

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTB 2014/15	Bijgewerkt tot:	24-04-2014
Auteur:	J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zoontjens ^[1]		

De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is

Inleiding

De onderwijswetgeving^[2] laat zich niet gemakkelijk doorgronden. Dat geldt ook voor hen die zich dagelijks bezighouden met het bestuursrecht, waartoe een belangrijk deel van de onderwijswetgeving mag worden gerekend. Voor een deel kan dit worden verklaard door het feit dat de wetgever in de onderwijswetgeving op veel punten keuzes maakt die afwijken van de algemene regels van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), vooral op het gebied van financiering, sancties, en rechtsbescherming. Daardoor wordt de onderwijswetgeving atypisch en lastig te vangen in de “standaardsystematiek” waarmee zoveel bestuursrechtjuristen gewoon zijn te werken.

Volgens de literatuur^[3] zijn er verschillende omstandigheden die de eigen positie van de bijzondere onderwijswetgever ten opzichte van de Awb kunnen verklaren. In de eerste plaats geldt in het algemeen dat bij de totstandkoming van nieuwe regels op het terrein van het bijzondere bestuursrecht een sectorale benadering vaak dominant is. Een tweede, specifiekere punt is dat de onderwijswetgeving een duaal bestel van (publiek) openbaar en (privaat) bijzonder onderwijs bestrijkt, dat vanuit de opdracht van art. 23 Grondwet zo veel mogelijk met uniforme normen wordt bediend. In de sfeer van de rechtsbescherming zien we daardoor constructies van vaak non-contentieuze aard die in gelijke zin geregeld zijn voor openbaar en bijzonder onderwijs, maar die tot verschillen in de toegang tot de rechter leiden^[4] of – als gevolg van een bewuste keuze – juist toegang tot een en dezelfde rechter bieden.^[5] Een derde omstandigheid zou kunnen zijn dat om historische redenen – de onderwijswetgeving behoort immers tot de oudste bestuursrechtelijke wetgeving in ons land – wordt vastgehouden aan oude, vertrouwde rechtsregels die niet aansluiten bij de nieuwere, algemene regelingen van de Awb. Mooi voorbeeld daarvan is het beroep tegen sommige bekostigingsbesluiten bij de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg. Deze figuur heeft zijn wortels in het aloude Kroonberoep, dat in de onderwijswetgeving zo lang de standaard is geweest.

Wanneer er goede redenen bestaan voor atypische regels van bijzonder bestuursrecht met van de Awb afwijkende figuren, is er geen probleem. Ontbreekt echter een rechtvaardiging, dan geeft de behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid, maar ook aan doelmatigheid, aanleiding om te bezien waar kan worden geharmoniseerd. In dit artikel, dat is gebaseerd op een uitgebreid onderzoek dat wij hebben uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van OCW,^[6] vergelijken wij de onderwijswetgeving met de algemene regels inzake het subsidierecht, bestuursrechtelijke sancties en de rechtsbescherming van de Awb. Daarbij komt steeds aan de orde in hoeverre de onderwijswetgeving op de genoemde terreinen afwijkt van de Awb, dan wel als atypisch ten opzichte van de Awb kan worden beschouwd (waaronder wij ook verstaan: regels die elkaar overlappen en derhalve wellicht overbodig zijn). Wij stellen ons vervolgens de vraag of daarvoor een rechtvaardiging bestaat, en zo nee, hoe deze afwijkingen of atypische elementen kunnen worden weggenomen.

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, beschrijven wij eerst de (rijks)bekostigingssystematiek in de verschillende sectorale onderwijswetten op hoofdlijnen (paragraaf 2). Wij beperken ons tot de procedure; bepalingen die regelen onder welke voorwaarden een recht op bekostiging ontstaat blijven onbesproken. Verder beperken wij ons tot de “reguliere” bekostiging, dus de bekostiging die nodig is om de onderwijsinstelling haar

kerntaak te kunnen laten uitvoeren. Dat betreft bekostiging voor het personeel en voor de zogenaamde 'materiële instandhouding' van de onderwijsinstelling (exploitatie en leermiddelen).^[7] De beschreven bekostigingssystematiek vergelijken wij met de subsidieregels van de Awb. Waar nodig doen wij voorstellen voor harmonisering, vereenvoudiging of andere verbeteringen. Diezelfde aanpak wordt gevolgd voor het onderwerp handhaving (paragrafen 3 en 4) en de rechtsbescherming (paragraaf 5). Deze bijdrage wordt in paragraaf 6 afgesloten met enkele concluderende opmerkingen, waarvan de belangrijkste is dat de tijd voor meer Awb-conforme bekostigingswetgeving lijkt te zijn aangebroken!

II Bekostiging van onderwijs

Hoewel daarover eerder wel discussie is geweest, staat inmiddels vast dat bekostiging een vorm van subsidiëring is als bedoeld in art. 4:21 Awb.^[8] Dat wil niet zeggen dat daarmee een eenduidige wijze van financiering van onderwijs bestaat: de wijze van bekostiging van het onderwijs verschilt per sector en iedere sector kent een eigen wettelijke regeling. Op grond van de WPO wordt een (op te richten) school voor primair onderwijs, op aanvraag van het bevoegd gezag of ambtshalve door de gemeenteraad, geplaatst op het plan van nieuwe scholen^[9] om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht. Als het plan is goedgekeurd door de minister komt de basisschool voor bekostiging in aanmerking.^[10] Het in aanmerking brengen voor bekostiging kan in Awb-termen worden gezien als een beschikking tot subsidieverlening: met dit besluit wordt immers een aanspraak op subsidiëring voor in beginsel onbepaalde tijd gegeven. De omvang van de bekostiging wordt vastgesteld op basis van de in de wet en het Bekostigingsbesluit WPO neergelegde grondslagen.^[11] Het betreft een lumpsumbekostiging, waarvan het bedrag jaarlijks, voorafgaand aan de periode waarop de bekostiging ziet, voor elke school wordt vastgesteld.^[12] De financiering van het voortgezet onderwijs op grond van de WVO is op vrijwel dezelfde wijze vormgegeven, zij het dat voor het voortgezet onderwijs sinds enige tijd geen plansysteem meer geldt. Het bevoegd gezag van een school kan op grond van de WVO direct een aanvraag indienen bij de minister om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht.^[13] De bekostiging van educatie (gericht op de zelfredzaamheid van volwassenen) en beroepsonderwijs (theoretische en praktische voorbereiding voor de uitoefening van beroepen) op grond van de WEB daarentegen, is veel gecompliceerder. Dat blijkt onder meer uit het feit dat het in aanmerking brengen voor bekostiging van (bepaalde) instellingen geschiedt bij wet, zo blijkt uit art. 2.1.3, eerste lid, WEB. Hoewel ook dit als een moment van subsidieverlening zou kunnen worden betiteld – er ontstaat immers een aanspraak op financiering – is er geen sprake van een verleningsbeschikking als bedoeld in art. 4:29 Awb. Een wet in formele zin is immers niet afkomstig van een bestuursorgaan en kan dus niet als beschikking worden aangemerkt. De subsidie wordt vervolgens jaarlijks, voorafgaand aan het jaar waarop zij ziet, verstrekt, aldus art. 2.2.4 WEB. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat het ook bij bekostiging van instellingen op grond van de WEB de bedoeling is dat de subsidie voorafgaand aan de te subsidiëren activiteit wordt vastgesteld.^[14]

Het systeem van bekostiging in het hoger onderwijs, ten slotte, is goed vergelijkbaar met dat voor het middelbaar beroepsonderwijs. Alleen de in een bijlage bij de WHW opgesomde instellingen hebben aanspraak op bekostiging, zo blijkt uit art. 1.8, eerste lid, WHW. Daarbij geldt dat slechts opleidingen die de toets nieuwe opleiding door de Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie (NVAO) hebben doorstaan of die zijn geaccrediteerd door de NVAO worden bekostigd.^[15] Ook op grond van de WHW wordt de bekostiging voorafgaand aan de onderwijsactiviteiten vastgesteld.^[16]

Met uitzondering van de WHW wordt in de verschillende onderwijswetten steeds expliciet bepaald dat art. 4:32 Awb niet van toepassing is op de bekostiging. Art. 4:32 Awb bepaalt dat subsidies voor een bepaald tijdvak worden verleend. In het onderwijs geldt juist, en dat is niet anders voor het hoger onderwijs,^[17] dat zolang aan de relevante wettelijke eisen wordt voldaan (dus voor onbepaalde tijd) aanspraak op bekostiging bestaat. Bij zo'n systeem van subsidiëring voor onbepaalde tijd is er maar één moment van subsidieverlening te onderscheiden, namelijk aan het begin van de subsidiërelatie, bij het nemen van de beslissing tot het in aanmerking brengen van de onderwijsinstelling voor bekostiging. Nadien vinden er alleen nog periodieke vaststellingen plaats.

Hoewel deze bepalingen inzake het buiten toepassing verklaren van art. 4:32 Awb de enige 'harde' afwijkingen zijn van de subsidiesystematiek van de Awb, zijn de bekostigingssystemen zoals hiervoor beschreven ook overigens atypisch te noemen. De subsidietitel van de Awb heeft als standaard immers een volgtijdelijk systeem van financieringsbesluiten. Het begint met een beschikking tot subsidieverlening, waarmee een aanspraak op subsidiegelden ontstaat (art. 4:29 Awb). Daarbij kan eventueel een voorschot worden verstrekt, zo blijkt uit art. 4:95 Awb. Nadat de gesubsidieerde activiteiten naar behoren zijn uitgevoerd en aan eventuele overige verplichtingen is voldaan, volgt een vaststellingsbesluit (art. 4:44 Awb). Daarmee wordt de definitieve aanspraak (lees: het recht) op subsidie vastgesteld en ontstaat het recht op uitbetaling daarvan. Deze standaardssystematiek is evenwel niet dwingend voorgeschreven door de Awb-wetgever. De bepalingen van de subsidietitel laten ook de ruimte om subsidies te verstrekken door middel van een vaststellingsbeschikking die voorafgaat aan de te subsidiëren activiteit. Een verleningsbeschikking is dan niet nodig.^[18] Uit de toelichting^[19] op de desbetreffende bepalingen wordt duidelijk dat het hier, naar de mening van de Awb-wetgever, een uitzondering betreft; in een enkel geval zal een subsidiënt willen volstaan met een vaststellingsbesluit, voornamelijk wanneer de te subsidiëren activiteiten al hebben plaatsgevonden of wanneer het een beperkt subsidiebedrag betreft (en het nemen van twee beschikkingen dus wat overdreven lijkt).

In de bekostigingswetgeving is die uitzondering echter als standaard gekozen. Voor zover het de reguliere bekostiging betreft, wordt steeds gebruikgemaakt van vaststellingsbesluiten voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit. Deze vaststelling heeft in de praktijk echter vooral een voorlopig karakter. Dat is ook logisch: veel omstandigheden die voor de omvang van de bekostiging relevant zijn, zijn voorafgaand aan de activiteiten nog onduidelijk. Latere wijzigingen van vaststellingsbesluiten, bijvoorbeeld als gevolg van onjuistheden in de verschaftte gegevens ten aanzien van het aantal leerlingen of door mutaties in het leerlingenbestand, vinden in de praktijk dan ook veelvuldig plaats.

In de gebruikelijke Awb-subsidiesystematiek zou een dergelijke ingreep worden uitgevoerd door de subsidie lager vast te stellen dan in de verleningsbeschikking was bepaald.^[20] Daarmee wordt de definitieve aanspraak op subsidie op de juiste hoogte vastgesteld. De gronden waarop een subsidie lager kan worden vastgesteld (o.a. op grond van de omstandigheden die duidelijk zijn geworden tijdens het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten) zijn in art. 4:46 Awb, tweede lid, ook vrij ruim geformuleerd. Daarmee kan het subsidiërende bestuursorgaan dus maatwerk leveren. Is er eenmaal een vaststellingsbesluit genomen dan kan het bestuursorgaan daar in beginsel niet meer op terugkomen: de Awb gaat er van uit dat met de vaststellingsbeschikking de aanspraak op subsidie definitief is vastgesteld. De subsidieontvanger mag daar in beginsel op vertrouwen, zo oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak.^[21]

Daar loopt de bekostigingspraktijk uit de pas en ontstaan de problemen. Nu de bekostiging direct wordt vastgesteld, past die situatie slecht bij het definitieve karakter dat de Awb toekent aan het bekostigingsbesluit en de beperkte intrekingsgronden die art. 4:49 Awb nog bevat. Op grond van deze bepaling kan de vaststellingsbeschikking worden ingetrokken wanneer er sprake is van feiten of omstandigheden waarvan de subsidievertrekker op het moment van vaststelling niet op de hoogte kon zijn (bijv. op grond van onjuiste informatieverstrekking of bedrog). Dat soort bedrog mag in principe niet lonen.^[22] Verder kan het vaststellingsbesluit worden ingetrokken of gewijzigd indien het onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten. Die grond biedt vooral soelaas bij 'kennelijke vergissingen' van het bestuursorgaan. Hoe definitief het karakter van een vaststellingsbesluit ook is, de ontvanger die door een typefout tien keer zoveel subsidie krijgt als hij redelijkerwijs mocht verwachten, kan er niet te goeder trouw op rekenen dat hij dat bedrag mag houden. De Afdeling neemt echter niet snel aan dat fouten in een subsidiebesluit kennelijk zijn;^[23] van bestuursorganen mag zorgvuldig werk worden verwacht. Ten slotte kan een vaststellingsbesluit worden ingetrokken wegens schending van na de vaststelling voortdurende verplichtingen.

Het gaat dus om drie, limitatieve gevallen waarin de bevoegdheid bestaat een vaststellingsbeschikking in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen, die kan worden gebruikt tot vijf jaar na de bekendmaking van de vaststellingbeschikking (art. 4:49, derde lid, Awb).

Uit het voorgaande volgt dat de systematiek van de onderwijsbekostiging vanuit Awb-perspectief atypisch is vormgegeven. Het vaststellingsbesluit heeft daarin een geheel ander karakter dan op grond van de Awb als standaard kan worden aangenomen: het is niet definitief, maar juist voorlopig van karakter. Vanuit dat perspectief

verbaast het niet dat er specifieke correctiemogelijkheden in het bekostigingsrecht zijn neergelegd. Dat betekent wel dat van harmonisatie op dit deelreterrein van het subsidierecht dus maar (zeer) gedeeltelijk kan worden gesproken. Een belangrijker bezwaar vinden wij het feit dat de systematiek van bekostiging in de praktijk verwarring wekt. Haar eigenaardigheden leiden er regelmatig toe dat partijen in het onderwijs de rechter ervan proberen te overtuigen dat een bijzondere interpretatie van Awb-bepalingen bij bekostiging noodzakelijk is. Als illustratie wijzen wij op ABRvS 29 augustus 2012.^[24] In deze zaak werd onrechtmatig bestede bekostiging teruggevorderd, onder meer door art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb toe te passen. Ingevolge deze bepaling kan de subsidievaststelling worden ingetrokken of ten nadele van ontvanger worden gewijzigd, indien de subsidieontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan verplichtingen die aan de subsidie zijn verbonden. Deze bepaling lijkt door de subsidiewetgever niet te zijn bedoeld als grondslag voor terugvordering van subsidiebedragen die zien op een hoofdverplichting die aan de subsidie is verbonden (de besteding van het subsidiebedrag aan de gesubsidieerde activiteiten). De memorie van toelichting bij art. 4:49 Awb noemt slechts als voorbeelden van de bedoelde verplichtingen het betalen van rente of de aflossing van een vastgesteld krediet. In deze zaak voerde appellante daarom (overigens zonder succes) aan dat art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb niet geschreven kan zijn voor terugvordering van onrechtmatig bestede bekostiging, omdat deze bepaling zich slechts zou uitstrekken over nevenverplichtingen. Dit is gedacht vanuit de Awb-subsidiesystematiek begrijpelijk, maar past niet binnen een systeem van vaststelling voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteiten. In het algemeen kan voorts worden opgemerkt dat onderwijsinstellingen vaak stellen dat met toepassing van art. 4:49 Awb in bekostigingsrelaties het vertrouwensbeginsel wordt geschonden.^[25]

Hoewel de ABRvS een rechte koers vaart en de bepalingen van de subsidietitel onverkort toepast in bekostigingsrelaties kunnen wij vaststellen dat die verwarring in ieder geval tot op heden heeft geleid tot onnodige procedures en rechtsonzekerheid. Dat roept de vraag op *waarom* de procedure van bekostiging zo afwijkend is vormgegeven in de bijzondere wetgeving (in formele zin). Een mogelijke rechtvaardiging voor het buiten toepassing verklaren van art. 4:32 Awb kan worden gevonden in art. 23 Gw. Het grondwetsartikel vestigt in het zevende lid een aanspraak van het bijzonder leerplichtig onderwijs (de rechtstreekse vertaling van “bijzonder algemeen vormend lager onderwijs”), dat “aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet” op overheidsbekostiging “naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs”. Hieruit volgt niet alleen dat de bekostiging voor dit type bijzonder onderwijs naar hetzelfde niveau als het openbaar onderwijs moet plaatsvinden. Minstens zo belangrijk is de consequentie dat de bekostiging van onderwijs op deze grond een duursubsidie betreft; een financiële aanspraak voor onbepaalde tijd, namelijk voor zover nodig voor de instandhouding van de instelling.^[26] Het bekostigingssysteem is in ieder geval vanaf de aanvang als een duursubsidie uitgewerkt in de onderwijswetgeving. Daarbij is de grondwettelijke norm ook door de wetgever “doorgetrokken” naar het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.^[27]

Hoewel verklaarbaar, zijn het buiten toepassing verklaren van art. 4:32 Awb en de atypische vormgeving van de bekostigingsrelatie in de bijzondere wetgeving onnodig en onwenselijk. De Grondwet eist namelijk niet dat er een verleningsbeschikking voor onbepaalde tijd wordt afgegeven. Vereist is (slechts) dat er een aanspraak op bekostiging is die in beginsel voor onbepaalde tijd voortduurt. Dat laatste kan ook worden geregeld door – op basis van dezelfde criteria als die thans gelden – in de wet vast te leggen dat aan per besluit voor bekostiging in aanmerking gebrachte instellingen, zolang zij aan de voorwaarden blijven voldoen, jaarlijks subsidie zal worden verleend, die qua continuïteit en hoogte uiteraard beantwoordt aan de maatstaven van art. 23 Grondwet. Het is niet ongebruikelijk om in een formele wet een plicht tot subsidieverstrekking op te nemen.^[28] De subsidie kan worden verleend op het moment dat volgens het huidige bekostigingssysteem een vaststellingsbeschikking wordt genomen, dat wil zeggen: voorafgaande aan de periode waarin de activiteiten worden verricht. Op die basis kunnen voorschotten worden verstrekt. Op enig moment na afloop van de gesubsidieerde activiteiten zal de bekostiging worden vastgesteld. Worden op dat moment onregelmatigheden geconstateerd, dan kan dat leiden tot een lagere vaststelling (art. 4:46, tweede lid, Awb). De behoefte aan de huidige, aanvullende Awb-vreemde ‘correctiebevoegdheden’ en de vraag hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheid tot het intrekken van een vaststellingsbeschikking^[29] zullen daarmee vervallen.

In een dergelijke regeling zou het besluit waarmee een school voor bekostiging in aanmerking wordt gebracht, slechts kunnen worden ingetrokken onder dezelfde voorwaarden als thans gelden, zoals de normconditie dat wat

het aantal leerlingen betreft gedurende drie achtereenvolgende jaren onder de opheffingsnormen wordt gebleven (art. 153 WPO). Deze regeling, waarbij het besluit tot het "in aanmerking brengen voor bekostiging" en het besluit tot "subsidieverlening" naar inhoud uit elkaar worden getrokken, zou direct als voordeel kennen dat niet langer kan worden beweerd dat op grond van art. 4:48 Awb door de Minister van OCW kan worden besloten tot intrekking van het besluit waarmee de school voor bekostiging in aanmerking werd gebracht. Het gaat hier intussen niet om een theoretisch geval. Onlangs stelde staatssecretaris Dekker zich in zijn brief aan de Tweede Kamer over de situatie rond de school Ibn Ghaldoun en de aldaar gestolen examens op het standpunt, dat als de onderwijswet hem geen adequate bevoegdheden verschaft tot het stopzetten van bekostiging, hij daarvoor kan uitwijken naar het systeem van de Awb. Maar dat is ten onrechte; art. 23 Grondwet staat dat niet toe.^[30] De weg ligt dus vrij voor een subsidiesysteem dat op de Awb is geënt. Daarmee wordt niet alleen verwarring over de toepasselijke regels voorkomen, maar is ook de handhaving binnen bekostigingsrelaties gemakkelijker vorm te geven, zo zal hierna blijken.

III Handhaving

De in bekostigingsrelaties (in het onderwijs) veelgebruikte handhavingsinstrumenten zijn de inhouding, de opschorting en de correctie.^[31] De inhouding is geregeld in art. 164 WPO, art. 146 WEC, art. 104 WVO, art. 11.1 WEB, en art. 15.1 WHW. Indien een bij of krachtens de wet geldend voorschrift of een aanwijzing^[32] niet wordt nageleefd, kan de minister bepalen dat de (verdere) bekostiging geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden.^[33]

Deze inhouding eindigt op het moment dat de overtreding is beëindigd, dan wel de aanwijzing wordt nageleefd.^[34] Noch de wet, noch lagere regelgeving maakt duidelijk op welke wijze de inhouding juridisch precies vorm krijgt. Het meest voor de hand ligt dat de inhouding binnen het huidige, hiervoor geschetste systeem leidt tot een wijziging van het vaststellingsbesluit. Een dergelijke wijziging leidt direct tot een beperktere aanspraak (of een andere termijn voor betaling, zie art. 4:52 Awb, tweede lid) en dus ook tot een beperkter recht op uitbetaling van de subsidie. De bedoeling van een inhouding is immers dat er minder bekostiging naar de instelling gaat.

In de literatuur wordt de parallel getrokken met de last onder dwangsom.^[35] Dat is verklaarbaar: beide instrumenten zijn bedoeld om een overtreding te beëindigen, terwijl het niet tijdig beëindigen van de overtreding leidt tot het ontstaan van een (vorm van) financieel nadeel voor de justitiabele. Dit nadeel kan oplopen naarmate de overtreding langer voortduurt. De inhouding kan daarmee als functie hebben het afdwingen van naleving. Hoewel er dus een zekere verwantschap is, menen wij dat het niet verstandig is de twee over één kam te scheren, formeel niet omdat de wettelijke bepalingen die voor de last onder dwangsom gelden, niet gelden voor de inhouding, materieel niet omdat diverse aspecten van de dwangsom bij een inhouding niet aan de orde zijn, zoals de verhouding tot bestuursdwang (art. 5:32 Awb), de modaliteiten van oplegging (art. 5:32b Awb), de betaaltermijn (art. 5:33 Awb) en de regeling van de invordering (art. 5:37 e.v. Awb).

Het tweede sanctie-instrument, de opschorting, is eveneens te vinden in de hiervoor opgesomde artikelen. De opschorting kan worden toegepast onder dezelfde normcondities als de inhouding. Het verschil is echter dat de onderwijsinstelling bij de inhouding geen aanspraak meer heeft op het ingehouden bedrag, ook niet nadat de inhouding is beëindigd. Dat is anders bij de opschorting: dat is een voorwaardelijke sanctie. Zodra de opschorting is beëindigd, herleeft de aanspraak op de opgeschorte middelen en worden deze alsnog uitbetaald.

De al eerder besproken "correctie", ten slotte, treffen we aan in art. 34a Bekostigingsbesluit WPO, art. 43 Besluit bekostiging WEC, art. 21 Bekostigingsbesluit WVO, art. 2.5.9, tweede lid, WEB en art. 2.9, derde lid, WHW. Indien blijkt dat de bekostiging onjuist is vastgesteld, dan wel onrechtmatig is besteed, kan de minister daarop correcties aanbrengen. Ingevolge de WVO, WEB en WHW geldt dat ook bij ondoelmatige aanwending van de bekostiging een correctie kan worden toegepast. Een dergelijke correctiemogelijkheid is recentelijk, namelijk per 1 januari 2014, ook ingevoerd in het Bekostigingsbesluit WPO en het Besluit bekostiging WEC.^[36] In de WHW ontbreekt weer de mogelijkheid om te corrigeren indien de bekostiging onjuist blijkt te zijn vastgesteld. In dat geval rest derhalve slechts de bevoegdheid tot intrekken of wijzigen van de vaststellingsbeschikking van art. 4:49 Awb, eerste lid.

De hierboven beschreven handhavingsinstrumenten zijn eigen aan de bekostigingswetgeving; zij komen in de

Awb niet voor. De Awb bevat echter instrumenten die grote overeenkomst vertonen met de inhouding, opschorting en correctie. Hierboven beschreven wij al dat de correctie beter vorm zou kunnen worden gegeven als een lagere vaststelling van de subsidie op grond van art. 4:46 Awb, tweede lid. Indien de subsidieverlener gedurende het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten een overtreding van de subsidievoorschriften constateert, kan hij de subsidieontvanger daarvan ook eerder dan op het moment van de vaststelling mededeling doen. Die mededeling kan gepaard gaan met een aankondiging dat, indien de subsidieontvanger deze overtreding niet beëindigt, dit leidt tot een in de mededeling (of een beleidsregel) specifiek aangegeven lagere vaststelling. In deze mededeling (of in beleidsregels) kan ook een tijdsbepaling zijn opgenomen: hoe langer de overtreding voortduurt, hoe lager de vaststelling zal zijn. Wordt de overtreding niet (tijdig) beëindigd, dan leidt dit bij de vaststelling in beginsel tot de in de mededeling genoemde consequenties. Op die manier kan vorm worden gegeven aan het huidige 'inhoudingsinstrument' zoals opgenomen in de bekostigingswetgeving.^[37] Het verschil is wel dat de lagere vaststelling achteraf plaatsvindt; de pijn wordt dus niet direct gevoeld, zoals bij de inhouding wel het geval is. Dit eventuele bezwaar kan eenvoudig worden weggenomen door de bevoorschotting (indien van toepassing) te wijzigen op grond van art. 4:96 Awb of de betaling van voorschotten op te schorten (art. 4:56 Awb). Daarmee is meteen duidelijk dat ook het 'opschortingsinstrument' op grond van Awb-bepalingen kan worden gebruikt en dat een bijzondere regeling daarvan in bekostigingswetgeving niet nodig is. Wij realiseren ons dat de mogelijkheden tot opschorting van betalingen op grond van de genoemde Awb-bepalingen niet onbeperkt zijn. Zo eindigt de opschorting van de betaling van voorschotten op grond van art. 4:56 Awb in ieder geval dertien weken na de schriftelijke kennisgeving. Anders dan opschorting op grond van de bekostigingswetgeving is de Awb-opschorting dus niet mogelijk voor onbepaalde tijd. De vraag is hoe erg dat is. De opschorting wordt binnen bekostigingsrelaties gebruikt om naleving van de voorschriften af te dwingen. Een overtreder die binnen dertien weken na de opschorting nog niet is overgegaan tot beëindiging van de overtreding, is waarschijnlijk onvoldoende afgeschrikt door de inzet van het instrument. Er is dan geen reden om de opschorting nog langer te laten voortduren; de tijd is dan aangebroken om zwaardere handhavingsinstrumenten in te zetten.

IV Een bestuurlijke boete?

In het onderwijs klinkt soms de roep om de bevoegdheid te geven tot het opleggen van bestuurlijke boeten aan onderwijsinstellingen.^[38] De boete is een instrument dat momenteel nauwelijks voorkomt in het onderwijsrecht. Van de sectorale onderwijswetten bevat alleen de WHW een boetebevoegdheid: op grond van art. 5a.12, vierde lid, WHW kan de minister aan een bekostigde of niet bekostigde instelling een boete opleggen bij de te late bekendmaking (dat wil zeggen met overschrijding van de termijn van 6 weken) van het verlies van accreditatie. Art. 27 LPW bevat verder de mogelijkheid voor de minister een bestuurlijke boete op te leggen aan de schooldirecteur vanwege een – in het licht van de geldende leerplicht – specifiek omschreven onjuist gebruik van zijn bevoegdheden tot het verlenen van vrijstelling aan leerlingen, vanwege het in gebreke blijven bij de verplichting tot kennisgeving van verzuim of vanwege het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen aan de minister of het gemeentebestuur. De vraag is of de bestuurlijke boete bredere toepassing verdient in de onderwijswetgeving en of het zelfs een alternatief kan vormen voor de hiervoor beschreven bestaande handhavingbevoegdheden. Deze vraag dient zich aan omdat het enkel repareren van fouten van bevoegde gezagsorganen door te veel betaalde of onjuist bestede bekostiging terug te vorderen, soms niet blijkt te leiden tot preventie van dit onwenselijke gedrag. De (dreiging van een) boete zou dat effect wel kunnen hebben.

Alvorens eventueel voor de boete als extra instrument te kiezen, moet de vraag worden gesteld of de bestuurlijke boete aantrekkelijker is dan handhaving door middel van het strafrecht, al dan niet in de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking. De voor- en nadelen van een boetestelsel hangen voorts samen met het model dat men kiest: gaat het om veelvoorkomende, makkelijk vaststelbare feiten, waarvoor bij of krachtens de wet een tariefstelsel kan worden vastgesteld (model A; met als voorbeeld de Wet Mulder), dan wel om minder vaak voorkomende feiten, die niet makkelijk zijn vast te stellen en waarvoor de wet slechts een maximum bedrag noemt (model B), dan wel een tussenvorm?^[39] De keuze tussen bestuurlijke boete en strafrechtelijke bestraffing laten wij hier verder rusten. Het gaat ons hier primair om de vraag of een vorm van bestraffing een nuttig extra instrument is. Gemakshalve spreken we hierna over de boete.

In sommige gevallen kan een boetebevoegdheid een meerwaarde hebben. Het meest duidelijk is dat in het geval

van niet-bekostigde instellingen (particulier onderwijs); daar is een herstelsanctie wegens het ontbreken van een financiële relatie immers niet mogelijk. Het particulier onderwijs dient echter wel aan bepaalde algemene deugdelijkheidseisen te voldoen.^[40] Die eisen zijn nu slechts handhaafbaar door een instelling niet langer te kwalificeren als school in de zin van art. 1, onderdeel b, subonderdeel 3 LPW. Die actie moet echter worden beschouwd als een ultimum remedium. Er is voor deze gevallen behoefte aan een fijnzinniger sanctiemodel, waarmee maatwerk kan worden geleverd. Voordeel daarvan zou ook zijn dat bekostigde en niet-bekostigde instellingen dan op een vergelijkbare manier handhavend tegemoet worden getreden bij vergelijkbare overtredingen. Aldus kunnen de belangen van leerlingen en studenten van beide typen instellingen op meer gelijke wijze worden behartigd. Niet onbelangrijk is het feit dat een boete ten laste moet komen van het eigen vermogen van een bekostigde instelling. Een boete mag immers niet worden betaald worden met de bekostiging: die dient te worden besteed aan het doel waarvoor zij is verstrekt.^[41]

Toch is er reden de toegevoegde waarde van het boete-instrument in bekostigingsrelaties te relativiseren.

Toepassing van de boetebevoegdheid dient (terecht) met de nodige waarborgen te zijn omgeven.^[42] Vereist is onder meer dat nauwkeurig wordt omschreven voor welke overtreding een boete kan worden opgelegd. Ook komt de overtreder een zwijgrecht toe. Dat zijn eisen waaraan de onderwijsuitvoeringspraktijk, waarin het overleg vooropstaat, niet gewend is en waarvan men zich kan afvragen of zij in dit veld passen. Belangrijker nog is dat ook al met de huidige sanctiebevoegdheden van de subsidietitel van de Awb gemakkelijk 'boete-achtige' resultaten kunnen worden bereikt. De belangrijkste mogelijkheid daartoe is de bevoegdheid om de subsidie lager dan verleend vast te stellen (art. 4:46 Awb, tweede lid). Zou de bekostigingswetgeving worden aangepast langs de door ons voorgestelde lijnen, dan kan de Minister van OCW ook optimaal van deze bevoegdheid gebruikmaken.

Wij zijn ons ervan bewust dat het bij de lagere vaststelling strikt genomen om een herstelsanctie gaat, omdat slechts wordt ontnomen waarop geen recht bestond. De subsidietitel van de Awb bevat geen punitieve bevoegdheden.^[43] Dat neemt niet weg dat met de herstelsancties in het subsidierecht straffe maatregelen kunnen worden getroffen! Herstelbesluiten kunnen vergaande consequenties hebben. Zeer regelmatig wordt de subsidie zelfs op nul vastgesteld wegens het niet nakomen van wettelijke voorschriften, ook als niet ter discussie staat dat de gesubsidieerde activiteiten zijn verricht.^[44] Het is dus zeer wel mogelijk onregelmatigheden als de niet-nakoming van administratieve voorschriften, zoals de verplichting om een schoolgids of een ander wettelijk voorgeschreven document te produceren of de verplichting om het jaarverslag, de jaarrekening, of de accountantsverklaring (het assurance-rapport) met betrekking tot de bekostigingsgegevens tijdig in te dienen, te sanctioneren met een lagere vaststelling. Consequentie is dat de bekostigde instelling een verminderde financiële aanspraak heeft; het verschil in consequentie met de bestuurlijke boete is in dat geval marginaal. Daarbij zijn wij ons ervan bewust dat de Afdeling bestuursrechtspraak besluiten tot lagere vaststelling van bekostiging soms strenger lijkt te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel dan die tot lagere vaststelling van andere subsidies.^[45] Daarbij moet worden benadrukt dat in dat geval het besluit tot lagere vaststelling doorgaans wordt vernietigd wegens een motiveringsgebrek: indien de minister goed uitlegt waarom in bepaalde gevallen wordt gekozen voor een meer dan rekenkundige verlaging van de subsidie of bekostiging kan dat zeer goed passen binnen de evenredigheidseis. In dat kader lijkt het verstandig voor de aanwending van deze discretionaire bevoegdheid beleidsregels op te stellen, zodat vooraf duidelijk is welke overtredingen met welke kortingen zullen worden gesanctioneerd. Deze aanpak strookt naar onze mening beter met de subsidierelatie dan het opleggen van bestuurlijke boeten. Daar waar geen subsidierelatie bestaat, zoals bij de eerdergenoemde niet-bekostigde onderwijsinstellingen, ligt dat evenwel anders. In het onderzoek zijn wij niet ingegaan op de wenselijkheid boeten aan natuurlijke personen te kunnen opleggen. In de onderwijswetgeving is een dergelijke bevoegdheid tot dusver slechts in het al genoemde art. 27 LPW neergelegd. Hoewel wij de gedachte niet voorshands afwijzen, ligt het onzes inziens meer voor de hand het treffen van nalatige individuele bestuurders, toezichthouders e.d. te regelen via het privaatrecht (bestuurdersaansprakelijkheid) of het strafrecht (bij fraude). Wij gaan er daarbij van uit dat het om uitzonderingssituaties gaat en de te beboeten gedragingen niet eenvoudig concreet en nauwkeurig te omschrijven zijn. Dat dit soms anders ligt, blijkt uit de genoemde LPW-boetebevoegdheid voor schending van verplichtingen inzake vrijstelling, verzuimregistratie en inlichtingenverstrekking. Die bevat nauwkeurig omschreven overtredingen, die in het algemeen een licht karakter hebben en waarvan het aannemelijk is dat die relatief vaak voorkomen; in zo'n geval kan een boetebevoegdheid ook in het bekostigingsrecht toegevoegde waarde hebben.

VRechtsbescherming

Ook de rechtsbescherming in het onderwijsrecht is atypisch te noemen en wel op twee punten in het bijzonder. Er is een veelheid aan onderling uiteenlopende voorprocedures en er staat relatief vaak beroep in eerste en enige aanleg bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State open. Opvallend is verder het gebrek aan stelselmatigheid. Ons voorstel tot verbetering zal met name daarop zijn gericht.

Voorprocedures

De wirwar aan voorprocedures^[46] die voorkomen in de onderwijswetgeving kan het best worden geïllustreerd aan de hand van enkele voorbeelden.

Geschillen over toelating en verwijdering in het primair en voortgezet onderwijs worden in eerste instantie via een bezwaarprocedure afgehandeld. Voor het openbaar onderwijs is dat een bezwaarprocedure in de zin van de Awb, voor het bijzonder onderwijs een voorschreven geschilprocedure.^[47]

Het personeel van openbare scholen is aangesteld als ambtenaar. Tegen beslissingen die hun rechtspositie betreffen, kunnen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Voor het personeel in het bijzonder onderwijs geldt de zogenaamde kringenrechtspraak^[48]: beroep kan worden ingesteld bij een commissie van beroep over o.a. schorsing, ontslag en het onthouden van promoties, die voor het bevoegd gezag (de werkgever) bindende uitspraken doet.^[49] Werknemers kunnen echter in de regel tegen de uitspraken in beroep gaan bij de kantonrechter.

Art. 46, derde lid en art. 47, derde lid, WVO betreffen de wijze waarop geschillen omtrent de terbeschikkingstelling van lokalen van scholen van openbaar onderwijs ten behoeve van godsdienstonderwijs worden afgedaan: de minister beslist.

Art. 30 van de Wet medezeggenschap op scholen (WMS) en 8a.4.1 WEB regelen de landelijke geschillencommissie medezeggenschap, bestaande uit drie leden en drie plaatsvervangende leden. De geschillencommissie doet bindende uitspraken in bepaalde geschillen tussen bevoegd gezag en medezeggenschaps- of deelnemersraad in zowel bijzonder als openbaar onderwijs. Tegen deze uitspraken staat beroep open bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

Het blijkt moeilijk om een gemene deler in deze procedures te onderscheiden, anders dan het feit dat de procedures vooraf kunnen gaan aan een eventuele procedure bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. Zo verschillen de voorprocedures qua bindende kracht: soms is daar wel sprake van, soms niet. Ook verschillen de voorprocedures wat betreft de betrokken partijen. Dit kunnen zijn: ouders of onderwijsontvangers, personeel, bevoegd gezag, kerkgenootschappen, het bevoegd gezag, het gemeentebestuur. Verder gelden de voorprocedures soms slechts voor het openbaar onderwijs, soms alleen voor het bijzonder onderwijs en soms voor allebei. De “bezwaar”-procedure met betrekking tot toelating en verwijdering van leerlingen (art. 63 WPO) geldt alleen voor het bijzonder onderwijs; voor het openbaar onderwijs geldt een Awb-bezwaarprocedure. De kringenrechtspraak geldt ook alleen voor bijzonder onderwijs. De meeste procedures gelden voor zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs, tenzij dat naar de aard der zaak onmogelijk is, zoals bij geschillen over ruimten voor godsdienstonderwijs in openbare scholen. Ten slotte kan worden gewezen op de aard van de procedure: is deze verplicht of niet? De wetgever laat veelal na dit duidelijk te regelen.

De verschillen tussen de vele voorprocedures maken het ‘stelsel’ ingewikkeld. Op kennis van het procesrecht uit de Awb kan niet worden vertrouwd. Zo is er ook binnen civielrechtelijke relaties een bezwaarprocedure voorhanden (bij schorsing en verwijdering), die echter niet lijkt te dienen als een verplicht voorportaal voor toegang tot de civiele rechter. In het hoger onderwijs is in bepaalde gevallen niet de normale rechtbank bevoegd, maar een bijzonder college: het CBHO. Voorts geldt dat het karakter van de uitkomst van de geschilprocedure voor de niet-ingewijde lang niet altijd duidelijk is. Waaruit blijkt bijvoorbeeld dat een uitspraak van de commissie van beroep in de zin van art. 60 WPO geen besluit is, waarover bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd? Om overtuigend te betogen dat de commissie van beroep geen bestuursorgaan is, moet men kennis hebben van de geschiedenis van de zogenaamde kringenrechtspraak – die teruggaat tot 1905 – en weten dat zulke commissies oorspronkelijk bedoeld waren om de overheid juist

^[50]

buiten te sluiten. —

Er lijkt kortom alle redenen te komen tot een herbezinning op het systeem van voorprocedures in de onderwijswetgeving. Toch moet eerst worden nagegaan of er voor al deze bijzondere procedures een rechtvaardiging bestaat. Een door ons ondernomen zoektocht daarnaar heeft weinig opgeleverd. Sommige van deze procedures kennen een lange voorgeschiedenis. Zij “zijn er nu eenmaal”: de kringenrechtspraak en art. 46 WVO zijn hier voorbeelden van.^[51] Veel andere procedures zijn door amendementen in de wet terecht gekomen. Een reflectie op nut en noodzaak van de geschillenprocedure, geplaatst tegen de achtergrond van reeds bestaande procedures, ontbreekt veelal.^[52]

Dat een eenduidige visie op dit onderwerp ontbreekt, wil niet zeggen dat geen van de procedures bestaansrecht heeft. Een aantal procedures lijkt hun toegevoegde waarde wel te hebben bewezen, zoals de kringenrechtspraak en de “bezwaar”-procedure met betrekking tot toelating en verwijdering in het bijzonder onderwijs. Voor veel andere procedures geldt dat bij beslissingen over het ontwerpen of het laten voortbestaan ervan te weinig of niet wordt stilgestaan bij de mogelijkheden die de Awb al biedt.^[53] Aldus is een versnipperd geheel ontstaan. Waar bij de totstandkoming van de Awb eenduidigheid in regels en rechtsbescherming voorop stond, ter wille van overzichtelijkheid en voorspelbaarheid van het overheidshandelen, is daar in de onderwijswetgeving weinig van te merken. Dat er een verschil is tussen bijzondere en openbare onderwijsinstellingen, rechtvaardigt lang niet al die verschillen.

De wetgever doet er derhalve goed aan zich te bezinnen op de wenselijkheid van alle voorprocedures in de onderwijswetgeving, mede aan de hand van ervaringen uit de praktijk. Procedures die deze toets der kritiek niet doorstaan, moeten op een andere manier worden vormgegeven dan thans het geval is. In plaats van een wirwar aan verschillende instanties die thans een rol spelen bij deze vorm van geschillenbeslechting, dient de ‘één loket-gedachte’ ingang te vinden.^[54] Voorstelbaar is dat in de onderwijswet een titel wordt opgenomen die een standaardprocedure bevat bij een “Geschillencommissie onderwijs”, die van toepassing kan worden verklaard op bepaalde typen geschillen, zoals ook het geval is met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Voor zover noodzakelijk kunnen natuurlijk bijzondere procedures in het leven worden geroepen, maar dat mag allerminst de regel zijn (zoals nu wel het geval lijkt). Verder zal de wetgever duidelijkheid moeten bieden over de bindende kracht van de uitkomst van de procedure en het karakter van de procedure (al dan niet verplicht).

Beroep bij de ABRvS in enige aanleg

De wetgever heeft er de laatste jaren blijk van gegeven genuanceerd te denken over beroep in één dan wel twee instanties:

“Bij de invoering van de Awb is in beginsel gekozen voor beroep in twee instanties in bestuursrechtelijke geschillen. Voor beroep in twee instanties pleiten inhoudelijke argumenten: zorgvuldigheid en kwaliteit van de rechtspraak, ruimte voor de hogere rechter om aan rechtsvorming te doen en de mogelijkheid van een herkansing voor partijen.”^[55]

Een nadeel van beroep in twee instanties kan zijn gelegen in gebrekkige deskundigheid bij de rechtbanken, zeker wanneer het aantal zaken beperkt is. Voorts kan om redenen van doelmatigheid (voorkomen overbelasting; doorlooptijden) voor rechtspraak in één instantie worden gekozen.^[56] Bij de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht viel de keuze alles afwegend op beroep in twee instanties. Een andere keuze zou namelijk volgens de regering de uitzonderingen op de Awb doen toenemen, hetgeen vanuit het oogpunt van duidelijkheid voor de burger onwenselijk is. Verder speelde een rol dat, gelet op de trechterwerking van het beroep in eerste aanleg, niet te verwachten viel dat het aantal procedures zou toenemen. Ook de gemiddelde doorlooptijd zou niet aanzienlijk toenemen.^[57]

In het onderwijsrecht staat relatief vaak beroep in eerste en enige aanleg open op de Afdeling.^[58] We noemen een aantal voorbeelden.^[59] Beroep in één instantie is aan de orde bij besluiten met betrekking tot de aanvang en het einde van de bekostiging, zoals bij de WPO het besluit tot opnemings van een school in het plan

van scholen, of in de WHW de (ontneming van) accreditatie of de stopzetting van de bekostiging van een opleiding. Ook tegen uitspraken van de Landelijke geschillencommissie samenwerkingsverbanden is slechts beroep in één instantie mogelijk. Deze mogelijkheid vervalt overigens per 1 augustus 2014, bij de inwerkingtreding van de Wet passend onderwijs. Verder vallen hierbij te noemen: besluiten tot erkenning van diploma's van niet bekostigde instellingen in de WEB en correcties in het kader van de WEB en WHW. Waar art. 2 bijlage 2 Awb geen beroep in één instantie (op de Afdeling) openstelt, is er beroep in twee instanties. Ook die variant komt regelmatig voor, bijvoorbeeld voor de WPO, WEC, en de WVO inzake correcties, besluiten ten aanzien van bekostiging voor huisvesting, bekostiging op basis van gemeentelijk beleid en besluiten inzake verrekening van voorschotten en vorderingen. Ook voor besluiten tot wijzigingen van vaststellingen op basis van art. 4:49 Awb geldt dat de procedure bij twee instanties kan worden gevoerd.^[60] Voor zover er beroep in één instantie wordt opengesteld, verhoudt het onderwijsrecht zich slecht met het, ook uit de wetsgeschiedenis blijvende,^[61] uitgangspunt van de Awb dat beroep in twee instanties plaatsvindt. Dat de Awb hierop zelf uitzonderingen maakt, heeft te maken met afwegingen die de onderwijswetgever destijds heeft gemaakt. De vraag moet worden gesteld of deze afwegingen nog altijd ter zake doen (als ze dat al ooit hebben gedaan). In de onderwijswetgeving ontbreekt echter een visie over het openstellen van beroep in één dan wel twee instanties. Daarom stellen we ons zelf de vraag: welke mogelijke rechtvaardigingen kunnen er worden gegeven? Te denken valt aan de volgende redenen.

a. De zaken waarin beroep in één instantie is opengesteld, zijn klein in aantal.

Om deze mogelijke rechtvaardiging volledig te kunnen bespreken, zijn data nodig om de "caseload" (het aantal zaken en het gemiddelde gewicht daarvan) van de Afdeling te kunnen vaststellen. Deze moet vervolgens worden gerelateerd aan het vermogen van de Afdeling om deze zaken af te doen. Een dergelijk onderzoek hebben wij niet verricht. Wel valt een indruk te geven door middel van zoekopdrachten op www.raadvanstate.nl. Een aldus uitgevoerd, enigszins grofmazig onderzoek leidt tot het beeld dat er niet veel onderwijszaken in eerste en enige aanleg door de Afdeling worden behandeld; hetzelfde geldt echter voor uitspraken in hoger beroep. Het gaat eerder om tientallen dan om honderdtallen per jaar. Wat dat aangaat, is er dus geen beroep in eerste aanleg bij de rechtbank nodig in dit soort zaken. Van overbelasting is immers geen sprake. Tegelijk stellen we vast dat overwegingen omtrent het aantal zaken geen deugdelijke rechtvaardiging opleveren voor de keuze van beroep in één instantie. Er is immers onvoldoende onderscheid tussen zaken waarin wel hoger beroep staat en die waarin die mogelijkheid ontbreekt – beide typen zaken lijken weinig voor te komen. Waarom staat voor – bijvoorbeeld – het verlenen en beëindigen van de bekostiging geen hoger beroep open, maar voor correcties wel, als er over beide niet veel wordt geprocedeerd?

b. Beroep in twee instanties levert vertraging op.

Ten aanzien van de snelheid van rechtspraak kan worden opgemerkt dat, tegenover de vertraging die optreedt in de gevallen waarin inderdaad beide instanties worden gebruikt, een mogelijke versnelling ontstaat doordat in de eerste instantie tien rechtbanken voor het behandelen van zaken beschikbaar zullen zijn. Zij kunnen door hun aantal sneller zaken afhandelen dan die ene Afdeling bestuursrechtspraak. In de gevallen waarin *niet* in hoger beroep wordt gegaan, kan aldus versnelling worden bereikt. Wij zouden ons niet aan een voorspelling willen wagen over de omvang van de zeefwerking op het gebied van het onderwijsrecht, maar er is geen aanleiding te veronderstellen dat die hier (nagenoeg) afwezig zou zijn. We zien immers dat er op andere beleidsterreinen van een zekere zeefwerking sprake is.

c. De rechtbanken zijn ter zake onvoldoende deskundig.

Een mogelijke rechtvaardiging van het stelsel zou voorts kunnen zijn gelegen in een verondersteld gebrek aan deskundigheid bij de rechtbanken.^[62] Wij maken hierbij drie opmerkingen. Ten eerste zou dit bezwaar niet of nauwelijks opgaan ingeval het bekostigingsrecht zou worden aangepast aan het Awb-subsidierecht. Rechtbanken doen immers al veel subsidiezaken. Ten tweede zou dit eventuele gebrek na verloop van tijd hoe dan ook worden opgeheven. De rechtbanken zullen uiteraard wel enige inwerktijd

nodig hebben, maar dat geldt altijd als er een verschuiving van rechtsmacht plaatsvindt. Ten derde kan, ingeval het verwachte aantal zaken te gering zou zijn om alle rechtbanken zich hierop adequaat te laten inwerken, worden gekozen voor het bij wet aanwijzen van een of enkele rechtbanken waarbij het beroep in eerste aanleg kan worden ingesteld. Dat is een figuur die we ook op andere rechtsterreinen, zoals het vreemdelingenrecht en het economisch bestuursrecht, tegenkomen.

Gelet op de eerder besproken voordelen die rechtspraak in twee instanties met zich brengt, bestaat er volgens ons onvoldoende rechtvaardiging voor de vele uitzonderingen op het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties binnen de onderwijswetgeving. De wetgever dient zich op deze systematiek te bezinnen. Gezien de inhoudelijke voordelen van beroep in twee instanties (zorgvuldigheid en kwaliteit rechtspraak, mogelijkheid van rechtsvorming, uitgebreidheid van de rechtsbescherming), dient het uitgangspunt van de Awb dan ook voor de onderwijswetgeving het uitgangspunt te zijn.

VI Conclusies

Er zijn tal van goede redenen geweest voor een Algemene wet bestuursrecht. De afgelopen twintig jaar is evenwel gebleken dat bijzondere wetgevers graag naar afwijkingen dan wel atypische uitwerkingen grijpen, omdat zij denken dat hun beleidsterrein bijzonder is. Het blijkt bijzonder lastig het algemeen bestuursrecht, algemeen toegepast te krijgen en dat zo te houden. ^[63] Dat geldt ook voor het onderwijsrecht. Voor dit (financieel en principiële) belangrijke rechtsterrein hebben wij in kaart gebracht in hoeverre er van het algemene bestuursrecht afwijkende keuzes zijn gemaakt en ook of die goed te rechtvaardigen zijn. De verhouding tussen het bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, en het onderwijsrecht mag dan complex zijn, ^[64] dat is een reden temeer om te bezien of die verhouding door aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb kan worden vereenvoudigd.

Nadat de derde tranche Awb in werking is getreden, is er weinig gedaan aan harmonisatie van de bekostigingswetgeving in het onderwijs met de Awb-subsidietitel. Inmiddels is duidelijk dat dit tot ondoorzichtigheid en ongemakkelijkheden leidt. Bekostiging is 'gewoon' subsidie. Het verstrekingsproces kan heel goed conform titel 4.2 Awb worden georganiseerd. Dat zou belangrijke voordelen met zich brengen: harmonisatie, rechtszekerheid, duidelijke en stevige handhavingsinstrumenten. Ook de handhaving zou daardoor 'als vanzelf' meer op de Awb-leest zijn geschoeid. Met de instrumenten van lagere vaststelling van de subsidie en intrekking van de vaststellingsbeschikking kunnen in verreweg de meeste gevallen van onregelmatigheden uitstekende, afgewogen resultaten worden bereikt. Voor bepaalde gevallen, met name voor scholen waarmee geen bekostigingsrelatie bestaat, zou de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (of eventueel bestuurlijke strafbeschikking) een nuttige aanvulling op het huidige handhavingsinstrumentarium van het onderwijsrecht vormen.

De wetgever dient de wetgeving met betrekking tot de voorprocedures dringend op te schonen. Er is sprake van een woud van dergelijke procedures; procedures die niet noodzakelijkerwijs iets toevoegen aan de 'gewone' Awb-rechtsbeschermingsmogelijkheden. Ook zou de wetgever zich ernstig moeten bezinnen op de noodzaak van beroep in één instantie.

Door een aantal aanpassingen aan de Awb zou procederen in het onderwijsrecht een stuk overzichtelijker en het onderwijsrecht zelf toegankelijker worden.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. Jacob de Boer is docent aan de Tilburg Law School. Prof. mr. drs. Lex Michiels is staatsraad en hoogleraar bestuursrecht aan de Tilburg Law School. Prof. mr. drs. Willemien den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. Paul Zoontjens is hoogleraar onderwijsrecht aan de Tilburg Law School.
- [2] Wij hebben in deze bijdrage met name het oog op de Wet op het primair onderwijs (WPO), de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW), de Wet op de expertisecentra (WEC), de Leerplichtwet (LPW) en de

- Wet op het onderwijstoezicht (WOT).
- [3] Zie bijvoorbeeld B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, preadvies VAR, in: De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJu 2000, p. 45-186 en P.J.J. Zoontjens en P.H.A. Frissen, Kansen voor harmonisatie van de onderwijswetgeving, Tilburg: Schoordijk Instituut UvT 2005.
- [4] Denk aan de Commissie van geschillen, als bedoeld in art. 30 Wet medezeggenschap op scholen of (tot voor kort, vóórdat het College van beroep hoger onderwijs zijn huidige rol verkreeg) de colleges van beroep voor de examens, als bedoeld in art. 7.60 WHW.
- [5] Zoals de Geschillencommissie samenwerkingsverbanden, als bedoeld in art. 22 WPO of het College van beroep voor het hoger onderwijs, als bedoeld in art. 7.64 WHW.
- [6] Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving, Tilburg/Leiden, maart 2013, te raadplegen op: www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/02/10/onderzoek-naar-de-mogelijkheden-van-meer-awb-conforme-onderwijswetgeving/onderzoek-awb-publicatienn.pdf.
- [7] Art. 113, tweede lid, WPO zegt met betrekking tot het niveau van de bekostiging voor materiële instandhouding dat zij moet voldoen "aan de redelijke behoeften van een in normale omstandigheden verkerende school". Met betrekking tot de bekostiging voor het personeel wordt in art. 120, zevende lid, WPO opgemerkt dat die redelijkerwijs voldoende is "voor het leiden en beheren van de school, voor het geven van onderwijs aan de school en voor de overige werkzaamheden die verband houden met het onderwijs aan de school." Zie ook art. 86, tweede lid, en 84, eerste lid, WVO. In WEB en WHW ontbreken dergelijke bepalingen.
- [8] In art. 4:21 Awb, vierde lid, is geregeld dat de subsidietitel op bekostiging 'van overeenkomstige toepassing' is. Waarom dat zo is werd uit de memorie van toelichting niet duidelijk, er werd slechts verwezen naar 'de eigen aard' van de bekostiging van onderwijs met verwijzing naar art. 23 van de Grondwet. Uit de jurisprudentie blijkt dat de ABRvS bekostiging beschouwt als subsidie en de subsidietitel daarop onverkort toepast. Zie bijvoorbeeld de op dit punt uitvoerig gemotiveerde uitspraak ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (ROC West-Brabant).
- [9] Art. 75-77 WPO.
- [10] Art. 79 WPO.
- [11] Art. 115, 134 en 137 WPO en art. 12a en 18Bekostigingsbesluit WPO.
- [12] Zie art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO.
- [13] Art. 66 WVO.
- [14] Zie Kamerstukken II 1993/94, 23 778, nr. 3, p. 131.
- [15] Zie art. 1.8 en 1.9 WHW.
- [16] Uit art. 2.5 WHW blijkt dat de rijksbijdrage wordt vastgesteld, zoals het derde lid zegt, "in overeenstemming met het desbetreffende onderdeel van de voor dat begrotingsjaar geldende rijksbegroting." Dit duidt op een vaststelling voorafgaand aan de periode waarvoor de bekostiging geldt; de begroting heeft immers betrekking op een toekomstige periode. Art. 2.2.4 WEB bevat een gelijksoortige bepaling.
- [17] Zie art. 1.9. eerste lid, WHW: de in de bijlage bij de wet genoemde instellingen hebben aanspraak op bekostiging van hun opleidingen uit 's rijks kas, voor zover aan de wettelijke voorwaarden inzake toets eerste opleiding en accreditatie wordt voldaan.
- [18] Vgl. art. 4:43 Awb.
- [19] E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, J.M.E. van Breugel, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Derde Tranche, p. 169/170.
- [20] Art. 4:46, tweede lid, Awb.
- [21] ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7173, r.o. 2.9.3.
- [22] Zie ABRvS 12 juli 2006, AB 2008/63, m.nt. N. Verheij, JB 2006/253, m.nt. F.A.M. Stroink (HPG), ABRvS 2 augustus 2006, AB 2008/65, m.nt. N. Verheij, JB 2006/274 (HBO-fraude).
- [23] Vgl. ABRvS 30 december 2009, AB 2010/55, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 10 maart 2010, AB 2011/68, m.nt. J.E. van den Brink en ABRvS 3 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:BR3986.

- [24] ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, r.o. 2.6 e.v., AB 2013/423, m.nt. Claessens. Een ander voorbeeld betreft biedt ABRvS 10 oktober 2012, waaruit verwarring aan de kant van het bekostigende bestuursorgaan blijkt ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013/162, m.nt. Den Ouden.
- [25] Zie bijv. ook ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 (HAN) en ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011/275, m.nt. Claessens.
- [26] Zie B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, preadvies VAR, in: De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJu 2000, p. 135. Voorts Kamerstukken II 1999 /00, 27 265, nr. 3, p. 2.
- [27] Vgl. D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, in: Nederland rechtsstaat, Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet (december 2013), nr. 13, op: www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet.
- [28] Zie bijv. art. 21 TNO-wet en art. 3a van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.
- [29] Zie bijv. ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216 en ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, JB 2008/184.
- [30] *Kamerstukken II* 2013/14, 31 289, nr. 182, p. 4. Art. 4:48 Awb gaat over het intrekken van besluiten tot subsidieverlening. Hoewel art. 4:48 Awb ruime intrekkingsbevoegdheden geeft, staat art. 23 Gw eraan in de weg dat op basis van deze bepaling het aanwijzingsbesluit c.q. verleningsbesluit wordt ingetrokken: dat kan alleen in geval de bijzondere (onderwijs)wet, die ook uitputtend en dwingend de gronden bevat tot het in aanmerking brengen van bekostiging, de gronden tot met die intrekking gepaard gaande stopzetting van bekostiging bevat. De staatssecretaris kan niet via de sluipteg van de Awb de beperkende gronden van de onderwijswet ontlopen.
- [31] Zie uitgebreid, in het bijzonder over het rechtsstatelijke gehalte van de handhaving, F.C.M.A. Michiels en C.W. Noorlander, Sanctionering in het onderwijs, *NTOR* 2013, jaargang 25, nr. 2, p. 100-132.
- [32] Zie bijv. art. 163b WPO.
- [33] Zie bijv. art. 164, eerste lid, Awb.
- [34] Zie bijv. art. 164, derde lid, Awb.
- [35] Vgl. W. Tijbosch, De verhouding tussen de onderwijswetgeving en de subsidietitel van de Awb, *NTOR* 2011, p. 122-123.
- [36] *Stb.* 2013, 338 en de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer in het kader van de nahanprocedure d.d. 1 oktober 2013.
- [37] Zie bijv. ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:BU7072, AB 2012/126, m.nt. Van der Grinten.
- [38] Aan het einde van deze paragraaf gaan we kort in op de wenselijkheid boeten aan natuurlijke personen te kunnen opleggen.
- [39] De termen model A en model B komen uit het rapport van de Commissie Kortmann Handhaving door bestuurlijke boeten, dat begin 1994 werd uitgebracht.
- [40] Zie bijvoorbeeld art. 1a1 LPW.
- [41] vgl. art. 148, vierde lid WPO.
- [42] Zie daarover onder meer R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht (diss.), Deventer: Kluwer 2011.
- [43] Wel geldt sinds 1 januari 2013 de Wet bestuurlijke boete meldingsplichtigen door ministeries verstrekte subsidies, zie *Kamerstukken* met nr. 32 838 en *Stb.* 2012, 527. Deze wet heeft voorbekostigingsrelaties echter nauwelijks relevantie.
- [44] Zie bijv. ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007/349, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden, AB 2007/169 (Triplewood) en ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7478, AB 2013/161, m.nt. Den Ouden.
- [45] Zie daarover Den Ouden/Jacobs/Verheij, Subsidierecht, Kluwer 2011, p. 188 e.v. Zie voor een concreet voorbeeld ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 (HAN).
- [46] We gebruiken deze term als verzamelterm voor alle procedures die vooraf (kunnen) gaan aan een procedure bij de bestuursrechter dan wel de burgerlijke rechter.
- [47] Art. 63 WPO, art. 15Inrichtingsbesluit WVO.

- [48] Art. 60 WPO, art. 63 WEC, art. 52 WVO, art. 4.1.5 WEB, art. 4.7 WHW.
- [49] Art. 60 lid 3 WPO, art. 63 lid 4 WEC, art. 52 lid 3 WVO, 4.1.6 lid 5 WEB, art. 4.7 lid 6 WHW.
- [50] Vgl. B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- [51] *Kamerstukken II 1958/59*, 5350, nr. 3, p. 22.
- [52] Vgl. *Kamerstukken II 2011 /12*, 33 106, nr. 53 (amendement Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering), *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 455, nr. 47 (amendement advisering Onderwijsraad), *Kamerstukken II 2005 /06*, 30 313, nr. 34 (amendement onderwijsachterstandenbeleid), *Kamerstukken II 2004 /05*, 29 687, nr. 8 (geschilprocedure huisvesting, 76u WVO).
- [53] Vgl. H. Mertens en J. Sperling, *Het bonte palet van rechtsbescherming in het onderwijs*, *NTOR* 2013/1.
- [54] Vgl. de één loket-gedachte uit de Wabo. *Kamerstukken II 2006 /07*, 30 844, nr. 3, p. 3. Zie ook de aanbeveling van H. Mertens en J. Sperling in *Het bonte palet van rechtsbescherming in het onderwijs*, *NTOR* 2013/1.
- [55] *Kamerstukken II 2006 /07*, 30 844, nr. 3, p. 41-42. Zie ook *Kamerstukken II 2003 /04*, 25 425, nr. 7, p. 8, als ook J.E.M. Polak e.a. (Commissie rechtsbescherming VAR), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJU 2004.
- [56] Zie de brief van de Ministers van Justitie en BZK inzake de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie (*Kamerstukken II 2003 /04*, 25 425, nr. 7, p. 8). Zie ook Polak 2004.
- [57] *Kamerstukken II 2006 /07*, 30 844, nr. 3, p. 41-42. Zie ook *Kamerstukken II 2003 /04*, 25 425, nr. 7, p. 8, als ook Polak e.a., a.w.
- [58] Soms is er beroep in enige aanleg op een andere instantie: het beroep op de CBHO.
- [59] Voor een volledig overzicht zij verwezen naar art. 8:6 Awb jo. bijlage 2 bij de Awb (bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak).
- [60] Soms staat beroep in één instantie op een andere rechter open. Tegen beslissingen van organen van zowel openbare als bijzondere hogescholen of universiteiten, die jegens een betrokkene zijn genomen, staat beroep open op het College van beroep voor het hoger onderwijs (CBHO), als bedoeld in de art. 7.64 t/m 7.66 WHW. Op de procedure bij het college is hoofdstuk 8 van de Awb, met uitzondering van 8:1, eerste en tweede lid, en art. 8:13 Awb, van overeenkomstige toepassing. Het college doet bindende uitspraken, waartegen geen hoger beroep openstaat.
- [61] Vgl. *Kamerstukken II 2006 /07*, 30 844, nr. 3, p. 41-42.
- [62] Vgl. de reflectie van de wetgever ten aanzien van de rechtsbescherming in de WHW (*Kamerstukken II 1988 /89*, 21 073, nr. 3, p. 100). In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat gedacht is over het afschaffen van (de voorganger van) het CBHO, aangezien de gewone rechtsbescherming afdoende moet worden geacht. Daarmee zou de opgebouwde expertise bij het CBHO echter verloren gaan. Daarnaast was volgens de regering het CBHO sneller in staat geschillen te beslechten, hetgeen van belang is met het oog op de studievoortgang.
- [63] Zie daarover recentelijk R. Ortlep e.a., *Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht*, DOI 10.5553/NALL/.000020.
- [64] Met die zin beginnen Vermeulen en Poot hun bijdrage aan de bundel over 15 jaar Awb. Zie B.P. Vermeulen en M.R. Poot, *De Awb en het onderwijsrecht*, in: T. Barkhuysen. W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJU 2010, p. 375-396.