuïteit van de betreffende stichting en de door haar geleverde diensten.¹⁷¹ Ook bij de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid heeft de regering overwogen dat deze kan worden ingezet als er sprake is van een 'gevaar'.¹⁷²

'Open formulering' ontslaggrond

De regering kiest met opzet voor een open formulering van de ontslaggrond.

*'Integendeel: beoogd is de invoering van een open geformuleerde ontslaggrond die enerzijds ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het geval en anderzijds lichtvaardige ontslagverzoeken zoveel mogelijk tegen gaat. Van belang daarbij is dat niet iedere fout van een bestuurder moet kunnen leiden tot de vaststelling dat hij het belang van de stichting zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Het uitgangspunt is telkens dat sprake moet zijn van een handelen of nalaten van de bestuurder dat voor de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig nadelige gevolgen heeft dat zij daardoor ernstige schade leidt. Het betreffende handelen of nalaten behoeft geen structureel karakter te hebben: ook een enkele gedraging of omissie van de bestuurder kan leiden tot de conclusie dat het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden geduld.'*¹⁷³

¹⁷⁰ MvT Consultatiedocument Wet versterking bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 33

¹⁷¹ Idem, p. 32-34.

¹⁷² M.F. Nolen, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *TAO* 2013/2, p. 63-72.

¹⁷³ MvT Consultatiedocument Wet versterking bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 34.

Op zich vind ik het wel verdedigbaar dat de ontslaggrond enigszins open wordt geformuleerd. Het biedt de rechtbank de ruimte om steeds de concrete omstandigheden van het geval te bezien en de ernst van de situatie in te schatten. Wel wreekt het zich dat de wijze van onderzoek door de rechtbank slechts beperkt is uitgewerkt in lid 2 van artikel 2:298 BW. Bij een verlaging en open formulering van de ontslaggrond, ontstaat ook druk op de rechtsbescherming van bestuurders. Het gegeven dat bij ontslag door de rechtbank ook sprake is van een civielrechtelijk bestuursverbod noopt mijns inziens voor nog meer aandacht voor die rechtsbescherming.

Ook meer fundamenteel maak ik mij zorgen over de verlaging en open formulering van de ontslaggrond. Die zorgen hebben hun oorsprong in de nadruk die de regering in de toelichting legt op de mogelijkheid dat ook de Staat – en dus niet alleen het Openbaar Ministerie – als belanghebbende moet kunnen worden aangemerkt. In de visie van de regering is de Staat reeds belanghebbende als sprake is van *‘een financieringsrelatie tussen de Staat en de betreffende stichting’* en het gevaar bestaat dat de Staat in haar *‘financiële belang’* zou kunnen worden getroffen.¹⁷⁴ Voorts acht de regering zich bij stichtingen die werkzaam zijn in de semipublieke sector, en daarbij wordt expliciet gewezen op het onderwijs, dat de Staat belanghebbende kan zijn *‘vanwege haar stelselverantwoordelijkheid’*.¹⁷⁵

Sterker nog, in het Consultatiedocument versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen wordt het toepassingsbereik van artikel 2:298 BW in het onderwijs verruimd tot alle rechtsvormen.¹⁷⁶ Met name de toelichting is interessant. De regering wenst dat de Minister van OCW *‘zich laagdrempeliger dan nu het geval is’* als belanghebbende kan kwalificeren; ook in die gevallen dat naar diens inzicht *‘de continuïteit van de stichting en de door haar geleverde diensten in gevaar komen’*.¹⁷⁷

De regering motiveert in de toelichting bij het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen de noodzaak om de Staat uitdrukkelijker als belanghebbende te kunnen aanwijzen voornamelijk door te wijzen op de hiervoor besproken casus Stichting Islamitische School Helmond.

Die verwijzing is op zijn minst lichtvaardig en weinig gedegen.¹⁷⁸ Immers, de bewuste uitspraak dateert uit 2008. Destijds had de Minister van OCW nog niet de bevoegdheid om bij niet naleving van de zorgplicht goed onderwijs en de latere zorgplicht goed bestuur de bekostiging gedeeltelijk op te schorten.¹⁷⁹ Voorts kon de Minister van OCW

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Artikel 17c1 wpo, artikel 24e1 WVO, artikel 9.1.4b WEB, artikel 9.3 lid 9 WHW, artikel 9.51 lid 9 WHW en artikel 10.3d lid 10 WHW Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.

¹⁷⁷ MvT Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, p. 8.

¹⁷⁸ Opvallend is in elk geval dat één casus, waarbij blijkens de feiten sprake was van overduidelijke fraude, in drie opeenvolgende wetsvoorstellen wordt benut ter motivatie van wetgeving gericht op handhaving door de overheid. Ook bij de introductie van de mogelijkheid tot opschorting van de bekostiging en de introductie van de aanwijzingsbevoegdheid werd hier immers op gewezen. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 6.

¹⁷⁹ Stb. 2010, 80 (Wet goed onderwijs en goed bestuur PO/VO).

toen ook geen aanwijzing geven bij financieel wanbeleid, daaronder ook begrepen de aanwijzing tot ontslag van bestuurders en leden van de raad van toezicht.¹⁸⁰ Inmiddels kan de Minister van OCW dat wel.

De toepasselijkheid van artikel 2:298 BW Nieuw wordt met deze voorstellen en bijbehorende toelichtingen wel erg ruim. Houwen lijkt mijn visie te delen.¹⁸¹ Hij plaatst diverse kritische kanttekeningen bij de brede kring van belanghebbenden die voortaan op grond van zowel rechtmatigheids- als doelmatigheidsoverwegingen een verzoek tot ontslag door de rechtbank kunnen indienen. Ook ontbreekt het volgens hem aan effectieve waarborgen tegen subjectief en lichtvaardig gebruik van dit rechtsmiddel met zijn ingrijpende gevolgen. En ook hij wijst op de ontwikkeling dat artikel 2:298 BW een soort mini-enquêteprocedure wordt met ook nog eens een ruimere kring van belanghebbenden. Maeijer leek dat in 2006 ook te doen.¹⁸² De combinatie van artikel 2:298 BW met het enquêterecht in de zorg en bij woningcorporaties noemt hij *'een vorm van overregulering van stichtingen en verenigingen in het semipublieke domein'*.¹⁸³ In het onderwijsrecht valt hieronder ook de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid.

De keuze om met artikel 2:298 BW Nieuw aan te sluiten bij de norm van 2:9 en 2:9a BW Nieuw en de wens van de regering ook de Minister van OCW eenvoudiger als belanghebbende aan te kunnen merken, roept nog een aantal andere vragen op.¹⁸⁴

- Onduidelijk is in hoeverre in de praktijk wel ruimte bestaat voor een volledige toetsing van de nieuwe norm. Zeker in kritieke situaties die een snelle uitkomst noodzakken en waarbij het belang van het stelsel of het anderszins publieke belang botst met de individuele belangen van bestuurders, bestaat de kans dat slechts de tijd wordt genomen voor een marginale toetsing. In het enquêterecht kennen we nog de tussenstap van *'gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid te twijfelen'* (artikel 2:350 lid 1 BW) en een daaropvolgende benoeming van onderzoekers (artikel 2:345 lid 1 BW).
- De voorstellen ontberen een analyse van de samenloop met reeds bestaande interventiemogelijkheden in de sector onderwijs, daaronder in elk begrepen de aanwijzingsbevoegdheid.
- Ook geven de voorstellen geen inzicht in wie (al dan niet vervolgens) besluit over het arbeidsrechtelijk ontslag en de omvang van de vergoeding.

180 Zie over deze aanwijzingsbevoegdheid uitgebreid: M.F. Nolen, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *TAO* 2013/2, p. 63–72. De mogelijkheid van de aanwijzing tot ontslag is uitdrukkelijk benoemd in de wetsgeschiedenis: *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 6.

181 L.G.H.J. Houwen, *Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein*, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014/4, p. 147.

182 HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. Maeijer (Stichting Schaapstil II).

183 L.G.H.J. Houwen, *Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein*, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014/4, p. 147.

184 Zie ook de openbare reactie Van Doorne N.V. op het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, www.vandoorne.nl, 6 mei 2014.

5.3.3 *Voorstellen tot ontslag raad van toezicht door de rechtbank*

Het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen introduceert ook de mogelijkheid van ontslag door de rechtbank van leden van de raad van toezicht bij stichtingen. En ook nu verruimd het Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen deze regel tot verenigingen voor bijzonder onderwijs.¹⁸⁵

Onverminderd de hiervoor gemaakte kanttekeningen, ligt het voor de hand om op het moment dat de raad van toezicht in het stichtingenrecht eindelijk een wettelijke basis krijgt, ook de in artikel 2:298 BW geregelde ontslagbevoegdheid van de rechtbank daarop aan te passen.

Opvallend effect is wel dat bij stichtingen voor openbaar onderwijs er nu twee overheden zijn die kunnen ingrijpen. De gemeenteraad kan (i) overgaan tot ontslag van de leden van de raad van toezicht krachtens de statuten en (ii) tot het voorzien in het bestuur wegens functioneren in strijd met de wet. De Minister van OCW kan (i) via de route van artikel 2:298 BW Nieuw de bestuurders en toezichthouders laten ontslaan door de rechtbank en (ii) een publiekrechtelijke aanwijzing zo invullen dat de leden van de raad van toezicht ontslag moeten nemen.

Wat als nu volgens de ene overheid een vertrek noodzakelijk is en volgens de andere overheid niet? Heeft een dergelijke discussie effect op de beoordeling door de rechtbank? En welke overheid heeft het initiatiefrecht? Of anders gezegd, als de Minister van OCW in het funderend openbaar onderwijs een beroep doet op één van de twee hiervoor bedoelde routes, is dan sprake van interbestuurlijk toezicht? En zo ja, vormt dit dan een zogeheten ‘indeplaatsstelling’ als bedoeld in artikel 124 Gemeentewet?

5.4 **Aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders**¹⁸⁶

5.4.1 *Interne en externe aansprakelijkheid bestuurders en intern toezichthouders*

Bestuurders en intern toezichthouders van onderwijsorganisaties kunnen in uitzonderlijke gevallen persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor schade die zij veroorzaken verband houdende met hun functioneren als bestuurder of intern toezichthouder bij de onderwijsorganisatie.

Bij de aansprakelijkheid van bestuurders kan het volgende onderscheid worden gemaakt:

- aansprakelijkheid jegens de onderwijsorganisatie wegens onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW; interne aansprakelijkheid);

¹⁸⁵ Artikel 17c1 wpo, artikel 24e1 WVO, artikel 9.1.4b WEB, artikel 9.51 lid 9 WHW en artikel 10.3d lid 10 WHW Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.

¹⁸⁶ Delen van deze paragraaf kunnen zijn ontleend aan eerdere bijdragen aan de publicaties: Nationaal Register, *Toolkit Toezicht Onderwijs. Stevig toezicht voor goed onderwijsbestuur*, Den Haag: Nationaal Register, 2014 en de openbare reactie Van Doorne N.V. op het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, www.vandoorne.nl, 6 mei 2014.

- aansprakelijkheid jegens een derde wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW; externe aansprakelijkheid);
- aansprakelijkheid jegens de boedel bij faillissement wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur verplichtingen (artikel 2:300a BW juncto artikel; 2:138 BW; boedelaansprakelijkheid);
- aansprakelijkheid jegens de werkgever (artikel 7:677 lid 3 BW; schadeplichtigheid bij ontslag op staande voet vanwege opzet of schuld);
- aansprakelijkheid jegens de onderwijsorganisatie als opdrachtgever (artikel 7:686 BW; ontbinding vanwege wanprestatie en schadevergoeding).

Het onderscheid tussen interne en externe aansprakelijkheid is minder groot dan deze op het oog lijkt. Zo wordt algemeen aangenomen dat een vordering in verband met interne aansprakelijkheid door de rechtspersoon die het betreft kan worden gecedeerd; ook aan overheden.¹⁸⁷ Voorts geldt dat zowel bij interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) als bij externe aansprakelijkheid (artikel 6:162 BW) uitgangspunt is dat de bestuurder een ernstig verwijt moet worden gemaakt. De norm van behoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:9 BW werkt als het ware door in de wijze waarop artikel 6:162 BW moet worden toegepast.¹⁸⁸

5.4.2 ‘Ernstig verwijt’: rechterlijke lat ligt hoog

De ‘rechterlijke lat’ voor bestuurdersaansprakelijkheid ligt hoog. De centrale vraag is steeds of de bestuurder – op het moment van zijn taakvervulling – heeft gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹⁸⁹ Dit geldt ook voor bestuurders van semipublieke organisaties.¹⁹⁰ Geen redelijk handelend bestuurder zou aldus gehandeld moeten hebben.¹⁹¹

In de beoordeling van aansprakelijkheid worden onder meer de volgende omstandigheden meegenomen:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten¹⁹²;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s¹⁹³;

¹⁸⁷ Zie o.a. Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (CSZ/Hestia).

¹⁸⁸ HR 8 december 2006, r.o. 3.5, JOR 2007/38 (Roelofsen). Zie recentelijk Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, RO 2014/41 (Woningstichting Servatius/Leden RvT).

¹⁸⁹ Hoge Raad 10 januari 1997, JOR 1997/29 (Staleman/Van de V), HR 29 november 2002, JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) en *Kamerstukken II*, 1984/85, 16631, nr. 6, p. 3.

¹⁹⁰ A. Hendrikse, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan’, Ondernemingsrecht 2009/40 en C.H.C. Overes, Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen, WPNR 2013/6996. Zie voor een bekend voorbeeld naast Sevatus ook Rb 2 november 2011, LJN: BU3957 en Hof Arnhem 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0919 (Vestia).

¹⁹¹ HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 (Van Zoolingen) en HR 8 juni 2001, JOR 2001/171 (Panmo) alsmede *Handelingen II* 1984–1985, 16631, p. 6337.

¹⁹² Zie o.a. Rechtbank Arnhem (vzr.) 21 mei 2008, r.o. 4.39, JOR 2008/222 (Stichting Stoas).

¹⁹³ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1, m.nt. J.M.M. Maeijer; JOR 1997/29 (Van der Ven Automobielfabriek B.V.) en Rechtbank Arnhem (vzr.) 21 mei 2008, r.o. 4.39, JOR 2008/222 (Stichting Stoas).

- de taakverdeling binnen het bestuur¹⁹⁴;
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen¹⁹⁵;
- de gegevens waarover de bestuurders beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen¹⁹⁶; alsmede,
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult¹⁹⁷.

Indien er sprake is van een tekortkoming in de taakvervulling die een ernstig verwijt oplevert, is de bestuurder in beginsel aansprakelijk. Zonder ernstig verwijt kan ook geen sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling.¹⁹⁸ Een bestuurder mag zich niet slecht passief opstellen¹⁹⁹, het uitgangspunt is dat de bestuurstaak collectief is²⁰⁰ en bij een beroep op disculpatie ligt de bewijslast in beginsel bij de bestuurder zelf²⁰¹.

In het Consultatiedocument Wet versterking bestuur en toezicht wordt overwogen dat bestuurders en intern toezichthouders *‘die hun taak naar eer en geweten en zorgvuldig vervullen niets te vrezen (hebben)’*.²⁰² Het is, aldus de toelichting, *‘niet de bedoeling dat bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan ook in het geval van een onopzettelijke vergissing, een onopzettelijk verkeerde beslissing of een verkeerde beleidsbeslissing aansprakelijk kunnen zijn en dus voor elke kleine fout een groot aansprakelijkheidsrisico lopen. Slechts een flagrante onbehoorlijkheid van de taakvervulling zal in aanmerking worden genomen.’*²⁰³

De zinsnede ‘flagrante onbehoorlijkheid’ is nieuw. Ook dit is echter een open formulering. Huisman wijst er terecht op dat de uitleg hiervan zal afhangen van het tijdsgewricht en de toekomstige invulling van vergelijkbare open normen als ‘ernstige verwijtbaarheid’ en ‘behoorlijke taakvervulling’.²⁰⁴

5.4.3 Aansprakelijkheid intern toezichthouders

Huidig recht

De aansprakelijkheidspositie van intern toezichthouders is een afgeleide van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders. Naar huidig recht worden twee mogelijkheden onderscheiden.

194 Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 (Stichting Freule Lauta van Aysma).

195 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. J.M.M. Maeijer; JOR 1997/29 (Van der Ven Automobielbedrijf B.V.).

196 HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

197 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. J.M.M. Maeijer; JOR 1997/29 (Van der Ven Automobielbedrijf B.V.).

198 HR 29 november 2002, JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

199 Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, RO 2010/4; JOR 2010/123 (Stichting Derdengelden).

200 HR 6 april 1936, NJ 1936, 1045, m.nt. E.M. Meijers (Zeepfabriek Frans Duller).

201 HR 29 november 2002, JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m. nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (NOM).

202 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 6.

203 Idem, p. 7.

204 P.H. Huisman, ‘De intern toezichthouder wordt aansprakelijk. Gaat de berg een muis baren?’, *Nieuwsbrief VTOI* 2014/41, p. 6-7.

- Intern toezichthouders kunnen als zij feitelijk als bestuurder hebben gefungeerd op dezelfde manier als een bestuurder aansprakelijk worden gesteld.
- Intern toezichthouders kunnen aansprakelijk worden gesteld wanneer zij hun taak als intern toezichthouder niet goed hebben vervuld en in het kader van artikel 6:162 BW – op de wijze toegepast als bedoeld in artikel 2:9 BW – sprake is van een tekortkoming in de taakvervulling die een ernstig verwijt oplevert.

Het aantal voorbeelden van daadwerkelijk geslaagde aansprakelijkstellingen van intern toezichthouders bij (semipublieke) instellingen en onderwijsorganisaties is nihil. Bij de zorginstellingen Hestia en De Bruggen werden de intern toezichthouders uiteindelijk niet aansprakelijk gesteld.²⁰⁵ En ook bij de woningcorporatie Servatius meende de Rechtbank uiteindelijk dat strenger toezicht weliswaar schade voor Servatius had kunnen voorkomen, maar de serieuze wijze waarop de raad van toezicht invulling had gegeven leidde ertoe dat er onvoldoende grond was voor het oordeel van een ernstig verwijt.²⁰⁶ Bij Vestia is de vordering van de commissarissen tot aansprakelijkstelling nog onder de rechter.²⁰⁷

Voorstel regering: ruimte voor interne aansprakelijkheid

In het Consultatiedocument Wet versterking bestuur en toezicht rechtspersonen is een nieuw artikel 2:9a BW opgenomen. Effect van die toevoeging is dat ook intern toezichthouders van stichtingen en verenigingen intern aansprakelijk kunnen worden gesteld (dus zonder de omweg van artikel 6:162 BW).

Gelijk de voor bestuurders geldende regeling van artikel 2:9 BW en bijbehorende jurisprudentie wordt van intern toezichthouders verwacht dat zij op hun taak berekend zijn en deze nauwgezet vervullen. Zij dienen een actieve rol te vervullen, maar ‘zonder dat zij op de stoel van het bestuur’ gaan zitten.²⁰⁸ De toelichting wijst bij die actieve rol op de jurisprudentie inzake Laurus. De Ondernemingskamer en de Hoge Raad oordeelden beiden in die zaak dat van commissarissen wordt verwacht dat zij hun toezicht intensiveren en actiever optreden als het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven.²⁰⁹

5.4.4 *Faillissement*

Op basis van de huidige bepalingen in het BW zijn toezichthouders bij rechtspersonen met vennootschapsbelastingplicht jegens de boedel aansprakelijk voor resterende schulden (dat wil zeggen: resterend na vereffening in het kader van faillissement), indien de

205 Scheidsgerecht Gezondheidszorg 20 augustus 2006, *TvGR* 2007, p. 160 e.v. (De Bruggen) en Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, *JOR* 2008/126 (CSZ/Hestia).

206 Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, *RO* 2014/41 (Woningstichting Servatius/Leden RvT).

207 Novum, *Vestia claimt schade bij acht oud-commissarissen*, 2 november 2013. Zie ook Rechtbank Den Haag 8 januari 2014, *ECLI:NL:RBDHA:2014:51* en Rechtbank Rotterdam 3 september 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:7368*.

208 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 14.

209 Idem en met een verwijzing naar Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, *JOR* 2003/60 en Hoge Raad 8 april 2005, *JOR* 2005/119 (Laurus).

toezichthouders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Er is bijvoorbeeld geen afdoende administratie bijgehouden (artikel 2:10 BW) of de jaarrekening is niet of te laat vastgesteld en goedgekeurd (artikel 2:394 BW).

Onderwijsorganisaties zijn in beginsel niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Het wetsvoorstel Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen kan daarin verandering brengen.²¹⁰ Effect daarvan is immers dat roc's, hogescholen en de bijzondere universiteiten aangifte moeten doen voor de vennootschapsbelasting. Alsdan geldt ook voor de bestuurders van deze onderwijsorganisaties dat in het geval van een faillissement sprake is van een vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling bij onzorgvuldige uitvoering of bewaring van de administratie (artikel 2:10 BW) en/of niet tijdige openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:394 BW).

In het Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt het voorstel gedaan te komen tot een algemene regeling tot een vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling voor bestuurders en toezichthouders. Daartoe wordt een nieuw artikel 106a Faillissementswet geïntroduceerd die voor alle rechtsvormen moet gelden en van toepassing is op zowel bestuurders als intern toezichthouders. De tekst van dit artikel komt vrijwel overeen met de thans bestaande regeling in de artikelen 2:138 en 2:248 BW.

Gevolg daarvan is dat ook voor onderwijsorganisaties gaat gelden dat bij bijvoorbeeld te late deponering van de jaarrekening er een onweerlegbaar vermoeden is dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en een weerlegbaar vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het is goed te beseffen dat dit een buitenproportionele sanctie is; al was het maar omdat 'derden die zich in de actuele financiële situatie van een rechtspersoon willen verdiepen vrij weinig tot niets hebben aan de gepubliceerde jaarrekening'.²¹¹ Een dergelijk vergaand effect is voorts strijdig met de doelstelling dat slechts in geval van 'flagrante onbehoorlijkheid' aansprakelijkheid aan de orde is.²¹²

5.5 Enquêterecht in het onderwijs

Het enquêterecht als bedoeld in artikel 2:344 e.v. BW bespreek ik hier slechts kort.

De motivatie daarvan is dat het enquêterecht in het funderend onderwijs niet van toepassing is. Gebruikmaking van het enquêterecht behoort wel tot de mogelijkheden in het middelbaar beroepsonderwijs, bij de hogescholen en de bijzondere universiteiten. Bij onderwijsorganisaties in die sectoren is immers sprake van een ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden, als gevolg waarvan vakbonden de gelegenheid hebben het verzoek tot enquête in te dienen (artikel 2:344 onder b en artikel 2:347 BW). Naar mijn weten hebben de vakbonden in het onderwijs tot op heden van

210 *Kamerstukken II* 2014/15, 34003, nrs. 1-2 (Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen).

211 W.J.M. van Andel in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2010 nr. 1.

212 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 7.

die bevoegdheid nog geen gebruik gemaakt. Het komt echter wel voor dat bij stichtingen actief in de semipublieke sector gebruik wordt gemaakt van het enquêterecht. De bekendste voorbeelden daarvan zijn de casussen Stichting Kinderopvang Nederland en Stichting Meavita Nederland.²¹³

Vrij recentelijk heeft de Tweede Kamer nog een motie over de toekenning van enquêterecht recht aan de medezeggenschapsraden verworpen.²¹⁴ De Minister van OCW merkte op dat een toekenning van het enquêterecht ‘een onevenwichtigheid in de checks and balances van de medezeggenschap, de raad van toezicht, de inspectie en de Minister’ tot gevolg zou hebben en ‘geen redelijk doelt dient’.²¹⁵ De Minister van OCW gaf aan onderzoek te hebben gedaan naar de mogelijkheden, maar wees het verzoek mede af om reden van alle overige (wettelijke) maatregelen, al dan niet voorgenomen.²¹⁶

In paragraaf 5.3 kwam eventuele overlap en mogelijke samenloop met het ontslag door de rechtbank reeds aan de orde (artikel 2:298 BW). Over de eventuele overlap merk ik nog op dat bij ontslag door de rechtbank het begrip ‘wanbeheer’ wordt gehanteerd (artikel 2:298 lid 1 sub b BW) en het in het enquêterecht moet gaan om ‘wanbeleid’ (artikel 2:355 BW). Er is eerder sprake van wanbeleid dan van wanbeheer. De beoordeling strekt zich bij een enquête verder uit dan alleen de beoordeling van de rechtmatigheid van het beleid.²¹⁷ Vertaald naar het onderwijs betekent dit mijns inziens dat bij een enquêteprocedure doelmatigheid wel een rol kan spelen bij wanbeleid maar niet bij wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW.

Over de samenloop merkte ik op, met Houwen²¹⁸ en Maeijer²¹⁹, dat het de vraag is of beide privaatrechtelijke instrumenten niet beter op elkaar afgestemd zouden moeten worden.²²⁰ Deze vraag stelde ik eerder over de samenloop met de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid, maar is met het Consultatiedocument Wet versterking bestuur en toezicht rechtspersonen nog dringender. Ook Overes wees in 2013 op deze samenloop.²²¹

213 OK 1 maart 2005, JOR 2005/87 (SKN) en OK 30 mei 2011, JOR 2011/219 (Meavita).

214 *Handelingen II* 2013/14, 80, item 18, p. 1 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 53 (Motie Rog).

215 *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 35, p. 6–7 (Versterking governance in de praktijk).

216 Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 12.

217 Asser/Renssen 2-III* 2012/355. / G.J.C. Rensen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III, Overige Rechtspersonen, Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*. Deventer: Kluwer 2012.

218 L.G.H.J. Houwen, *Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein*, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014/4, p. 147.

219 HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. Maeijer (Stichting Schaapstil II).

220 M.F. Nolen, ‘De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren’, *TAO* 2013/2, p. 63–72.

221 C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen’, *WPNR* 2013, nr. 6996. Overigens speelde deze vraag ook bij de invoering van het enquêterecht. In 1991 zag de Minister van Justitie echter geen aanleiding om de artikelen 2:298 BW wat betreft de stichtingen die onder het enquêterecht kwamen te vallen buiten werking te stellen en algehele opheffing van de ‘lichtere procedure’ werd als onwenselijk geacht. Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 17.

6. Eerste analyse naar aanleiding van het overzicht van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten

In de voorafgaande drie hoofdstukken heb ik een overzicht gegeven van de voor het onderwijs belangrijkste privaatrechtelijke sturingsinstrumenten in het onderwijs. Ik benoemde de wettelijke grondslag, ging in op de toepasselijke norm en besprak wie bevoegd is één van de privaatrechtelijke sturingsinstrumenten in te zetten. Ook kwamen de belangrijkste discussies in literatuur en jurisprudentie en de eventuele bijzonderheden in het onderwijs aan de orde.

Op basis van dit overzicht kan het volgende worden geconcludeerd over privaatrechtelijke sturing in het onderwijs.

- Het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten neemt toe.
- Het aantal privaatrechtelijke sturingsinstrumenten groeit. Dat geldt ook voor het toepassingsbereik.
- Veel privaatrechtelijke instrumenten kennen een eigen, vaak ‘open’ geformuleerde norm. Tegelijkertijd vertonen de bewoordingen soms veel overlap.
- Van onderwijsorganisaties en hun bestuurders en intern toezichthouders wordt verwacht dat zij niet alleen rekening houden met het belang van de eigen organisatie maar dat zij ook rekening houden met het publieke of maatschappelijke belang.
- De voor onderwijsorganisaties, bestuurders en toezichthouders te gelden normen zijn vaak ‘open’ geformuleerd en slecht op elkaar afgestemd. De normen worden ook strenger en verfijnder. Soms is dat het expliciete doel van de wetgever; in andere gevallen het effect van rechtspraak en verloop van tijd.
- Er bestaat bij de onderwijswetgever, opeenvolgende bewindspersonen en de Inspectie van het Onderwijs een behoefte om prestatienormen meer kwalitatief invulling te geven. Voor zelfregulering geldt hetzelfde. Deze ontwikkeling wordt door de wetgever versterkt door (i) in de onderwijswetgeving niet alleen algemene maar ook bijzondere zorgplichten op te nemen, (ii) het benoemen van prestatieafspraken, (iii) de mate van nakoming van prestatieafspraken als (relatieve) prijsfactor te benutten en (iv) de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO de ruimte te geven in het kader van haar onderzoek naar de kwaliteit van het onderwijs uitwerking te geven aan de wettelijke deugdelijkheidseisen.²²²
- De wettelijke deugdelijkheidseisen, de inhoud van de toezichtkaders van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO en zelfregulering geven vrijwel altijd inkleuring aan de in het privaatrecht te gelden norm. Normen die primair van publiekrechtelijke aard zijn, werken daardoor ook door in het privaatrecht. Rapportages van de NVAO, de Inspectie van het Onderwijs, accountants en andere (overheids)instanties

²²² Deze laatste conclusie ontleen ik deels aan het preadvies van Barkhuysen en Claessens. Het enkele feit dat de omvang en verfijning van de diverse toezichtkaders toeneemt en de Inspectie van het Onderwijs oordelen over de mate van naleving van de deugdelijkheidseisen baseert op onderzoeksrapporten waarin de kwaliteit van het onderwijs wordt gewaardeerd aan de hand van deze toezichtkaders, bevestigt deze conclusie. Zie ook de toelichting van de Inspectie van het Onderwijs over het gebruik van het waarderingskader in: Inspectie van het Onderwijs, *Brochure Toezichtkader 2013 Voortgezet onderwijs*, Utrecht, november 2013, p. 19.

- over de kwaliteit van de onderwijsprestatie of de bestuursprestatie kunnen (de verdeling van) de bewijslast beïnvloeden. Niet inzichtelijk is in hoeverre de diverse instanties zich daarvan bewust zijn. In elk geval lijkt het te ontbreken aan een analyse over mogelijke neveneffecten van oordelen over de kwaliteit van de onderwijsprestatie.
- Het privaatrecht beschouwt de Staat eerder als belanghebbende en biedt overheidsinstanties vaker de ruimte om gebruik te maken van privaatrechtelijke instrumenten.²²³ Ook in situaties waarin sprake is van een indirect belang en ook als de toepasselijke norm mogelijksterwijs nog niet is geschonden, maar zich mogelijksterwijs wel een ‘risico’ of een ‘gevaar’ tot schending voordoet.
 - Het ontbreekt aan een algemene analyse van de overheid en de wetgever over de verhouding tussen de diverse privaatrechtelijke instrumenten onderling en over de verhouding tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving. Naast elkaar en zonder enige rangorde kennen we bijvoorbeeld de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid, de publiekrechtelijke regeling van ernstige taakverwaarlozing, de beperking scholen te stichten, het privaatrechtelijk ontslag door de rechtbank, het civielrechtelijk bestuursverbod en de mogelijkheid bestuurders en toezichthouders aansprakelijk te stellen (ook door de Staat).
 - De onderwijswetgever heeft geen oog voor de verhouding tussen gemeenten enerzijds en andere overheidsinstanties anderzijds. Zeker in het openbaar onderwijs overlappen de diverse (privaatrechtelijke) bevoegdheden elkaar.

7. Betekenis privaatrechtelijke sturing in het onderwijs?

7.1 Subconclusie gestelde deelvraag

De deelvraag die ik in dit preadvies stelde luidde als volgt: Wat is de betekenis van deze privaatrechtelijke instrumenten voor het onderwijs als prestatie en de daaruit voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders en intern toezichthouders voortvloeiende verplichtingen?

Het korte antwoord op deze deelvraag is dat de onderwijswetgeving, het publieke karakter van de diverse onderwijssectoren en de bestuurlijke cultuur in het onderwijs invloed hebben op de in het privaatrecht te gelden normen. Ze vullen de concrete omstandigheden van het geval in. De diverse privaatrechtelijke instrumenten hebben dan ook een sturende werking hebben op de onderwijsprestatie en de bestuursprestatie.

Voor een uitgebreider antwoord is het noodzakelijk iets op te merken over het karakter van het privaatrecht (paragraaf 7.2 en paragraaf 7.3), de verhouding tussen artikel 23 Grondwet en de benoemde privaatrechtelijke sturingsinstrumenten (paragraaf 7.4) en tot slot de tweewegen-leer (paragraaf 7.4).

²²³ Overigens merk ik op dat de vraag of de Inspectie van het Onderwijs en/of de NVAO bevoegd zijn om van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten gebruik te maken afhankelijk is van de uitleg van hun mandaat.

7.2 Vermaatschappelijking van het privaatrecht

Op de introductiepagina van de Rijksoverheid wordt onder het kopje Wetgeving en rechtsgebieden/Privaatrecht het privaatrecht als volgt gedefinieerd: *'Het privaatrecht beschrijft hoe burgers en bedrijven met elkaar moeten omgaan. De regels hiervoor staan in het Burgerlijk wetboek.'*

Het overzicht van de privaatrechtelijke sturingsinstrumenten maakt duidelijk dat dit wel een erg nauwe definitie is. De overheid is zelf ook partij en doet als partij of belanghebbende vaak een beroep op privaatrechtelijke sturingsinstrumenten. Ten tweede geven publiekrechtelijke normen invulling aan de uit hoofde van het privaatrecht te gelden normen. In de derde plaats stelt de wetgever privaatrechtelijke wetten vast om maatschappelijke doelen te bereiken.

Het door de wetgever vaststellen van wetgeving van privaatrechtelijke aard met het oogmerk om een maatschappelijk benoemd doel te bereiken kan worden aangeduid als de 'vermaatschappelijking van het privaatrecht'.

Deze vermaatschappelijking van het privaatrecht is niet nieuw. Het jaar 1914 en de Eerste Wereldoorlog markeren de ontwikkeling van het klassiek privaatrecht gericht op contractsvrijheid en bescherming van eigendom naar een 'vermaatschappelijking' van het privaatrecht waarin *'de collectiviteit meer op de voorgrond is gekomen'* en *'het gemeenschapsbelang meer boven de wil en het belang van enkeling is gaan prevaleren'*.²²⁴ Hoewel Nederland in de Eerste Wereldoorlog onafhankelijk blijft, is de onrust groot; ook in het economisch rechtsverkeer. Een maand na het begin van de oorlog verzuchten de juristen Meijers en Scholten dat de wet ieder gezag verloren lijkt te hebben: *'Met het tooverwoord 'force majeure' meent men van al zijn verplichtingen bevrijd te zijn'*.²²⁵ Ze kwalificeren de toestand van het economisch rechtsverkeer zelfs als *'heerschende anarchie'*.²²⁶ De onrust is zo groot dat de regering zich in het landsbelang genoodzaakt ziet in te grijpen in het privaatrechtelijk rechtsverkeer. Al snel is er sprake van een hele hausse aan privaatrechtelijke regelgeving.²²⁷ De Beurswet 1914, de Betalingsuitstelwet 1914, de Huurcommissiewet 1917 en de Huuropzeggingwet 1918 zijn de bekendste.

Het latere juridische werk van Scholten en Meijers bevestigen deze 'vermaatschappelijking' van het privaatrecht. Scholten²²⁸ beschreef in 1931 in zijn 'Algemeen Deel' bij de 'Asser' dat het burgerlijk recht oplossingen moest zoeken en vinden die zowel praktisch als theoretisch aanvaardbaar waren en meende dat daarom interpretatie nodig is om het recht te vinden.²²⁹

224 J. Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938), Amsterdam: De Arbeiderspers 1938, p. 243.

225 E.M.M. Meijers en P. Scholten, *'Het recht tegenover de huidige crisis'*, WPNR 1914/2330, p. 389-390.

226 E.M.M. Meijers en P. Scholten, *'Het recht tegenover de huidige crisis'*, WPNR 1914/2330, p. 390.

227 C. Jansen, *'De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht'*, NJB 2014/1094.

228 P. Scholten was overigens niet onbekend met de organisatie van het onderwijs: van 1927 tot 1935 was hij lid van de Onderwijsraad en hij is tevens rector magnificus geweest van wat nu de UvA heet.

229 P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1931, nrs. 21 en 50.

Meijers stond in 1948 aan de wieg van het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Hij was net als Scholten van mening dat een rechter vaak buiten de wet om moet bepalen wat recht is, maar merkte ook op dat objectieve onrechtmatigheid kon bestaan om de enkele grond van onevenredigheid.²³⁰ Bij de vraag wat rechtmatig is mochten volgens Meijers zowel de eisen van ons rechtsgevoel als de maatschappelijke en individuele belangen meewegen, daaronder ook begrepen het algemeen welzijn en de zedelijkheid als einddoel van het recht.²³¹ Omwille van de noodzakelijke rechtszekerheid was goede wetgeving dan volgens hem wel cruciaal.

De les van 1914 voor privaatrechtelijke sturing in het onderwijs is mijns inziens de volgende:

- De wetgever heeft de bevoegdheid het privaatrecht te benutten om op te komen voor maatschappelijke belangen. Ook als dit leidt tot een beperking van de vrijheid van burgers en privaatrechtelijke rechtspersonen.
- De wetgever kan open normen formuleren en rechters mogen die open normen interpreteren. Bij de uitleg van open normen is er ruimte om te toetsen aan de eisen van ons rechtsgevoel en kunnen de maatschappelijke en individuele belangen meewegen.
- Gebruikers van privaatrecht hebben de (morele) verplichting zich bij een beroep op privaatrechtelijke bevoegdheden enigszins terughoudend op te stellen en mogen hun burgerlijke rechten niet misbruiken.
- Goede wetgeving is cruciaal voor de rechtszekerheid.

7.3 Instrumentalisering van het privaatrecht?

Het overzicht van de privaatrechtelijke instrumenten en de beide consultatiedocumenten leren ons echter nog iets anders. Niet alleen kan het parlement algemene wetten van privaatrechtelijke aard vaststellen met als oogmerk het bereiken van een algemeen maatschappelijk doel. Datzelfde privaatrecht wordt via wetgeving of feitelijk gebruik ook benut om als overheid in concreto sturing te geven aan de uitkomst van prestaties of corrigerend op te treden.

Voorbeelden van lichte vormen van instrumenteel gebruik van het privaatrecht in het onderwijs zijn de eis van functiescheiding, het toekennen van voordrachts- en goedkeuringsrechten of het maximeren van het aantal bestuurs- en toezichtsfuncties. Zwaardere vormen treffen we recentelijk aan in de voorstellen tot wijziging van de ontslagbevoegdheid door de rechtbank en de verruiming van de mogelijkheid toezichthouders aansprakelijk te stellen.

Deze groep privaatrechtelijke instrumenten zal uiteraard niet snel worden ingezet. Toch past een kanttekening; vooral als in het openbare debat over bijvoorbeeld crises of misstanden worden gesproken waarna behoefte bestaat om tot interventie over te gaan.

230 M. Galenkamp, 'Misbruik van recht volgens Scholten, Eggens en Meijers', in: Hildebrandt e.a., red., *Liber amoricum Foque*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 35-48.

231 E.M.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden, Universitaire Pers Leden 1948, p. 1-6.

Over de relatie tussen crises, rampen en recht, zijn dit jaar vier interessante preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Juristen Vereniging. Uit die preadviezen kunnen we in elk geval afleiden dat in 2014 de begrippen ramp en crisis aan erosie onderhevig zijn.²³² Dat zal ook voor vergelijkbare begrippen gelden als ‘misstand’, ‘gevaar’ en ‘risico’ gelden.

Hartlief gaat in zijn zeer lezenswaardige preadvies in op het gebruik van het privaatrecht in situaties van crises. Hij beschrijft de tegenstrijdige tendens tussen enerzijds een op het oog terugtrekkende overheid die een beroep doet op ‘eigen verantwoordelijkheid’ en ‘participatie’ en anderzijds een overheid die zijn invloed en doorzettingsmacht benut in acute situaties en deze eeuw veel aandacht besteedt aan privaatrechtelijke handhaving.²³³ Hij benoemt de diverse aanpassingen in het aansprakelijkheidsrecht benoemt hij als een ‘instrumentalisering’ door de wetgever van het aansprakelijkheidsrecht.²³⁴

Op basis van zijn analyse stelt hij zich de vraag of het privaatrecht als rechtsgebied niet ‘in nood’ is. Ook hij wijst bijvoorbeeld op het naast elkaar bestaan van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplichten in de financiële sector en meent dat daardoor de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht ‘diffuus’ wordt. Vervolgens verwijst hij naar de dadendrang van regelgevers na crises, het opportunisme van de politiek en het geloof in wetgeving als instrument van verandering. Hij hoopt dat de rechter voldoende bewaakt dat instrumentele wetgeving ook tot ‘recht’ leidt, maar lijkt daarin een hard hoofd te hebben.

De kanttekeningen die Hartlief maakt bij de instrumentalisering van het privaatrecht gaan mijns inziens ook op voor het onderwijsrecht. Bij bijvoorbeeld de voorgestelde anti-pestwet kan de vraag aan de orde komen wat het gevolg van niet naleving van deze nieuw te formuleren deugdelijkheidseis is als ouders vervolgens een vordering tot schadevergoeding instellen omdat hun kind toch is gepest.²³⁵ Het is in mijn ogen onvoorstelbaar dat de regering een zwaar middel als wetgeving wil gebruiken om pestgedrag te voorkomen. Zeker nu onderwijsorganisaties al de verplichting hebben om te zorgen voor sociale veiligheid op school.²³⁶

232 Zo worden de relletjes in Ondiep (2008), het Facebook-feestje in Haren (2012) en een treinongeluk bij het Westerpark te Amsterdam (2012) reeds aangewezen als situaties ‘*waarin een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast*’. E.R. Muller, ‘Crises en recht – Naar een integrale Crisis-beheersingswet?’, in: E.R. Muller, T. Hartlief, B.F. Keulen en H. Kummeling, *Rampen, crises en recht* (Preadviesen NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 1-64.

233 T. Hartlief, ‘Privaatrecht in nood – Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiek-recht’, in: E.R. Muller, T. Hartlief, B.F. Keulen en H. Kummeling, *Rampen, crises en recht* (Preadviesen NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194, i.h.b. p. 134-148. Hartlief gaat in op de Wet collectieve afwikkeling massaschade uit 2005 als voorbeeld en analyseert het (privaatrechtelijk) optreden van de overheid bij Fortis en DSB, Diginotar (cybersecurity), Enschede & Volendam, Legionella en de Q-koorts.

234 T. Hartlief, *Privaatrecht in nood – Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiek-recht* (Preadvies NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 137.

235 Wetgeving sociale veiligheid op school, www.internetconsultatie.nl (24 april 2014).

236 Onderwijsraad, *Advies Wetsvoorstel sociale veiligheid op school*, Den Haag, 5 september 2014.

Daar komt in het onderwijs echter nog iets bij. Kunnen de diverse overheden en anderen hun bevoegdheden wel waarmaken? Dat is allereerst een politieke vraag. De bevoegdheid om een privaatrechtelijk instrument in te zetten creëert ook een politieke verantwoordelijkheid. Het is daarnaast ook een privaatrechtelijke vraag. De Staat, de Inspectie van het Onderwijs, de NVAO en gemeenten zijn namelijk niet uitgesloten van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van onrechtmatig toezicht of handhaving. Het enkele bestaan van deze politieke verantwoordelijkheid of de kans op aansprakelijkheid verhoogt de kans dat eerder tot gerichte interventie wordt overgegaan; zeker in crisis-situaties of bij veel druk vanuit de media en/of politiek.

7.4 Privaatrechtelijke sturing en artikel 23 Grondwet

7.4.1 *Algemeen*

Over artikel 23 Grondwet is veel geschreven en veel gezegd. Ik ga ervan uit dat de lezer de belangrijkste kenmerken van dit debat kent.²³⁷

Ik beperk mij daarom voornamelijk tot de vraag of en in hoeverre overheid en wetgever gelet op artikel 23 Grondwet gebruik kunnen maken van het privaatrecht in het onderwijs met het oog op de kwaliteit van het onderwijs. Het antwoord op die vraag luidt in beginsel ja. Het onderwijs is sinds 1815 een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering. Deze zorg werd in 1814 gekoppeld aan de doelen van het onderwijs: het bevorderen van de godsdienst, de versterking van de Staat en de ontwikkeling van de kennis. In de onderwijswetgeving kennen we voorts al sinds 1889 bekostigingsvoorwaarden die zien op de privaatrechtelijke inrichting van de rechtspersoon die een school bestuurt (artikel 54bis Lager onderwijswet 1889). En ook toen al werd deze bekostigingsvoorwaarde direct gekoppeld aan de zorg van de overheid voor het onderwijs met de opmerking dat het hebben van rechtspersoonlijkheid de deugdelijkheid moest verzekeren.²³⁸ Over de beperking van de ondernemingsvrijheid die daarvan het gevolg was merkte Mackay op: *'Deze eischen laten de vrijheid van onderwijs, in gezonden zin opgevat, volkomen ongeschonden.'*²³⁹

Wel kan de fase waarin en/of waarop een privaatrechtelijk instrument is gericht van invloed zijn op de vraag of geen strijdigheid met artikel 23 Grondwet moet worden aangenomen.

7.4.2 *Onderscheid mogelijk op basis van de rubricering van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten?*

Instrumenteel gebruik in de constituerende fase

Het hiervoor benoemde voorbeeld van rechtspersoonlijkheid is een privaatrechtelijk instrument dat met name van belang is in de constituerende fase. Privaatrechtelijke stu-

237 D. Mentink en B. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

238 *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 10, p. 33 en p. 35.

239 *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 3, p. 5.

ringsinstrumenten die betrekking hebben op de rechtsvorm, de algemene statutaire doelstelling en 'governance' zullen niet snel een inbreuk vormen op de vrijheid en inrichting van het onderwijs zelf. De adviezen van de Onderwijsraad en de Raad van State over bijvoorbeeld de diverse governancewetten bevestigen die indruk.²⁴⁰

Instrumenteel gebruik in de correctieve fase

Een andere afweging lijkt mogelijk in de correctieve fase. Privaatrechtelijke instrumenten als ontslag en aansprakelijkheid hebben met elkaar gemeen dat dit op zich primair in het Burgerlijk Wetboek uitgewerkte instrumenten zijn. Niet alleen het van toepassing verklaren en/of het verruimen van het toepassingsbereik vormt dan een afweging die behoort te worden getoetst aan artikel 23 Grondwet, maar eigenlijk ook de beslissing om – als overheid – in een specifiek geval van zo'n privaatrechtelijk instrument gebruik te maken. De eerste toets is een taak van de wetgever. De tweede toets is aan de rechter maar wordt bemoeilijkt door het verbod op toetsing van wetgeving aan de Grondwet (artikel 120 Grondwet).

Mijn inschatting is dat als constitutionele toetsing mogelijk zou zijn bij een beroep op dergelijke zware privaatrechtelijke interventies, artikel 23 lid 5 Grondwet niet snel een voldoende valide argument is om de regeling als zodanig te bestrijden. Immers, bij de privaatrechtelijke normen wanbeleid en wanbeheer is het financiële aspect doorgaans doorslaggevend. De vrijheid van richting en inrichting speelt dan op het oog geen rol.

Als het de overheid is die gebruikmaakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden, dan kan uiteraard wel artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheden) en artikel 3:14 (geen strijd met het publiek recht) als toetsingskader worden gehanteerd (zie hierna paragraaf 7.5).

Instrumenteel gebruik in de fase van besluiten en handelen

Het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten door de overheid gericht op de fase van handelen en besluiten vullen eerder de inhoud van de onderwijsprestatie in. Dan dient in elk geval de Raad van State en de wetgever te toetsen of zo'n instrument past bij de lijn van artikel 23 Grondwet.

De gebruikelijke uitleg van artikel 23 lid 5 Grondwet is dat alleen de wetgever de voor het onderwijs te gelden eisen aan de deugdelijkheid kan benoemen en daarmee alleen de wetgever voorwaarden voor bekostiging kan stellen.²⁴¹ Uit de wetsgeschiedenis kan worden begrepen dat met deze bepaling een inperking van de vrijheid van de overheid is beoogd die gericht is op de bescherming van het recht om in vrijheid, in het bijzon-

²⁴⁰ Zie voor het primair en voortgezet onderwijs o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4 en Onderwijsraad, Advies Wetsvoorstel Goed onderwijs, goed bestuur. Minimum leerresultaten, interventie en intern toezicht, Den Haag, 3 april 2009. De kritiek richtte zich met name op de keuze voor minimale leerresultaten en kwaliteitseisen.

²⁴¹ Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, Den Haag: Onderwijsraad 2002, p. 21.

der die van inrichting, onderwijs te geven.²⁴² Uit de wetsgeschiedenis valt ook af te leiden dat daarmee de ondernemingsvrijheid van de onderwijsgevende bewust kan inperken.²⁴³ Het is echter niet aan een individuele bewindspersoon of andere overheidsorganen dan de wetgever zelf om in nadere regelgeving of richtlijnen inhoudelijke en kwalitatieve eisen te stellen. Indien men die lijn doortrekt, geldt dat ook voor het als overheidsinstanties maken van afspraken over de gewenste uitkomst van de onderwijsprestaties.

Bij een te strikte uitleg ontstaat echter een botsing tussen de vrijheid van onderwijsorganisaties en de zorg van de overheid voor datzelfde onderwijs. Een te strikte uitleg zou immers betekenen dat overheden met onderwijsorganisaties geen afspraken mogen maken over wederzijdse doelen en inspanningen. Dat past niet goed bij het Nederlandse poldermodel.

Anders dan onder andere Zoontjens zie ik niet in waarom de overheid geen afspraken, al dan niet van privaatrechtelijke aard, zou mogen maken met onderwijsorganisaties over de door die onderwijsorganisaties te verrichten onderwijsprestaties.²⁴⁴ Het idee van prestatieafspraken als zodanig acht ik niet in strijd met de vrijheid van richting en inrichting en past op zich bij de autonomie van onderwijsorganisaties om zelf met voorstellen te komen. Convenanten en akkoorden zijn in het onderwijs ook praktijk van alle dag.

Waar ik meer moeite mee heb is de wijze waarop dergelijke prestatieafspraken ingebed worden in de systematiek van reguliere bekostiging en de kans op misbruik van bevoegdheid door de overheid. De overheid kiest bijvoorbeeld in het hoger en middelbaar beroepsonderwijs (i) voor kwalitatieve prestatienormen met vaak een focus op de korte termijn, waarvan (ii) de realisatie wordt afgezet tegen de resultaten van andere onderwijsorganisaties, (iii) de toetsing vooraf en achteraf plaatsvindt door de overheid op basis van 'open' geformuleerde normen en die toetsing (iv) kan leiden tot een beperkter recht op reguliere bekostiging.

Dat zijn vier rechtsonzekerheden, waarvan de uitleg en uitkomst uiteindelijk afhankelijk is van het oordeel van de overheid. Dat is in de eerste plaats een teken van slechte regelgeving. Een uitspraak zoals in de casus Hogeschool Leiden van de Rechtbank Den Haag dat de afwijzende beoordeling door de staatssecretaris van OCW een motiveringsgebrek kende, ligt voor de hand.²⁴⁵ Daar komt nog eens bij dat als de overheid specifieke beleidsdoelen wenst te benutten, de mogelijkheid open staat om te kiezen voor kwantitatieve prestatiebekostiging op basis van objectiveerbare kengetallen of subsidiering op basis van de Wet overige OCW-subsidies.

242 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad, 2012, p. 58.

243 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.

244 P.J.J. Zoontjens, 'Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs', *AA* 2014/1, p. 66-69.

245 Rechtbank Den Haag 13 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1707 (Hogeschool Leiden).

7.4.3 Subconclusie privaatrechtelijke sturing en artikel 23 Grondwet

Ik concludeer dat als uitgangspunt kan gelden dat artikel 23 Grondwet zich in beginsel niet verzet tegen privaatrechtelijke sturing in het onderwijs of het door de onderwijs-wetgever stellen van eisen aan de bestuurlijke inrichting en het interne besluitvormings-proces.

Ook concludeer ik dat artikel 23 Grondwet er op zichzelf niet aan in de weg staat dat de overheid – of anderen – in vooral de correctieve fase een beroep doet op privaatrechtelijke bevoegdheden. In dergelijke situaties speelt het financiële aspect vaak een doorslaggevende rol. Als de overheid degene is die gebruik maakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden, dan kan uiteraard wel artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheden) en artikel 3:14 (geen strijd met het publiekrecht) een rol spelen. Die vraag is echter van een andere orde.

In de fase van besluiten en handelen, is mijn conclusie dat niet het maken van afspraken als zodanig het probleem is, maar de alsdan te hanteren normen en de motivering van beoordelingen. Die normen en de bijbehorende wijze van beoordelingen moeten vooral getuigen van goede wetgeving, zorgvuldige toepassing van de wet en rechtszekerheid. Dat is vooral bij kwalitatieve prestaties en ruimte voor relatieve toetsing niet eenvoudig. Dat probleem kan worden 'aangevochten' via de route van artikel 23 lid 5 Grondwet (deugdelijkheidseisen worden bij wet geregeld), maar het probleem ligt dieper. Het probleem ligt hem in de keuze van de huidige regering voor een rol van de overheid en politiek als 'opdrachtgever' van het onderwijs.

7.5 Overheid en privaatrecht

Het toekennen door de wetgever en het gebruiken van privaatrechtelijke instrumenten in het onderwijs door overheidsinstantie roept de vraag op of het als wetgever en overheid wel mogelijk is via de privaatrechtelijke weg beleidsdoelen te bereiken en zo ja, of aan dit gebruik beperkingen worden gesteld.

7.5.1 Tweewegenleer

De klassieke leer sinds het *Windmill*-arrest uit 1990 is dat gebruik van het privaatrecht door de overheid is afgesloten op het moment dat de overheid zijn doel ook kan bereiken via de bestuursrechtelijke weg.²⁴⁶ De uitleg van het *Windmill* criterium is kort gezegd de volgende. De eerste vraag is of de wetgever de bescherming van een belang heeft geregeld of heeft willen regelen. Als het belang publiekrechtelijk is beschermd, behoort de publiekrechtelijke weg te worden gevolgd. Als het belang privaatrechtelijk is beschermd, dan is de overheid in beginsel bevoegd te kiezen voor de privaatrechtelijke route. Deze leer is minder hard dan zij oogt. Er blijkt ruimte te zijn voor het afwegen van belangen, pragmatisme en een beoordeling van de concrete omstandigheden.²⁴⁷

246 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 m.nt. MS, AB 1990, 408 m. nt. Kleijn (*Windmill*).

247 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat* (Onderwijseditie, Deel 1), Deventer: Kluwer 2010, p. 529 met een verwijzing naar: HR 24 december 2004, AB 2005 m. nt. GAvdV; JB 2005, 56 m. nt. LJMT (Chidda e.a./Amsterdam).

Discussie over het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid kan ontstaan over de vraag of de wetgever met de privaatrechtelijke bevoegdheid inderdaad het betrokken belang heeft beogen te beschermen en/of de keuze voor de privaatrechtelijke route niet leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling. Het oordeel over ontoelaatbare doorkruising is volgens de Hoge Raad afhankelijk van (a) de inhoud, strekking en achtergrond van de andere regeling, (b) de wijze waarop en de mate waarin die andere regeling de belangen van de burgers beschermd en of (c) de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid.²⁴⁸

Bij de doorkruisingsvraag spelen in concrete situaties twee factoren. De eerste factor is of het gebruik van het privaatrecht voldoende past binnen de gehele context van het publiekrecht. Deze factor vindt zijn oorsprong in de algemene wens de ‘zwakke positie’ van de burger te beschermen tegen de overheid, alsmede de democratische en organisatorische functie van het recht.²⁴⁹ De keuze voor het privaatrecht mag op die functies en in het bijzonder de rechtsbescherming geen inbreuk maken. Anders gezegd, als de wetgever iets niet regelt of voorziet dan mag ze geen andere middelen gebruiken om alsnog een punt te maken. Deze factor kent erg veel betekenis toe aan de bedoeling van de wetgever bij de betrokken publiekrechtelijke regeling.²⁵⁰

De tweede factor ziet op het criterium van vergelijkbaar resultaat. Het uitgangspunt is als gevolg van Windmill de volgende: als de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken, mag hij geen beroep doen op zijn eventuele privaatrechtelijke bevoegdheid. Onder vergelijkbaar resultaat wordt ook wel begrepen een even effectief resultaat. Of een resultaat voldoende vergelijkbaar en effectief is, zal niet altijd duidelijk zijn.

Het Windmill-arrest speelt in de huidige praktijk van het onderwijs waarschijnlijk niet snel een rol. Het aantal bevoegdheden van de overheid is immers dermate groot dat er voor vrijwel elke situatie meerdere instrumenten kunnen worden ingezet. Ook verfijnt de inhoud van de normen en bevoegdheden in de onderwijswetgeving en het privaatrecht zich.

Bijzonder effect van de ‘instrumentalisering van het privaatrecht’ is verder dat de (onderwijs)wetgever met opzet kiest voor meer privaatrechtelijke regelingen. Dat maakt dat het argument dat de wetgever het te beschermen belang niet (privaatrechtelijk) heeft geregeld, minder vaak naar voren kan worden gebracht.

248 Deze opsomming is ontleend aan: T. Barkhuysen, C. de Kruif, W. den Ouden en Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2014, p. 306.

249 H. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 384 en de verwijzingen op die pagina.

250 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat* (Onderwijseditie, Deel 1), Deventer: Kluwer 2010, p. 529.

Beide constateringën willen echter niet zeggen dat de Windmill-criteria als zodanig geen grotere rol in het onderwijs zouden moeten spelen. Immers, ook bij het door de onderwijswetgever toekennen van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten en het verruimen van de aldan te betrachten normen spelen vergelijkbare vragen. Met het privaatrechtelijke instrument tot ontslag door de rechtbank kan immers eenzelfde resultaat worden bereikt als met de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid. Hetzelfde geldt in het openbaar onderwijs voor de bevoegdheid tot statutair ontslag door de gemeenteraad en de publiekrechtelijke ernstige taakverwaarlozingsregeling. Van de (onderwijs)wetgever mag naar mijn mening worden verwacht dat bij nieuwe wetgeving deze samenloop en de effecten voor de rechtszekerheid en de rechtsbescherming voldoende worden geadresseerd.

7.5.2 *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht en grondrechten*

Ik ga ervan uit dat de lezer van dit preadvies op de hoogte is van het gegeven dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn op het privaatrechtelijk overheidshandelen. Ik volsta daarom met een algemene verwijzing naar de literatuur en jurisprudentie op dit punt, alsmede artikel 3:14 BW en artikel 3.1 lid 2 Awb.²⁵¹

Een punt van bespreking is nog de toetsing aan grondrechten en de doorwerking van het EVRM op het privaatrechtelijk overheidshandelen. Toetsing van een wet aan de Grondwet, en dan in dit geval in het bijzonder aan artikel 23 Grondwet, is in beginsel niet mogelijk. Dat geldt echter niet voor feitelijke rechtshandelingen als zodanig en het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid. Bestuurders en intern toezichthouders zouden om die reden, zeker op het moment dat een sanctie tevens een punitief karakter heeft (bijvoorbeeld om redenen van een civielrechtelijk bestuursverbod), een beroep kunnen doen op bijvoorbeeld artikel 6 EVRM (fair trial). Onderwijsorganisaties kunnen op hun beurt een beroep doen op de vrijheid van vereniging en vergadering (inclusief de daaraan verwante ondernemingsvrijheid) en op de vrijheid van godsdienst. De eerste categorie van grondrechten biedt bijvoorbeeld ruimte bij verregaande inmenging in de bestuurlijke organisatie of bij bestuurlijke samenwerkingen.

7.5.3 *Prestatieafspraken*

Nog een laatste opmerking over het gebruik van prestatieafspraken in het onderwijs door de overheid.

Aanleiding daarvoor is het gebruik van prestatieafspraken tussen de overheid en individuele instellingen in vooral het hoger onderwijs en de voornemens van de Minister van OCW in het middelbaar beroepsonderwijs. In het middelbaar beroepsonderwijs bestaat overigens de voorkeur voor het begrip '*kwaliteitsafspraken*'.²⁵²

Voor beide voorbeelden geldt dat het gaat om kwalitatieve prestaties die direct samenhangen met door de overheid te benoemen op en korte termijn gewenst bijzondere

251 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat* (Onderwijseditie, Deel 1), Deventer: Kluwer 2010, Hoofdstuk 10.4.

252 Zie de discussie tussen Bisschop (SGP) en de Minister van Onderwijs in *Kamerstukken II* 2013-2014, 31524, nr. 205, p. 21.

doelstellingen. De onderwijsorganisaties worden uitgedaagd de door de overheid benoemde bijzondere doelstellingen verder uit te werken, een plan op te stellen, dit plan te laten beoordelen door een adviescommissie en vervolgens over dat plan afspraken te maken met de Minister van OCW. Welke normen van toepassing zijn op deze toetsing is mij niet duidelijk. Zie ook hoofdstuk 2.

In het bestuursrecht onderscheiden we beleidsovereenkomsten en bevoegdhedenovereenkomsten. De eerste categorie ziet op overeenkomsten die de vermogensrechtelijke verhoudingen regelen met het oog op een bepaald beleidsdoel. Bevoegdhedenovereenkomsten regelen de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden van de overheid. Overeenkomsten die geen invloed hebben op de vermogensrechtelijke verhoudingen en ook niet op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden, kwalificeren niet als een verbintenis. Wel kunnen zij van betekenis zijn voor de uitleg van de precontractuele verhoudingen of het vertrouwensbeginsel.

In het onderwijs speelt met name de zogeheten bevoegdhedenovereenkomst een belangrijke rol. In de praktijk komen we diverse kwalificaties tegen (o.a. convenant, prestatieafpraak, bestuurlijk akkoord en/of subsidieovereenkomst, overleg, vaststellingsovereenkomst). Vooral bij bestuurlijke samenwerkingen in het onderwijs, bij het lokaal onderwijsbeleid en in het openbaar onderwijs lijkt het gebruik van de bevoegdhedenovereenkomst populair.²⁵³ De inhoud van de overeenkomst is echter bepalend voor de kwalificatie als bevoegdhedenovereenkomst. Op het veelvuldige gebruik van de bevoegdhedenovereenkomst is wel enige kritiek mogelijk.²⁵⁴ De achtergrond daarvan is dat bij het maken van afspraken over de inzet van publiekrechtelijke bevoegdheden en het toekennen van subsidies overheidsinstanties al snel een machtspositie hebben. Bij onderhandelingen kan dan het verwijt zijn dat de overheid misbruik maakt van haar bevoegdheden of feitelijke machtspositie.

De vraag is of ook de prestatie- en kwaliteitsafspraken in het hoger en middelbaar beroepsonderwijs kunnen worden aangeduid als bevoegdhedenovereenkomsten. Uit de in het Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs en de Conceptregeling kwaliteitsafspraken mbo beschreven werkwijze, maak ik op dat niet zozeer sprake is van afspraken maar van het uiteindelijk door de Minister van OCW beoordelen van plannen die door de onderwijsorganisaties worden voorgelegd. In bijlage 1 bij het Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs wordt immers gesproken over het beoordelen door de reviewcommissie en het vervolgens 'ondertekenen' door de bewindspersoon van de door de onderwijsorganisatie 'voorgestelde prestatieafpraak'.²⁵⁵ Voor het mbo geldt dat de onderwijsorganisaties de door hen 'ondertekende' uitvoeringsovereenkomst voor een bepaalde datum moeten hebben 'ingediend bij de minister'.²⁵⁶

253 Zie ook M.F. Nolen, 'Bestuurlijke netwerken in en om het onderwijs: Samenwerkingsverplichtingen en de centrale dienst', *School en wet* 2010/5, p. 5-13.

254 Zie bijvoorbeeld: P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

255 Stb. 2012, 534, p. 7.

256 Ministerie van OCW, Concept Regeling kwaliteitsafspraken mbo, 1 oktober 2014 (artikel 1.5 en concept-toelichting).

8. Slot

De prestatie tot het geven van onderwijs is vanuit het perspectief van de onderwijsorganisatie en diens bestuurder een prestatie die wordt verleend aan leerlingen en studenten, die wordt bekostigd door de overheid en die moet voldoen aan de bij of krachtens de wet te gelden normen. Over de onderwijs- en bestuursprestatie wordt in het openbaar verantwoording afgelegd en de mate van realisatie wordt in het openbaar besproken en beoordeeld.

De doelstelling van dit preadvies is geweest het schetsen van de privaatrechtelijke sturing in het onderwijs en te bezien wat daarvan de gevolgen zijn voor onderwijsorganisaties, hun bestuurders en hun intern toezichthouders in het onderwijs.

Op basis van het voorafgaande kan geconcludeerd worden dat het aantal privaatrechtelijke sturingsinstrumenten in het onderwijs en het gebruik daarvan toeneemt. Die privaatrechtelijke sturingsinstrumenten hebben betekenis voor de prestaties in het onderwijs. Sterker nog, privaatrechtelijke regelingen worden door de overheid instrumenteel ingezet en benut om maatschappelijke veranderingen te verwezenlijken en zonodig corrigerend te kunnen handhaven.

Het groeiend aantal (privaatrechtelijke) instrumenten heeft als effect dat in vergelijkbare situaties overheidsinstanties en belanghebbenden meerdere bevoegdheden kunnen inzetten. Voor elke (privaatrechtelijke) bevoegdheid geldt echter in beginsel een eigen norm en een eigen begrippenkader. Ook als die begrippen soms veel op elkaar lijken. Hierbij vullen de concrete omstandigheden van het geval, de wettelijke deugdelijkheidseisen (al dan niet ingevuld met bijzondere zorgplichten) en (openbare) oordelen over de onderwijsprestaties de te gelden norm in. Ook kunnen maatschappelijke belangen een rol spelen in de rechtsverhoudingen binnen onderwijsorganisaties en tussen onderwijsorganisaties en anderen dan de overheid.

Het privaatrecht is aldus tot een instrument geworden dat de inhoud en omvang van de onderwijsprestatie sterk beïnvloedt. De regering moedigt deze tendens aan en versterkt dit nog eens door te sturen op prestatieafspraken en kwalitatieve prestaties en door voorstellen te doen die het eenvoudiger maken correctief op te treden middels het privaatrecht. De motivering is steeds gelegen in vrij algemene en aan erosie onderhevige begrippen als 'publiek belang', 'financieel belang van de overheid', 'continuïteit van het stelsel' of 'gevaar voor'.

Zorgwekkend is dat het aan een algemene analyse van de overheid en de wetgever ontbreekt over de verhouding tussen de diverse privaatrechtelijke instrumenten en de publiekrechtelijke mogelijkheden (onderwijswetgeving en Awb) tot handhaving. Het naast elkaar en zonder enige rangorde kunnen bestaan van de aanwijzingsbevoegdheid, de regeling van ernstige taakverwaarlozing, ontslag door de rechtbank of enquête is daarvan een voorbeeld. Het niet op elkaar afstemmen van de alsdan te gelden norm verhoogt niet de rechtszekerheid. Dat is wel noodzakelijk. De combinatie met het uitbrei-

den van de mogelijkheden tot civielrechtelijk bestuursverbod, bestuurdersaansprakelijkheid en de groeiende aandacht voor 'educational malpractice' maakt immers dat de belangen van de rechtssubjecten bij de uitkomst van dergelijke procedures toenemen.

9. Afronding: onderwijsrecht in nood?

Ik rond af.

Dat de (onderwijs)wetgever bij of krachtens wet normen stelt aan het onderwijs als prestatie is niet verwonderlijk. Tot in elk geval het begin van deze eeuw was de onderwijswetgever nog vrij terughoudend. Vanaf vooral de laatste eeuwwisseling zien we in de onderwijswetgeving de introductie van algemene zorgplichten, groeit het aantal bijzondere zorgplichten fors en neemt de intensiteit van het toezicht op de kwaliteit toe. De prestatie wordt ook meer kwalitatief getoetst. Deze groei van wetten, regels en uit het toezicht voortvloeiende aanvullende normen is vanuit rechtshistorisch perspectief ongekend. Het blijft verbazingwekkend dat de behoefte hieraan deze eeuw zo groot is. De twee vorige eeuwen was die behoefte een stuk minder.

Ernstiger is dat een tendens is te ontdekken naar een duidelijk instrumenteel gebruik van het privaatrecht en het benoemen van beleidsdoelen die met privaatrechtelijke instrumenten zouden kunnen worden bereikt. Dit instrumentele gebruik van het privaatrecht gaat in het onderwijs ook nog eens gepaard met 'open' geformuleerde normen, een verruiming van het publiekrechtelijk handavingsinstrumentarium en de behoefte aan een verdere harmonisatie van de onderwijswetgeving met de Algemene wet bestuursrecht. Tegelijkertijd ontbreekt het voorafgaand aan de toekenning van privaatrechtelijke bevoegdheden aan de toets of de publiekrechtelijke weg niet een vergelijkbaar resultaat mogelijk maakt.

Deze instrumentalisering van het privaatrecht versterkt de verzakelijking van de relatie tussen onderwijsorganisaties en hun omgeving. Het roept vragen op over de rechtszekerheid, de subjectiviteit van de oordelen en de rechtsbescherming van onderwijsorganisaties, bestuurders en intern toezichthouders. De in het onderwijs geldende normen worden meer afhankelijk van interpretatie en meer subjectief.

Een instrumenteel gebruik van het privaatrecht wekt ook verwachtingen en schept verplichtingen. In de inleiding wees ik op de opmerking van de Minister van OCW uit 2013 dat de overheid en de politiek de rol van 'opdrachtgever' hebben en maatregelen moeten kunnen nemen *'als het vertrouwen wordt beschaamd'*.²⁵⁷ Voor opdrachtgevers geldt in het privaatrechtelijk verkeer echter ook de norm dat zij 'goed opdrachtgever' zijn en de regel dat hun rol van opdrachtgever kan worden getoetst. Dat brengt mee dat bij privaatrechtelijke sturing steeds een afweging noodzakelijk is van alle belangen, ook die van de opdrachtnemer, en dat die afweging voldoende wordt gemotiveerd en onder-

²⁵⁷ *Kamerstukken II 2012/13, 33495, nr. 5, p. 5.*

bouwd. Het mag op basis van dit preadvies duidelijk zijn dat het daar volgens mij op dit moment aan lijkt te ontbreken.

Het risico van de beschreven verzakelijking is dat het bijzonder onderwijsrecht verder 'in nood' geraakt. De behoefte om voor specifieke doelen extra regels op te tuigen en na – in het licht van de geschiedenis toch relatief kleine – incidenten te kiezen voor ingrijpende aanpassingen en aanvullingen op het bijzonder onderwijsrecht en privaatrecht, maakt minimaal nieuwsgierig naar de toekomst van het onderwijsrecht en de grens van het 'instrumenteel' gebruik van het privaatrecht.

Bijlage - Schematisch overzicht publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sturingsinstrumenten

Publiekrechtelijk sturingsinstrument (te benutten door de overheid)*	Norm	Invoeringsjaar **
Onderwijsprestatienormen in de onderwijswet- en regelgeving door de wetgever (of regelgever)		
Bekostiging en kwaliteit onderwijs		
Positieve sturing via de bekostiging	Toekenning aanvullende bekostiging (onderdeel reguliere bekostiging)	1995 (Stb. 1995, 501; MBO)
	Toekenning overige bekostiging	1998 (Stb. 1998, 275; Wet overige OCW-subsidies)
	Prestatiebekostiging	2012 (Stb. 2012, 534; HO)
Negatieve sturing via de bekostiging	Opschorting en inhouding bekostiging	1985 (Stb. 1981, 468; PO; inhouding) 2010 (Stb. 2010, 80; opschorting)
	Vermindering bekostiging	1995 (Stb. 1995, 501) 2015 (Stb. 2012, 533)
	Lagere (gewijzigde) vaststelling en terugvordering (artikelen 4:48, 4:49 en 4:57 Awb)	2001 (Stb. 2001, 207)
	Beëindiging van bekostiging bij te weinig leerlingen (toegankelijkheid onderwijs) of voortdurend onvoldoende kwaliteit onderwijs (kwaliteit onderwijs)	1985 (Stb. 1981, 468; PO) 2010 (Stb. 2010, 80; PO en VO)
	Beëindiging van de bekostiging bij ernstig of langdurig tekortschietende kwaliteit onderwijs	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80)
	Treffen van aanvullende maatregelen door de gemeenteraad (incl. lokaal onderwijsbeleid)	PO en VO: 2009 (Ibn Ghaldoun/Rotterdam)
	Treffen van maatregelen voor de gemeenteraad openbaar onderwijs (PO en VO)	1996 (Stb. 1996, 580)
Kwaliteit onderwijs MBO	Bevoegdheid van de minister tot ontneming van de rechten van een opleiding	MBO: 1995 (Stb. 1995, 501)

Publiekrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Invoeringsjaar **
	Bevoegdheid van de minister tot ontneming van het recht van examinering	2004 (Stb. 2004, 138)
	Treffen van maatregelen door de minister	PO,VO en MBO: 2002 (Stb. 2002, 387)
Kwaliteit onderwijs HO	Intrekken accreditatie of toets nieuwe opleiding door de minister	2002 (Stb. 2002, 302)
	Bevoegdheid van de minister tot ontneming van de rechten van een opleiding	2002 (Stb. 2002, 302)
Organisatie, bestuur en beheer		
Bestuur en raad van toezicht in het openbaar PO en VO	Zelf voorzien in het bestuur / treffen maatregelen door de gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
	Benoeming bestuurders door gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
	- Uitwerking regeling in statuten onderwijsorganisatie	
	Benoeming en ontslag leden raad van toezicht door gemeenteraad	2010 (Stb. 2010, 80)
	- Uitwerking regeling in statuten onderwijsorganisatie	
	- Wel gehouden aan voordrachtsrechten	
Bestuur en raad van toezicht openbare universiteit	Benoeming leden Raad van Toezicht door minister van OCW	1997 (Stb. 1997, 117)
	- Wel gehouden aan voordrachtsrechten	
Begroting en jaarrekening openbaar primair en voortgezet onderwijs	Goedkeuring gemeenteraad (tenzij sprake is van RvT)	1996 (Stb. 1996, 580)
	- Uitwerking regeling in statuten van de onderwijsorganisatie	2010 (Stb. 2010, 80)
Wanbeheer (in de zin van de onderwijswetgeving)	Aanwijzingsbevoegdheid minister van OCW	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80) MBO en HO: 2014 (Stb. 2013, 558)
Ernstige taakverwaarlozing stichting openbaar primair en voortgezet onderwijs	Treffen van noodzakelijke voorzieningen door de gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
Ernstige taakverwaarlozing samenwerkingsstichting primair en voortgezet onderwijs	Treffen van noodzakelijke voorzieningen door de gemeenteraad	1998 (Stb. 1998, 294)

Publiekrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Invoeringsjaar **
Leer- en kwalificatieplicht	Strafrechtelijke handhaving ouders en leerlingen boven de 12 jaar	1900 (Stb. 1900, 111)
Verlenen vrijstelling vakantie en verlenen verlof	Bestuurlijke boete van minister van OCW aan het hoofd van de school	1969 (Stb. 1968, 303)
Toegankelijkheid en macrodoelmatigheid onderwijs		
Oprichten nieuwe school	Goedkeuring plan van scholen door de Minister van OCW	1985 (Stb. 1981, 468)
Wijziging samenstelling onderwijsorganisaties	Goedkeuring Minister van OCW van voorgenomen fusies	2011 (Stb. 2011, 295)
Start nieuwe opleiding MBO	In aanmerking komen voor bekostiging en toekenning rechten in de zin van artikel 1.3.1	1996 (Stb. 1995, 501)
Start nieuwe opleiding HO	Toets Nieuwe Opleiding Accreditatieverlening NVAO Instemming minister van OCW voor bekostiging van nieuwe opleiding	1993 (Stb. 1992, 593) 2002 (Stb. 2002, 302)
Opheffingsverplichting openbaar onderwijs / beëindiging bekostiging bijzonder onderwijs door Minister van OCW	Te weinig leerlingen basis- en voortgezet onderwijs	1985 (Stb. 1981, 468; PO)
Einde verzorging opleiding of Ad-programma HO	Bevoegdheid minister van OCW tot ontneming van de rechten van een opleiding of Ad-programma Verlies accreditatie (boete op grond van artikel 5a.12 lid 4 WHW)	1993 (Stb. 1992, 593) 2013 (Stb. 2013, 298) 2002 (Stb. 2002, 302)

* Deze tabel bevat niet de bevoegdheden die de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO toekomen krachtens de Wet op het onderwijstoezicht respectievelijk hoofdstuk 5a WHW. De uit dien hoofde te gelden verplichtingen tot openbaarmaking van onderzoeken zijn ook niet vermeld. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer uit hoofde van de Financiële-verhoudingswet.

** Het wordt te onoverzichtelijk om voor elk sector steeds een invoeringsjaar te benoemen. Reden waarom per instrument er soms voor is gekozen het invoeringsjaar te benoemen van het meest duidelijke voorbeeld.

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Constituerende fase			
Rechtspersoonlijkheid			1889
Zonder winstoogmerk			1889
Verboden rechtspersoon - Artikel 2:20 BW	Ontbinding wegens doel of werkzaamheid in strijd met openbare orde	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie	Burgerlijk Wetboek (1992)
Onbepalbaarheid en/of onbereikbaarheid statutaire doelstelling - Artikel 2:301 BW	Onvoldoende vermogen voor verwezenlijking doel of doel stichting bereikt of niet meer te bereiken	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie of belanghebbende	Burgerlijk Wetboek (1992)
Ontbinding wegens gebreken totstandkoming, onwettige statutaire bepalingen of niet voldoen aan wettelijke omschrijving rechtsvorm - Artikel 2:21 BW	Overtreden geboden rechtsvorm of in ernstige mate in strijd handelen met statuten en ook na termijn niet voldoen aan de wet	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie of belanghebbende	Burgerlijk Wetboek (1992)
Ontbinding stichting openbaar onderwijs wegens ernstige taakverwaarlozing - Artikel 48 lid 1 sub b WPO, artikel 42b lid 11 sub b WVO	Ernstige taakverwaarlozing of functioneren in strijd met de wet	Gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
Ontbinding samenwerkingstichting openbaar en bijzonder onderwijs wegens ernstige taakverwaarlozing - Artikel 17 lid 9 WPO en artikel 53c lid 9 WVO	Ernstige taakverwaarlozing of functioneren in strijd met de wet	Gemeenteraad	1998 (Stb. 1998, 294)
Uitkeringsverbod - Artikel 2:285 juncto artikel 2:21 BW	Een (feitelijk) doel dat inhoudt het doen van uitkeringen (zonder dat sprake is van een gelijkwaardige tegenprestatie) aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie of belanghebbende via de weg van artikel 2:21 BW	Burgerlijk Wetboek (1992)

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Benoeming raad van toezicht openbaar PO en VO - Artikel 2:286 lid 4 BW - Artikel 42b lid 6 sub b WPO, artikel 48 lid 6 sub b WVO	Benoemingsbesluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Gemeenteraad	2010 (Stb. 2010, 80)
Benoeming leden raad van toezicht openbare universiteiten - Artikel 9.1.7 lid 2 WHW	Benoemingsbesluit moet voldoen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur	Minister van OCW	1997 (Stb. 1997, 117)
Benoeming raad van toezicht samenwerkings-school openbaar en bijzonder onderwijs - Artikel 2:286 lid 4 BW - Artikel 17d lid 6 sub c WPO, artikel 53 lid 6 sub c WVO	Benoemingsbesluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Gemeenteraad in samenwerking met stichting toezicht bijzonder onderwijs	2011 (Stb. 2011, 287)
Benoeming raad van toezicht samenwerkings-stichting openbaar en bijzonder onderwijs - Artikel 2:286 lid 4 BW	Benoemingsbesluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Afhankelijk van regeling in statuten	1998 (Stb. 1998, 294) 2010 (Stb. 2010, 80)
Benoeming raad van toezicht bijzonder onderwijs (PO, VO, MBO en HO) - Artikel 2:286 lid 4 BW	Benoemingsbesluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Afhankelijk van regeling in statuten	
Maximering aantal functies - Artikel 2:297a en 2:297b BW	Maximaal 2 bestuursfuncties (voor bestuurders) en maximaal 5 toezichhoudende functies (voor toezichthouders)	Rechtbank op verzoek van een belanghebbende (via artikel 2:14 BW?)	2013 (Stb. 2011, 275 en Stb. 2012, 440)
Profielen - Openbare profielen bestuur en raad van toezicht	Vaststellingsbesluit profiel moet voldoen aan redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Raad van toezicht stelt vast en adviesrecht medezeggenschap	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80) MBO: 2009 (Stb. 2009, 151) WHW: Voorstel 2014

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Voordrachtsrecht intern toezichthouders openbaar primair, voortgezet en speciaal onderwijs	Redelijkheid en billijkheid (2:8 BW); Ouders: ten minste een derde en maximaal de helft van het aantal leden; (Gemeenschappelijke)medezeggenschapsraad	'Ouders' (ten minste 1/3e en maximaal 1/2); Medezeggenschapsraad (1 zetel)	1996 (Stb. 1996, 580) 2010 (Stb. 2010, 80)
- Artikel 2:286 lid 4 BW	ten minste één lid van de raad van toezicht		
- Artikel 48 lid 6 sub b WPO, artikel 42b lid 6 sub b WVO			
- Artikel 17c lid 2 WPO, artikel 24d lid 2 WVO			
Voordracht raad van toezicht bijzonder onderwijs, samenwerkingsstichting en samenwerkingschool	Voordracht moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Medezeggenschapsraad (1 zetel)	2010 (Stb. 2010, 80)
- Artikel 2:286 lid 4 BW			
- Artikel 17c lid 2 WPO, artikel 24d lid 2 WVO			
Voordracht raad van toezicht middelbaar beroepsonderwijs	Voordracht moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Ondernemingsraad (1 zetel)	2010 (Stb. 2010, 8)
- Artikel 2:286 lid 4 BW			
- Artikel 9.1.4 lid 6 sub b WEB			
Voordracht leden hogescholen en bijzondere universiteiten	Voordracht moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW)	Personeel en studenten gezamenlijk (1 zetel)	1997 (Stb. 1997, 117) 2010 (Stb. 2010, 118)
- Artikel 9.1.7 lid 2 juncto artikel 9.51 WHW en artikel 10.3d WHW			
Civielrechtelijk bestuursverbod	Iets doen of nalaten in strijd met de statuten of de wet, dan wel het zich schuldig maken aan wanbeheer	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie of iedere belanghebbende	Burgerlijk Wetboek (1992)
- Artikel 2:298 lid 3 BW			
Civielrechtelijk bestuursverbod	Kennelijk onbehoorlijke vervulling taken bestuurder	Rechtbank op verzoek van Openbaar Ministerie of curator	Voorstel 2014
- Artikel 106a Faillissementswet			

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Actuele fase (fase van besluitvorming en handeling)			
Goedkeuringsrecht begroting, jaarrekening en meerjarenbeleidsplan (artikel 17c lid 1 WPO, artikel 24e lid 1 WVO, artikel 9.1.4 lid 1 WEB, artikel 10.3d lid 2 WHW en artikel 9.8 lid 1 juncto artikel 9.51 WHW)	Besluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW) - Belang rechtspersoon staat voorop (artikel 2:9a BW Nieuw) - Redelijkheid lijkt ingekleurd te kunnen worden door publieke belangen, daaronder begrepen het financiële belang van de overheid. Als daarop inderdaad een beroep wordt gedaan, dan behoeft dit wel nadere motivering. Zeker als er geen redenen zijn voor verscherpt financieel toezicht door de Inspectie van het Onderwijs.	Raad van toezicht	PO en VO: 2010 (Stb. 2010, 80) MBO: 2009 (Stb. 2009, 151) WHW: 1997 (Stb. 1997, 117)
Onthouden goedkeuring/instemming begroting/jaarrekening openbaar onderwijs PO en VO (artikel 48 lid 6 onder d WPO)	Besluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW). - Beperking tot het onthouden wegens strijd met het recht of met het algemeen belang, waaronder begrepen het financiële belang van de gemeente - Geen strijd met geschreven of ongeschreven publiek recht (artikel 3:14 BW) - Redelijkwijjs geen onthouding goedkeuring mogelijk als geen verscherpt financieel toezicht Inspectie van het onderwijs	Gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Instemmingsrecht statutenwijziging en besluit tot ontbinding openbaar onderwijs (PO en VO)	Besluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW). - Geen strijd met geschreven of ongeschreven publiek recht (artikel 3:14 BW) - Geen onthouding mogelijk als motivatie niet gelegen is in inhoud voorgenomen bestuursbesluit	Gemeenteraad	1996 (Stb. 1996, 580)
Bovenwettelijke statutaire goedkeurings- en/of instemmingsrechten (al dan niet conform suggestie branchecode goed bestuur)	Besluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW). - Geen strijd met geschreven of ongeschreven publiek recht (artikel 3:14 BW) - Geen onthouding mogelijk als motivatie niet gelegen is in inhoud voorgenomen bestuursbesluit	Afhankelijk van regeling in statuten	PO en VO: 1996 (Stb. 1996, 580)
‘Educational malpractice’ - 6:74 BW en 6:162 BW in combinatie met publieke normen en zelfregulering	Handelen conform de norm van hetgeen van een redelijk handelende en redelijk bekwaame onderwijsorganisatie mag worden verwacht Invulling norm is afhankelijk van: - redelijkheid en billijkheid (6:74 BW en 6:162 BW) - wettelijke deugdelijkheids- c.q. bekostigingsvoorwaarde - beleidsregels Minister van OCW / Inspectie van het Onderwijs	Leerling, deelnemer, student, ouders	1999 (Schaapman)

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
	- zelfregulering branche - zelfregulering vakgenoten - zelfregulering onderwijsorganisatie		
Correctieve fase			
Statutair ontslag - 2:285 BW	Besluit moet voldoen aan de wet en statuten (artikel 2:14/2:15 BW) en de redelijkheid en billijkheid (2:8 BW) - Geen strijd met geschreven of ongeschreven publiek recht (artikel 3:14 BW)	Degene die krachtens de statuten bevoegd is verklaard te besluiten over het ontslag (bij stichtingen).	Burgerlijk Wetboek (1992)
Ontslag bestuurder door de rechtbank - artikel 2:298 BW	Iets doen of nalaten in strijd met de bepalingen van de wet of de statuten, dan wel het zich schuldig maken aan wanbeheer: - 'uitgesproken onrechtmatig handelen' - financieel wanbeheer.	Belanghebbende, daaronder ook begrepen de Staat als eigen financieel belang en/of gevaar voor stelsel	2008 (IS Helmond)
Ontslag raad van toezicht door de rechtbank - artikel 2:298 BW Nieuw - artikel 17c1 WPO Nieuw, artikel 24e1 WVO Nieuw, artikel 9.1.4b WEB Nieuw, artikel 9.3 lid 9 WHW Nieuw, artikel 9.51 lid 9 WHW Nieuw en artikel 10.3d lid 10 WHW Nieuw (ook voor verenigingen).	Het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaden of hebben geschaad dat het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden geduld - Het zich als bestuurder richten naar het eigen belang in plaats van dat van de stichting en de met haar verbonden organisatie - Iets doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten van de stichting of - Het zich als bestuurder zodanig opstellen dat daardoor sprake is van een disfunctioneren van de stichting	Belanghebbende, daaronder uitdrukkelijk ook begrepen de Minister	Voorstel 2014

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
	- Het in gevaar komen van de continuïteit van de stichting en de door haar geleverde diensten		
Bestuursaansprakelijkheid (intern) - 2:9 BW	- 'Onbehoorlijke taakvervulling die ernstig verwijtbaar is' - 'Flagrante onbehoorlijkheid' (voorstel 2014) - Lid RvT kan hieronder ook vallen als 'dadens van bestuur'	Onderwijsorganisatie, maar vordering kan worden gecedeerd (ook aan overheid)	Burgerlijk Wetboek (1992)
Bestuursaansprakelijkheid (extern) - 6:162 BW	Onrechtmatig handelen, waarbij norm een afgeleide is van artikel 2:9 BW	Derde die schade heeft geleden, maar vordering kan worden gecedeerd (ook aan overheid).	Burgerlijk Wetboek (1992)
Aansprakelijkheid intern toezichthouders (intern) - 2:9a BW	- 'Ernstige verwijtbaarheid' - 'Flagrante onbehoorlijkheid'	Onderwijsorganisatie, maar vordering kan worden gecedeerd (ook aan overheid)	Voorstel 2014
Aansprakelijkheid intern toezichthouders (extern) - 6:162 BW	Onrechtmatig handelen, waarbij norm een afgeleide is van artikel 2:9 BW	Derde die schade heeft geleden, maar vordering kan worden gecedeerd (ook aan overheid).	Burgerlijk Wetboek (1992)
Enquête-onderzoek Ondernemingskamer - artikel 2:350 BW	Redelijk vermoeden van wanbeleid.	OK op verzoek van vakbond	PO en VO: niet mogelijk MBO: 2011 (Stb. 2011, 95) HO (bijzonder onderwijs): Burgerlijk Wetboek (1992)

Privaatrechtelijk sturingsinstrument	Norm	Bevoegde	Invoeringsjaar ***
Voorziening Ondernemingskamer - artikel 2:355 BW	Wanbeleid - Het onzorgvuldig of laakbaar handelen dat zo ernstig is dat sprake is van strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap; zie HR 10 januari 1990, NJ 1990/446 (OGEM) - Handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan ook wanbeleid tot gevolg hebben; zie HR 1 maart 2002, NJ 2002/296, m.nt. Macijer (Zwagerman)	OK op verzoek van vakbond	PO en VO: niet mogelijk MBO: 2011 (Stb. 2011, 95) HO (bijzonder onderwijs): Burgerlijk Wetboek (1992)

*** In het geval als invoeringsjaar wordt verwezen naar Burgerlijk Wetboek (1992) moet daaronder worden begrepen een algemene bepaling in het Burgerlijk Wetboek, waarvan de achtergrond en dus het invoeringsjaar te herleiden is tot de Wet op Stichtingen (Stb. 1956, 327), het rechtspersonenrecht van het Ontwerp Meijers (Stb. 1960, 205 en Stb. 1975, 228) en/of de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 BW (1992). Het (algemeen) rechtspersonenrecht is dan ook ouder dan 1992.

Naar versterking van intern en extern toezicht?

mr. Jannetje Bootsma

Inleiding

De preadviezen van T. Barkhuysen & M. Claessens en M.F. Nolen vormen een mooi en knap tweeluik. In het preadvies van Barkhuysen en Claessens wordt ingegaan op publiekrechtelijke interventies, op afspraken en openbaarheid. Nolen inventariseert en analyseert de privaatrechtelijke sturingsinstrumenten en interventies. Een scala aan onderwerpen komt aan bod, waarbij Nolen het niet nalaat om te beginnen met een mooie duik in de wetsgeschiedenis en teruggaat tot 1888, maar waarbij voor alle onderwerpen geldt dat zij midden in de actualiteit staan. Dat geldt in ieder geval ook het onderwerp van mogelijke interventies, of, anders gezegd, toezicht.

In hoofdstuk 5 van het preadvies van Barkhuysen & Claessens komen publiekrechtelijke instrumenten aan bod. In het preadvies van Nolen passeren de ontwikkelingen en mogelijk nieuwe ontwikkelingen over (privaatrechtelijk en intern) toezicht in de wetgeving de revue. Het brengt Nolen tot de vraag of – vrij vertaald – er langzamerhand niet te veel instrumenten zijn waarmee bij onderwijsinstellingen kan worden geïntervenieerd en of de afstemming tussen en combinatie van meer privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instrumenten wel in het oog wordt gehouden.

De wijze en indringendheid van toezicht en de middelen om toezicht uit te oefenen moeten passen bij een situatie waarin simpel gezegd zaken grotendeels gaan zoals ze behoren te gaan. Het toezichtinstrumentarium moet echter ook berekend zijn op de situatie waarin zaken op wat voor manier dan ook uit de hand dreigen te lopen. Dat is vanzelfsprekend niet de enige invalshoek van waaruit naar interventiemogelijkheden moet worden gekeken, maar het is wel een belangrijke invalshoek.

Tegen de achtergrond van de financiële crisis en de vastgoedcrisis is de vraag of het toezicht, intern binnen de rechtspersoon en door belanghebbenden bij die rechtspersoon en extern door de overheid, wel adequaat geregeld is, nadrukkelijk op de voorgrond komen te staan. De problemen rond SNS, Vestia en Amarantis hebben die vraag in verschillende sectoren op de agenda gezet. Drie onderzoekscommissies hebben die problemen onderzocht. In deze bijdrage volgt een kort uitstapje naar een aantal conclusies en aanbevelingen van die commissies, als invalshoek van waaruit naar het door de preadviseurs geanalyseerde instrumentarium kan worden gekeken.

Amarantis, Vestia en SNS

Alhoewel de problemen rond SNS, Vestia en Amarantis op veel punten heel verschillend zijn, zijn er ook parallellen. Zo ging het in alle gevallen om complexe problemen. Het

ging ook steeds om zeer grote instellingen. Als zij zouden omvallen, zou dat tot aanzienlijke maatschappelijke gevolgen leiden. SNS was de vierde grote bank van Nederland, en een zogenaamde systeemrelevante bank. Het omvallen van SNS zou grote gevolgen hebben; voor de rekeninghouders van SNS, via het depositogarantiestelsel voor de andere banken, en voor de economie en kredietwaardigheid van Nederland en daarmee voor de economische situatie in Nederland. Vestia was een van de grootste woningcorporaties van Nederland. De problemen rond Vestia raakten de huurders en gemeenten waar Vestia actief is, maar hadden ook grote financiële risico's voor de overheden die via de systematiek in het corporatiebestel als achtervang garant stonden voor leningen aan Vestia en hadden aanzienlijke gevolgen voor de andere woningcorporaties die via heffingen van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting aan de sanering van Vestia moesten bijdragen. Amarantis bestond uit een groot aantal vo- en bve-vestigingen. Zodanig grote aantallen leerlingen waren voor hun onderwijs afhankelijk van het voortbestaan van Amarantis dat ook Amarantis een systeemrelevante instelling kan worden genoemd. Bij al deze instellingen deed zich een complexe financiële problematiek voor, die de continuïteit van de instellingen bedreigde.

Het ging dus om drie grote, in wezen systeemrelevante instellingen, met complexe problemen. Het betrof geen overheidsinstellingen, maar de problematiek die zich voordeed, zou wel grote maatschappelijke gevolgen kunnen hebben en heeft dat deels ook gehad. Inmiddels is SNS genationaliseerd en heeft de overheid vier miljard euro noodsteun moeten verlenen. De derivatenportefeuille van Vestia is voor het grootste deel afgekocht; Vestia wordt gesaneerd en moet sterk inkrimpen met haar activiteiten; alle andere woningcorporaties dienen door middel van een heffing aan de sanering bij te dragen. Amarantis is opgesplitst. Drie onderzoekscommissies hebben zich over de problematiek gebogen. Hun onderzoeksopdracht had betrekking op de vraag hoe het zo ver had kunnen komen en welke rol alle actoren hebben gespeeld, maar ook op de vraag hoe dergelijke situaties in het vervolg moet worden voorkomen.

Een bank als SNS is, anders dan een woningcorporatie of onderwijsinstelling, een op winst gerichte onderneming. De rol en het belang van banken maken dat een bank een bankvergunning nodig heeft, en opereert in een gereguleerd stelsel onder toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB). De financiële crisis met onder andere de nationalisatie van ABN AMRO had al tot het inzicht geleid dat de minister en DNB over meer instrumenten moesten beschikken om in geval van nood bij banken te kunnen ingrijpen. De Interventiewet was het gevolg. Op basis van de Interventiewet kon tot nationalisatie van SNS en onteigening van obligatiehouders en aandeelhouders worden besloten, omdat sprake was van de situatie dat 'de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar' kwam (artikel 6:2 lid 1 Wft). De Evaluatiecommissie nationalisatie SNS Reaal komt onder andere tot de aanbeveling dat dat criterium voldoet. De commissie beveelt wel aan het instrumentarium uit te breiden en de mogelijkheden voor de toezichthouder om herstel- en herstructureringsplannen van de onderneming af te dwingen, te vergroten. De mogelijkheden om tot onteigening over te gaan moeten worden uitgebreid. En er moeten handvatten worden gecreëerd om ontvlechting van

een complexe organisatie makkelijker te maken en verwevenheid van een complexe organisatie tegen te kunnen gaan.¹

Een woningcorporatie als Vestia opereert in een bestel dat meer lijkt op dat van onderwijsinstellingen. Een vereniging of stichting kan verzoeken om te worden toegelaten tot het volkshuisvestelijk bestel. De minister beslist of de vereniging of stichting daadwerkelijk als woningcorporatie wordt toegelaten. Uitsluitend verenigingen of stichtingen die als statutair doel het behartigen van het belang van de volkshuisvesting dienen, kunnen worden toegelaten. Woningcorporaties opereren vervolgens binnen een gereguleerd kader, met de minister en het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting als toezichthouder. Woningcorporaties zijn private instellingen, maar het stelsel van woningcorporaties kan niet los worden gezien van de in artikel 22 lid 2 Grondwet neergelegde verantwoordelijkheid van de regering voor voldoende woongelegenheid.² Zij worden anders dan onderwijsinstellingen niet langer rechtstreeks door de overheid gesubsidieerd, maar hun vermogen is voor een belangrijk deel maatschappelijk gebonden, en dient uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting te worden ingezet. Het Rijk en gemeenten zijn voorts via het Waarborgfonds Sociale Woningen (WSW) achtervang voor door het WSW geborgde leningen aan corporaties.

De Commissie Kaderstelling en Toezicht Woningcorporaties, die de situatie rond Vestia heeft onderzocht, plaatst de eisen die aan het toezicht op woningcorporaties moeten worden gesteld, uitdrukkelijk in het kader van het bijzondere karakter van de sector. Net als in de onderwijssector gaat het bij woningcorporaties om private instellingen die deels een publieke taak uitoefenen. Het betreft maatschappelijke ondernemingen die deels in een marktsituatie werken, maar tegelijkertijd maatschappelijke doelen moeten dienen.³ De positie van maatschappelijke ondernemingen vormt ook een rode draad in het preadvies van Nolen. In de analyse van de commissie is zelfregulering in de corporatiesector, vanwege de bijzondere kenmerken van die sector met dergelijke maatschappelijke ondernemingen, onvoldoende. Extern toezicht door de overheid is vereist. De commissie vat het als volgt samen:

‘Zelfregulering op bedrijfsniveau of op sectorniveau (de gemeenschap van corporatiedirecteuren) biedt in een dergelijke context onvoldoende disciplinerende. Extern toezicht is een arrangement dat hierin voorziet. Dat toezicht heeft als doel de doelmatige en doeltreffende besteding van maatschappelijk vermogen te bevorderen, weglek ervan tegen te gaan en de risico's van onderlinge borg te beheersen. Dat toezicht kan alleen effectief zijn als het kan bouwen op een zorgvuldige bedrijfsvoering met voldoende checks en balances, op een cultuur in de sector van soberheid en doelmatigheid, een goed functionerend intern toezicht en een goed functionerende verantwoording door de instellingen van bedrijfsvoornemens en prestaties. Versterking van bedrijfsvoe-

1 Het rapport van de evaluatiecommissie nationalisatie SNS Reaal, 2014, blz. 331.

2 Zie artikel 22 lid 2 Grondwet: 'Bevordering van voldoende woongelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.'

3 Eindrapportage Commissie Kaderstelling en Toezicht Woningcorporaties van 17 december 2012, blz. 4.

ring en –besluitvorming en van het interne toezicht is derhalve een afgeleide doelstelling van het externe toezicht.’⁴

De commissie komt vervolgens tot aanbevelingen om de interne organisatie en governance bij woningcorporaties te versterken, en het extern toezicht door de minister, het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting en het WSW aan te scherpen en anders in te richten.

Het onderwijsbestel waar Amarantis in opereerde, is door de preadviseurs uitgebreid beschreven. Ik laat de problematiek die zich bij Amarantis voordeed, onbesproken en richt me op de aanbevelingen van de commissie die zich over de situatie bij Amarantis heeft gebogen. De bevindingen hebben in de eerste plaats betrekking op de wijze waarop alle betrokken actoren hun rol hebben vervuld. De commissie heeft daarnaast een aantal aanbevelingen gedaan om financiële problematiek bij andere instellingen te kunnen voorkomen. De commissie laat die aanbevelingen voorafgaan door twee vragen. De commissie signaleert in de eerste plaats dat het onderwijsbestel uitgaat van vertrouwen in schoolbesturen, en dat autonomie van schoolbesturen daarmee ‘uitgangspunt en regel (is) geworden in het onderwijs’⁵. Volgens de commissie staat of valt de kwaliteit van het onderwijs met de kwaliteit van bestuur en toezicht. De commissie stelt de vraag of men op dat laatste kan blijven vertrouwen:

‘De commissie ziet in het licht van de casus Amarantis graag een discussie ontstaan over de vraag of het vertrouwen – dat mede stoelt op de vrijheid van artikel 23 van de Grondwet – zeker in het huidige tijdsgewricht en de aanzienlijke omvang van sommige schoolbesturen niet te ruim bemeten is. Kunnen en mogen meer voorwaarden worden gesteld aan de kwaliteit van bestuurders en toezichthouders in het onderwijs? (...)’⁶

De tweede vraag die de commissie opwerpt betreft de omvang van schoolbesturen en de complexiteit van bepaalde organisatiestructuren. Zijn organisaties niet te groot en complex geworden?

De aanbevelingen van de commissie richten zich vervolgens op het vergroten van de transparantie van bestuurlijk handelen en het optimaliseren van de *checks and balances* binnen de instelling. Het interne toezicht, binnen de rechtspersoon en vanuit de direct betrokkenen zoals ouders en leerlingen, moet worden versterkt. De governance-codes moeten verplicht worden toegepast. Het college van bestuur en de raad van toezicht moeten een heldere rol hebben en hun verantwoordelijkheden kunnen waarmaken. Daarnaast beveelt de commissie aan het externe toezicht door de Inspectie van het Onderwijs en de minister aan te scherpen. Het reguliere financiële toezicht moet in een volwaardig toezichtskader worden uitgewerkt. Als het tot een verscherpt of intensief

4 Eindrapportage Commissie Kaderstelling en Toezicht Woningcorporaties van 17 december 2012, blz. 4.

5 Autonomie verplicht, rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis, blz. 67.

6 Autonomie verplicht, rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis, blz. 67.

toezicht komt, moet dat scherper en intensiever worden uitgeoefend. De commissie beveelt voorts aan de interventiemogelijkheden van de minister uit te breiden: de minister moet de voorzitter van een raad van toezicht kunnen schorsen als het belang van het onderwijs dat noodzakelijk maakt en de aanwijzingsbevoegdheid van de minister moet worden verbreed tot de gevallen waarin een instelling onder verscherpt of intensief toezicht staat.⁷

Versterking intern en extern toezicht

Terugkerende elementen in twee of meer van de rapporten van de commissies zijn:

- de zorg of de inrichting van het interne en externe toezicht voldoende is berekend op grote instellingen met complexe organisatiestructuren;
- de complexiteit om bij grote en – te meer – bij systeemrelevante instellingen tot een aanpak te komen;
- de nadruk op de bijzondere rol van ‘maatschappelijke ondernemingen’ zoals onderwijsinstellingen en woningcorporaties;
- de nadruk op het belang van goed bestuur en goed toezicht;
- aanbevelingen om het interne toezicht te versterken;
- aanbevelingen om het externe toezicht door de overheid te versterken.

Voor de inrichting van het interne toezicht binnen onderwijsinstellingen was de laatste jaren al meer aandacht gekomen. Goed intern toezicht moet ervoor zorgen dat problemen worden voorkomen, dat anders tijdig kan worden bijgestuurd en dat een adequate aanpak kan worden afgedwongen. De situatie met – onder andere – financiële crisis, vastgoedcrisis en krimp waar instellingen het hoofd aan moeten bieden, heeft het belang hiervan vergroot.

De commissie die de problematiek rond Amarantis heeft onderzocht, heeft niet voor niets de vraag gesteld of instellingen wel zodanig zijn ingericht dat voldoende grip op de schaal en complexiteit van de instelling kan worden gehouden. Een structuur als Amarantis is wel wat anders dan een kleine schoolvereniging die een of enkele scholen in stand houdt waarbij de leden van de vereniging over het functioneren van de directeur en het bestuur beslissen. In beide gevallen geldt echter dat adequate *checks and balances* binnen de instelling voorhanden moeten zijn. Dat betekent personen die uitdrukkelijk belast worden met de toezichtsrol. Dat betekent ook dat de complexiteit van de organisatie en de problematiek die op de organisatie afkomt, de mogelijkheden van de toezichthouders om die te doorzien, niet te boven mogen gaan. In het preadvies van Nolen komt aan de orde dat in het versterken van intern toezicht al belangrijke stappen zijn gezet, en andere worden overwogen.

Openbaarheid speelt daarbij een belangrijke rol. De Inspectie van het Onderwijs beoordeelt de kwaliteit van het onderwijs. De WOT schrijft voor dat een rapport van de

⁷ Autonomie verplicht, rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis, hoofdstuk 7, vanaf blz. 61, zie in het bijzonder blz. 67 t/m 71.

Inspectie vijf weken na de vaststelling daarvan openbaar wordt gemaakt. Barkhuysen en Claessens pleiten in hun preadvies voor een andere openbaarmakingsregeling en stellen dat het uitgangspunt van openbaarheid van rapporten van de Inspectie van het Onderwijs aan onderwijsinstellingen onvoldoende waarborgen zou bieden. Zij bepleiten een regeling zoals die in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt is opgenomen. Ik wijs erop dat de achtergrond van de openbaarmakingsregeling in de WOT uitdrukkelijk is gelegen in het belang een tegenwicht te bieden ten aanzien van de vergroting van de autonomie van de instellingen:

‘Het is van groot belang dat de inspectie haar oordelen actief openbaar maakt. Dit past in het geheel van het afleggen van publieke verantwoording over de kwaliteit van het onderwijs als complement van de vergroting van de autonomie van de instellingen. Alle definitieve rapporten van de inspectie worden actief openbaar gemaakt.’⁸

De openbaarheid van de beoordelingen van de Inspectie stelt leerlingen en ouders in staat om hun invloed op de onderwijsinstelling uit te oefenen, hun rol in het interne toezicht te spelen en zo een van de *checks and balances* in de onderwijsinstelling te vormen. In het bijzonder leerlingen, toekomstige leerlingen en ouders hebben er ook los daarvan belang bij om de beoordeling van de kwaliteit van het onderwijs op hun instelling te kunnen vernemen. Dat hoeft er vanzelfsprekend niet aan in de weg te staan dat de vraag of het rapport openbaar mag worden gemaakt, aan de rechter kan worden voorgelegd. Het belang dat met openbaarmaking is gemoeid, is echter wel anders dan bij de besluiten van ACM het geval is. Bij ACM is dat belang voor een belangrijk deel gelegen in de mogelijkheid om door openbaarmaking van besluiten de samenleving inzicht te kunnen bieden in haar optreden. (Toekomstige) ouders en leerlingen hebben er belang bij dat zij, op het moment dat het oordeel van de Inspectie actueel is, kennis van dat oordeel kunnen nemen. Daarmee kan ook een belangrijke bijdrage aan een goed functionerend toezicht binnen de instelling zelf worden geleverd.

Zowel in het rapport over Vestia als in het rapport over Amarantis wordt naast het belang van versterking van intern toezicht gewezen op de noodzaak dat ook het extern toezicht door de overheid voldoende krachtig kan worden uitgeoefend. Interventiemogelijkheden voor de toezichthouder en minister zijn noodzakelijk, zouden volgens de commissies moeten worden aangescherpt en zouden nadrukkelijk ook meer het handelen van het bestuur moeten kunnen betreffen. Zo beveelt de commissie naar aanleiding van de situatie bij Amarantis aan dat de minister de voorzitter van de raad van toezicht moet kunnen schorsen en dat de drempel voor de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister moet worden verlaagd.

Nolen stelt de vraag of niet te zeer privaatrechtelijke instrumenten voor een publiek en maatschappelijk doel worden ingezet en of de twee vormen van instrumenten niet te veel door elkaar zullen lopen. Daarover twee opmerkingen. Er is sprake van privaatrech-

8 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27783, nr. 3, blz. 19.

telijke instellingen. Daar hoort in de eerste plaats een zeker 'basisinstrumentarium' bij, op basis waarvan de civiele rechter bijvoorbeeld op verzoek van belanghebbenden in schorsing en ontslag van bestuurders kan voorzien. Ik zie geen bezwaar voor de overheid om van dit basisinstrumentarium gebruik te maken als aan de daarvoor geldende eisen wordt voldaan en bijvoorbeeld als belanghebbende om schorsing of ontslag van een bestuurder te verzoeken. Dit basisinstrumentarium is echter niet voldoende. Het gaat bij onderwijsinstellingen in de tweede plaats om privaatrechtelijke rechtspersonen met een bijzondere maatschappelijke rol. Zij opereren binnen een bijzonder bestel en worden uit de algemene middelen bekostigd. De overheid is verantwoordelijk voor toezicht op een doelmatige en rechtmatige besteding van die algemene middelen. De overheid heeft voorts voor (de kwaliteit van) het onderwijs een bijzondere zorg en verantwoordelijkheid. De middelen voor toezicht en handhaving moeten zodanig zijn dat de overheid aan die verantwoordelijkheid invulling kan geven.

Veel toezichthouders in andere sectoren konden al lang beschikken over handhavingsmogelijkheden als lasten onder dwangsom en het opleggen van bestuurlijke boetes. Ook werd toezichthouders geregeld de mogelijkheid gegeven in het handelen van het bestuur in te grijpen, bijvoorbeeld door middel van het geven van een (bindende) aanwijzing, maar ook directer ingrijpen in het bestuur komt voor. De Woningwet geeft de minister bijvoorbeeld de bevoegdheid om de (civiele) rechtbank te verzoeken een woningcorporatie onder bewind te stellen en een bewindvoerder te benoemen. De bewindvoerder oefent vervolgens bij uitsluiting alle bevoegdheden van de organen van de corporatie uit (zie artikel 70c e.v. Woningwet). In het onderwijsbestel moest men het lange tijd doen met de mogelijkheid van de minister om bekostiging op te schorten of in te houden.

De mogelijkheden voor de minister en Inspectie zijn onder meer met de Wet goed onderwijs, goed bestuur uitgebreid.⁹ Een nieuw wetsvoorstel in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen is in internetconsultatie gebracht.¹⁰ Die versterking van zowel het interne als het externe toezicht past bij de aanbevelingen die de verschillende onderzoekscommissie's hebben gedaan. De commissie die onderzoek naar Amarantis heeft gedaan, pleit zelfs voor een verruiming van de mogelijkheden om in het bestuur van de instelling in te grijpen.

Is die verruiming ook nodig voor kleinere schoolbesturen? Of is uitsluitend sprake van 'incidenten' die voor lief genomen zouden moeten worden? Amarantis was mogelijk bijzonder in schaal en complexiteit van de structuur. De aanbevelingen van de onderzoekscommissie tot verruiming van het toezicht zijn echter nadrukkelijk algemeen gesteld. Veel instellingen in het onderwijs hebben inmiddels een omvangrijke schaal

9 *Kamerstukken II*, 31828 en Staatsblad 2010, 80 (Wet van 4 februari 2010 tot wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs, de Wet medezeggenschap op scholen en de Leerplichtwet 1969 in verband met de invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, alsmede een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van het intern toezicht).

10 Voorstel van Wet houdende wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen.

bereikt, en hebben een belangrijke rol in de onderwijsvoorziening in een bepaalde regio. Het zal vaak niet eenvoudig zijn om die rol door anderen te laten overnemen. Het zodanig inrichten van het intern toezicht dat bij dergelijke instellingen problemen die daadwerkelijk de kwaliteit van het onderwijs bedreigen het hoofd kan worden geboden, is nog niet zo gemakkelijk. Maar ook voor kleinere instellingen geldt dat het nog niet zo eenvoudig hoeft te zijn om intern toezicht zo in te vullen dat problemen worden voorkomen. Extern, publiekrechtelijk toezicht zal ook in die gevallen het sluitstuk vormen.

De inzet van maatregelen dient vanzelfsprekend proportioneel te zijn. Daarbij zal ook in het oog moeten worden gehouden dat een schoolbestuur de gelegenheid krijgt zinvol haar kant van het verhaal te doen, en haar eigen verantwoordelijkheid te nemen. De keerzijde van het bieden van ruimte daarvoor aan schoolbesturen is wel dat daarmee meer tijd gemoeid kan zijn. Hoe meer stappen worden gezet, hoe meer het geduld met het schoolbestuur wordt bewaard en hoe meer de situatie wordt aangezien, hoe langer het ook kan duren voordat een verbetering kan worden afgedwongen. Daarmee kan snel een belangrijk deel van de schoolloopbaan van leerlingen gemoeid zijn.

Vrijheid van onderwijs en recht op onderwijs

Voorstellen om toezicht door de minister en de Inspectie van het Onderwijs te versterken, leiden haast onvermijdelijk tot de vraag hoe zich dat tot de vrijheid van onderwijs verhoudt. De commissie die onderzoek heeft gedaan naar Amarantis heeft uitdrukkelijk de vraag opgeworpen of de vrijheid van schoolbesturen in sommige gevallen niet te ruim bemeten is en of niet meer voorwaarden aan de kwaliteit van bestuurders en toezichthouders in het onderwijs mogen worden gesteld. Ook Barkhuysen & Claessens constateren eerst dat de grenzen van artikel 23 Grondwet worden opgerekt en stellen in hun preadvies vervolgens de vraag of artikel 23 Grondwet voor de huidige tijd niet te strikt van opzet is (zie paragraaf 16.3 van hun preadvies).

Wie doorbladert naar het slot van deze bundel, naar het verslag van het NVOR-symposium in 2013, zal zien dat die vraag vorig jaar door Theo Storimans in een andere context ook is gesteld. In het kader van de leerplicht verzette Storimans zich tegen de nadruk die steeds op de vrijheid van onderwijs werd gelegd. Het was volgens hem tijd de nadruk te leggen op het belang van het kind en het recht van het kind op (goed) onderwijs. In artikel 2 Eerste Protocol EVRM wordt het recht op onderwijs ook voorop gesteld en wordt bepaald de ruimte aan de overheid geboden om dat recht door middel van toezicht te verzekeren.

Afsluiting

De mooie preadviezen kiezen elk eigen invalshoeken van waaruit naar de interventiemogelijkheden jegens onderwijsinstellingen kan worden gekeken. Een combinatie van intern toezicht – binnen de onderwijsinstelling en door de direct betrokkenen zoals leerlingen en ouders – en extern toezicht door de minister en Inspectie van het Onderwijs is nodig. Bij de maatschappelijke rol van onderwijsinstellingen en de verantwoorde-

lijkheid van de overheid past de vraag naar de balans tussen vrijheid van onderwijs en autonomie van instellingen enerzijds maar uitdrukkelijk ook de zorg voor een rechtmatige en doelmatige besteding van de algemene middelen en de kwaliteit van het onderwijs anderzijds. Die zorg zal soms tot voortvarende maatregelen nopen, en vergt steeds een goede inrichting van het interne én externe toezicht. Als de inrichting van het toezicht wordt gezien, mag de invalshoek of het toezicht ook adequaat is als zaken uit de hand dreigen te lopen, dan ook niet ontbreken.



De autonomie voorbij?

mv. dr. R. van Schoonhoven

Tot welk punt van belading blijft een vlot in het water nog drijven? Wanneer wordt een steigerconstructie net een laag te hoog waardoor zij omvalt? Welke druppel veroorzaakt het overlopen van de emmer? Deze vragen komen boven bij het bestuderen van de zeer gedegen preadviezen van Barkhuysen & Claessens en Nolen. De gedetailleerdheid waarmee zij de toenemende mate van overheidssturing op schoolbesturen en op ons onderwijsbestel beschrijven, roept de vraag op wanneer het genoeg is, wanneer deze sturing dermate van karakter wordt dat deze de grens overschrijdt, namelijk die tussen verantwoordelijkheid van de overheid op het niveau van het stelsel en de verantwoordelijkheid van schoolbesturen voor hun eigen school.

Voor een nadere reflectie op die vraag wil ik eerst kort de achtergrond beschrijven van waaruit de toenemende spanning ontstaat. Deze kan geduid worden aan de hand van drie domeinen of invloedsferen: die van de overheidsbemoeienis met interne schoolbestuurlijke aangelegenheden (private governance), met aangelegenheden die betrekking hebben op de kwaliteit van de beroepsbeoefenaren (professionals governance) en vervolgens de doorwerking daarvan op de relatie tussen overheid en schoolbesturen als zodanig (public governance). Vervolgens is de vraag hoe de opkomst van spanning tussen deze domeinen zich laat verklaren en wat dit alles betekent voor de nabije toekomst. Bij die punten sta ik aan het einde van dit co-referaat kort stil.

1. Wat vooraf ging

Een belangrijk kenmerk van ons onderwijsbestel is dat onze scholen geen directe uitvoeringsorganisaties van het ministerie van OCW zijn; de schoolbesturen die over deze scholen gaan, beschikken over een eigen rechtspersoonlijkheid. We weten allemaal wel hoe dat zo is gekomen, dus ik zal daar niet lang over uitweiden. Van belang voor de discussie over beide preadviezen is wel aan te geven dat met dat kenmerk inherent ook sprake is van een relatie tussen het departement en die schoolbesturen, een relatie waarbinnen posities van macht en gezag door de tijd heen kunnen veranderen.

In de jaren zeventig en tachtig, een tijd waarin we nog geloofden in vooruitgang en maakbaarheid van de samenleving, kenden we van overheidswege een constructieve onderwijspolitiek. De overheid probeerde via redelijk gedetailleerde voorschriften aan schoolbesturen duidelijk te maken hoe het onderwijs er uit moest zien. Deze politiek liep aan het einde van de jaren tachtig in toenemende mate vast, onder meer vanwege krappe overheidsfinanciën maar ook vanwege een grote mate van regeldichtheid. Schoolbesturen wilden meer vrijheid, meer autonomie en minder overheidsbemoeienis. In de sliptstream van grote, rijksbrede operaties als Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit, werd daarom ook in het onderwijs gekozen voor een overheid-op-

afstand. Op basis van afspraken tussen OCW en (koepels van) onderwijsorganisaties, ook wel bekend als het Schevenings Beraad, werden in de loop van de jaren negentig zaken doorgevoerd als het formatiebudgetsysteem, de lumpsum, decentraler arbeidsvoorwaardenvorming. Om dit schoolorganisatorisch op te kunnen vangen, werd schaalvergroting gestimuleerd en werd in 1996 een nieuwe bestuursvorm voor het openbaar onderwijs geïntroduceerd. Schoolbesturen kwamen kortom meer en meer in beeld als dé dragers van het onderwijsbeleid.

Dat ging nog redelijk goed tot enkele jaren na de eeuwwisseling. Vanaf dat moment werd politiek Den Haag toch wat onrustig. Want waren de schoolbesturen niet dermate stevig in het zadel geholpen dat het ministerie van OCW er feitelijk niet meer over ging? Wat was eigenlijk nog aan de minister als het de sturing in het onderwijs betrof? Het zijn deze geluiden die de aanzet gaven tot de Beleidsnotitie Governance, die in 2005 het licht zag.¹

In de notitie wordt gemarkeerd dat het goed is dat schoolbesturen in toenemende mate beschikken over beleidsruimte. Het schoolbestuur is immers aan zet als het gaat om onderwijskwaliteit, daar ligt het zwaartepunt. Van belang is wel dat er sprake is van goed toezicht op dat schoolbestuur, dus moeten er intern toezichthouders zijn. Deze toezichthouders kunnen het bestuur aanspreken op de gang van zaken en op de gerealiseerde kwaliteit. Deze rol is er overigens ook voor stakeholders: personeel, ouders en leerlingen. Hun positie wordt versterkt in termen van recht op informatie, klachtrecht en medezeggenschap. Bezien als geheel moet dit voldoende checks and balances opleveren waarmee het schoolbestuur op koers kan blijven. Tegelijkertijd beschikt de overheid over een stelselverantwoordelijkheid en staat dus op enige afstand. Daarbij past een rol als extern toezichthouder, een rol die is belegd bij de Inspectie van het Onderwijs.

In feite staat deze visie op de relatie overheid–schoolbesturen, in de kern van de zaak, nog steeds overeind. Ondanks de opzienbarende conclusies van een commissie-Dijsselbloem – waarover de Onderwijsraad onlangs opmerkte dat deze per saldo het onderwijsbeleid niet of nauwelijks hebben beïnvloed² – en de Werdegang van een schoolbestuur als Amarantis, is er nog geen bewindspersoon, hogere ambtenaar of voorzitter van een sectorraad geweest die sinds 2005 vraagtekens heeft gesteld bij de inhoudelijke juistheid van de sturingsfilosofie zoals neergelegd in die notitie. Men houdt dus voet bij stuk, ook omdat niemand zegt dat het feitelijk toch wel iets anders in elkaar steekt.

2. Drie domeinen van governance

Tot het lezen van de preadviezen. Want daaruit rijst een geheel ander beeld op, namelijk dat de overheid veel meer aan het stuur zit dan de governance-filosofie uit 2005 doet vermoeden.

1 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 183, nr. 1.

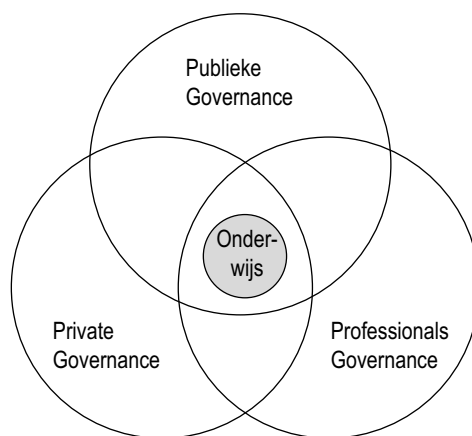
2 Onderwijsraad, *Onderwijspolitiek na de commissie-Dijsselbloem*. Den Haag: Onderwijsraad 2014.

We kunnen dit punt meer verduidelijken aan de hand van de indeling van governance-domeinen van De Vijlder & Klarus.³ Zij geven aan dat scholen doorgaans met drie soorten governance-vraagstukken te maken hebben. Ten eerste is er het interne schoolbestuurlijke reilen en zeilen, oftewel de private governance, waaronder bijvoorbeeld zaken vallen als de verhouding tussen bestuur en toezicht, de inrichting van medezeggenschap maar ook aardse zaken als managementovereenkomsten, interne prestatieafspraken met schoolleiders en het hanteren van de juiste brin-vestigingsnummers en school- en locatiebenamingen.

Ten tweede is er het domein van de leraar, de professional, en de wijze waarop hij zelf – samen met collega's – inhoudelijke sturing geeft aan het onderwijs. Dit domein kan worden aangeduid als de professionals governance. In het Nederlandse onderwijs is deze factor helaas niet heel erg sterk ontwikkeld, in die zin dat de leraar als individu misschien nog wel aan de nodige kwaliteitszorg doet, maar dat dat niet of te weinig gebeurt tussen collega's en vakgenoten onderling. Mede daardoor betreedt de schoolleiding en het schoolbestuur te vaak de 'contested area' van de professionele autonomie van de leraar in de school, hetgeen in veel scholen bijna dagelijks leidt tot spanningen.

Ten derde is er de al eerder aangehaalde relatie tussen de schoolbesturen en het ministerie van OCW, oftewel de public governance. Deze relatie staat anno 2014 voornamelijk in het teken van bekostiging en wet- en regelgeving.

In figuur 2.1 zijn de drie domeinen schematisch afgebeeld.



Figuur 2.1: drie governance-perspectieven (De Vijlder & Klarus, 2010)

Scholen bevinden zich op of in het snijvlak van deze drie domeinen: ze hebben hun eigen zaken te regelen, waarbij aan professionals een belangrijke plaats toekomt, en moeten zich daarbij ook verhouden tot een overheid. Bezien door deze perspectieven, en met de preadviezen van Barkhuysen & Claessens en Nolen in het achterhoofd, zien we anno 2014 het volgende gebeuren.

3 F. de Vijlder & R. Klarus (red.), *Wat is goed onderwijs? Bestuur en regelgeving*. Meppel: Boom 2010.

3. Toenemende bemoeienis met private governance

In beide preadviezen is systematisch en helder beschreven op welke wijze de overheid anno 2014 via de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke lijn stuurt op de inrichting van ons onderwijs. In het stuk van Nolen komt naar voren hoe gedetailleerd deze sturing, vooral ook op het schoolbestuurlijk intern functioneren, feitelijk is en dat deze in toenemende mate een instrumenteel karakter draagt. Barkhuysen en Claessens betogen voorts dat publiekrechtelijke sturingsinstrumenten elkaar steeds sneller opvolgen en van 'voornamelijk eenzijdig' veranderen in 'tweezijdige prestatieafspraken'. Tezamen genomen hoeft het verder op basis van deze stukken geen nader betoog dat de sturing van overheidszijde op de schoolbestuurlijke en organisatorische inrichting van ons onderwijs in de afgelopen tien jaar is toegenomen.

Daar blijft het echter niet toe beperkt. De bemoeienis van de overheid met de private governance van scholen houdt immers niet op met voorschriften rond de bestuurlijke en schoolorganisatorische inrichting. Ook onderwijsinhoudelijk pakt Den Haag de laatste jaren flink uit met voorschriften.

Soms is dat 'uitpakken' niet geheel zonder grond, als we die grond tenminste afpellen naar een incidentele oorzaak. Zoals het geval was rond de zeer zwakke onderwijskwaliteit van enkele islamitische schoolbesturen, één in Rotterdam (Ibn Ghaldoun) en één in Amsterdam (As Siddieq). In het geval van het ene bestuur liep de wethouder in kwestie een berisping op van een rechter omdat hij ouders schriftelijk had opgeroepen hun kinderen van deze school te halen. Bij het andere bestuur werd uiteindelijk de staatssecretaris zelf teruggefloten door de Raad van State, nadat wat al te dрист was gehandeld en een deel van de bekostiging was teruggevorderd. Naar aanleiding van onder meer deze incidenten werd vervolgens het wetsvoorstel Goed onderwijs, goed bestuur voorzien van de nodige 'normen' ten aanzien van basiskwaliteit.

Sindsdien kennen we bijvoorbeeld de norm dat in het voortgezet onderwijs het gemiddeld cijfer van het centraal examen niet te zeer mag afwijken van dat van het schoolexamen. En u weet ook hoe sommige scholen hiermee omgaan: niet de cijfers van het centraal examen gaan omhoog, zoals was bedoeld, maar de cijfers van het schoolexamen gaan omlaag. Tussen school- en teamleiders wordt dit onderling in de scholen – overigens vrij openlijk – benoemd als 'fixen'. 'Heb jij je cijfers al gefixt?'. Helaas zien we bij dit voorbeeld van toenemende overheidssturing dat het middel (generieke, kwantitatieve normen ten aanzien van onderwijskwaliteit) niet altijd lijkt aan te sluiten bij de kwaal (enkele zeer zwakke scholen in Amsterdam en Rotterdam die zich helaas weinig gelegen laten liggen aan een wethouder of bewindspersoon).

Desondanks, het effect van dit type rendementsnormen is er onmiskenbaar. Dat geldt ook voor een ander, daarmee samenhangend voorbeeld, namelijk de referentieniveaus taal en rekenen. Met deze niveaus wordt een programmeringseis opgelegd aan de scholen, maar daartoe blijft het niet beperkt want er komen in het geval van het voortgezet onderwijs en mbo uiteraard ook verplichte rekentoetsen en zak-/slaagbeslissingen achter

vandaan. Vooral de invoering van het rekenonderwijs ervaren veel scholen in het voortgezet onderwijs en mbo als problematisch, omdat dit in tegenstelling tot Nederlandse taal een nieuw element vormt in de 'lessentabel' van deze scholen en opleidingen en we in ons stelsel het fenomeen van 'de rekendocent' (nog) niet kennen. In veel scholen levert de aanstaande definitieve invoering van de rekentoetsen dan ook veel hoofdbrekens op.

We kunnen de rij van sturing op onderwijsinhoud nog verder aanvullen, met name waar het het mbo betreft, maar dat voert in het kader van dit co-referaat wellicht te ver. De toename is overigens ook zeer helder beschreven in het advies van de Onderwijsraad uit 2013, *Een smalle kijk op onderwijskwaliteit*.⁴ Daarin betoogt de raad dat het accent de laatste tijd te eenzijdig ligt op, kwantificeerbare, meetbare prestaties van leerlingen en scholen en dat daardoor andere wezenskenmerken van onderwijs onderbelicht en ondergewaardeerd blijven (Onderwijsraad, 2013). De raad voegt daaraan toe dat de bestuurlijke verhoudingen in dit opzicht enigszins uit balans zijn.

Kortom, we zien een toenemende mate van overheidssturing op de private governance van schoolbesturen, niet alleen als het gaat over bestuurlijke en organisatorische zaken, maar zeer zeker ook als het gaat om onderwijsinhoud.

4. Sturing op professionals governance komt terug

Dan de professionals: de leraren en docenten. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat naarmate zij meer aan zet zijn, sturing geven aan hun eigen kwaliteit, dat dan de bemoeienis van hun leidinggevendenden met hun werk én vervolgens de bemoeienis van een overheid met de scholen kan afnemen. Tegen de achtergrond van dat eenvoudige beginsel heeft eind jaren negentig de idee postgevat dat een gedetailleerde regeling van onderwijsbevoegdheden niet meer nodig zou zijn. Want desbetreffend Besluit leverde in veel scholen onhandige ballast op als het ging om de inzetbaarheid van onderwijzend personeel. Iemand die bevoegd was voor Wiskunde kon ondanks een terugloop in beschikbare lesuren niet worden ingezet voor Engels of Maatschappijleer. Dit was naar verluidt destijds een van de oorzaken van toenemende wachtgeldkosten. Gecombineerd leverde dit alles het basisstramien op voor de Wet beroepen in het onderwijs (Wet BIO), die uiteindelijk in 2006 werd ingevoerd. Met deze wet kwam er een eind aan het bevoegdhedenbesluit en veranderde de terminologie in de onderwijswetten van 'bevoegd' in 'bekwaam'. Besturen moesten leraren en docenten aannemen die aan de bekwaamheidseisen voldeden. De professionals zouden vervolgens zelf hun bekwaamheid gaan onderhouden en dat onderhoud gaan noteren in een lerarenregister. De overheid zou dat laatste overigens niet gaan opleggen; verondersteld werd dat de beroepsgroep dit register langs de lijn van zelfregulering zelf zou instellen. De Wet BIO stimuleerde die zelfregulering overigens ook, door de aanzet te geven tot een Stichting Beroepskwaliteit Leraren (SBL) die aan het roer moest gaan staan van de beroepsgroep leraren en op landelijk niveau de spreekbuis moest worden als het ging om vraagstukken van beroepskwaliteit.

4 Onderwijsraad, *Een smalle kijk op onderwijskwaliteit. Stand van educatief Nederland 2013*. Den Haag: Onderwijsraad 2013.

De commissie-Rinnooy Kan die in 2007 met het rapport *LeerKracht!* adviseerde over verbetering van het imago van leraren, signaleerde dat dat register er helaas nog steeds niet was.⁵ En dat het toch wel zaak was dat het er zo snel mogelijk zou komen. De commissie formuleerde dan ook vrij scherp dat de SBL niet optimaal functioneerde en omgevormd moest worden tot een duidelijke beroepsgroep, die ook de drager kon zijn van het lerarenregister. Deze omvorming kwam vervolgens in 2009 tot stand, inhoudende dat de SBL werd omgezet in de Onderwijscoöperatie. Via stapsgewijze, deels vakgerelateerde initiatieven, bouwde deze coöperatie aan een vrijwillig lerarenregister, dat uiteindelijk in 2012 werd opengesteld.

Maar helaas: de aanmeldingen voor dit register blijven fors achter bij de verwachting. Nog geen tien procent van alle onderwijsgegenden staat er op dit moment in. In de tussentijd is men in politiek Den Haag in toenemende mate ongeduldig. Het departement – en volgens diverse geluiden ook de Inspectie – is namelijk onder de vlag van zelfregulering enigszins het zicht kwijtgeraakt op de mate waarin besturen en professionals zich houden aan de voorschriften rond bekwaamheidseisen en bekwaamheidsonderhoud. Tegen deze achtergrond heeft staatssecretaris Dekker dan ook onlangs met de onderwijsorganisaties afgesproken dat er in 2017 een verplicht lerarenregister komt, waarin alle leraren zijn opgenomen. Het desbetreffende wetsvoorstel gaat waarschijnlijk in de tweede helft van 2015 naar de Kamer. De consequentie van dit voorstel zal zijn dat inzichtelijker zal worden welke leraren en docenten wel en welke nog niet aan de bekwaamheidseisen voldoen. Voor besturen betekent dit dat zij de komende tijd met gezwinde spoed zullen nagaan hoe het op dit punt in de eigen organisatie is gesteld, vooral ook omdat de gegevens over hun leraren – wie wel aan de eisen voldoet en wie niet – waarschijnlijk openbaar gemaakt gaan worden.

Als het om de professionals governance, en meer specifiek: het voldoen aan de bekwaamheidseisen, gaat, heeft de overheid kortom zeker tien, twintig jaar enigszins aan de zijlijn gestaan. Op basis van een afspraak dat de professionals zelf, dan wel hun besturen, dit zouden oppakken en reguleren. Nu die zelfregulering uitblijft, komt Den Haag alsnog met regels. Niet meer via een bevoegdheidsbesluit, maar wel met een instrument dat onder meer geënt is op de sturende werking van het openbaar maken van gegevens over de bekwaamheid van het personeel.

5. ‘Dood tij’ wat betreft public governance

En dan het derde element: de relatie tussen schoolbesturen en de overheid, hoe is het daarmee gesteld? De optelsom van beide luiken, de private en de professionals governance, levert het beeld op dat OCW in 2014 de scholen flink in de tang heeft. Als een walnoot zitten de besturen en de professionals in tussen de krakers van nadere voorschriften en richtlijnen. Wat is daarbinnen eigenlijk nog het restant aan ‘eigen keuze’? Waarop kan men zelf nog sturen, zonder overheidsbemoeienis? Na het voorgaande moet

5 Commissie Leraren, *LeerKracht!* Den Haag: Commissie Leraren 2007.

de constatering bijna wel zijn dat dat vrije domein in de huidige constellatie tamelijk beperkt is.

Wie echter de recente sectorakkoorden voor het po, vo en mbo leest, krijgt die indruk niet. In die zin dat het in deze akkoorden niet gaat over de verhouding OCW–schoolbesturen, maar veeleer over de (onderwijsinhoudelijke) prestaties die de besturen gaan leveren in ruil voor de bekostiging van het rijk. In feite duiken we daarmee nóg verder in het recept van detaillering van voorschriften waaraan scholen worden geacht te voldoen. Daarmee is overigens niet direct gezegd dat de afspraken in de akkoorden ‘verkeerd’ zouden zijn. Wel dat het enigszins opmerkelijk is dat in de akkoorden de sturingsrelatie als zodanig niet aan de orde is.

De inhoud van de sectorakkoorden doet denken aan een toneelvoorstelling die iedereen omwille van de lieve vrede zegt prachtig te vinden, terwijl men thuis in eigen huis zo zijn eigen reactie ventileert.⁶ Daarmee worden de pracht en praal, het aangename samenzijn en vooral ook de gevoelens van de vertolker op het toneel geen geweld aangedaan, terwijl men tegelijkertijd wel de handen vrijhoudt om er in het dagelijks leven een geheel eigen en vooral ook tegengestelde, interpretatie aan te geven. Anders gezegd: het zou wel eens zo kunnen zijn dat het vervalt in een collectief stilzwijgen over de bestuurlijke verhoudingen om polarisatie te voorkomen. Zeker als er geen zicht is op een uitkomst waarmee allen kunnen leven én als er met het stilzwijgen ook nog eens financiële middelen zijn gemoeid, zoals bij de desbetreffende sectorakkoorden het geval was.

6. Autonomie voorbij?

Al met al lijken we daarmee op een kantelpunt te staan. We zien nog dat het vlot van de governance–filosofie blijft drijven, maar voor hoe lang nog? Want de druk op het onderwijs om te presteren volgens door de politiek bepaalde normen neemt toe, terwijl tegelijkertijd de manoeuvreerruimte voor scholen afneemt.

Het Nederlandse onderwijs staat in deze ontwikkeling overigens niet alleen. Ook internationaal wordt de tendens van toenemende prestatiegedrevenheid van nationale overheden in de richting van het onderwijs signaleerd. Meyer en Benavot verklaren dit vanuit een economisch motief: in onze westerse samenlevingen zijn er weinig mogelijkheden meer om uit het arbeidsbestel een nóg hogere productiviteit te halen, tenzij dat gebeurt via het onderwijsbestel.⁷ Een nog efficiënter en op de arbeidsmarkt gericht onderwijsstelsel leidt tot een nog beter toegeruste beroepsbevolking en daarmee tot garantie op behoud van de economische positie van een land in de wereldeconomie. Logischerwijze komt daarmee het onderwijs – zo stellen zij althans – meer en meer in

6 B. Hoogenboom, ‘De dramaturgie van corporate governance’, in: M. Pheijffer & F. van Eenennaam, *Commissaris van nu. Gevaarlijke gedachten voor commissarissen*, Assen: Van Gorcum 2009, p. 37–55.

7 H.D. Meyer & A. Benavot (red.), *PISA, power and policy: the emergence of global educational governance*. Oxford: Symposium Books 2013.

het teken te staan van economische marktgerichtheid. Het vanuit een nationale overheid werken met instrumenten als horizontale verantwoording, benchmarks en – last but not least – prestatieafspraken sluit daarbij naadloos aan.

Misschien is de omstandigheid dat dezelfde ontwikkeling in de landen om ons heen óók gaande is, voor veel mensen een reden om maar geen stenen in de vijvers te gaan gooien. Als het elders ook speelt, dan wijken we immers niet af en zal de ontwikkeling die we meemaken wel passen in het plaatje. Bovendien: een béter opgeleide beroepsbevolking, wie wil dat nu niet?

Een andere verklaringsgrond hiervoor zou kunnen zijn dat er in de dagelijkse onderwijspraktijk ook wel enige behoefte is aan kaders en leidraden. Want misschien erkent men ook wel dat professionals en schoolbesturen ieder voor zich aan kwaliteitszorg doen, maar dat dat in onderlinge contacten en samenwerkingsrelaties nog best een lastig onderwerp is. Zoals bijvoorbeeld ook uit het onderzoek van de commissie-Amarantis naar de ondergang van het gelijknamige schoolbestuur bleek: veel collega's en wethouders in de omgeving van dit bestuur wisten heel goed dat deze organisatie een enorm probleem had en dat zelf niet meer kon oplossen; daar werd onderling geen geheim van gemaakt. Alleen ondernam men met elkaar in de richting van dit bestuur geen stappen om te waarschuwen, te helpen. Want het was hun zaak niet, zij gingen er niet over.⁸

Nu was Amarantis een extreme casus wellicht, maar collega's aanspreken op achterblijvende kwaliteit, op basis van een eigen visie op goed onderwijs, is in het onderwijs nu eenmaal geen gemeengoed. Liever nog een blokje om dan een pijnlijk en mogelijk ook juridisch conflict met een collega. Misschien is daardoor in de afgelopen twintig jaar 'autonomie' ook wel eens opgevat als 'vrijblijvendheid' en is de gezamenlijke zorg voor kwaliteit in de dode hoek blijven hangen. In dat geval is het niet geheel onterecht dat politiek Den Haag in toenemende mate komt met voorschriften die raken aan wat volgens die politiek goed onderwijs en goed bestuur is.

Kortom, het officiële governancevertoog staat als zodanig nog steeds, redelijk onbetwist, overeind, maar tegelijkertijd zien we ook dat een discrepantie ontstaat met datgene wat vanuit het Haagse aan scholen wordt gevraagd. De situatie kantelt echter (nog) niet. In termen van de wetenschapsfilosoof Kuhn: blijkbaar zijn er in het hier en nu nog te weinig anomalieën om de staande theorie omver te werpen en te vervangen door een nieuw perspectief; er is nog geen impuls voor een 'paradigmashift'.⁹

Het is op dit moment dan ook helaas niet te zeggen wanneer die wisseling van de wacht komt, wanneer welke druppel in de emmer valt waardoor deze overstroomt. Maar het lijkt niet onaannemelijk dat dit binnen afzienbare termijn toch gaat gebeuren. Bijvoorbeeld door het recent wederom afgestofte initiatief wetsvoorstel Hamer c.s., nu

8 Commissie Onderzoek financiële problematiek Amarantis, *Autonomie verplicht. Rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis*. Den Haag: Commissie Amarantis 2012.

9 T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press 1962.

omgedoopt tot initiatief wetsvoorstel Ypma c.s., dat beoogt te komen tot een generiek toelatingsrecht voor leerlingen.¹⁰

De kernvraag is kortom: worden schoolbesturen uitvoeringsorganisaties van datgene wat Den Haag bedenkt en goed vindt? Of zijn schoolbesturen nog steeds ook organisaties met een eigen richting, een eigen identiteit en koers. Organisatie die een keuze hebben, óók de keuze om in beginsel af te zien van overheidsbekostiging omdat 'het gewoon te ver gaat'. Of, op dat principiële punt aangekomen, prevaleren dan uiteindelijk toch de institutionele belangen en hoopt men dat de regelzucht overwaait?

Hoe dan ook lijkt het raadzaam dat schoolbesturen de komende tijd vooral vasthouden aan eigen koers, aan een visie op onderwijs die stáát en dat zij zorgen voor een onderwijsinhoudelijke kwaliteit die op orde is. Niet alleen in de ogen van de schoolleider en intern toezichthouder, maar ook in die van het personeel, ouders en partners in de omgeving. Sta sterk in je schoenen, dan kun je de komende tijd met meer recht spreken over het belang van het behoud van in ieder geval een stukje schoolbestuurlijke autonomie in het onderwijs.

10 *Kamerstukken II* 2014/15, 30417, nr. 10.



Over de auteurs

(prof. mr.) Tom Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden (Instituut Publiekrecht) en advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam.

(mr.) Jannetje Bootsma is als advocaat werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn N.V. en lid van het bestuur van de NVOR.

(mr.) Machteld Claessens is als advocaat werkzaam bij Stibbe te Amsterdam.

(mr.) Martijn Nolen is als advocaat en onderwijsjurist werkzaam bij Van Doorne N.V. te Amsterdam en doet tevens onderzoek aan de Vrije Universiteit, Faculteit Rechtsgeleerdheid, naar de juridische positie van de bestuurder.

(dr.) Renée van Schoonhoven is werkzaam als zelfstandig onderzoeker en adviseur, waarbij zij zich met name richt op vraagstukken van beleid, beheer en bestuur in het beroepsonderwijs. Zij is tevens verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit.



Verslag Symposium NVOR 2013

Krimp in het onderwijs

mr. Jannetje Bootsma

Het NVOR symposium 2013 richtte zich op 'Krimp in het onderwijs'. De insteek van het symposium was om dat onderwerp vanuit verschillende onderwijsrechtelijke en praktische hoeken te benaderen. De onderwijsrechtelijke kant is door drie preadviseurs belicht. Samen bestreken zij het terrein van artikel 23 Grondwet (Stefan Philipsen), van de leerplicht en het recht op onderwijs (Theo Storimans) tot de juridische en praktische uitdagingen waar een schoolbestuur bij krimp in het onderwijs voor kan komen te staan (Nicole Niessen). Deze juridische kant van het verhaal werd gecomplementeerd door verhalen vanaf andere terreinen en uit de praktijk, van een uiteenzetting en inkijk in de demografische ontwikkelingen die voor het onderwijs van belang zijn (Ilse Bakker), naar een beschrijving van hoe in de praktijk met krimp in Zeeuws-Vlaanderen is omgegaan (van Gerard Langerart en Ronny van den Broecke) tot experimenten ten aanzien van krimp (Hans van Willegen). Theo Storimans verzorgde de aftrap, met een toelichting op zijn deel van het preadvies.

Krimp, de lakmoesproef van het recht op onderwijs en het onderwijsrecht, Theo Storimans

Het bestuur van de NVOR wil jonge onderzoekers de ruimte geven. Theo Storimans is heel blij dat daarbij aan hem is gedacht. Hij hoopt veel jeugdige gedachten aan de vergadering voor te leggen.

De vraag is hoe krimp zich verhoudt tot de plicht van ouders om hun kind naar school te sturen. Moet je ook aan die plicht voldoen als er minder of zelfs geen scholen in de buurt zijn? Dit onderwerp was in 1898/1899 al een thema bij de totstandkoming van de Leerplichtwet. Theo Storimans is in zijn preadvies nagegaan of in de Leerplichtwet bepalingen zijn opgenomen die betrekking hebben op de situatie dat er geen school in de buurt is. In de oorspronkelijke Leerplichtwet stond, anders dan nu, een duidelijke bepaling. Er gold geen leerplicht als binnen een afstand van vier kilometer geen school was waar het kind kon worden geplaatst. Deze regeling is in de Leerplichtwet 1969 komen te vervallen. Als zich echt probleemgevallen voordeden, moest de overheid maar leerlingenvervoer regelen, zo was de gedachte. Wat resteert in de wet zijn bepalingen ten aanzien van vrijstellingen, bijvoorbeeld als ouders vanwege richtingbezwaren geen geschikte school in de buurt kunnen vinden. Dit heeft ertoe geleid dat kinderen vanwege een beroep op uiteenlopende richtingen van het bezoeken van een school zijn vrijgesteld. De knelpunten van deze regeling laten zich onder meer voelen als een school wordt opgeheven. Storimans denkt bijvoorbeeld aan de sluiting van de islamitische school in Amsterdam of Rotterdam of de Evangelische school in Rotterdam. Toen die scholen gesloten dreigden te worden, dreigden als gevolg daarvan ook gelijk aanzienlijke aantallen kinderen slechts thuis onderwijs te krijgen. Storimans signaleert voorts

dat ouders in sommige gevallen via afstandsonderwijs dat door een school in het buitenland wordt aangeboden, aan de leerplicht proberen te ontkomen. In enkele gevallen is die route door de kantonrechter geaccepteerd.

Wat Storimans betreft legt dit alles fundamentele gebreken in de Leerplichtwet bloot: 'De wet laat het afweten in de gevallen waarin kinderen de wet juist nodig hebben.' Het doel zou moeten zijn dat kinderen hun recht op onderwijs kunnen realiseren. Dat recht op onderwijs is wel in verdragen neergelegd, maar in de Nederlandse Leerplichtwet zo ingevuld dat op het moment dat het er op aankomt, ouders vrijstelling van de leerplicht kunnen krijgen. Dat is een onjuiste benadering, die ook ten onrechte het belang van het kind niet vooropstelt. De benadering zou moeten zijn: hoe kan worden verzekerd dat een kind toch zijn recht op onderwijs kan verzilveren en op school onderwijs kan genieten, ook al moet hij daar langer voor reizen.

Storimans stelt vast dat men in Nederland niet gewend is om vanuit het kind te denken. In plaats daarvan staat steeds maar weer de vrijheid van onderwijs voorop, en wordt onmiddellijk naar artikel 23 Grondwet verwezen. Daar staat het recht op onderwijs echter niet in, terwijl dat juist de kern zou moeten zijn.

Dat het recht op onderwijs wel in het Eerste Protocol van het EVRM is vastgelegd, helpt onvoldoende. Elk debat in de Tweede Kamer blijft doorspekt met verwijzingen naar artikel 23 Grondwet en de vraag of aan degenen die onderwijs willen geven wel recht wordt gedaan. Storimans pleit ervoor de focus te verleggen, en vanaf nu vanuit het belang van het kind, en zijn recht op onderwijs, te denken. Vanuit die invalshoek dienen de oplossingen ten aanzien van problemen die krimp oplevert, zich vanzelf aan. Het gaat erom in al die gevallen te verzekeren dat kinderen steeds op school onderwijs kunnen blijven krijgen.

Enkele grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs, Stefan Philipsen

Het is Philipsen door Storimans niet gemakkelijk gemaakt. Philipsen: 'Ik wilde ingaan op artikel 23 Grondwet, maar ik heb net begrepen dat het daar niet over mag gaan.' Het is niet anders: het bestuur heeft hem verzocht op de grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs in te gaan.

Er zijn dan heel veel vragen die kunnen worden gesteld. Philipsen licht er twee uit:

- (1) bevat artikel 23 Grondwet een verplichting om pluriformiteit in het onderwijs te garanderen?
- (2) bevat artikel 23 Grondwet een verplichting om te voorzien in leerlingenvervoer?

Het belang van pluriform onderwijs wordt vaak onderkend. Zo is – opvallend genoeg – bij de totstandkoming van de Wet fusietoets steeds benadrukt dat de overheid pluriformiteit van onderwijs moet stimuleren. Fuseren lijkt echter eerder pluriformiteit van onderwijs onder druk te zetten. Wat Philipsen betreft zou er een verplichting moeten

zijn om de bestaande pluriformiteit te behouden. Daarmee bedoelt hij een basale pluriformiteit waarbij er zowel openbaar als bijzonder onderwijs moet worden geboden.

Op zichzelf is het niet zo dat de overheid op grond van artikel 23 Grondwet bijzonder onderwijs moet garanderen. Artikel 23 lid 2 Grondwet biedt in de eerste plaats vrijheid aan degene die onderwijs geeft. Die lezing van de Grondwet is echter wat Philipsen betreft te makkelijk. Het is niet zo dat de overheid helemaal geen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van het bijzonder onderwijs, of de pluriformiteit van onderwijs. Philipsen zet uiteen hoe hij tot die conclusie is gekomen.

Uit artikel 23 lid 1 Grondwet volgt de zorgplicht van de overheid voor het onderwijs. Zo is onder andere onderwijs van een goede kwaliteit een verantwoordelijkheid van de overheid. Maar daarnaast moet uit artikel 23 lid 2 en lid 7 van de Grondwet, die betrekking hebben op het bijzonder onderwijs, ook een verantwoordelijkheid van de overheid voor een (divers) aanbod van onderwijs worden afgeleid. Een doelstelling van de wetgever is dat de overheid ook aan de vraag van ouders naar onderwijs dat bij hun wensen en richting aansluit, tegemoet kan komen. Door de vrijheid van stichting, maar ook door de financiële gelijkstelling. Als alles samen wordt genomen, moet daar wat Philipsen betreft uit worden afgeleid dat de overheid een afgeleide en faciliterende verantwoordelijkheid heeft om de pluriformiteit van onderwijs in elke buurt zo goed mogelijk te beschermen. Dat gaat niet zo ver dat de overheid alle richtingen op elke locatie zou moeten garanderen, of alle pedagogisch verschillende richtingen. De overheid draagt wel de verantwoordelijkheid het bestaande pluriforme aanbod zo goed mogelijk te behouden en waar nodig een aanbod van bijzonder onderwijs te faciliteren.

De vraag is hoe dat concreet zou moeten worden uitgewerkt en welke aanspraken daar concreet aan zouden kunnen worden ontleend. Ook al zal deze pluriformiteit niet in rechte afdwingbaar zijn, het zal wel een oriëntatie in de discussie moeten vormen. Het belang moet een plaats krijgen in politieke afwegingen. Dat betekent dat de overheid de verantwoordelijkheid heeft om op enigerlei wijze het voortbestaan van bijzonder en openbaar onderwijs naast elkaar te faciliteren. Dat belang zal ook in het debat over krimp een rol moeten krijgen. Het debat over krimp moet dus niet alleen gaan over de kwaliteit van onderwijs of over de vraag hoe het onderwijs moet worden bekostigd, maar ook over de mogelijkheden van ouders om voor onderwijs te kiezen dat bij hun overtuigingen past.

Juridische uitdagingen voor krimpbestendig onderwijs, Nicole Niessen

Theo Storimans en Stefan Philipsen hebben twee invalshoeken – het recht van het kind op onderwijs respectievelijk het belang dat ouders gebruik kunnen blijven maken van voldoende pluriform onderwijs – in het debat over krimp ingebracht. Nicole Niessen benadert de krimpproblematiek vanuit de juridisch-praktische hoek. Zij is afkomstig uit de krimpregio Maastricht. Zij werkt daar als advocaat en zij is daar ook ouder van schoolgaande kinderen. Dagelijks wordt zij in haar werk en omgeving met de vragen die krimp oproept, geconfronteerd. Zij neemt de leden van de NVOR daar graag in mee.

Krimp is een actueel thema in Limburg. Niessen haalt als voorbeeld een bericht in dagblad De Limburger aan van 12 augustus 2013: er is sprake van dalende leerlingenaantallen; in grafieken lopen de lijnen steil omlaag. Aan de daling lijkt geen eind te komen. Dat had al gevolgen in het basisonderwijs, maar nu ook in het voortgezet onderwijs. De krimp is begonnen in Oost-Groningen, Zeeland en Limburg, maar wordt nu een landelijke trend waar veel regio's, vooral op het platteland, mee te maken hebben. Schoolbesturen worden te klein en te duur en de kwaliteit van onderwijs wordt kwetsbaar. Schoolbesturen komen dan ook in beweging als de leerlingenaantallen te veel dalen. De vraag is of de onderwijswetgeving schoolbesturen voldoende mogelijkheden biedt om met de gevolgen van krimp om te gaan.

Niessen wil niets aan het debat over artikel 23 Grondwet afdoen. Het valt haar echter op dat in de praktijk de – in het zuiden veelal katholieke – denominatie steeds minder belangrijk wordt gevonden. Ouders kiezen een school veel vaker aan de hand van een onderwijsconcept. Ouders zoeken ook niet naar mogelijkheden om onder de leerplicht uit te komen, maar naar mogelijkheden om aan een onderwijswens voor hun kinderen te voldoen binnen een redelijke afstand. De krimp, en ook de vaak voorkomende wens om kleinere scholen in stand te houden, stimuleert samenwerking. Je ziet andersoortige diversiteit ontstaan. De ontwikkelingen rond passend onderwijs leiden eveneens tot een herschikking van het onderwijsaanbod. Niessen constateert een risico dat bestuurlijke drukte ontstaat, met grotere schoolbesturen die in meer samenwerkingsverbanden opereren. Zij ziet ook een grotere nadruk op leeropbrengsten, en een druk op de schoolbesturen om de kwaliteit van onderwijs te garanderen. Drie voorbeelden uit de Limburgse praktijk laten zien welke vragen en kwesties rond krimp opkomen.

(1) Het Rolduc College was het laatste voortgezet onderwijs in Kerkrade, een echte krimpgemeente. Waar Kerkrade nog groeit, bestaat die groei over het algemeen uit kansarme gezinnen die goedkoop in Kerkrade kunnen wonen. Het gaat om een lastige schoolpopulatie. Dat maakt dat het voor de gemeente belangrijk is om een prestigieus college binnen de gemeentegrenzen te houden. Toen in 2008 werd aangekondigd dat de locatie Kerkrade zou worden gesloten, leidde dat dan ook tot veel tumult. Uiteindelijk zijn allerlei alternatieven onderzocht, maar bleek voortzetting van de locatie in Kerkrade toch niet haalbaar.

(2) Stichting kom Leren biedt katholiek onderwijs in het Mergelland en het omliggende Heuvelland aan. Het is één van de drie grote spelers in het primair onderwijs in Zuid-Limburg. Een voorgenomen fusie struikelde aanvankelijk, omdat die fusie een versnelde scholensluiting van verschillende denominaties tot gevolg zou hebben. Na onderbouwing dat fusie toch nodig was vanwege krimp, is uiteindelijk alsnog groen licht verkregen. Dat kon eigenlijk alleen door soepel toepassing te geven aan artikel 64c lid 2 WPO.

(3) Het derde praktijkvoorbeeld betreft de onderwijsontwikkeling in Maastricht. In Maastricht wilden drie scholengemeenschappen samenwerken, maar wel enig verschil in richting houden. Het was de bedoeling onder de paraplu van een overkoepelende stichting toch voor enig verschil en concurrentie tussen de drie scholengemeenschappen te zorgen. De onvoorspelbare schommelingen in leerlingenstromen maken dat echter las-

tig. Ook een opzet met drie locaties in de stad voor VMBO, HAVO en VWO/Gymnasium is onderzocht. Het is echter de vraag of dat plan draagvlak heeft. In de krant stond op de dag van het symposium dat in plaats van de eerder voorgestelde samenwerking een onderzoek naar twee brede scholengemeenschappen wordt gedaan. De vraag is vervolgens wat dat voor de keuzevrijheid van ouders en kinderen betekent.

Al deze voorbeelden laten zien dat krimp in de praktijk tot uiteenlopende vragen leidt, waarvoor steeds oplossingen moeten worden gevonden, die op voldoende draagvlak kunnen rekenen.

Demografische ontwikkelingen en onderwijs, Ilse Bakker

Dergelijke vragen zullen zich de komende tijd vaker voordoen. Ilse Bakker, die als adviseur is verbonden aan de Vereniging Katholiek Onderwijs, maakt als demograaf prognoses van leerlingenaantallen om te helpen die vragen te beantwoorden. Daarmee kunnen ook de ontwikkelingen worden voorspeld waar schoolbesturen op moeten inspringen. Op dit moment gaat het dan vooral om krimp. Bakker licht aan de hand van een aantal figuren (zie daarvoor ook de symposiumbundel) toe waarom we nu met krimp hebben te maken. Houdt deze krimp ook weer op? En wat is de demografische achtergrond van deze krimp?

Bakker laat zien dat er een forse daling in het aantal geboortes is in de laatste twaalf jaar. Het aantal kinderen per vrouw is stabiel. De daling in het aantal geboortes wordt dan ook voornamelijk veroorzaakt door de daling in de vorige generatie, waardoor er minder vrouwen in een vruchtbare leeftijd zijn en er dus ook minder kinderen worden geboren. In de symposiumbundel is een kaartje met de provinciale ontwikkelingen opgenomen. De prognoses zijn dat het aantal basisonderwijskinderen in de periode 2013 tot 2020 zeer fors zal krimpen. De prognoses zijn ook dat na 2020 een stabilisatie zal optreden, al valt dat natuurlijk nooit heel nauwkeurig te voorspellen.

Een belangrijk aandachtspunt zijn verder de regionale verschillen, ook binnen bepaalde krimpregio's. Zo doet zich in de Achterhoek krimp voor, maar in Gelderland als geheel niet. Ook in de Zaanstreek is er krimp, maar in Amsterdam is er groei. In Zuid-Limburg en Limburg doet de krimp zich al zo lang voor dat die krimp zich juist in het gehele gebied voordoet.

Al deze prognoses ten spijt, is er in de praktijk vaak weinig ruimte voor personeelsbeleid en daalt de bekostiging geregeld harder dan de uitgaven. Schoolbesturen moeten zich oriënteren op samenwerken en fusie. Regio's kunnen wat dat betreft nog veel van het zuiden leren. De t-1 bekostiging geeft wel enige ruimte voor scholen om het beleid aan te passen. Als gevolg van t-1 bekostiging ontvangt een school bij dalende leerlingenaantallen steeds iets meer bekostiging dan op dat moment nodig zou moeten zijn. Dat geeft enige mogelijkheid tot schuiven. Dalende leerlingenaantallen leiden echter ook tot kwesties rond schoolgebouwen. Een schoolgebouw is niet met dalende leerlingenaantallen te vullen. Onttrekken van delen van het gebouw aan de onderwijshuisvesting is niet

altijd een mogelijkheid. Slim bouwen, zoals bijvoorbeeld de school zo bouwen dat lege delen tot woningen kunnen worden omgevormd, kan aan een oplossing bijdragen.

De fusietoets legt de complexiteit van krimp bloot. Men wil graag een betere kwaliteit van onderwijs, minder besturen en meer geld voor onderwijs. De fusietoets kan de realisatie van die doelstellingen echter belemmeren. In sommige gevallen zal bijvoorbeeld een samenwerkingsvorm met één directeur waaronder drie scholen van verschillende richting ressorteren beter en makkelijker kunnen zijn. Daarmee geeft Bakker de opmaat naar de volgende bijdrage.

Krimp in de praktijk in Zeeuws-Vlaanderen, Gerard Langeroot en Ronny van den Broecke

Langeroot en Van den Broecke zijn lid van het college van bestuur van een samenwerkingsbestuur waarin rooms-katholiek, openbaar en protestants-christelijk onderwijs zijn verenigd. Zij vinden de uitnodiging van het NVOR-bestuur dapper: juristen zijn voor hen heel lang niet het referentiekader geweest en dan is de vraag of de NVOR de werkvloer wel over de vloer wil hebben. Zij hebben graag van de uitnodiging gebruik gemaakt. Ze herkennen ook veel in de presentatie van – jurist – Nicole Niessen. In haar presentatie kwamen de vragen van alledag aan de orde, waar zij ook in de praktijk mee bezig zijn. Artikel 23 Grondwet staat wat hen betreft ver van de dagelijkse praktijk af. Van de bijdrage van Theo Storimans hebben ze genoten.

Van den Broecke en Langeroot geven een inkijkje in de fusie die in zes maanden tot stand is gekomen tussen rooms-katholiek, openbaar en protestants-christelijk onderwijs. Het schoolbestuur bestrijkt nu een gebied van 80 kilometer, met ongeveer 100.000 inwoners. Er waren grofweg twee keuzes: elkaar bevechten of samenwerken. In een rapport van KPMG werd voorspeld dat als op de huidige voet werd doorgegaan, in 2020 alle schoolbesturen failliet zouden zijn. Ze waren alle afhankelijk van de kleine scholentoeslag en kregen steeds meer te maken met een grootschalige leegstand van gebouwen. Verder hadden alle schoolbesturen te maken met concurrentie van Goes en België. Tegelijkertijd is het voor de leefbaarheid van een kern van belang om minimaal één school in de kern te behouden. Een school opheffen is mogelijk, maar alle scholen opheffen in een kern leidt tot ‘volle kranten’.

Wie heeft de fusietoets toch bedacht? Die hartenkreet moet de heren van het hart. De fusietoets past misschien bij grote organisaties die samengaan, maar niet in het PO of VO. Daar is een nieuwe inrichting van het onderwijs nodig, maar dan moet wel een goede schaal worden gevonden en samenwerken mogelijk zijn. Een bestuur met meer identiteiten kan heel goed. Daarbij is ook van belang dat minder dan tien procent van de ouders een school kiezen vanwege de richting; ze laten zich vooral leiden door de kwaliteit van het onderwijs. Dat neemt niet weg dat een belangrijke inhoudelijke opdracht is dat het onderwijs zó wordt ingericht, dat de identiteit en denominaties van alle ouders tot hun recht kunnen komen. In de samenwerking die in Zeeuws-Vlaanderen tot stand is gekomen, is daar dan ook veel aandacht aan besteed.

Een andere vraag uit de praktijk is waarom pas een samenwerkingsschool mag worden begonnen als één van de scholen daadwerkelijk op omvallen staat. Daar moet een bestuur toch niet op hoeven wachten? In Zeeuws-Vlaanderen is dit opgelost door middel van vier à vijf informele samenwerkingsscholen.

De wet- en regelgeving knelt verder als het gaat om de leerplicht. Ouders moeten kunnen bepalen wanneer hun kind aan een volgende fase in de ontwikkeling toe is. Dat houdt ook in dat kinderen die jonger zijn dan vier jaar ruimte wordt gegeven om op school aanwezig te zijn. Veel ouders uit Zeeuws-Vlaanderen kiezen ervoor om hun kinderen in België naar school te sturen, omdat het daar niets kost om twee tot vierjarigen naar school te laten gaan.

Er wordt afgesloten met een waarschuwend woord aan de juristen. Er moet voor worden gezorgd dat met passend onderwijs niet een juridiseringslag binnen het onderwijs wordt gemaakt. Straks gaan ouders die vinden dat een kind tekort wordt gedaan, dat tot op het laatst bij de rechter uitvechten. Maar hoe moeten schoolbesturen en ouders dat betalen? Die ontwikkeling vraagt om een beperking. Daar sluiten Gerard Langeroot en Ronny van den Broecke hun presentatie graag mee af.

Experimenteren bij krimp, Hans van Willegen

Hans van Willegen geeft het liefst een presentatie over een succesvol project, maar dat zijn de sleutelexperimenten waarbij hij was betrokken niet. Hij heeft die experimenten eind 2011/begin 2012 begeleid. Daarbij was de vraag of die projecten tot een algemene maatregel van bestuur moesten leiden, waarin experimenten een vaste vorm voor heel Nederland zouden moeten krijgen. Afwijkingen van de wet kunnen maar heel beperkt. Het is dan ook de vraag of er meer afwijkingen moeten worden toegestaan dan in een amvb mogelijk is. Denk daarbij aan andere vormen van samenwerking tussen scholen en het wegnemen van belemmeringen. Een aantal projecten was geselecteerd. Veel belemmeringen bleken echter bij nadere bestudering niet zoveel met onderwijswetgeving te maken te hebben.

Een aantal voorbeelden is er wel. Zo is in Friesland overgegaan tot de informele samenwerkingsschool, waar ook Langeroot en Van den Broecke uit Zeeuws-Vlaanderen aan refereren. Ook zijn in het noorden onderwijsteams geformeerd, die een aantal scholen een forum voor overleg en gesprek bieden. Een ander plan was om onderbouwscholen te formeren in verschillende kernen en alleen de bovenbouw op één locatie samen te voegen. Dat stuitte echter op juridische bezwaren, en op bezwaren vanuit de medezeggenschap. Dergelijke bezwaren kunnen met een experimentenwet niet worden opgelost.

Van Willegen onderschrijft de opvattingen uit Zeeland, dat niet met samenwerken moet worden gewacht totdat het misgaat en scholen te klein zijn.

In Limburg deed zich bij krimp het probleem voor dat VWO-klassen niet gevuld konden worden. Daar konden HAVO-leerlingen als experiment hun goede vakken op

VWO-niveau volgen, en de andere vakken op HAVO-niveau. Dat kan dan een extra aanvulling op het HAVO-diploma vormen. Dit initiatief is nog niet helemaal niet van de grond gekomen, maar verdient wel een verdere kans.

Terugkijkend stelt Van Willegen dat in de experimenten die hij heeft onderzocht, de onderwijswetgeving niet het obstakel was om krimp het hoofd te bieden. De wet- en regelgever denkt ook veel mee. Tegelijkertijd is wel van belang dat met het opstellen en doordenken van een amvb zo één à anderhalf jaar is gemoeid. Wellicht zijn er nog alternatieven denkbaar. Daar is nog steeds ruimte voor. Aan diegenen die een experiment willen uitvoeren, geeft Van Willegen mee dat goed voor te bereiden en de juridische knelpunten goed te benoemen. Van Willegen adviseert verder voor draagvlak te zorgen en ervoor te zorgen dat een experiment niet concurrentieverstorend werkt, ervoor te zorgen dat het past in het te verwachten beleid en, heel belangrijk, op tijd te beginnen. 'Het belangrijkste is echter', zo geeft Van Willegen aan: 'Er kan veel meer dan verwacht. Laat je dus niet door wetgeving of vastgeroeste praktijken weerhouden, maar begin met oplossingen.'

Discussie

'Grote waardering voor de preadviseurs', Willem Hein Hogerzeil trapt af. Hij wil één vraag voorleggen aan de preadviseurs. Krimp en daling van het leerlingenaantal leidt uiteindelijk tot fusie of tot sluiting van de school. Daaraan gaat wel de fase van medezeggenschap vooraf. Wat kunnen de preadviseurs daarover zeggen?

Niessen geeft aan dat dat onderwerp een preadvies op zichzelf zou zijn geweest. In de praktijkvoorbeelden waar zij op in is gegaan, bleek in de medezeggenschapsfase dat men zich achter de fusie schaarde. Maar het is inderdaad een onderwerp dat altijd van belang is. Tegelijkertijd moet men zich realiseren dat schoolbesturen ook klem kunnen zitten. Zij moeten in een krachtenveld met allerlei belangen en verantwoordelijkheden opereren. Zij hebben de opdracht goed onderwijs te geven. Daarvoor is nodig dat de omvang van de school past bij het aantal leerlingen net als dat de omvang van de bekostiging bij het aantal leerlingen moet passen.

Ilse Bakker brengt in dat draagvlak vanzelfsprekend van belang is. Laemers geeft aan dat ook vanuit de besturenorganisaties juist op het meenemen van mensen en groepen in het proces wordt gestuurd. Berkhout benadrukt dat belangrijk is dat echt medezeggenschap wordt gegeven, en niet alleen mensen worden meegenomen in het proces.

Berkhout vraagt aandacht voor het preadvies van Philipsen. Het is van belang dat ouders keuzevrijheid hebben en dat er dus pluriform onderwijs is. 'Wat kunnen ouders anders doen, als zij in een conflict raken met een bestuur?', werpt Berkhout op. Bakker brengt in dat in de praktijk ouders over het algemeen nauwelijks ruzie hebben met het bestuur, maar dat zij meestal uitsluitend een conflict hebben met een directeur.

Philipsen licht nogmaals toe dat men in artikel 23 Grondwet wat hem betreft een verantwoordelijkheid kan lezen voor de overheid om voor voldoende keuze voor ouders te zorgen. Met die erkenning wordt ook keuzevrijheid een plaats in de discussie geboden. Verder geeft de Grondwet daar weinig richting over. In reactie op Langerlaert en Van den Broeck uit Zeeuws-Vlaanderen geeft Philipsen aan dat best te verdedigen valt dat één openbare school genoeg is. Maar ook als er een klein percentage ouders is dat hun kinderen niet naar een openbare school wil sturen, zouden hun belangen in de afweging moeten worden betrokken. Storimans zet daar tegenover dat keuzevrijheid van ouders wat hem betreft geen absoluut recht zou moeten zijn. Het belang van ouders om hun kind dan niet naar een openbare school te hoeven sturen, zou moeten wijken voor het belang van het kind om onderwijs te krijgen.

Er ontploft zich een mooi debat tussen Philipsen en Storimans. Philipsen wijst op artikel 23 Grondwet en stelt dat het in de eerste plaats aan de ouders is om te bepalen welk onderwijs zij voor hun kinderen geschikt vinden. De minimumnormen die de overheid aan de kwaliteit van het onderwijs mag stellen, zijn geen normen in het belang van het kind, maar in het belang van de overheid om er bijvoorbeeld voor te zorgen dat er gelijk onderwijs is. 'Nee,' zegt Storimans: 'die minimumnormen zijn in het belang van het kind om ervoor te zorgen dat het kind onderwijs van een minimum kwaliteit krijgt'. Storimans geeft het voorbeeld van een situatie in Griekenland, waarbij kinderen van Macedonische minderheden veel slechter onderwijs kregen dan de kinderen van de Griekse meerderheid. De minimumnormen zijn er om kinderen tegen dergelijke praktijken te beschermen. Van Zuidam brengt in dat hij het voor 85 procent met Storimans eens is. De minimumnormen zijn er om het recht op onderwijs te garanderen. Dat vereist wel dat er veel soorten onderwijs kunnen worden geboden. Hij heeft bezwaar tegen een hiërarchie van onderwijsvormen en een uniformering van de onderwijsaanpak. Hij pleit voor een balans tussen het recht op onderwijs en de vrijheid om onderwijs te geven zoals de ouders dat willen. Krimp eist wat hem betreft ook een flexibeler benadering. Storimans geeft aan dat er geen keus is. De regels zijn nu eenmaal in verdragen en wetgeving vastgelegd. Ook in het Kinderrechtenverdrag gaat het primair om het recht van het kind op onderwijs en komt het recht van ouders op onderwijs naar hun keuze pas op de tweede plaats.

Mentink geeft de discussie een andere wending. Hij vraagt de preadviseurs: 'Stel dat u de staatssecretaris een suggestie zou mogen doen, en een aanbeveling zou mogen doen voor de korte termijn. Wat zou uw suggestie dan zijn? De enige suggestie die ik tot nu toe heb gehoord is dat ruimhartiger met de fusietoets zou moeten worden omgegaan. Welke andere mogelijkheden zijn er?'

Niessen geeft als suggestie de regelruimte voor schoolbesturen niet te klein te maken. Nu worden innovaties in samenwerking moeilijker gemaakt dan nodig is. Dat ligt voor een deel in de personele sfeer en CAO-afspraken en in regels rond BTW, maar ook in de fusietoets. De fusietoets zou samenwerking juist makkelijker moeten maken.

Storimans verwijst voor een aanbeveling naar het slot van zijn preadvies. Wat hem betreft zou het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs in dienst moeten staan van de verwezenlijking van het recht op onderwijs van de onderwijsdeelnemers, in plaats van te veel gericht te zijn op de vrijheid van ouders om hun kinderen onderwijs naar de keuze van de ouders te laten volgen. Het toezicht in het kader van de Leerplichtwet zou ook anders moeten worden ingericht. Nu wordt vooral toezicht gehouden op de hoofden van scholen en op de vraag of zij wel ontheffing volgens de regels hebben verleend. Er wordt vooral gediscussieerd over luxeverzuim. Het moet juist gaan om waar het echt om gaat: het beschermen van kinderen en ervoor zorgen dat zij goed onderwijs krijgen.

Van Willegen geeft als suggestie dat er meer vertrouwen moet komen en dat niet alles moet worden geregeld. Geef een doel, en geef schoolbesturen vervolgens de ruimte om zelf te bepalen hoe zij daar willen komen.

Bakker sluit af. Tien jaar geleden werd gepleit voor deregulering in het onderwijs, maar sinds die tijd zijn er alleen maar meer regels gekomen, zoals de fusietoets. Er zouden minder regels moeten komen. Daar wordt ook hard aan gewerkt, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag hoe om te gaan met de toets voor kleine scholen. Dat is een goede ontwikkeling; zo wordt aangesloten bij de vaag waar in de praktijk behoefte aan is. Met dit pleidooi voor een pragmatische aanpak wordt de jaarvergadering van de NVOR afgesloten.