

Citeerwijze van dit artikel:

T. Barkhuysen en mr. Machteld mr. Claessens, 'Fusies in alle lagen van het onderwijs: praktische en juridische handvatten bij de toepassing van de fusietoets', *NALL* 2013, april-juni, DOI: 10.5553/NALL.000011

DOI: 10.5553/NALL.000011

## Fusies in alle lagen van het onderwijs: praktische en juridische handvatten bij de toepassing van de fusietoets

*T. Barkhuysen en mr. Machteld mr. Claessens*

### 1 Inleiding

Op 1 oktober 2011 is de zogenaamde "fusietoets" voor het onderwijs in werking getreden.<sup>1</sup> Dit is één van de overheidsmaatregelen om invloed te kunnen uitoefenen op de omvang van een onderwijsorganisatie. Onderwijsorganisaties die met elkaar op bestuurlijk of instellingsniveau willen fuseren, dienen hiervoor ingevolge de fusietoets eerst om toestemming van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ("OCW") te vragen. De fusietoets is inmiddels ruim een jaar van kracht en de eerste beslissingen op basis daarvan zijn door de minister van OCW genomen. Hij heeft zich daarbij laten adviseren door de Adviescommissie Fusietoets in het onderwijs ("Adviescommissie") voor fusies in het primair-, speciaal-, voortgezet- en beroepsonderwijs en door de Commissie Doelmatigheid Hoger Onderwijs ("CDHO") voor fusies in het hoger onderwijs.<sup>2</sup> De besluitvorming van de minister van OCW en de daaraan ten grondslag liggende adviezen hebben ons ertoe gebracht om de ervaringen met de fusietoets te gaan onderzoeken.

Eenzijds vraagt het onderwijsbeleid om verzakelijking en kostenefficiënt handelen. Dit leidde en leidt nog steeds tot de wens bij onderwijsorganisaties om te fuseren. Anderzijds nemen we waar dat er hernieuwde aandacht is om het onderwijs op kleinere wijze te organiseren. Deze aandacht is mede ingegeven door de perikelen omtrent de financiële situatie van ROC Amarantis.<sup>3</sup> Het is opvallend dat de beide stromingen, de wens om te fuseren en aandacht voor het verkleinen van de schaal van het onderwijs, met het recente Rotterdamse voorstel van ROC's Albeda en Zadkine bij elkaar komen: zij hebben het voornemen om te komen tot kleinere onderwijseenheden, maar niet voordat zij eerst met elkaar zijn gefuseerd.<sup>4</sup> De minister van OCW laat zijn oordeel hierover nog in het midden. Wel benadrukt de minister dat het om de kwaliteit van het onderwijs gaat. Er is niet één optimale schaal voor alle onderwijsorganisaties, zo

antwoordt hij op Kamervragen.<sup>5</sup> Een en ander laat zien dat de fusietoetsproblematiek onverminderd actueel is. De ervaringen van één jaar fusietoets en de recente ontwikkelingen in dit verband zijn verwerkt in de onderhavige bijdrage.

Ons onderzoek is ten eerste gebaseerd op verschillende (juridische) bronnen. Het juridisch kader (paragraaf 2), reacties op het wetsvoorstel (paragraaf 3) en de adviezen van de commissies inzake de fusietoets (paragraaf 4) vormen het uitgangspunt van ons onderzoek.<sup>6</sup> In deze paragrafen geven we hiervan ook direct onze eerste beoordeling. Daarnaast hebben wij ons onderzoek gebaseerd op de uitwisseling van praktijkervaringen tijdens een rondetafelgesprek op 26 september 2012 met verschillende bestuurders, dan wel hun vertegenwoordigers, van onderwijsorganisaties en diverse brancheorganisaties van de verschillende onderwijssectoren ("onderwijsraden"). Een nadere toelichting hierop geven wij in paragraaf 5. In paragraaf 6 geven wij ons eigen oordeel met betrekking tot het functioneren van de fusietoets. Waar er zich naar ons idee knelpunten voordoen bij de toepassing van de fusietoets, doen wij in deze paragraaf ook voorstellen voor het wegnemen daarvan. In paragraaf 7 volgen enkele slotopmerkingen.

## 2 Juridisch kader van de fusietoets

In deze paragraaf beschrijven wij ten eerste het doel van de fusietoets (paragraaf 2.1) en wat onder een "fusie" in de zin van die toets moet worden verstaan (paragraaf 2.2). Ook beschrijven wij het "systeem" van de fusietoets, dat in de verschillende onderwijswetten en de onderliggende Regeling en Beleidsregels fusietoets in het onderwijs ("Regeling fusietoets") is neergelegd (paragraaf 2.3).<sup>7</sup> Als in het hiernavolgende wordt gesproken van "de wet",<sup>8</sup> bedoelen we de gezamenlijke onderwijswetten waarin de fusietoets is neergelegd. Daarna komen we toe aan een uitwerking van het criterium "keuzevrijheid" op basis waarvan de minister van OCW beoordeelt of de voorgenomen fusie toelaatbaar is (paragraaf 2.4). Vervolgens beschrijven we de procedure van de fusietoets (paragraaf 2.5). Tot slot beantwoorden we de vraag in hoeverre de legitimiteit van de voorgenomen fusie een rol kan spelen in het kader van de fusietoets (paragraaf 2.6).

### 2.1 Doel van de fusietoets

Het doel van de fusietoets is het "bevorderen dat onderwijsinstellingen zich op een menselijke maat organiseren." Onder het begrip van "de menselijke maat" moet volgens de minister van OCW worden verstaan "dat een onderwijsinstelling overzichtelijk is, zodat de betrokkenen en belanghebbenden zeggenschap en keuzevrijheid hebben en zich samen verantwoordelijk weten voor de onderwijsinstelling en de lijnen van besluitvorming kort zijn."<sup>9</sup> Anders gezegd, met de fusietoets probeert de minister van OCW "schaalvergroting" in het onderwijs tegen te gaan. Dit is namelijk "een belangrijke factor in het realiseren van een menselijke maat op scholen."<sup>10</sup> De fusietoets is daarbij specifiek gericht op zowel het beperken van de bestuurlijke schaal (het aantal scholen dat een bestuur onder zich heeft) als de schaalgrootte van de onderwijsinstelling (het aantal leerlingen dat een school heeft).<sup>11</sup>

## 2.2 Het bereik van de fusietoets: bestuurlijke en institutionele fusies

Onder een "fusie" in de zin van de fusietoets wordt een "bestuurlijke fusie" of een "institutionele fusie" verstaan. Het onderscheid tussen beide soorten fusies is in essentie dat in het eerste geval de privaatrechtelijke rechtspersonen (bijvoorbeeld stichtingen of verenigingen) die elk scholen in het primair, (voortgezet) speciaal en/of voortgezet onderwijs en/of onderwijsinstellingen in de beroepsonderwijs en volwasseneneducatiesector ("Bve-sector") of hoger onderwijssector ("ho-sector") in stand houden, fuseren.<sup>12</sup> De scholen en/of onderwijsinstellingen die door de fuserende rechtspersonen in stand worden gehouden, blijven door deze fusie bestaan. Hierdoor verandert dus niets voor bijvoorbeeld de inschrijving van de leerling of student en voor de bekostigingsaanspraak van die school en/of instelling. In het tweede geval is sprake van een fusie tussen de scholen en/of onderwijsinstellingen, die een publiekrechtelijk karakter hebben. In dit geval verandert er wel iets voor de leerlingen of studenten, omdat zij zich bij een andere, namelijk de gefuseerde, school moeten inschrijven dan voorheen. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij – waar mogelijk – spreken van een fusie van "onderwijsorganisaties". In dat geval maken wij geen onderscheid tussen een bestuurlijke of institutionele fusie.

De hoofdkenmerken van een bestuurlijke- en institutionele fusie zijn hiervoor al weergegeven, maar in de toepasselijke wetgeving (waarover hierna meer) zijn deze begrippen per onderwijssector weer anders gedefinieerd. Met betrekking tot het primair, (voortgezet) speciaal en voortgezet onderwijs is de "bestuurlijke fusie" gedefinieerd als een fusie waarbij één of meer rechtspersonen de instandhouding van een school als bedoeld in de Wpo, de Wec dan wel de Wvo overdragen.<sup>13</sup> In de Bve-sector is er een bestuurlijke fusie aan de orde wanneer zich een fusie voordoet "waarbij een of meer rechtspersonen de instandhouding van een instelling, een school als bedoeld in de Wet op het voortgezet onderwijs, dan wel een instelling als bedoeld in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek overdragen."<sup>14</sup> In het hoger onderwijs is de "bestuurlijke fusie" als volgt gedefinieerd: "de rechtspersoon die een bijzondere hogeschool in stand houdt, (...) de instandhouding daarvan [kan] overdragen aan een andere rechtspersoon die een bijzondere hogeschool in stand houdt en die voldoet aan artikel 10.8, eerste lid, of kan fuseren met een rechtspersoon die een andere bijzondere hogeschool in stand houdt."<sup>15</sup> Deze bepaling geldt blijkens artikel 16.16, vijfde lid, WHW ook voor rechtspersonen die bijzondere universiteiten in stand houden.

In het primair en (voortgezet) speciaal onderwijs is sprake van een "institutionele fusie", indien bij de fusie "een school ontstaat door samenvoeging van twee of meer scholen."<sup>16</sup> Voor het voortgezet onderwijs geldt dat er een institutionele fusie aan de orde is, indien er "een fusie [is] als bedoeld in artikel 71, tweede en derde lid, waarbij een school ontstaat door samenvoeging van twee of meer scholen dan wel instellingen als bedoeld in de Wet educatie en beroepsonderwijs."<sup>17</sup> Een institutionele fusie in de Bve-sector houdt in dat een fusie plaatsvindt "waarbij een instelling ontstaat door samenvoeging van twee of meer instellingen."<sup>18</sup> In artikel 16.16, tweede lid, WHW is bepaald dat in het hoger onderwijs van een institutionele fusie wordt gesproken, wanneer "een

rechtspersoon die twee of meer hogescholen in stand houdt, (...) deze [kan] samenvoegen tot een hogeschool." Ook hier geldt weer dat deze bepaling van overeenkomstige toepassing is op rechtspersonen die bijzondere universiteiten in stand houden.

Voor het van toepassing zijn van de fusietoets op een institutionele fusie, dienen de onderliggende scholen en/of onderwijsinstellingen wel "zelfstandig" te zijn. De scholen en/of onderwijsinstellingen dienen aldus hun eigen "BRIN-nummer"<sup>19</sup> te hebben. Een fusie van nevenvestigingen van een brede scholengemeenschap valt niet onder de werking van de fusietoets.<sup>20</sup> Eveneens zijn van de fusietoets uitgezonderd institutionele fusies in het primair onderwijs waarbij het totaal aantal leerlingen van de betrokken scholen minder dan 500 bedraagt of bestuurlijke fusies in het primair onderwijs waarbij het aantal betrokken scholen voor het primair onderwijs minder dan tien bedraagt en er geen zowel openbare als bijzondere scholen bij betrokken zijn (artikel 64a Wpo). Deze fusies blijven onder de zogenaamde "toetsdrempel".<sup>21</sup>

Ondanks de toepasselijkheid van de fusietoets op de rechtspersonen in het hoger onderwijs, die één of meer bijzondere hogescholen of bijzondere universiteiten in stand houden, geldt de fusietoets voor een bestuurlijke fusie tussen rechtspersonen die openbare hogescholen of openbare universiteiten in stand houden, niet. Zij moeten voor een fusie aan de wetgever om toestemming vragen op grond van de bijlage in de WHW (daarin staat namelijk de benaming van openbare hogescholen en universiteiten vermeld). Het is overigens opvallend dat voor die laatste toestemming expliciete criteria ontbreken. Het ligt daarom voor de hand dat de criteria van de fusietoets de facto ook voor de openbare hogescholen en openbare universiteiten zullen gelden.

De vraag kan worden opgeworpen of "de menselijke maat" in het onderwijs voor het hoger onderwijs net zo voor de hand ligt als voor het al vanzelfsprekender kleinschaliger onderwijs in het basisonderwijs. De vraag in hoeverre sprake moet zijn van een "menselijke maat" in elk van de onderwijssectoren afzonderlijk, is ondervangen door aan het toepasselijke criterium "keuzevrijheid" per sector een andere definitie te geven. Op dit criterium en de gegeven uitleg hieraan per onderwijssector gaan wij in de volgende paragraaf nader in.

### **2.3 Systeem van de fusietoets: de keuzevrijheid van onderwijs als criterium en de rechtvaardigingsgronden**

Om de menselijke maat in elke sector van het onderwijs te waarborgen, wordt met de fusietoets het volgende systeem gehanteerd. Onderwijsorganisaties die met elkaar willen fuseren en fusietoetsplichtig zijn, hebben voor deze fusie voorafgaande goedkeuring van de minister van OCW nodig.<sup>22</sup> Tegen het besluit van de minister van OCW tot honorering of afwijzing van de fusietoetsaanvraag kunnen de betrokken rechtspersonen die de scholen en/of onderwijsinstellingen in stand houden en andere belanghebbenden<sup>23</sup> binnen zes weken bezwaar maken bij de minister van OCW en indien gewenst later beroep instellen bij de bestuursrechter.<sup>24</sup> Fuseren de fusietoetsplichtige onderwijsinstellingen zonder goedkeuring van de minister, dan kunnen de betreffende onderwijsinstellingen

hiervoor in hun bekostiging worden gesanctioneerd.<sup>25</sup>

De minister van OCW "kan" op grond van de wet goedkeuring aan de voorgenomen bestuurlijke of institutionele fusie onthouden, wanneer met die fusie "de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod significant wordt belemmerd". Er is dan sprake van een in beginsel onaanvaardbare beperking van de keuzevrijheid van het onderwijs.<sup>26</sup> Dit criterium wordt afhankelijk van de onderwijssector waarop de fusie betrekking heeft en de soort voorgenomen fusie telkens anders ingevuld. Gelet op de vage formulering van het wettelijke criterium "de significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod" komt de minister van OCW bij de beoordeling van een fusietoetsaanvraag beoordelingsvrijheid toe. Immers, het begrip "keuzevrijheid" – en wanneer dit significant wordt belemmerd – kan door de minister van OCW niet slechts op één manier worden ingevuld. Ter invulling van de beoordelingsvrijheid heeft de minister van OCW ervoor gekozen om in de Regeling fusietoets vast te leggen wat *in ieder geval* onder "de significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod" wordt verstaan.<sup>27</sup> Echter, ook in dit beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets is het begrip "keuzevrijheid" niet uitputtend gedefinieerd.<sup>28</sup> De woorden "in ieder geval" laten namelijk nog steeds ruimte voor andere interpretaties van het criterium. Ook dient de minister van OCW telkens na te gaan of er door de toepassing van de wel in de beleidsregel vastgelegde criteria geen onevenredige gevolgen voor belanghebbenden ontstaan in verhouding tot de met de Regeling fusietoets te dienen belangen (artikel 4:84 Awb). Gelet op de beoordelingsvrijheid van de minister van OCW zal de bestuursrechter de aangevochten besluiten ten aanzien van de fusietoetsaanvraag marginaal toetsen. Dat wil zeggen dat hij enkel beoordeelt of de minister "in redelijkheid" tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>29</sup>

De minister van OCW heeft blijkens de fusietoetswetgeving de bevoegdheid om een fusie toch goed te keuren, ondanks dat door die fusie de keuzevrijheid significant wordt belemmerd. Dit volgt uit het feit dat de wet bepaalt dat de goedkeuring "kan" worden onthouden, indien er sprake is van een significante belemmering van de keuzevrijheid,<sup>30</sup> hetgeen beleidsvrijheid voor de minister van OCW op dit punt impliceert. Artikel 19 Regeling fusietoets geeft mede invulling aan deze beleidsvrijheid. In dit artikel is een niet-limitatieve opsomming van zogenaamde "rechtvaardigingsgronden" opgenomen, die kunnen nopen tot het alsnog verlenen van goedkeuring. Deze rechtvaardigingsgronden zien op de omstandigheid dat bij het achterwege blijven van een fusie de continuïteit of de variatie van het onderwijsaanbod in gevaar komt (sub a), de kwaliteit van het onderwijs in redelijkheid niet geborgd kan blijven (sub b) en/of er geen beschikbare financiële middelen zijn om alternatieven voor de fusie te vinden (sub c). De beleidsvrijheid van de minister is hierdoor (deels) ingevuld. De minister van OCW dient in beginsel conform deze beleidsregel te beslissen. Wanneer zich aldus een rechtvaardigingsgrond voordoet zal hij de fusie goedkeuren, ook als hierdoor de keuzevrijheid significant wordt belemmerd. De inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb kan evenwel nog om een extra afweging vragen, namelijk beantwoording van de vraag of er met de door de minister voorgenomen beslissing tot afwijzing van respectievelijk goedkeuring van de fusie geen

(andere) belanghebbenden onevenredig worden getroffen. Dan zal namelijk alsnog goedkeuring moeten worden gegeven respectievelijk onthouden aan de voorgenomen fusie.

Kortom, de minister heeft ten aanzien van de fusietoets beoordelings- en beleidsvrijheid. Dit heeft tot gevolg dat hij maatwerk kan en moet leveren. Alle relevante feiten en omstandigheden kunnen hierdoor worden meegewogen in de besluitvorming. De keerzijde hiervan is echter dat de bestuursrechter daardoor (zoals de wetgever het ook heeft bedoeld) weinig handvatten heeft om in de besluitvorming van de minister van OCW in te grijpen, die immers veel ruimte heeft. Om deze twee redenen is de voorspelbaarheid van de uitkomst van de fusietoetsaanvraag ondanks het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets nog beperkt.

## 2.4 Criteria voor een bestuurlijke of institutionele fusie

In paragraaf 2.3 hebben wij uiteengezet wanneer de minister kan overgaan tot al dan niet goedkeuring van een fusietoetsaanvraag. In deze paragraaf gaan we per onderwijssector nader in op het criterium "keuzevrijheid". Een belangrijke vraag is in dat kader of de daaruit voortvloeiende eisen voor een bestuurlijke fusie – die in het algemeen als minder ingrijpend kan worden beschouwd dan een institutionele fusie, bijvoorbeeld omdat leerlingen en studenten zich nog steeds bij dezelfde school of onderwijsinstelling kunnen inschrijven dan vóór de fusie – minder zwaar zijn dan voor een institutionele fusie.

### Primair onderwijs

In het primair onderwijs kan de minister van OCW goedkeuring onthouden "indien als gevolg van een institutionele of bestuurlijke fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting en pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen, op significante wijze wordt belemmerd (cursivering TB/MC)."<sup>31</sup> In het primair onderwijs wordt het criterium van de keuzevrijheid aldus nader ingevuld met de richting en de pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren onderwijsorganisaties. In artikel 10 van de Regeling fusietoets is opgenomen dat er ten aanzien van een bestuurlijke fusie "in ieder geval sprake [is] van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod (...) indien de door de voorgenomen bestuurlijke fusie ontstane rechtspersoon een marktpositie van meer dan 50% van het onderwijsaanbod heeft in de gemeente of gemeenten waarin de rechtspersoon scholen in stand houdt (...)." Artikel 11 Regeling fusietoets betreft de institutionele fusie, waarbij van een significante belemmering van de keuzevrijheid sprake is "indien er als gevolg van de institutionele fusie minder dan twee scholen overblijven zowel in het opzicht van richting als pedagogisch-didactische aanpak, in een straal van 10 kilometer gerekend vanaf het vestigingsadres van de hoofdvestiging van de school (...)." Met betrekking tot de bestuurlijke fusie wordt aldus sterk gekeken naar objectieve marktaandeelcijfers: overstijgt de nieuwe rechtspersoon die de scholen in stand houdt niet de 50% grens? Ten aanzien van de institutionele fusie wordt veel meer inhoudelijk gekeken of er nog voldoende verschillend

aanbod is in de richting en de pedagogisch-didactische aanpak van de onderwijsorganisaties. Verder is relevant dat het voedingsgebied bij een institutionele fusie (de gemeente of gemeenten waarin de rechtspersonen scholen in stand houdt) kan afwijken van het voedingsgebied bij een bestuurlijke fusie (10 kilometer).

### **(Voortgezet) speciaal onderwijs**

In het (voortgezet) speciaal onderwijs kan de minister van OCW goedkeuring aan een bestuurlijke en/of institutionele fusie onthouden, "indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het bijzonder ten aanzien van de evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen binnen het voedingsgebied, op significante wijze wordt belemmerd (cursivering TB/MC)."<sup>32</sup> Hier geldt een andere inhoudelijke norm in het kader van de keuzevrijheid dan in het primair onderwijs. In het (voortgezet) speciaal onderwijs is veeleer de spreiding van de onderwijsvoorzieningen van belang dan de denominatie van dat onderwijs. In artikel 12 Regeling fusietoets is deze norm nader uitgewerkt voor een bestuurlijke fusie. Er is in ieder geval sprake van een significante belemmering van de keuzevrijheid "indien er een marktpositie ontstaat waarbij de door de voorgenomen bestuurlijke fusie ontstane rechtspersoon meer dan 50% van het onderwijsaanbod van de betreffende onderwijssoort in het [(voortgezet)] speciaal onderwijs (...) in Nederland verzorgt (...)." Artikel 13 bevat het nadere kader voor een institutionele fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs. Daarin is geregeld dat in ieder geval sprake is van een significante belemmering van de keuzevrijheid, wanneer "er door de voorgenomen institutionele fusie niet langer sprake is van een evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen ten behoeve van een bepaalde onderwijssoort in het [(voortgezet)] speciaal onderwijs (...) in het gebied dat gelet op de betreffende onderwijssoort op een maatschappelijk aanvaarde afstand voor de leerlingen is gelegen (...)." Ook in deze onderwijssector verschilt het voedingsgebied dus per soort fusie. Het voedingsgebied voor een bestuurlijke fusie (Nederland) is ruimer dan voor een institutionele fusie (in een gebied dat op maatschappelijk aanvaarde afstand van de leerlingen is gelegen). Desalniettemin neemt de memorie van toelichting op het wetsvoorstel over de fusietoets voor beide soorten fusies als uitgangspunt het "thuis nabij-onderwijs", dat door een fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs niet in gevaar mag komen.<sup>33</sup> Hoewel de norm voor een institutionele fusie op het eerste oog strenger lijkt, wil dit echter nog niet zeggen dat er sneller aan de norm voor een bestuurlijke fusie wordt voldaan (de 50% marktaandeelgrens). Het is namelijk onduidelijk hoe de norm ten aanzien van de institutionele fusie wordt geïnterpreteerd. Immers "een evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen" zou ook aan de hand van marktaandeelpercentages berekend kunnen worden.

### **Voortgezet onderwijs**

De fusietoets in het voortgezet onderwijs is tweeledig.<sup>34</sup> Uitgangspunt is – eigenlijk net als in het primair onderwijs – dat de leerlingen en ouders van die leerlingen voldoende keuze moet hebben en het onderwijs bereikbaar moet zijn. De minister kan blijkens die wetbepaling goedkeuring onthouden indien als

gevolg van een institutionele of bestuurlijke fusie "de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting als van pedagogisch-didactische aanpak en schoolsoort binnen de gemeenten waarin de huidige leerlingen van die scholen of rechtspersonen woonachtig zijn, op significante wijze wordt belemmerd" (sub a) of wanneer "het aandeel per schoolsoort van de bij de fusie betrokken scholen in het aantal leerlingen in de gemeenten waarin de huidige leerlingen van die scholen woonachtig zijn een nader bij ministeriële regeling [de Regeling fusietoets, TB/MC] vast te stellen percentage overschrijft" (sub b). Daarenboven heeft de minister van OCW in de memorie van toelichting aangegeven dat in het kader van de fusietoets ook de norm van "20% overlap in voedingsgebied" in de zin van artikel 71 Wvo dient te worden beoordeeld.<sup>35</sup> In het primaire onderwijs zagen we dat een uitwerking van het begrip "significante belemmering van de keuzevrijheid" als bepaald in sub b van artikel 53, eerste lid, Wvo op het niveau van de Regeling fusietoets was geregeld. In de toelichting op het wetsvoorstel over de fusietoets is niet nader ingegaan op de vraag waarom een soortgelijke norm met betrekking tot het voortgezet onderwijs al op wetsniveau is vastgelegd.

In artikel 14 Regeling fusietoets is voor de bestuurlijke fusie in het voortgezet onderwijs geregeld dat er in ieder geval een significante belemmering van de keuzevrijheid is indien "er per schoolsoort minder dan twee rechtspersonen overblijven van verschillende richting of pedagogisch-didactische aanpak in de gemeente of gemeenten waarin de leerlingen van de betreffende schoolsoort of schoolsoorten van de bij de voorgenomen bestuurlijke fusie betrokken scholen of scholengemeenschappen woonachtig zijn" (sub a) of "de door de voorgenomen bestuurlijke fusie ontstane rechtspersoon een marktpositie heeft van meer dan 50% van het aantal leerlingen in de gemeente of gemeenten waarin de leerlingen van de betreffende schoolsoort of schoolsoorten van de bij de voorgenomen fusie betrokken scholen of scholengemeenschappen woonachtig zijn (...)" (sub b). Ten eerste valt ons op dat met betrekking tot de norm in sub a niet een verwijzing naar een mogelijke rechtvaardigingsgrond is opgenomen, hetgeen ten aanzien van alle andere uitgewerkte normen in de Regeling fusietoets wel het geval is. Verder valt ons op dat in het voortgezet onderwijs niet onderwijsbreed de fusietoets wordt afgelegd, maar per onderwijssoort. Dit terwijl heel goed voorstelbaar is dat de organisatie van een middelbare school wel onderwijsbreed is georganiseerd en ook met betrekking tot het bestaan van de gehele school wordt besloten of een fusie wenselijk is. Desalniettemin dient er per schoolsoort te worden onderzocht of de keuzevrijheid niet significant zal worden belemmerd door de voorgenomen bestuurlijke fusie.

Gelet op de hiervoor aangehaalde norm voor bestuurlijke fusies in het voortgezet onderwijs, geldt voor een institutionele fusie in het voortgezet onderwijs nagenoeg eenzelfde norm. Voor institutionele fusies in het voortgezet onderwijs geldt blijkens artikel 15, aanhef, Regeling fusietoets namelijk de norm dat de keuzevrijheid in ieder geval in het geding is indien "er per schoolsoort minder dan twee scholen of scholengemeenschappen overblijven van verschillende richting of pedagogisch-didactische aanpak in de gemeente of gemeenten waarin de leerlingen van de betreffende schoolsoort of schoolsoorten van de bij de voorgenomen institutionele fusie betrokken scholen of scholengemeenschappen woonachtig zijn" (sub a) of "de door de voorgenomen institutionele fusie

ontstane school of scholengemeenschap een marktpositie heeft van meer dan 50% van het aantal leerlingen in de gemeente of gemeenten waarin de leerlingen van de betreffende scholen of scholengemeenschappen woonachtig zijn (...)" (sub b).

## Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie

In vergelijking met de andere onderwijssectoren wijkt de uitwerking van het criterium "keuzevrijheid" voor de Bve-sector af, ondanks dat de formulering in artikel 2.1.11, eerste lid, Web gelijk is aan die van de andere onderwijswetgeving.<sup>36</sup> In de Bve-sector wordt in aanvulling op dit criterium namelijk al van oudsher een (wettelijk) "nee, tenzij"-principe gehanteerd bij (voorgenomen) institutionele fusies.<sup>37</sup> De sector kent namelijk al langer een (met de huidige fusietoets vergelijkbare) fusietoets voor institutionele fusies. Op grond van artikel 2.1.3, tweede lid en onder b, Web worden Bve-instellingen die zijn voortgekomen uit een samenvoeging of splitsing van bekostigde instellingen niet bij wet voor bekostiging in aanmerking gebracht.<sup>38</sup> Ingevolge het vierde lid van de genoemde Web-bepaling moet de gefuseerde instelling in plaats daarvan een aanvraag indienen bij de minister van OCW. De minister van OCW neemt vervolgens een besluit of hij zal overgaan tot bekostiging van de gefuseerde instelling.

Artikel 2.3.1 Web is nader uitgewerkt in de Regeling fusie- en splitsingstoets BVE ("Regeling BVE"), waarvan het fusiegedeelte met de inwerkingtreding van de fusietoets is komen te vervallen.<sup>39</sup> De Regeling BVE bevat nog slechts bepalingen ten aanzien van een splitsing van Bve-instellingen. Ten aanzien van fusies van Bve-instellingen was in de Regeling BVE opgenomen dat de minister van OCW zijn instemming onthoudt aan een fusie, "tenzij in voldoende mate is komen vast te staan dat de continuïteit van één of meer van de desbetreffende instellingen in het geding is,"<sup>40</sup> maar deze bepaling is komen te vervallen. In de huidige fusietoetswet- en regelgeving is deze negatieve formulering niet meer terug te vinden. Daarin is in artikel 2.1.11 Web opgenomen dat de minister van OCW "goedkeuring [kan] onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het opzicht van de diversiteit van onderwijsaanbieders in het middelbaar beroepsonderwijs, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het onderwijs op significante wijze wordt belemmerd (cursivering TB/MC)." Desalniettemin zou het "nee tenzij" principe nog wel (indirect) kunnen worden gelezen in de artikelen 16 en 17 Regeling fusietoets. Deze bepalingen hebben betrekking op de Bve-sector. In artikel 16 Regeling fusietoets is namelijk opgenomen dat er bij een bestuurlijke fusie in ieder geval sprake is van een significante belemmering van de keuzevrijheid "indien er twee of meer onder de rechtspersonen ressorterende instellingen betrokken zijn (...)." Een dergelijke situatie is snel aan de orde. In artikel 17 Regeling fusietoets is met betrekking tot de institutionele fusie geregeld dat daarbij in ieder geval de keuzevrijheid in het geding komt, "indien er als gevolg van de voorgenomen institutionele fusie een afname in variatie van het onderwijsaanbod of onderwijsaanbieders [is] in het gebied dat gezien de omgeving en onderwijssoort op een maatschappelijk aanvaarde afstand voor de deelnemers is gelegen (...)." (cursivering TB/MC) "Een afname" hoeft in de andere onderwijssectoren niet per se een significante belemmering van de

keuzevrijheid te betekenen. Gelet op de formulering van artikel 17 Regeling fusietoets is het dat wel het geval voor de Bve-sector. Een dergelijke afname is snel aan de orde bij een fusie, zodat een institutionele fusie in de Bve-sector niet snel toelaatbaar zal zijn (behoudens de gevallen waarin zich een rechtvaardigingsgrond voordoet).

## Hoger onderwijs

De toets in de ho-sector is te vergelijken met de macrodoelmatigheidstoets. Deze toets houdt beantwoording van de vraag in of de opleidingen die in het hoger onderwijs worden aangeboden aansluiten op het bedrijfsleven. De minister van OCW kan goedkeuring onthouden "indien als gevolg van de fusie, de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van de spreiding van voorzieningen als de diversiteit van het opleidingsaanbod in het hoger onderwijs, gelet op het geheel van voorzieningen op het gebied van het onderwijs op significante wijze wordt belemmerd" (cursivering TB/MC).<sup>41</sup> Daarnaast is specifiek voor institutionele fusies opgenomen dat de minister van OCW zijn goedkeuring daaraan verleent "indien dit noodzakelijk is voor de voortzetting van de uit de wet voortvloeiende rechten en verplichtingen van een of meer betrokken hogescholen [en universiteiten,<sup>42</sup> TB/MC]." De uitwerking van deze normen is neergelegd in artikel 18 Regeling fusietoets: "In het hoger onderwijs is in ieder geval sprake van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod (...) indien de fusie leidt tot substantieel nadelige effecten voor het onderwijsaanbod op de korte termijn of indien dit voorzienbaar is op de langere termijn, zonder dat daarvoor een aannemelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is."

## Tussenconclusie

Met betrekking tot de vraag of de criteria voor een bestuurlijke fusie lichter zijn dan die voor een institutionele fusie, is het navolgende van belang. Het voornaamste verschil in de criteria voor een bestuurlijke fusie in vergelijking met een institutionele fusie is het voedingsgebied dat voor de keuzevrijheid van onderwijs als uitgangspunt dient te worden genomen. Voor beide fusiesoorten gelden er andere criteria, die niet per se zwaarder of lichter ten opzichte van elkaar hoeven te zijn. De open normen in de wet en de Regeling fusietoets kunnen zodanig door de minister van OCW worden gehanteerd, zodat die normen (alsnog) even zwaar (of licht) zijn om aan te voldoen. Ook is het goed mogelijk dat – zoals in het voortgezet onderwijs – de norm voor de bestuurlijke fusie in de praktijk zodanig uitwerkt, dat deze zeer dicht tegen de norm van 10 kilometer met betrekking tot de institutionele fusie ligt. Al met al kan de gestelde vraag niet zo "zwartwit" worden benaderd met een antwoord dat er een groot of juist geen verschil zit in de criteria die gelden voor een bestuurlijke dan wel institutionele fusie.

### 2.5 "Legitimiteit" als tweede criterium?

Behalve het criterium "keuzevrijheid" is volgens de minister van OCW ook de "legitimiteit" van de voorgenomen fusie van belang. Dit houdt in dat bij de aanvraag inzicht moet worden gegeven in de betrokkenheid van de

medezeggenschapsraden en de lokale politiek, en de fusie-effectrapportage een onderdeel moet bevatten dat ziet op de gevolgen van de fusie voor het personeel en de leerlingen (dan wel studenten).<sup>43</sup> De "legitimatie" van de voorgenomen fusie heeft dus betrekking op het draagvlak dat bestuur en management voor die fusie zouden moeten creëren onder de belanghebbenden en betrokkenen bij de onderwijsinstelling.<sup>44</sup> De legitimatie is volgens de minister van OCW aldus een "procescriterium".<sup>45</sup> In dat kader is de fusie-effectrapportage voor de minister van OCW mede "een middel (...) om te toetsen of instellingen een zorgvuldig proces hebben doorlopen."<sup>46</sup> Echter, gelet op de formulering van de wet kan goedkeuring niet worden onthouden wegens een gebrek aan legitimatie; alleen het criterium "keuzevrijheid" is volgens de wet daarvoor bepalend. Het gebruik van het woord "kan" (de minister "kan" goedkeuring onthouden) doet daaraan niets af. De minister kan volgens de wet immers alleen goedkeuring onthouden, "indien" de keuzevrijheid in het geding komt (vgl. artikel 64c, eerste lid, Wpo). Bovendien bepaalt de wet slechts dat de medezeggenschapsraden met de fusie moeten hebben ingestemd, mits die medezeggenschapsraden een instemmingsbevoegdheid hebben (en geen adviesbevoegdheid; vgl. artikel 2.1.10, eerste lid en onder b, Web). Een positief advies van de colleges van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten is volgens de wet niet verplicht. Immers, de fusie-effectrapportage dient in het primair, (voortgezet) speciaal en voortgezet onderwijs vergezeld te gaan van "een advies van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten over de wenselijkheid van de voorgestelde fusie."<sup>47</sup> Hoe dit advies luidt, is volgens de wet niet relevant. Ook is voldoende dat de fusie-effectrapportage inzicht geeft over de motieven en te bereiken doelen van de fusie; de wet en de Regeling fusietoets geven geen richtlijnen over hoe die motieven en doelen dan dienen te luiden.

Het voorgaande roept de vraag op wat de minister van OCW zou doen als er geen draagvlak is voor een fusie, maar er wel wordt voldaan aan het criterium van de keuzevrijheid. Gezien het juridisch kader kan de minister van OCW dan namelijk niet tot onthouding van de goedkeuring overgaan.<sup>48</sup> Wij kunnen daarom niet anders dan tot de conclusie komen dat hoewel in de parlementaire geschiedenis waarde wordt gehecht aan de legitimititeit van de fusie, dit gelet op de huidige wetgeving geen rol kan spelen in de beoordeling van de fusieaanvraag. Wel kunnen wij ons voorstellen dat de mate van draagvlak meetelt voor de vraag of een rechtvaardigingsgrond alsnog kan leiden tot toestemming voor de fusie, ondanks dat de keuzevrijheid hierdoor in het geding komt. In het geval de onderwijsorganisaties hierover geen nadere informatie in hun fusieaanvraag hebben aangeleverd, zou de Adviescommissie op dat punt bij de onderwijsorganisaties navraag moeten doen en hen indien nodig een nadere termijn moeten geven om de gevraagde informatie (alsnog) te kunnen aanleveren.

Hiervoor constateren wij feitelijk dat de legitimititeit alleen een rol kan spelen met betrekking tot rechtvaardigingsgronden voor een voorgenomen fusie. Wij komen hierop nog nader in paragraaf 6 terug, maar kunnen hier alvast aangeven dat naar ons idee dit criterium op grond van de huidige wet- en (beleids)regelgeving niet in andere zin behoort te worden beoordeeld. Indien de minister van OCW dit derhalve toch wil meewegen – buiten een rechtvaardigingsgrond om – dan zal hiervoor een wettelijke grondslag moeten

worden gecreëerd.

## 2.6 Procedure van de fusietoets: aanvraag met fusie-effectrapportage

Wanneer onderwijsorganisaties met elkaar willen fuseren, dan dienen zij daarvoor een aanvraag in bij de Dienst Uitvoering Onderwijs ("DUO") met behulp van het bij de Regeling fusietoets gevoegde Aanvraagformulier. Op grond van artikel 9 Regeling fusietoets moet dit formulier worden gebruikt. Deze verplichting is opgenomen in het gedeelte van de Regeling met algemeen verbindende voorschriften. Het Aanvraagformulier moet een aantal bijlagen bevatten. Ten eerste dient het te zijn voorzien van een fusie-effectrapportage, waarin de betrokken onderwijsorganisaties onder meer de motieven, doelen en effecten van de voorgenomen fusie uiteenzetten.<sup>49</sup> Ook dient in het primair-, het (voortgezet) speciaal- en het voortgezet onderwijs de fusie-effectrapportage een advies te bevatten van de colleges van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten.<sup>50</sup> Ten tweede dient het Aanvraagformulier vergezeld te gaan van een schriftelijk advies over of voor zover van toepassing een schriftelijke instemming met de fusie van de betrokken medezeggenschapsraden.<sup>51</sup> Voor wat betreft dit laatste is relevant dat met de fusietoets in het beroeps- en hoger onderwijs de medezeggenschapsraad een instemmingsbevoegdheid heeft gekregen en niet meer enkel om advies hoeft te worden gevraagd. Zo kunnen hoger onderwijsorganisaties op grond van artikel 9.30 of artikel 10.16a WHW ervoor kiezen om zich aan te sluiten bij de Wet op de ondernemingsraden. Uit artikel 25 van deze wet volgt dat de ondernemingsraad bij een fusie een adviesrecht heeft. Echter, deze bepaling wordt thans door artikel 16.16a, tweede lid en onder b, WHW doorkruist. Hierin staat vermeld dat de ondernemingsraad een instemmingsbevoegdheid heeft ten aanzien van de voorgenomen fusie. Dit heeft tot gevolg dat wanneer de plannen voor de voorgenomen fusie aan de medezeggenschapsraad worden voorgelegd, deze al meer uitgewerkt moeten zijn dan wanneer die raad een adviesrecht heeft. Aldus worden er aan de voorbereiding van een fusie hogere eisen gesteld dan vóór de inwerkingtreding van de fusietoets. De minister van OCW toetst vervolgens of de fusie met het oog op het criterium van de keuzevrijheid toelaatbaar is. Hij laat zich bij zijn besluitvorming hierover, zoals aangegeven, adviseren door de Adviescommissie<sup>52</sup> of voor fusies in het hoger onderwijs de CDHO.<sup>53</sup> Deze commissies kwalificeren als "wettelijke adviseurs" in de zin van artikel 3:5 Awb. Dit heeft tot gevolg dat de minister van OCW voor de motivering van zijn besluit inzake de fusietoets in beginsel mag verwijzen naar het advies van de commissie. Hij moet zich er uiteraard wel van vergewissen dat het onderzoek dat aan het advies van de commissie ten grondslag ligt, op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden (artikel 3:9 Awb). In het geval de minister wil afwijken van het advies van de commissie, heeft hij hiervoor een verzwaarde motiveringsplicht (artikel 3:50 Awb). In de praktijk zijn dan ook de adviezen van de commissie doorslaggevend voor de beslissing van de minister van OCW, waarover hierna meer.

De vraag of de fusie toelaatbaar is, wordt in eerste instantie door de commissie beantwoord aan de hand van ten eerste de door de onderwijsorganisaties aangeleverde informatie in het Aanvraagformulier, de bijbehorende fusie-

effectrapportage en een advies of instemmingsbesluit van de medezeggenschapsraad (of -raden). Ten tweede baseert de Adviescommissie zich op zelfstandig verkregen informatie van bijvoorbeeld de DUO of de Inspectie van het Onderwijs.<sup>54</sup> Van belang achten wij dat wanneer het advies ook is gebaseerd op eigen onderzoek van de commissie, er naar aanleiding van dit onderzoek hoor en wederhoor met de betrokken partijen plaatsvindt door middel van bijvoorbeeld het houden van een hoorzitting. Ook kunnen de commissies naar aanleiding van hun onderzoek hierover een (extra) schriftelijke ronde organiseren,<sup>55</sup> waarin de onderwijsorganisaties op de bevindingen van de commissie kunnen reageren.

### **3 Reacties op de voorgenomen fusietoets voorafgaand aan de inwerkingtreding ervan**

Op het voorstel van de wet voor een fusietoets werd de nodige kritiek gegeven. Deze kritiek was niet alleen afkomstig van verschillende brancheorganisaties (onder meer de PO Raad, (toen nog) de WEC Raad, VO Raad, MBO Raad, de Besturenraad en Algemene onderwijssbond ("Aob")),<sup>56</sup> maar ook van de Raad van State.<sup>57</sup>

De onderwijsraden waren niet overtuigd van het nut en de noodzaak van de fusietoets, mede gezien de goedwerkende Wet medezeggenschap scholen ("Wms"). Ouders en/of studenten en personeel worden in voldoende mate bij de besluitvorming van de school betrokken. Uit onderzoek is gebleken dat schaalvergroting bovendien geen correlatie heeft met de kwaliteit van onderwijs. Veelal is ook door de onderwijsraden betoogd dat de fusietoets juist een belemmering vormt voor de verbetering van de kwaliteit van onderwijs. Ook het meer principiële punt wordt gemaakt dat de keuze om te fuseren bij de onderwijsorganisatie zelf ligt en niet aan de overheid is. De open normen op basis waarvan de minister van OCW al dan niet de fusieaanvraag goedkeurt, laten volgens verschillende onderwijsraden bovendien (te) veel ruimte voor politieke inkleuring toe. Tot slot wordt meermalen aangevoerd dat de keuze van ouders en/of leerlingen/studenten voor een bepaalde school niet gericht is op de schaalgrootte van de instelling zelf of het overkoepelende bestuur. Zoals ook in het advies van de Raad van State al wordt opgemerkt, waarover hierna meer, ziet dit veelal op de grootte van een locatie en de groepsgrootte.<sup>58</sup> De VO Raad merkt specifiek nog op dat bij de vraag of de keuzevrijheid van de betrokkenen door de voorgenomen fusie zal worden beperkt, ten onrechte niet de interne keuzevrijheid binnen een organisatie lijkt te worden meegenomen. Eén instelling kan meerdere richtingen van onderwijs aanbieden, al dan niet op verschillende locaties. De Aob stelt juist dat de fusietoets aan de magere kant is, omdat deze te weinig inhoudelijke criteria bevat die gericht zijn op de kwaliteit van onderwijs.<sup>59</sup>

Ook de Raad van State heeft op meerdere onderdelen van de wettelijke fusietoets (steverige) kritiek geuit.<sup>60</sup> Deze kritiek komt er samenvattend op neer dat de toelichting op en de wettekst van de fusietoets niet op elkaar aansluiten. Zo is de aanleiding voor de fusietoets de roep om meer "menselijke maat" in het onderwijs, maar dit kernbegrip is in de loop van het wetsvoorstel naar de achtergrond verdwenen, aldus de Raad van State.<sup>61</sup> Verder worden er in de

memorie van toelichting andere criteria genoemd op basis waarvan de minister van OCW oordeelt of hij goedkeuring verleent aan een voorgenomen fusie, dan dat uit de letter van de wet volgt. Het lukt de Raad van State kortom niet om helder te krijgen welk probleem met de fusietoets wordt opgelost; dit volgde niet uit het wetsvoorstel voor de fusietoets.<sup>62</sup> Bovendien adviseert de Raad van State dat het te eenvoudig is om te stellen dat een kleine schaal per definitie beter is dan een grote schaal in het onderwijs.<sup>63</sup> Tot slot constateert de Raad van State dat er gekozen is voor een open norm, op basis waarvan al dan niet goedkeuring aan de voorgenomen fusie wordt verleend. Hiermee krijgt de minister van OCW "feitelijk (...) een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid", aldus de Raad van State.<sup>64</sup>

Ondanks deze kritiek is het wetsvoorstel over de fusietoets in werking getreden en is de wet inmiddels al vele malen toegepast bij voorgenomen fusies tussen twee of meer onderwijsorganisaties. Hoe de beoordeling op basis van de fusietoets verloopt, zetten we in de volgende paragraaf uiteen.

#### **4 Advisering door de Adviescommissie Fusietoets (en de CDHO voor fusies in het hoger onderwijs)**

Op 1 januari 2013 zijn 28 besluiten en bijbehorende adviezen over fusievoorstellen op de website van DUO gepubliceerd. De Adviescommissie en de CDHO hebben elk ook op hun eigen website de adviezen gepubliceerd. Met betrekking tot 25 fusievoorstellen hebben de commissies aan de minister van OCW positief geadviseerd. Ten aanzien van drie voorgenomen fusies heeft de Adviescommissie geadviseerd om goedkeuring te onthouden, waarvan twee adviezen betrekking hebben op de Bve-sector. Een ten tijde van dit schrijven nog niet gepubliceerd advies en besluit, maar dat al wel aan de betrokkenen is bekendgemaakt, heeft betrekking op de voorgenomen bestuurlijke fusie in het speciaal basisonderwijs tussen De Twine en de Stichting CBO Dongeradeel. De minister heeft hieraan goedkeuring onthouden, waardoor het aantal afwijzingen op vier komt. De adviezen van de Adviescommissie en de CDHO verdienen in deze bijdrage nader de aandacht. De minister van OCW heeft namelijk telkens de adviezen gevolgd en verwijst ter motivering van zijn besluit integraal naar het onderliggende advies. In deze paragraaf gaan wij eerst in op de procedure bij de commissies. Daarna komen we toe aan de inhoud van de adviezen.

##### **4.1 De procedure bij de Adviescommissie en CDHO**

De Adviescommissie mag blijkens artikel 4, eerste lid, Regeling fusietoets haar eigen werkwijze vaststellen. Dat geldt ook voor de CDHO op grond van artikel 20 Regeling fusietoets en artikel 3 van het Instellingsbesluit Commissie Doelmatigheid Hoger Onderwijs. Ons valt op dat de CDHO in haar adviezen explicieter haar werkwijze weergeeft dan dat de Adviescommissie dat doet. De Adviescommissie heeft haar werkwijze niet bekendgemaakt, in die zin dat zij een regeling of reglement heeft opgesteld en daaraan ruchtbaarheid heeft gegeven door deze regeling of dit reglement op haar website te plaatsen en informatie daarover te geven na indiening van een fusietoetsaanvraag aan de betrokkenen. Ook hiervan is geen sprake gebleken, hoewel een recentelijk bericht op de website van de Adviescommissie aantoont dat de commissie hiervan wel werk

gaat maken.<sup>65</sup>

Naar aanleiding van een fusieaanvraag brengt de CDHO een bezoek aan de betreffende onderwijsorganisaties en praat daar met zowel het (college van) bestuur als financieel onderlegde personen en (leden van) medezeggenschapsraden, zo blijkt uit haar adviezen. Ons is niet bekend of de Adviescommissie dit eveneens doet. Verder volgt niet uit alle adviezen van zowel de CDHO als de Adviescommissie of er een hoorzitting met de betrokken onderwijsorganisaties heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de advisering aan de minister van OCW. Op de website van de Adviescommissie staat vermeld dat zij een hoorzitting organiseert, wanneer de voorgenomen fusie complex is de fusieaanvraag "minder helder" is. Wij hebben wel vernomen dat de Adviescommissie aan de betrokken onderwijsorganisaties geen conceptadvies voorlegt met de mogelijkheid om daarop te reageren, alvorens zij haar advies bij de minister van OCW indient. Ons is niet bekend of de CDHO wel een conceptadvies aan de betrokkenen toestuurt. Bij andere adviesorganen is dit in ieder geval geen ongebruikelijke stap in de procedure.<sup>66</sup>

Voor wat betreft het tijdpad bij de behandeling van een fusieaanvraag dienen de Adviescommissie en de CDHO binnen acht weken na ontvangst van de volledige aanvraag advies uit te brengen aan de minister van OCW.<sup>67</sup> Er is geen mogelijkheid tot verlenging van deze termijn. De minister van OCW heeft een termijn van dertien weken gerekend vanaf de indieningsdatum van de fusieaanvraag om te beslissen op die aanvraag. Deze termijn kan één keer met nogmaals dertien weken worden verlengd.<sup>68</sup> Op basis van de 28 gepubliceerde fusieaanvragen constateren wij dat de Adviescommissie nauwelijks de termijn van acht weken heeft gehaald. De minister van OCW beslist veelal direct na het verkregen advies van de Adviescommissie, maar hij heeft in slechts (nagenoeg) de helft van de gevallen de termijn van dertien weken gehaald: namelijk 15 van de 28 besluiten. Ook de CDHO heeft bij de drie adviezen die zij heeft gegeven, (veel) ruimer de tijd genomen dan de voorgeschreven acht weken. Is er haast geboden bij een fusieaanvraag en zijn deze doorlooptijden daarvoor te lang, dan zouden de betrokkenen expliciet om een versnelde behandeling kunnen vragen. Dit had de Onderwijs Autoriteit Zeeland ook gedaan ten aanzien van de aanvraag om toestemming voor een bestuurlijke fusie tussen de Stichting voor openbaar voortgezet onderwijs op Walcheren en de Stichting Scheldemond College (advies d.d. 22 december 2011). De aanvraag dateerde van 10 oktober 2011, waarna op 23 december 2011 door de minister van OCW positief op de fusieaanvraag is beslist. Of de Adviescommissie expliciet het verzoek om versnelde behandeling heeft gehonoreerd is niet uit het advies op te maken.<sup>69</sup> In ieder geval heeft de Adviescommissie ook hier meer tijd nodig gehad dan de toegestane 8 weken.

## 4.2 Inhoudelijke beoordeling: legitimiteit en de fusie-effectrapportage

In paragraaf 2 hebben wij al stilgestaan bij de vraag hoe het "legitimiteitscriterium" moet worden geplaatst in het licht van de fusietoetswet- en regelgeving. Blijkens die wet- en regelgeving kan enkel goedkeuring aan een fusie worden onthouden indien de keuzevrijheid in het geding is. De adviezen

laten zien dat de Adviescommissie evenwel niet alleen inhoudelijk nagaat of de keuzevrijheid door de voorgenomen fusie significant zal worden belemmerd, maar ook of er voor de fusie voldoende draagvlak bestaat. De Adviescommissie beoordeelt in elk advies ten eerste of de fusie-effectrapportage de vereiste elementen bevat. Mocht dat niet het geval zijn, dan geeft de Adviescommissie de betrokkenen een extra termijn voor het alsnog toezenden van een (volledige) fusie-effectrapportage.<sup>70</sup> Ten tweede beoordeelt de Adviescommissie of de bespreking van de fusie-effectrapportage en de besluitvorming over de wenselijkheid van de voorgenomen fusie (met de medezeggenschapsraad) in twee afzonderlijke vergaderingen heeft plaatsgevonden. Deze eis volgt echter ook niet uit de wet- en regelgeving over de fusietoets. Vooralsnog heeft de Adviescommissie hieraan nog geen consequenties verbonden: "De Commissie constateert dat er ondanks bovenvermelde tekortkoming geen evidentie is, die wijst op het ontbreken van draagvlak."<sup>71</sup> Wij hebben al de vraag opgeworpen of de minister van OCW überhaupt consequenties aan een eventueel gebrek van legitimiteit kan verbinden. Wij menen van niet, wanneer blijkt dat de keuzevrijheid door de fusie niet in het geding komt. Een gebrek in legitimiteit kan de minister van OCW dan ook niet van een sanctie voorzien en de Adviescommissie kan derhalve daartoe ook niet adviseren. De minister van OCW kan namelijk in het geheel geen sancties opleggen. Wel kan – zoals ook in het advies over de voorgenomen institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College (d.d. 18 april 2012) – de legitimiteit een rol spelen in de aanvaarding van rechtvaardigingsgronden. In het genoemde advies was de keuzevrijheid in het geding, maar door de aanwezigheid van enkele rechtvaardigingsgronden én een sterke legitimiteit was de voorgenomen fusie toch toelaatbaar.

De CDHO loopt in haar adviezen de verschillende onderdelen van de fusie-effectrapportage na. Daarbij komt zij (indirect) ook te spreken over de legitimatie van de fusie. In dat kader merkt de CDHO in het advies over de voorgenomen fusie tussen de Hogeschool Leiden en Helicon bijvoorbeeld op dat "na de fusie (...) daardoor derhalve in medezeggenschapsorganen van de Hs Leiden niet goed [is] voorzien in de vertegenwoordiging van het personeel en studenten van Helicon". Zolang de CDHO hieraan niet de consequentie verbindt dat (alleen) daarom de voorgenomen fusie geen doorgang mag vinden, handelt zij volgens het wettelijk kader.

Verder gaat de CDHO ook inhoudelijk in op de motieven en doelen van de voorgenomen fusie en op andere onderdelen van de fusie-effectrapportage. Net als bij de adviezen van de Adviescommissie ten aanzien van de legitimatie, stellen wij ons ook hier de vraag in hoeverre deze toetsing niet te indringend is op basis van het geldend juridisch kader. Net als in de onderwijssectoren van het primair onderwijs tot en met de bve-sector, is ook in het hoger onderwijs de keuzevrijheid (mede in het licht van de doelmatigheid) als criterium geformuleerd op basis waarvan de minister van OCW tot al dan niet goedkeuring van de voorgenomen fusie kan komen. De CDHO kan aldus aan de hand van haar inhoudelijke toetsing of de voorgenomen fusie bijvoorbeeld door goede motieven en doeleinden is ingegeven, niet de consequentie van een negatief advies verbinden. Wel zouden deze aspecten toepassing kunnen vinden bij de toetsing van eventuele rechtvaardigingsgronden. Echter, vooralsnog heeft de

CDHO in haar adviezen slechts waardering uitgesproken over de inhoud van de fusie-effectrapportages en heeft zich nog geen geval voorgedaan over een vermeend gebrek aan legitimiteit.

### 4.3 Inhoudelijke beoordeling: keuzevrijheid

Het belangrijkste (of eigenlijk enige) criterium is – ook in de adviezen – de keuzevrijheid. Hierna gaan we per onderwijssector in op de toepassing van het criterium "keuzevrijheid" door de Adviescommissie dan wel CDHO. Wij maken daarbij telkens onderscheid tussen een bestuurlijke of institutionele fusie.

#### Primair onderwijs

De Adviescommissie heeft zich pas één keer over een aanvraag voor een institutionele (en tevens bestuurlijke) fusie in het primair onderwijs hoeven te buigen, namelijk over die tussen de Graaf Florisschool en de Sint Jozefschool (d.d. 18 september 2012). In deze aanvraag deed zich direct de situatie voor dat door de institutionele fusie, waarbij de Graaf Florisschool zal verdwijnen, ook een bestuurlijke fusie is voorgenomen tussen de Stichting Confessioneel Onderwijs de la Salle en de Openbare school Graaf Floris (vallend onder een andere stichting).<sup>72</sup> Een voorgenomen institutionele fusie dient in ieder geval niet te worden toegestaan (behoudens de eventuele aanwezigheid van één of meer rechtvaardigingsgronden), wanneer er door de fusie minder dan twee scholen overblijven zowel wat betreft de richting als de pedagogisch-didactische aanpak. Hierbij dient met een voedingsgebied van tien kilometer te worden gerekend vanaf het vestigingsadres van de hoofdvestiging van de school. Voor de bedoelde concrete fusietoetsaanvraag heeft de Adviescommissie een positief advies afgegeven aan de minister van OCW.

Ten behoeve van een aanvraag voor een bestuurlijke fusie in het primair onderwijs berekent de Adviescommissie of de met de fusie ontstane rechtspersoon geen marktpositie creëert van meer dan 50% van het onderwijsaanbod in de gemeente (of gemeenten) waarin die rechtspersoon scholen in stand houdt.<sup>73</sup> Alleen wanneer een rechtvaardigingsgrond aan de orde is, kan een fusie met een groter marktaandeel dan 50% in het aantal scholen nog worden toegestaan. Uit het advies van 22 december 2011 over de Professor Gielenstichting en de Stichting Het Barlake blijkt dat de nieuwe rechtspersoon een marktaandeel van 45% in de gemeenten Rucphen, Halderberge en Moerdijk zou verkrijgen. Hiermee blijven de onderwijsorganisaties onder de grens van artikel 10 Regeling fusietoets. Desalniettemin vindt de Adviescommissie dit marktaandeel aan de forse kant en verricht zij verder onderzoek.<sup>74</sup> De Adviescommissie gaat daarom nog zelfstandig na of de andere stichting in de regio geen bezwaar heeft tegen de bestuurlijke fusie van de twee genoemde stichtingen. Ook weegt de Adviescommissie nog mee wat het marktaandeel van de nieuwe rechtspersoon zal worden in het totaal aantal leerlingen in de betrokken gemeenten. Dit komt blijkens het advies neer op 52%, hetgeen reden kan zijn "om de beoogde fusie niet goed te keuren." De Adviescommissie constateert verder nog dat ook het beoogde aantal leerlingen van de bij de fusie betrokken stichtingen (3912) ver ligt boven het referentieniveau dat zij hanteert (2200 leerlingen). Ondanks het

voorgaande adviseert de Commissie om aan de fusie geen goedkeuring te onthouden, mede gelet op de geografisch-regionale situatie (krimp) en de geringe leerlingenbewegingen tussen de aanbieders in de drie vermelde dorpen. Hoewel het niet zo nadrukkelijk wordt benoemd, kunnen deze feiten als rechtvaardigingsgronden in de zin van artikel 19 Regeling fusietoets worden aangemerkt.

Het zelfstandige onderzoek dat de Adviescommissie in haar advies over de Professor Gielenstichting en de Stichting Het Barlake verricht – naast hetgeen in ieder geval dient te worden getoetst op grond van artikel 10 Regeling fusietoets – roept de vraag op of de commissie daartoe bevoegd is. Mede onder verwijzing naar onze eerdere uiteenzetting hierover is ons antwoord op die vraag bevestigend. Wel kan worden betwijfeld in hoeverre dit zelfstandig onderzoek bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. Het is immers voor de sector onduidelijk op grond van welke gegevens er nu eigenlijk wordt getoetst of de voorgenomen fusie toelaatbaar is. Het toepassen van "hoor en wederhoor" zou al enige rechtsonzekerheid kunnen wegnemen.

### **(Voortgezet) speciaal onderwijs**

Met betrekking tot het (voortgezet) speciaal onderwijs heeft de Adviescommissie zich pas hoeven te buigen over twee advies; over één voorgenomen institutionele fusie en één voorgenomen bestuurlijke fusie. Het criterium van de significante belemmering van de variatie in het onderwijsaanbod richt zich voor institutionele fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs op de vraag of er na de fusie nog een evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen is binnen het voedingsgebied (artikel 66c Wec). In artikel 13 Regeling fusietoets is de terminologie "voedingsgebied" nader uitgelegd als een "maatschappelijk aanvaarde afstand van de leerlingen". De minister van OCW heeft in navolging van het advies van de Adviescommissie goedkeuring verleend aan de institutionele fusie tussen De Poarte en de G.N. Gerritsmaschool voor Meervoudig Gehandicapte Kinderen. Voor de vraag of sprake is van een evenwichtige spreiding van onderwijsvoorzieningen neemt de Adviescommissie de provincie (in dit geval Friesland) als uitgangspunt. Dit is dus een groter gebied in vergelijking met bijvoorbeeld het primair onderwijs, waarin wordt uitgegaan van gemeentegrenzen.

Bij een voorgenomen bestuurlijke fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs wordt net als in het primair onderwijs een grens van 50% marktaandeel gehanteerd, maar dan in het onderwijsaanbod van de betreffende onderwijssoort in het (voortgezet) speciaal onderwijs dat in Nederland wordt verzorgd (artikel 66c Wec juncto artikel 12 Regeling fusietoets). Derhalve is hier het voedingsgebied, heel Nederland, weer groter dan ten aanzien van institutionele fusies in het (voortgezet) speciaal onderwijs. In de besluitvorming over de voorgenomen bestuurlijke fusie tussen De Twine en de Stichting CBO Dongeradeel (d.d. 18 januari 2013) wordt de gemeentegrens als voedingsgebied gehanteerd, zo blijkt uit mediaberichten over de fusietoets ten aanzien van deze voorgenomen fusie.<sup>75</sup> Deze opmerkelijke begrenzing van het voedingsgebied, die immers afwijkt van het voedingsgebied zoals voorgeschreven in artikel 12 Regeling fusietoets, heeft zijn oorzaak in het feit dat de voorgenomen fusie niet

aan de Wec is getoetst, maar is gebaseerd op artikel 64c Wpo. De Twine is namelijk aan te merken als een speciale school voor basisonderwijs in de zin van de Wpo. De Adviescommissie is in haar advies over de fusie tussen CBO Dongeradeel en De Twine tot een negatief oordeel gekomen. De voorgenomen bestuurlijke fusie zou er namelijk toe leiden dat de stichting binnen de gemeente 67% van de scholen zou gaan besturen.

## Voortgezet onderwijs

In het voortgezet onderwijs heeft de Adviescommissie voor zover ons bekend ook over slechts één aanvraag voor een institutionele fusie geadviseerd. In het advies over de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College stelt de Adviescommissie ten eerste vast uit welke gemeenten de leerlingen van de betrokken middelbare scholen komen en ten tweede welke andere scholen in de betreffende regio aanwezig zijn en de grondslag die zij hanteren in het aanbieden van onderwijs.<sup>76</sup> Vervolgens berekent de Adviescommissie ten aanzien van elke schoolsoort (vwo, havo, vmbo en/of vbo) het marktaandeel van de betrokken scholen in het totale aantal leerlingen van die schoolsoort. Bij een percentage van 50% of meer is er sprake van een significante belemmering.<sup>77</sup> In het genoemde advies komen de verschillende percentages veelal boven de 50%, zodat de fusie in beginsel geen doorgang kan vinden. Echter, vanwege de te verwachten krimp van leerlingenaantallen in die regio en de zorgelijke financiële situatie op korte termijn adviseert de Adviescommissie toch om geen goedkeuring te onthouden.<sup>78</sup> De toets van artikel 14 Regeling fusietoets voor een bestuurlijke fusie in het voortgezet onderwijs is feitelijk gelijk aan die van een institutionele fusie. In zoverre verschilt het advies over bijvoorbeeld de Stichting Katholiek Onderwijs Leiden en Stichting Christelijk Onderwijs Voortgezet Onderwijs Leiden (d.d. 18 april 2012) niet wezenlijk van het hiervoor genoemde advies over de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College. Behalve dat de door de Adviescommissie berekende marktaandelen niet boven de 50% komen met betrekking tot de scholen in Leiden, zal de nieuw op te richten Stichting voor Confessioneel Onderwijs Leiden ten doel hebben zowel rooms-katholiek als protestants-christelijk onderwijs aan te (blijven) bieden. Derhalve treedt door de fusie geen reductie op van het aantal scholen met de genoemde denominaties van onderwijs en blijft de "interne keuzevrijheid" behouden.

## Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie

Dat het "nee, tenzij" principe in de Bve-sector, zoals reeds aangehaald in paragraaf 2, ook daadwerkelijk door de Adviescommissie lijkt te worden toegepast, blijkt uit het advies over de voorgenomen bestuurlijke en institutionele fusie tussen ROC Ter AA te Helmond en ROC Eindhoven (d.d. 22 maart 2012). Het toetsingskader voor deze fusie is neergelegd in artikel 2.1.11 Web en artikelen 16 en 17 Regeling fusietoets voor de bestuurlijke fusie respectievelijk de institutionele fusie. De Adviescommissie heeft ook aan de criteria voor beide soorten fusies getoetst. De betrokken instellingen hadden zowel bij de interne belanghebbenden (studenten, deelnemers, docenten) als bij externe betrokkenen (stakeholders, lokale politiek, bedrijfsleven) een breed

draagvlak gecreëerd voor de voorgenomen fusie. Met de fusie zou één van de instellingen verdwijnen, waardoor er volgens de Adviescommissie geen keuzevrijheid meer is voor de studenten in de regio Helmond. Weliswaar zijn er nog andere ROC's in de omgeving, maar deze vallen niet, dan wel bieden niet een soortgelijk onderwijsaanbod aan, binnen het voedingsgebied van een "maatschappelijk aanvaardde afstand".<sup>79</sup> Deze afstand bedraagt in dit geval 35 kilometer gerekend vanaf Helmond; ook wel aangeduid als de vereiste "scooterafstand". De aangevoerde rechtvaardiging voor de fusie, namelijk dat ROC Ter AA door haar kleinere omvang moeilijker kan voldoen aan de gespecialiseerde wensen van het bedrijfsleven en daardoor afhankelijker wordt van ROC Eindhoven die wel aan de opleidingsvereisten kan voldoen, wordt niet door de Adviescommissie gehonoreerd. Een fusie zou juist de continuïteit en variatie van het onderwijs in gevaar brengen, aldus de Adviescommissie. Door de fusie verdwijnt er namelijk een ROC dat technisch gerelateerd onderwijs aanbiedt in de regio Zuidoost-Brabant. Dat anderzijds door het uitblijven van een fusie het onderwijsaanbod van ROC Ter AA zou verschromelen is geen grond voor rechtvaardiging van de afname in keuzevrijheid, omdat die verschromeling nog niet zodanig is dat ROC Ter AA geen opleidingen meer kan aanbieden in meer dan één sector en op meer dan één niveau. De reeds bestaande verwevenheid tussen ROC Eindhoven en ROC Ter AA, mede via het in ditzelfde gebied gelegen Brainport ("het industrieel hightech-hart van Nederland"), is evenmin een reden voor rechtvaardiging van de voorgenomen fusie. Het is daarbij niet onaannemelijk dat verbetering van de kwaliteit ook al door de thans ingezette samenwerking kan worden behaald, aldus de Adviescommissie.

## Hoger onderwijs

Voor fusies in het hoger onderwijs staat de macrodoelmatigheid van het onderwijsaanbod centraal.<sup>80</sup> De beoordeling van de fusieaanvraag door de CDHO bestaat vervolgens uit een aantal onderdelen: (i) redenen en noodzaak van de fusie, (ii) onderzochte alternatieven voor de fusie, (iii) tijdsbestek en nader te regelen onderwerpen, (iv) de te bereiken (gekwantificeerde) doelen, (v) effecten op diversiteit en onderwijsaanbod, (vi) kosten en baten, continuïteit en risico's, (vii) effecten op personeel, studenten en andere betrokkenen en (viii) communicatie en evaluatie. Deze onderdelen zijn gelijk aan de elementen van de fusie-effectrapportage.<sup>81</sup> De CDHO neemt aldus de fusie-effectrapportage als uitgangspunt voor haar advisering. Dit in tegenstelling tot de Adviescommissie, die in haar adviezen de legitimiteit en keuzevrijheid als uitgangspunten neemt. De fusie-effectrapportage bevat echter informatie die sec genomen niet relevant is voor de vraag of de fusie toelaatbaar is met het oog op de keuzevrijheid. Wanneer de fusie-effectrapportage door de CDHO in strikte zin wordt gevolgd, kan dit aldus tot het nadeel leiden dat informatie wordt getoetst waaraan de CDHO in feite niet hoeft te toetsen conform de WHW en de Regeling fusietoets. Echter, dit lost de CDHO zelf al op door slechts die onderdelen van de fusie-effectrapportage daadwerkelijk te laten meewegen, waar dat volgens de WHW en de Regeling fusietoets vereist is (bijvoorbeeld ten aanzien van de effecten van de fusie op de diversiteit en het onderwijsaanbod). De CDHO schuwt daarbij niet een fusie doorgang te laten vinden om financiële redenen. Die kunnen zo evident zijn, dat een indringende toets met betrekking tot de effecten op de keuzevrijheid van betrokkenen zelfs niet meer is weergegeven (vgl. het advies

inzake de Hogeschool Leiden en Hogeschool Helicon d.d. 12 oktober 2012). Hier lijkt de CDHO aldus eerst na te zijn gegaan of zich een rechtvaardiging voor de fusie voordoet (in de fusie-effectrapportage als onderdeel genaamd "de motieven van de fusie"), alvorens toe te komen aan de toets van de keuzevrijheid. Uit het advies dat betrekking heeft op de bestuurlijke en institutionele fusie tussen de Stichting Onderwijscentrum Twente/Edith Stein en de Stichting Saxion d.d. 1 oktober 2012 blijkt dat de CDHO ook kijkt naar de interne keuzevrijheid van de studenten. Zo hecht de CDHO waarde aan het besluit van beide colleges van bestuur om de twee betrokken pabo's verschillend vorm te geven, ook al is er straks nog maar één aanbieder. Wij zagen eerder al dat het aantal vestigingen in de voorgenomen fusie tussen ROC Eindhoven en ROC Ter AA niet uitmaakte voor de beslissing over het aantal aanbieders binnen een "maatschappelijk aanvaarde afstand". Dit was weer anders in het advies over de Stichting Katholiek Onderwijs Leiden en de Stichting Christelijk Voortgezet Onderwijs Leiden e.o. (d.d. 18 april 2012), waarin de Adviescommissie constateerde dat de nieuw ontstane stichtingen na de voorgenomen fusie de twee richtingen van het onderwijs (rooms-katholiek en protestants-christelijk) zal behouden op de reeds bestaande scholen. Hierdoor ontstaat volgens de Adviescommissie geen verarming van het aanbod van protestants-christelijk noch rooms-katholiek voortgezet onderwijs en is de fusie toelaatbaar.

#### 4.4 Inhoudelijke beoordeling: rechtvaardigingsgronden

Nadere aandacht verdient tot slot de advisering met betrekking tot de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Een vaker aangevoerde rechtvaardigingsgrond heeft betrekking op de financiële situatie van één of meer bij de voorgenomen fusie betrokken onderwijsorganisaties. De advisering over deze rechtvaardigingsgrond komt er kort gezegd op neer dat het met een onderwijsorganisatie dusdanig (financieel) slecht moet gaan dat die situatie niet anders dan met een fusie kan worden opgelost. De Adviescommissie gaat daarbij af op door haarzelf opgevraagde informatie van de Inspectie. Eenzelfde strenge norm geldt ook voor de regelmatig aangevoerde rechtvaardiging van krimp in de leerlingenaantallen. De Adviescommissie gaat in dat kader na of de betrokken onderwijsorganisaties door de krimp onder de opheffingsnorm dreigen te komen.<sup>82</sup> Van een rechtvaardiging wegens krimp kan pas worden gesproken, wanneer die ontwikkelingen zodanig zijn dat dat een en ander "nu al moet leiden tot een onomkeerbaar proces in de vorm van een fusie", aldus de Adviescommissie in het advies over ROC Eindhoven en ROC Ter AA. In het beroepsonderwijs en hoger onderwijs speelt de macrodoelmatigheid van het onderwijs nog een rol in de aangevoerde rechtvaardiging voor een voorgenomen fusie. Hiervoor is al aandacht besteed aan de door ROC Eindhoven en ROC Ter AA aangevoerde rechtvaardiging dat het onderwijsaanbod zal versralen indien niet tot fusie wordt overgegaan, die door de Adviescommissie werd afgewezen.

De Adviescommissie heeft (nog) niet geadviseerd dat goedkeuring van de minister van OCW alleen toelaatbaar is wanneer aan de goedkeuring nadere voorschriften worden verbonden. De bevoegdheid om nadere voorschriften aan een goedkeuringsbesluit te verbinden behoeft niet per se een wettelijke grondslag (die immers in de fusietoetswetgeving ontbreekt), hoewel buitenwettelijke vergunningvoorschriften niet door middel van een strafsancie

of een herstelsanctie kunnen worden gehandhaafd.<sup>83</sup> Met andere woorden, wanneer de minister van OCW voorschriften aan een goedkeuringsbesluit verbindt, kan hij deze niet afdwingen op straffe van bijvoorbeeld een bekostigingssanctie. Hoewel hij de voorschriften overigens wel als een ontbindende voorwaarde zou kunnen formuleren, in die zin dat wanneer niet aan de voorwaarde wordt voldaan de rechtswerking aan het goedkeuringsbesluit vervalt, leidt dit praktisch tot een lastige situatie. Moet dan namelijk de fusie worden teruggedraaid met alle gevolgen van dien? Ondanks het gebrek aan sanctiemogelijkheden, op de ontbindende voorwaarde na, kunnen wij ons voorstellen dat het gewenst is om een door de betrokken onderwijsorganisaties aangevoerde toekomstige situatie – zoals bij Albeda College en Zadkine, die zich na de fusie willen opsplitsen in een aantal vakscholen – mee te wegen in de beoordeling van een fusieaanvraag. Dergelijke toekomstige situaties zouden dan via de rechtvaardigingsgronden kunnen worden betrokken en er mogelijk toe leiden dat de fusieaanvraag wordt gehonoreerd. Dit geldt te meer wanneer er een grote legitimatie is voor de (fusie)plannen van de onderwijsorganisaties.

## **5 Praktijkervaringen van onderwijsinstellingen en –raden: positieve aspecten en aandachtspunten**

Op 26 september 2012 heeft een rondetafelgesprek plaatsgevonden waaraan bestuurders, dan wel vertegenwoordigers van het college van bestuur, van diverse onderwijsorganisaties en vertegenwoordigers van diverse onderwijsraden hebben deelgenomen. Aanwezig waren aldus de personen die voor de Adviescommissie of de CDHO, dan wel de minister van OCW, direct aanspreekpunt zijn bij de beoordeling van een fusietoetsaanvraag. In dit gesprek, georganiseerd door de auteurs van dit artikel, stond de vraag centraal wat hun (management)ervaringen zijn met de fusietoets één jaar na inwerkingtreding ervan. De eindconclusie van de dag was dat bepaalde onderdelen van de fusietoets worden gewaardeerd, maar dat de fusietoets zoals die thans geldt, geregeld zijn doel voorbij schiet en de toepassing ervan te veel beïnvloed lijkt te worden door de (politieke) waan van de dag. De onderwijsorganisaties en –raden kunnen zich bovendien niet aan de indruk onttrekken dat de fusietoets geregeld leidt tot strijdigheid met andere belangrijke speerpunten van het onderwijsbeleid.

De fusie-effectrapportage wordt door de aanwezigen gewaardeerd. Deze maakt inzichtelijker dan welk ander instrument waarom er een voornemen is tot fuseren en welke eisen aan de fusie worden gesteld. Met de fusie-effectrapportage worden de onderwijsorganisaties bovendien gedwongen tot een zorgvuldige(r) voorbereiding van de fusie. Ook wordt er explicieter nagedacht over alternatieven. Kortom, met de fusie-effectrapportage wordt het proces van een fusie optimaal gestructureerd. Bovendien maakt de fusie-effectrapportage de kans kleiner dat een fusie om onzuivere redenen plaatsvindt. De aanwezigen kunnen zich verder ook (grotendeels) vinden in een fusietoets als zodanig, namelijk als instrument om excessen te voorkomen. Daarbij valt te denken aan een voorbeeld dat een onderwijsorganisatie een monopoliepositie verkrijgt en zichzelf in die omvang verliest. Getoetst zou moeten worden of een onderwijsorganisatie een groei naar een dusdanige positie financieel, onderwijskundig en organisatorisch aan kan.

Ondanks de voorgaande positieve onderdelen van de fusietoets, stemt de huidige toepassing van de fusietoets niet tot tevredenheid van alle aanwezigen. Zij stellen voorop dat de fusietoets tot stand is gekomen op basis van de verkeerde en niet onderbouwde aanname dat schaalvergroting leidt tot afbreuk van de kwaliteit van onderwijs en de betrokkenheid van leerlingen, ouders en personeel. Er is nimmer vastgesteld dat tussen schaalvergroting en afname van de kwaliteit van onderwijs een duidelijke correlatie bestaat,<sup>84</sup> zoals ook de Raad van State in zijn advisering over het wetsvoorstel heeft geconstateerd. De kwaliteit van grootschalig onderwijs valt of staat met de wijze waarop het is georganiseerd, aldus de aanwezigen. Deze inrichting van het onderwijs is echter geen voorwerp van toetsing in het kader van de fusietoets. Daarenboven lijkt de fusietoets te zijn ingegeven door enkele excessen in het onderwijsveld. Op basis van incidenten is er algemene regelgeving geformuleerd, die juist tot tegenstrijdige effecten kan leiden.

Daarnaast strookt de fusietoets ook niet goed met al langer bestaande andere onderwijswet- en regelgeving. De lumpsumbekostiging en andere overheidsmaatregelen dwingen onderwijsorganisaties tot verzakelijking.<sup>85</sup> Daar komen de huidige expliciete en "verkapte" bezuinigingen op het onderwijs nog bij. Scholen worden geacht kostenefficiënt te handelen. Willen de onderwijsorganisaties niet hoeven te bezuinigen op het onderwijs, dan zal de ondersteuning van het onderwijs efficiënter moeten worden georganiseerd. Een vergelijking kan daarbij worden getrokken met gemeenteland, waar een nieuwe fusiegolf aanstaande lijkt te zijn.<sup>86</sup> De fusietoets, die de fusiemogelijkheden beperkt, gaat in zekere zin tegen deze tendens van financiële efficiency in.

Bovendien verhoudt de fusietoets zich ook niet goed met bepaalde andere ontwikkelingen die op de organisatie van het onderwijs een grote invloed hebben. De fusietoets blokkeert soms zelfs noodzakelijke veranderingen. Onderwijsorganisaties die zich bijvoorbeeld in een krimpregio bevinden en eigenlijk alleen hun hoofd boven water kunnen houden door middel van een fusie, zien desondanks daarvan af vanwege de fusietoets. Grotere stichtingen, die financieel voldoende draagvlak hebben om een school met krimp op te vangen, ervaren de fusietoets als een te grote barrière.<sup>87</sup> In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs is de realiteit aan de orde dat het bedrijfsleven steeds meer (specialistische) eisen aan de opleidingen stelt. Deze (macro)doelmatigheid van het onderwijsaanbod staat in het onderwijsbeleid voorop (met onder meer "Focus op Vakmanschap 2011-2015"),<sup>88</sup> maar ook hieraan zijn kosten verbonden. Dit beleid kan tot fusie nopen, zij het dat de fusietoets hieraan weer in de weg kan staan.

Een ander probleem is het gebrek aan rechtszekerheid. De deelnemers aan het rondetafelgesprek gaven aan dat onderwijsorganisaties afzien van het aanvragen van goedkeuring voor een fusie, omdat het juridisch kader naar hun idee onvoldoende rechtszekerheid biedt. De grondnorm – keuzevrijheid – is dusdanig vaag geformuleerd dat er geen goede inschatting van de kansen kan worden gemaakt. Wel is het zeker dat de fusietoets administratieve lasten met zich brengt, terwijl de uitkomst ervan onzeker kan zijn. In zekere zin erkent de minister van OCW dit ook in antwoord op Kamervragen over de relatie tussen krimpregio's en de fusietoets.<sup>89</sup> Ook de Inspectie van het onderwijs merkt

hierover op in haar onderwijsverslag 2010-2011:

"Besturen krijgen slechts onder bepaalde voorwaarden toestemming om te fuseren. Steeds vaker zien besturen af van een fusie en richten ze hun samenwerking anders in. De inspectie vindt deze situatie onwenselijk, omdat het toezicht op het niveau van het bestuur hoort plaats te vinden."<sup>90</sup>

Alternatieven voor een fusie zijn er slechts tot op zekere hoogte, zo bleek tijdens het rondetafelgesprek. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis, waaruit kan worden opgemaakt dat alleen omkeerbare vormen van samenwerking een alternatief kunnen bieden om te ontkomen aan de fusietoets.<sup>91</sup> Weliswaar bieden samenwerkingsvormen zoals personele unies, federaties of coöperaties, koepelstichtingen en holdings en gezamenlijke onderwijsprojecten tot een bepaalde mate voldoende buffer, maar de betrokken scholen blijven in die context wel altijd elkaars concurrenten. Twee of meer onderwijsinstellingen in een bepaald voedingsgebied leidt tot keuzevrijheid van kinderen en ouders, maar ook tot concurrentie van de onderwijsorganisaties onderling. Wanneer er bijvoorbeeld krimp in de leerlingenaantallen ontstaat of er vraag is naar grotere capaciteit van het onderwijsaanbod, wordt die concurrentie verhevigd en is een lossere vorm van samenwerking niet altijd goed meer uit te leggen. De spanning tussen keuzevrijheid enerzijds en concurrentie anderzijds komt specifiek in het beroepsonderwijs ook terug in het criterium "macrodoelmatigheid". Dit begrip houdt simpel gezegd in dat het onderwijsaanbod (opleidingen) moet zijn afgestemd op de vraag ernaar uit het bedrijfsleven. Het onderwijsaanbod moet uiteraard ook kwalitatief goed van aard zijn. Het overheidsbeleid dat gericht is op het creëren van een macrodoelmatig beroepsonderwijs vergt dat onderwijsorganisaties zich niet inspannen voor concurrentie tussen onderwijsorganisaties onderling. Dit staat naar de idee van de beroepsonderwijssector haaks op de wens van keuzevrijheid in het onderwijs. In ieder geval leiden kwesties als krimp en macrodoelmatigheid ertoe dat een fusie noodzakelijk wordt.

Verder waren de aanwezigen tijdens het rondetafelgesprek van oordeel dat het behoud en de verdere ontwikkeling van de kwaliteit van onderwijs een gedeelde verantwoordelijkheid is van de onderwijsorganisaties, onderwijsraden en de (lokale) overheid. Met de invoering van de fusietoets is dit gezamenlijke uitgangspunt naar de idee van de aanwezigen bij het rondetafelgesprek onder druk komen te staan. De overheid bekommert zich primair slechts om abstracte cijfers zoals leerlingenaantallen, marktaandeel en het aantal scholen dat onder de verantwoordelijkheid van één (stichtings)bestuur valt. De Adviescommissie neemt dergelijke parameters ook als uitgangspunt in haar advisering. In plaats daarvan meent het merendeel van de aanwezigen dat veeleer zou moeten worden gekeken naar hoe de grootschaligheid in een onderwijsinstelling is georganiseerd, bijvoorbeeld door het hanteren van verschillende vestigingen. Als er een afvaardiging vanuit Den Haag naar een onderwijsorganisatie komt kijken, kunnen de vertegenwoordigers van die instellingen zich echter niet aan de indruk onttrekken dat naar hun verhaal over de organisatie van die grootschaligheid niet wordt geluisterd.

Ondanks de voorgaande kritische (fundamentele) opmerkingen met betrekking

tot de fusietoets, is het nu eenmaal een feit dat die fusietoets er thans is. Daarover maken de aanwezigen zich ook geen illusies. In dat kader hebben zij nog enkele praktische punten naar voren gebracht die voor verbetering vatbaar zouden zijn. Ten eerste is meer betrokkenheid vanuit het ministerie van OCW gewenst. Hoewel de gesprekken met OCW (grotendeels) als prettig worden ervaren, is er weinig inhoudelijke sturing. Ambtenaren van OCW zouden al eerder de koers kunnen aangeven in een gesprek over de kansen van een fusieaanvraag. In dit kader speelt mee dat het opstellen van het fusievoorstel en het daarbij betrekken van alle betrokkenen een omvangrijk en tijdrovend project is. In dat kader dienen veel kosten te worden gemaakt. Dit kan worden voorkomen, wanneer reeds op voorhand al nagenoeg duidelijk is dat het voorstel (in de voorgestelde vorm) geen kans van slagen heeft.

Ook menen de aanwezigen dat de fusietoets een dusdanig tijd- en geldrovend traject is, dat daarmee niet per se het onderwijs wordt gediend. Hierbij wegen de onderwijsorganisaties mee dat de overheid zich door de tijd heen in golfbewegingen positief dan wel negatief uitspreekt over samenwerkingsverbanden en fusies in het onderwijs. Waar thans het politieke klimaat zich keert tegen fusies in het onderwijs, laat de historie zien dat er ook weer een tijd zal aanbreken waarin de politiek fusies ondersteunt omdat het kleinschalige(r) onderwijs te duur wordt. Tot die tijd kunnen de onderwijsorganisaties – in ieder geval vooralsnog – naar eigen zeggen min of meer uit de voeten met bepaalde samenwerkingsvormen. Deze samenwerkingsvormen zijn echter slechts het "suboptimaal", zoals dat tijdens het rondetafelgesprek is aangeduid.

## **6 Beoordeling van de fusietoets in de praktijk en enkele aanbevelingen**

Uit het voorgaande blijkt dat zowel voorafgaand aan de inwerkingtreding van de fusietoets als na één jaar praktijkervaring, de fusietoets vanuit "het veld" nog niet wordt overladen met complimenten. Hoewel de minister nagenoeg alle fusietoetsaanvragen heeft goedgekeurd, begrijpen wij dat er van de fusietoets een "preventieve negatieve werking" uitgaat. Onderwijsorganisaties zien anders gezegd vanwege het bestaan van de fusietoets van een fusie(aanvraag) af, ook als er zich mogelijke rechtvaardigingsgronden voor die fusie voordoen en een fusie gerechtvaardigd, zelfs beter, zou zijn. Naar ons idee lopen inderdaad bepaalde zaken nog niet voldoende en zou er op enkele onderdelen van de fusietoets nog eens kritisch naar de werking ervan kunnen worden gekeken. Wij hebben begrepen dat de Adviescommissie momenteel ook het eerste jaar van de fusietoets evalueert. Wellicht zouden in die evaluatie de volgende voorstellen kunnen worden meegenomen.

Met een fusietoetsregeling kan worden voorkomen dat er zich excessen en ongewenste monopolieposities in het onderwijs voordoen. Net als de bij het rondetafelgesprek aanwezige onderwijsorganisaties en –raden zijn wij in dat opzicht positief over de fusie-effectrapportage. Een vergelijking maken wij daarbij onder meer met de milieu-effectrapportage. Op basis hiervan wordt getoetst wat de effecten zijn voor het milieu van een voorgenomen project of activiteit.<sup>92</sup> Dit is door de jaren heen een goedwerkend instrument gebleken.

Ook kan een vergelijking worden getroffen met de marktanalyses van de Autoriteit Consument & Markt.

Echter, ook wij menen dat bepaalde andere onderdelen van de fusietoets en de uitvoering ervan voor verbetering vatbaar zijn. Een eerste juridische hobbel is dat de fusietoets naar ons idee nog onvoldoende rechtszekerheid biedt. De aanwezigen tijdens het rondetafelgesprek gaven dit ook aan. Elke nieuwe regel moet zich eerst nog in de praktijk "zetten", mede door middel van rechterlijke procedures over de toepassing van die nieuwe regel. Dit zorgt voor verbetering en meer rechtszekerheid. Die rechtszekerheid is nu één jaar na inwerkingtreding van de fusietoets nog te gering. De minister van OCW heeft getracht met de huidige (beleids)regelgeving ruimte te laten voor maatwerk.<sup>93</sup> Echter, mede door de open normen in de wet, de ruimte die de Regeling fusietoets nog laat en de daarmee verband houdende beoordelings- en beleidsvrijheid van de minister van OCW is het voor onderwijsorganisaties op voorhand niet altijd goed in te schatten hoe de fusietoets voor hen zal uitpakken. Bovendien is het voor hen niet duidelijk welk effect de "legitimiteit" van de fusie kan hebben op de beslissing van de minister van OCW. Wanneer wij daarbij meewegen dat de adviezen van de Adviescommissie voor het oog van de onderwijsorganisaties nog geen bestendige lijn hebben, begrijpen wij dat zij geen goede inschatting van de kansen van een fusievoorstel kunnen maken. Dit gebrek aan rechtszekerheid zou met de volgende drie maatregelen kunnen worden weggenomen.

De rechtszekerheid zou ten eerste kunnen worden vergroot met het toevoegen van een simpele (informele) stap in de procedure: alvorens de onderwijsorganisatie een fusievoorstel gaat schrijven waarbij de medezeggenschapsraden en stakeholders worden betrokken, legt de onderwijsorganisatie eerst haar voornemen voor aan de minister van OCW. Die kan het voornemen op basis van een *quick scan* informeel in één van drie categorieën indelen: een "rode categorie" voor aanvragen die vrijwel kansloos zijn, een "groene categorie" voor aanvragen waarvan de kans van slagen groot is en een "oranje categorie" waarvan de beslissing nog beide kanten kan uitvallen. Wanneer reeds op voorhand duidelijk is dat er maar één onderwijsaanbieder overblijft en OCW kan vaststellen dat de aangevoerde rechtvaardigingsgronden evenmin enige kans van slagen hebben, kan dit de onderwijsorganisatie behoeden voor een duur en tijdrovend traject. Deze fase van het fusietoetstraject zou kunnen worden aangeduid als de "indicatieve drempelfase". Met de toevoeging van het woord "indicatief" willen wij aanduiden dat een eerste inschatting van de minister van OCW géén appellabel besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht inhoudt. Aldus kunnen aan de reactie van OCW door de onderwijsorganisaties geen rechten worden ontleend. Op basis van de *quick scan* kan de instelling dan vervolgens zelf kiezen of zij verder wil gaan of niet. Een mogelijke afwijzing van de minister van OCW komt dan minder onverwacht, maar is nog steeds niet uitgesloten, voor de onderwijsorganisaties, omdat zij op voorhand al enige indicatie hebben gekregen. Daarenboven vermindert de indicatieve drempeltoets, indien het voorstel in de rode categorie wordt geplaatst, de kans dat de met het voorbereiden van een fusietoetsaanvraag gecreëerde legitimiteit rauwelijks wordt gepasseerd door een negatieve beslissing van de minister van OCW, waarover hierna meer.

Ten tweede zou de rechtszekerheid door de Adviescommissie en CDHO kunnen worden bevorderd, (i) door het kenbaar maken van hun werkwijze en (ii) door het beter kenbaar maken van de door hen gehanteerde beoordelingswijze op basis van de wet- en (beleids)regelgeving met betrekking tot de fusietoets bij de toetsing van het criterium "keuzevrijheid" en de toepassing van rechtvaardigingsgronden. Voor de onderwijsorganisaties is het momenteel niet duidelijk welke procedure de commissies hanteren bij het opstellen van adviezen aan de minister van OCW (dit geldt met name voor de Adviescommissie). Deze zouden de commissies schriftelijk kunnen vastleggen en bekendmaken, en na ontvangst van een fusietoetsaanvraag bij wijze van 'service' aan de betrokken onderwijsorganisaties nog eens kunnen toezenden. Vaste onderdelen van deze procedure zouden ons inziens in ieder geval moeten zijn (a) het organiseren van een hoorzitting met de betrokken partijen naar aanleiding van de fusietoetsaanvraag; (b) het bieden van de mogelijkheid aan onderwijsorganisaties om te reageren op onderzoek dat de commissie zelfstandig heeft verricht; en (c) het bieden van de mogelijkheid om te reageren op een conceptadvies van de Adviescommissie of CDHO. Tevens zouden de commissies vooraf meer duidelijkheid kunnen bieden over de wijze waarop zij (los van de normen in de wet en beleidsregel) invulling geven aan het criterium "keuzevrijheid". Wij hebben namelijk gezien dat de Adviescommissie ook andere normen dan die zijn genoemd in de Regeling fusietoets, toepast. Tevens zouden de commissies vooraf meer inzicht kunnen geven in de weging van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. De adviezen laten tot nu toe namelijk een wisselend beeld zien van de honorering van rechtvaardigingsgronden. In het advies over de bestuurlijke fusie van de VCO in Midden-Groningen en de VCO in Oost-Groningen (d.d. 22 december 2011) is de in het geding zijnde keuzevrijheid al gerechtvaardigd met de toelichting dat "het aannemelijk [is] dat voor beide besturen in de nabije toekomst de noodzaak voor een fusie van groter belang zal worden om de continuïteit van alle betrokken scholen te kunnen voorzien". In het advies over de bestuurlijke fusie van de VPCS te Slikkerveer en de VPCPO Barendrecht en Ridderkerk (d.d. 7 augustus 2012) wordt voor de vraag of krimp een rechtvaardiging is voor de in het geding zijnde keuzevrijheid als uitgangspunt de opheffingsnorm gehanteerd: "Op dit moment zitten op De Regenboog 230 leerlingen, waardoor zij ruim boven de opheffingsnorm zitten. (...) Wat dit betreft is de continuïteit van de school op dit moment niet in het geding." Uiteindelijk is de slechte financiële situatie van die scholen doorslaggevend gebleken voor een positief advies van de Adviescommissie, maar in het andere advies over VCO in Midden- en Oost-Groningen heeft de commissie (naar het althans lijkt) niet de opheffingsnorm als uitgangspunt genomen en is de aangevoerde rechtvaardiging desalniettemin aanvaard.

Een derde en meest vergaande maatregel om de rechtszekerheid te bevorderen, is aanpassing van het juridisch kader. In de Regeling fusietoets zouden enerzijds de beleidsregels kunnen worden uitgebreid met normen die thans al zelfstandig door de Adviescommissie worden toegepast.<sup>94</sup> Het gaat dan zowel om de invulling van het begrip "keuzevrijheid" als van de gehanteerde rechtvaardigingsgronden. Anderzijds is het ook mogelijk om de woorden "in ieder geval" waar het betreft de criteria ten aanzien van de keuzevrijheid uit de Regeling fusietoets weg te laten, zodat de Adviescommissie alleen aan de in de Regeling fusietoets genoemde normen kan toetsen. Beide opties zullen leiden tot

meer rechtszekerheid, waarbij er nog maatwerk kan worden geleverd via de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Een alternatief voor deze maatregel is dat de commissies zelf een zogeheten "beoordelingskader" opstellen, zoals de reviewcommissie dat ten aanzien van de prestatiebekostiging in het hoger onderwijs bijvoorbeeld heeft gedaan. Een dergelijk beoordelingskader dient dan wel te worden bekendgemaakt. Nadeel van dit alternatief is dat de (juridische) status van beoordelingskaders onduidelijk is. Daarom geven wij de voorkeur aan een wijziging van het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets.

Naast het gebrek aan rechtszekerheid vinden wij een tweede knelpunt van de fusietoets het de wijze waarop al dan niet de legitimiteit in de beoordeling van een voorgenomen fusie een rol speelt. In het voorgaande hebben wij al toegelicht dat de legitimiteit geen (wettelijk) vereiste is. Een "legitimiteitsvereiste" volgt evenmin uit de Regeling fusietoets. Tegelijk benadrukken de minister van OCW en (met name) de Adviescommissie steeds het belang van de legitimiteit. Dat wordt onderstreept door de toelichting op de relevante regelgeving. Het komt daarom voor onderwijsorganisaties vreemd over dat wanneer zij de belanghebbenden en betrokkenen eenmaal "op de trein" hebben gekregen voor de voorgenomen fusie, dit proces met een simpel "nee" door de minister van OCW weer abrupt zou kunnen worden stopgezet. Ligt het dan nog wel in de rede dat de minister van OCW de ontstane legitimiteit doorbreekt? Dit brengt ons bij de relatie tussen de legitimiteit en keuzevrijheid. Deze criteria zouden als communicerende vaten moeten kunnen werken via de band van de rechtvaardigingsgronden, hetgeen echter wel een wettelijke basis (die thans ontbreekt) vereist. Immers, wanneer de keuzevrijheid niet in het geding is, is het al dan niet ontbreken van legitimiteit van de fusie op grond van de huidige wet niet relevant. De fusie moet dan hoe dan ook door de minister worden toegelaten. Het huidige wettelijke stelsel, waarbij alleen de keuzevrijheid een criterium is, zou zo kunnen worden aangepast dat ook de legitimiteit een rol gaat spelen. Wanneer de keuzevrijheid door de fusie niet significant wordt belemmerd, zou het systeem zo kunnen zijn dat er dan minder eisen hoeven te worden gesteld aan het legitimiteitsaspect. Andersom, wanneer er wel sprake is van een significante belemmering in de keuzevrijheid, kan de legitimiteit van de fusie zwaar(der) wegen bij het oordeel of er een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Wanneer de legitimiteit groot is, kan dit de minister van OCW aanleiding geven om eerder in te stemmen met de aangevoerde rechtvaardigingsgrond en zo alsnog goedkeuring te verlenen aan de voorgenomen fusie. Dit zou ook al zonder wetswijziging kunnen worden toegepast. Wel zou deze toetsing van de legitimiteit dan een steviger basis kunnen krijgen, wanneer dit ook uitdrukkelijk in het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets wordt opgenomen.

Een derde knelpunt dat in de praktijk wordt ervaren, is dat er bij de toepassing van de fusietoets niet altijd verder wordt gekeken dan de bestuurlijke schaal en de schaalgrootte van de onderwijsinstelling. De fusietoets zou in het onderwijsveld op meer instemming kunnen rekenen, wanneer consequenter ook de interne keuzevrijheid en de schaalgrootte van iedere afzonderlijke vestiging wordt meegewogen. Met andere woorden, wanneer ook de organisatie van de grootschaligheid in de fusietoets wordt meegewogen. In paragraaf 4 beschreven wij enkele gevallen waarin deze aspecten wel waren meegewogen in de

fusietoets. De minister van OCW heeft dit echter expliciet van de fusietoets uitgesloten,<sup>95</sup> hoewel de interne keuzevrijheid en de schaalgrootte van de onderwijslocaties naar ons idee wel altijd nog als rechtvaardigingsgronden zouden kunnen worden geaccepteerd. In ieder geval is de volledige uitsluiting van deze onderdelen niet terecht. Wij hebben aan de bij dit artikel betrokken onderwijsinstellingen gevraagd of zij zich in het kader van de voorbereiding van de fusieaanvraag bij de betrokkenen hebben moeten verantwoorden over de schaalvergroting. Het antwoord hierop was veelal ontkennend. Voor die betrokkenen stond veeleer de kwaliteit van het onderwijs en de sfeer op de onderwijslocatie voorop. De bestuurlijke schaal en schaalgrootte van de onderwijsinstellingen zijn voor die personen minder belangrijke criteria. Immers, wanneer een basisschool duizend leerlingen heeft verspreid over tien locaties, is de grootschaligheid van een heel andere aard dan wanneer die basisschool slechts één locatie heeft. Voor een betere aansluiting op de praktijk raden wij daarom ook aan om toch de interne keuzevrijheid en de omvang van de vestigingslocaties consequenter mee te wegen in de beoordeling of de fusie toelaatbaar kan worden geacht en eventueel hiervoor de wet- en regelgeving aan te passen.

Ten vierde menen wij dat de fusietoets een vreemde eend in de bijt van het algemene onderwijsbeleid is. Dit zou ten eerste door de commissies kunnen worden ondervangen door de financiële, demografische en onderwijsinhoudelijke rechtvaardigingsgronden die in het kader van een fusievoorstel worden aangevoerd, zwaar(der) mee te wegen. Dit gaat te meer op wanneer de fusietoets zich blijft richten op enkel een beoordeling van de bestuurlijke schaal en de grootte van de onderwijsinstelling. Vooral nog blijkt nu namelijk in de praktijk dat de "keuzevrijheid" als heilig huisje soms juist ten koste gaat van de kwaliteit van onderwijs. Weliswaar is het kiezen tussen twee mogelijke kwaden, maar wanneer een fusie kan bewerkstelligen dat het onderwijsaanbod niet verschaalt of dat het risico op krimp van leerlingenaantallen wordt ondervangen, zou dit naar ons idee voorrang moeten hebben op de eis van keuzevrijheid. In dit verband roepen wij de minister van OCW op om het door hem aangekondigde onderzoek naar de werking van de fusietoets in relatie tot de krimpgebieden verder uit te breiden.<sup>96</sup> Met name de moeizame relatie tussen de fusietoets en ander onderwijsbeleid (zoals de lumpsumbekostiging dat de onderwijsinstelling een zekere autonomie geeft) verdient de aandacht. Dit zou mogelijk moeten leiden tot bijstelling van de (wettelijke) fusietoetscriteria. Een minder vergaande oplossing is het invoeren van een "ex postevaluatietoets", die zowel voor de minister van OCW opgaat als voor de onderwijsorganisaties. Daarbij monitoren de minister van OCW en de onderwijsorganisaties na de goedkeuring van een fusie of de onthouding daarvan wat de effecten van de (uitgebleven) fusie zijn. De onderwijsorganisaties gaan na of de met de fusie de gestelde doelen worden bereikt en of de belanghebbenden en betrokkenen ook na de (uitgebleven) fusie nog tevreden zijn met deze beslissing. Dergelijke evaluaties zouden tot nieuwe inzichten kunnen leiden over fusies en samenwerkingen tussen onderwijsorganisaties en mogelijke aanleiding geven regels aan te passen.

Ten vijfde geven wij de minister van OCW in overweging om het juridisch (beleids)kader zodanig aan te passen dat de bij een voorgenomen fusie

behorende (toekomstige) plannen van de betrokken onderwijsorganisaties al bij de definitieve beoordeling van de fusietoetsaanvraag kunnen worden betrokken. Aanleiding hiervoor zijn de huidige plannen van de ROC's Albada College en Zadkine om zich ná een fusie op te splitsen in een aantal vakscholen. Deze toekomstideeën zouden thans in het kader van de fusietoets via de rechtvaardigingsgronden kunnen worden meegewogen. Dit zou echter een meer gedegen grondslag hebben, wanneer expliciet in de (beleids)regels wordt opgenomen dat concrete voornemens van eerst een fusie en later opsplitsing in meerdere (vak)scholen of splitsing op andere wijze van het onderwijsaanbod als rechtvaardigingsgrond kunnen gelden. Ter waarborging dat ook de toekomstplannen daadwerkelijk zullen worden gerealiseerd, zou de minister voorschriften/voorwaarden aan zijn goedkeuring moeten kunnen verbinden. Daarvoor is echter niet (alleen) een aanpassing van de beleidsregel nodig, maar ook een aanpassing van het wettelijk kader. Dit geldt temeer wanneer de niet-naleving van een dergelijk(e) voorwaarde/voorschrift via de bekostiging zou moeten worden gesanctioneerd. De Nederlandse Mededingingsautoriteit beschikt, bijvoorbeeld, in een ander verband over een dergelijke bevoegdheid.

Tot slot raden wij de onderwijsorganisaties aan om een fusie(toets)traject gedegen voor te bereiden. Onderwijsorganisaties die met elkaar willen fuseren, moeten zowel ten opzichte van hun medezeggenschapsorganen en overige betrokkenen als ten opzichte van de minister van OCW goed beslagen ten ijs komen. Tevens bevelen wij de onderwijsorganisaties aan tijdig (de voorbereiding van) het fusie(toets)traject op te starten, omdat de fusietoets een aanmerkelijke periode in beslag neemt. Niet alleen behoeft de fusietoetsaanvraag zelf de nodige voorbereiding; ook de adviserende commissie en de minister van OCW hebben op grond van de wet en de Regeling fusietoets een vrij ruime termijn van ongeveer een half jaar om op een aanvraag te beslissen (maximaal tweemaal dertien weken). Zolang er verder op dit punt nog geen formele veranderingen met betrekking tot de fusietoets hebben plaatsgevonden, raden wij de onderwijsorganisaties verder aan om op eigen initiatief aan de minister van OCW de informele vraag voor te leggen om enige inschatting van de kansen van de voorgenomen fusie te geven.

Naar aanleiding van het rondetafelgesprek en op basis van de gepubliceerde adviezen hebben wij al met al geconstateerd dat er een serieuze mate van rechtsonzekerheid bestaat over de fusietoets. Dit heeft in de praktijk tot gevolg dat onderwijsorganisaties de fusietoets proberen te vermijden en op zoek gaan naar het "suboptimaal": ze zoeken andere samenwerkingsverbanden in afwachting van het moment dat fusies in het onderwijs weer toegankelijk(er) worden. Het is de vraag of dit de kwaliteit van het onderwijs dient, want in sommige gevallen is een fusie eigenlijk niet onontkoombaar. In dit artikel hebben we in dat kader al verwezen naar enkele conclusies van de Inspectie, die het onwenselijk acht dat scholen afzien van fusies vanwege het bestaan van de fusietoets. Anderzijds heeft de minister van OCW met veruit het merendeel van de fusietoetsaanvragen ingestemd. Dit roept de vraag op of er bij de onderwijsorganisaties en onderwijsraden geen sprake is van koudwatervrees. Hoe dan ook, momenteel leidt de fusietoets tot strubbelingen. Ook omdat de aanvragen die zijn afgewezen, een grote indruk op de overige onderwijsorganisaties hebben gemaakt. Met de voorgaande voorstellen denken

wij dat de fusietoets tot meer rechtszekerheid en rechtseenheid leidt en dat de onderwijsorganisaties zich beter in deze regeling kunnen gaan vinden. De al dan niet aanwezige koudwatervrees wordt zo ook verder weggenomen. De voorstellen kunnen bovendien snel worden ingevoerd. Zelfs wijziging van de Regeling fusietoets behoeft geen tijdrovend traject te zijn.

## 7 Slotopmerkingen

In deze bijdrage staat de fusietoets centraal. Deze toets verplicht onderwijsorganisaties om voorafgaand aan een fusie goedkeuring te vragen aan de minister van OCW. De fusietoets is er gekomen naar aanleiding van de wens van de Tweede Kamer om schaalvergroting in het onderwijs aan te pakken. De "menselijke maat" in het onderwijs moest weer worden hervonden. De fusietoets probeert die schaalvergroting dan ook te beperken. Echter, in deze bijdrage hebben wij onder meer geconcludeerd dat met de fusietoets aan dit doel wordt voorbij geschoten. Niet is bewezen dat er een correlatie bestaat tussen de schaalgrootte en de kwaliteit van onderwijs, zoals ook de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel van de fusietoets heeft vermeld. Ook strookt de fusietoets niet altijd met ander onderwijsbeleid van de overheid, op basis waarvan de onderwijsorganisaties genoodzaakt worden tot kostenefficiënt handelen en verzakelijking. Verder houdt de fusietoets nog onvoldoende rekening met andere ontwikkelingen, zoals de behoefte naar (nog meer) doelmatigheid van het onderwijsaanbod. Bovendien laten de criteria waaraan wordt getoetst nog (te) veel ruimte voor rechtsonzekerheid. Gelet op deze knelpunten hebben wij enkele aanbevelingen gedaan, waaronder de invoering van een zogenaamde indicatieve drempeltoets: alvorens scholen een (tijdrovend en duur) fusietoetraject ingaan, zou de minister van OCW op basis van een quick scan in een eerder stadium moeten kunnen aangeven of de voorgenomen fusie enige kans van slagen heeft. Daartoe plaatst de minister van OCW het fusievoornemen in de rode categorie (weinig kans) de groene categorie (veel kans) of de oranje categorie (de beslissing kan nog beide kanten uitvallen). Deze en andere aanbevelingen zijn veelal relatief eenvoudig te implementeren en leiden tot een aanzienlijke verbeteringen. Het is hoe dan ook belangrijk om de werking van de fusietoets kritisch te blijven volgen en te voorkomen dat deze een doel op zich wordt.

In dit artikel hebben we ons gericht tot de fusietoets. Wij hebben echter de verwachting dat in de toekomst ook de defusie van onderwijsorganisaties de aandacht gaat krijgen. Immers, de overheid heeft al de eerste stappen gezet om tot beleid te komen over actieve aansturing van schaalverkleining.<sup>97</sup> Ook verschillende onderwijsorganisaties hebben recent zelf al de wens geuit om hun opleidingsaanbod te splitsen en daarmee te verkleinen. Van belang is dat in dat kader van de werking van de fusietoets wordt geleerd en nieuwe regelgeving tot stand komt in samenspraak met de onderwijssector. Immers, zoals ook tijdens het rondetafelgesprek uitdrukkelijk is besproken, hebben de onderwijssector en de overheid een gedeelde verantwoordelijkheid voor het behoud en de verdere verbetering van de kwaliteit van onderwijs. Nieuw beleid en regelgeving dient dan ook in gezamenlijkheid tot stand te komen.

## Noten

**1** Stb. 2011, 95.

**2** De Adviescommissie heeft onlangs een website geopend: [www.cfto.nl](http://www.cfto.nl). De CDHO heeft al langer een website: [www.cdho.nl](http://www.cdho.nl).

**3** Kamerstukken II 2012/13, 33495, nr. 6 waarin de minister van OCW de Tweede Kamer over het rapport van de Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis informeert.

**4** Bijv. NRC Handelsblad 11 januari 2013 "Net als mbo gaat hbo opleidingen schrappen" en Financieel Dagblad 10 januari 2013 "Kleinschalig onderwijs is niet zonder meer goed. Volgens voorzitter MBO Raad is geplande opsplitsing van reuzen-roc's vooral oplossing voor Rotterdam". Dat de onderwijsorganisaties zich later weer zullen opsplitsen, maakt overigens niet dat de fusietoets niet van toepassing zou zijn. De twee bewegingen dienen aldus als zelfstandige ontwikkelingen te worden beschouwd, die elk zelfstandig door de minister van OCW zullen worden beoordeeld (in het licht van de fusietoets respectievelijk ten aanzien van de bekostigingsaanspraak).

**5** Antwoord op mondelinge vragen d.d. 15 januari 2013 (geen kenmerk) en Financieel Dagblad 17 januari 2013 "Deur blijft open voor reuzen-roc's".

**6** Beslissingen van na 1 januari 2013 zijn in beginsel in deze bijdrage niet meegenomen.

**7** Artikelen 64 tot en met 64d Wet op het primair onderwijs ("Wpo"), artikelen 53e tot en met 53i Wet op het voortgezet onderwijs ("Wvo"), artikelen 66 tot en met 66d Wet expertisecentra ("Wec"), artikelen 2.1.8 tot en met 2.1.12 Wet educatie- en beroepsonderwijs ("Web") en artikelen 16.15 e.v. Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ("WHW").

**8** Dit zijn de Wpo, Wvo, Wec, Web en WHW.

**9** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 1.

**10** Kamerstukken II 2008/09, 31135, nr. 16, p. 2 (brief over de menselijke maat in het onderwijs).

**11** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 1-2.

**12** Fusies tussen besturen van openbaar en bijzonder onderwijs (samenwerkingsbesturen) zijn ook toetsplichtig. Dit type fusies laten we echter in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Evenmin gaan wij nader in op fusies die intersectoraal zijn.

**13** Artikel 64, eerste lid en onder c, Wpo, artikel 66, eerste lid en onder c, Wec en artikel 53e, eerste lid en onder c, Wvo.

**14** Artikel 2.1.8 Web.

**15** Artikel 16.16, tweede lid, WHW.

**16** Artikel 64, eerste lid en onder b, Wpo en artikel 66, eerste lid en onder b, Wec.

**17** Artikel 53e, eerste lid en onder b, Wvo.

**18** Artikel 2.1.8, eerste lid en onder b, Web

**19** Instellingen worden geregistreerd in de Basisregistratie Instellingen.

**20** Dit heeft de staatssecretaris van OCW op 18 januari 2013 toegelicht in een brief aan de Tweede Kamer, met het kenmerk 2012D48795, naar aanleiding van vragen over een samenwerking van Westburg College met NOVA College, Marcanti College en Calvijn met Junior College.

**21** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 10.

**22** Van belang is dat de bij de onderwijsinstellingen betrokken rechtspersonen zelf ook nog een privaatrechtelijk besluit tot fusie dienen te nemen volgens het bepaalde in hun statuten. Dat dit tot problemen kan leiden, laat onder meer de jurisprudentie met betrekking tot de voorgenomen fusie tussen de HvA en de HES zien (HR 25 september 2009, JOR 2010, 3, m.nt. R.G.J. de Haan). Ook na het verlijden van de notariële akte met betrekking tot een fusie kan nog een beroep worden gedaan op een vernietigingsgrond in de zin van artikel 2:323 BW (vgl. wederom jurisprudentie inzake de HvA en de HES: Rb. 28 augustus 2005, JOR 2005, 263).

**23** Of de leerlingen, ouders en/of studenten van een onderwijsinstelling voldoende rechtstreeks belang hebben om te kunnen procederen tegen een besluit tot honorering of afwijzing van een fusieaanvraag, kan volgens de minister van OCW worden betwijfeld (Kamerstukken II 2009/10, 32040, nr. 6, p. 22). De Afdeling heeft in twee verschillende zaken ouders ontvankelijk verklaard, maar deze zaken betroffen geen fusiekwesties (ABRvS 11 november 2009, LJN: BK2913 en ABRvS 15 augustus 2012, LJN: BX4695). In de laatste zaak waren de leerlingen en het personeel volgens de Afdeling geen belanghebbenden.

**24** In eerste aanleg kan een procedure aanhangig worden gemaakt bij de sector bestuursrecht van de rechtbank. Hoger beroep is bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State mogelijk.

**25** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 16. De grondslag voor deze sanctionering is gelegen in al bestaande bepalingen over inhouding van bekostiging wegens het in strijd handelen met het bepaalde bij of krachtens de wet (bijv. artikel 15.1 WHW). Voorafgaand aan deze inhouding van bekostiging zou de minister van OCW in het primair, (voortgezet) speciaal en voortgezet onderwijs nog een aanwijzing aan de rechtspersoon die de school in stand houdt, kunnen geven wegens het in strijd handelen met de fusietoetswetgeving (zie bijv. artikel 163b Wpo).

**26** Onder het begrip keuzevrijheid wordt volgens de wetsgeschiedenis verstaan dat "leerlingen, hun ouders en studenten [moeten] kunnen kiezen voor het onderwijs dat het beste past bij hun levensovertuiging, hun opvattingen over onderwijs en hun capaciteiten en ambities. (...)" (*Kamerstukken II 2008/09*, 32040, nr. 3, p. 1).

**27** Om preciezer te zijn, in artikelen 10 tot en met 18 Regeling fusietoets (Stcrt. 2011, 13592).

**28** Met "beleidsregelgedeelte" bedoelen wij aan te geven dat de Regeling fusietoets niet enkel beleidsregels bevat, maar ook algemeen verbindende voorschriften.

**29** Vgl. vz. Rb. 's-Gravenhage 8 maart 2011, LJN: BP9891.

**30** Zie bijvoorbeeld artikel 64c Wpo.

**31** Artikel 64c Wpo.

**32** Artikel 66c Wec.

**33** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 15.

**34** Artikel 53h, eerste lid, Wvo.

**35** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 28. Dit geldt alleen voor institutionele fusies.

**36** "Onze Minister kan goedkeuring onthouden indien (...)".

**37** Kamerstukken II 2008/09, 31135, nr. 18.

**38** Deze omschrijving duidt erop dat de oude fusietoets in de Bve-sector alleen gold voor institutionele fusies en niet voor bestuurlijke fusies.

**39** Stcrt. 2009, 90 en gewijzigd door Stcrt. 2011, 13592.

**40** oud artikel 4, eerste lid, Regeling BVE.

**41** Artikel 16.16b, eerste lid, WHW.

**42** Deze bepaling geldt ook voor bijzondere universiteiten, zo volgt uit artikel 16.16, vijfde lid, WHW.

**43** Vgl. artikel 64b, tweede lid en onder g, Wpo.

**44** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 2008/09, 31135, nr. 16, p. 2.

**45** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 11.

**46** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 13.

**47** O.m. artikel 64b, tweede lid en onder j, Wpo.

**48** Hij kan naar ons idee evenmin de legitimiteit aanmerken als een ontvankelijkheidseis met betrekking tot de aanvraag om bij een gebrek aan legitimiteit de aanvraag buiten behandeling te laten (artikel 4:5 Awb). Immers, uit o.m. ABRvS 11 mei 2005, LJN: AT5365 volgt dat het buiten behandeling laten van een aanvraag alleen is toegestaan wanneer het niet mogelijk is om zonder de ontbrekende informatie op de aanvraag te beslissen. Dat is niet het geval, als er informatie is aangeleverd met betrekking tot het criterium van de keuzevrijheid.

**49** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 11.

**50** Vgl. artikel 53g, derde lid en onder i, Wvo.

**51** Vgl. artikel 2.1.10, eerste lid en onder b, Web.

**52** De Adviescommissie is ingesteld in hoofdstuk 2 van de Regeling fusietoets. De leden van deze Adviescommissie zijn op dit moment A.M.L. van Wieringen (vz.), R. de Boer en H.M.C. Dwarshuis-van de Beek (Strct. 2011, 18348).

**53** De CDHO is ingesteld in artikel 6.2, derde lid, WHW. De leden van deze CDHO zijn op dit moment N.M. Verbraak (vz.), R.G.K. Voss (vice-vz.), A. Mosterd, E. d'Hondt, J.A. Bruijn, F. Kuipers en J.G. Stam (www.cdho.nl).

**54** In de adviezen van de Adviescommissie staat vermeld op basis waarvan de commissie tot het advies is gekomen.

**55** Dit is ingevolge artikel 4, derde lid, Regeling fusietoets toegestaan.

**56** De reacties van de verschillende onderwijsraden staan elk op hun eigen website.

**57** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4.

**58** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 2.

**59** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 23.

**60** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4.

**61** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 5.

**62** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 6.

**63** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 4.

**64** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 13.

**65** De Adviescommissie heeft op haar website vermeld staan dat uit een kennismakingsronde met de sector- en onderwijsraden en profiel- en besturenorganisatie is gebleken dat er onbekendheid is met de werkwijze van de commissie. Dit kan tot onbegrip leiden, zo lezen wij op de website van de Adviescommissie. De Adviescommissie zal dan ook "in de komende maanden graag inzetten op verbeterde externe communicatie en voorlichting."

**66** Te denken valt hierbij aan de reviewcommissie met betrekking tot de prestatiebekostiging in het hoger onderwijs.

**67** Artikel 9, vijfde lid, Regeling fusietoets.

**68** Zie o.a. artikel 66d Wec.

**69** Dit heeft zij wel gedaan met betrekking tot het advies inzake de bestuurlijke fusie tussen AMOS-1 en AMOS 2 (d.d. 24 april 2012). Wel heeft de Adviescommissie dit naar eigen zeggen "bij wijze van uitzondering" gedaan.

**70** Gezien het advies inzake de bestuurlijke fusie van de Christelijke Onderwijs Groep Vallei & Gelderland-Midden en de Stichting voor Christelijk Voorbereidend Middelbaar Beroepsonderwijs en Praktijkonderwijs (d.d. 3 juli 2012).

**71** Zie bijv. het advies inzake de voorgenomen institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College (d.d. 18 april 2012).

**72** Daar kwam nog bij dat bij de voorgenomen fusie twee verschillende denominaties betrokken waren. Dient dan het juridisch kader over de samenwerkingsschool (artikel 64c, tweede lid, Wpo) of de reguliere bepaling van artikel 64c, eerste lid, Wpo te worden toegepast? De Adviescommissie heeft voor het laatste gekozen.

**73** Dit is conform artikel 64c Wpo juncto artikel 10 Regeling fusietoets.

**74** Dit doet zij vaker, waaronder bijv. in het advies over de bestuurlijke fusie tussen de Vereniging Onderbouw Vrije School Groningen en de Stichting Vrijescholen Athena (d.d. 18 september 2012). Daarin overweegt de Adviescommissie zoals vaker: "Van een situatie als omschreven in artikel 10 van de Regeling is geen sprake. Om tot een oordeel te komen of op andere gronden sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod als bedoeld in artikel 64c, eerste lid, van de WPO, weegt de Commissie de volgende aspecten mee."

**75** De besluitvorming van de minister en het onderliggende advies van de Adviescommissie over de voorgenomen fusie tussen CBO Dongeradeel en De Twine was ten tijde van het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd.

**76** Deze toets komt overeen met het vereiste van artikel 53h, eerste lid en onder a, Wvo en artikel 15, aanhef en onder a, Regeling fusietoets.

**77** Artikel 53h, eerste lid en onder b, Wvo en artikel 15, aanhef en onder b, Regeling fusietoets.

**78** Daarin woog zij ook mee dat de fusie sterk gelegitimeerd was, zoals wij hiervoor hebben uiteengezet in deze bijdrage.

**79** Artikel 17 Regeling fusietoets.

**80** Artikel 16.16b, eerste lid, WHW en artikel 18 Regeling fusietoets.

**81** Artikel 16.16a, vierde lid, WHW.

**82** Vgl. bijv. het advies inzake de bestuurlijke fusie tussen de Vereniging voor Christelijk Basisonderwijs Heerenveen en de Stichting voor Protestants Christelijk Primair Onderwijs Tsjukemar (d.d. 22 mei 2012).

**83** Vergelijk ook aanwijzing 128 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

**84** O.m. in het rapport "Naar meer focus op het mbo! Advies van de Commissie Onderwijs en Besturing BVE", p. 17, wordt geconcludeerd dat "de schaalgrootte van instellingen niet één op één samenhangt met ofwel positieve ofwel negatieve scores op indicatoren [van de kwaliteit van onderwijs, toevoeging TB/MC]". Dit rapport is raadpleegbaar via de website van de rijksoverheid.

**85** De lumpsumbekostiging leidt tot verzakelijking, omdat (bijvoorbeeld in het hoger onderwijs) onder meer het aantal studenten bepalend is voor de hoogte van de bekostiging. De bekostiging leidt er anders gezegd toe dat de onderwijsinstelling behalve als een school ook als een onderneming dient te worden benaderd.

**86** Regeerakkoord Rutte II: "We nodigen provincies uit om met gemeenten initiatieven gericht op vergroting van de gemeentelijke schaal te bespreken".

**87** Dat de fusietoets inderdaad als een risico wordt gezien in krimpregio's volgt onder meer uit de recente publicatie van de Inspectie van het onderwijs genaamd 'Krimpbestendige onderwijskwaliteit. Regio-onderzoek in Zuid-Nederland naar de gevolgen van krimp', p. 5 en 12 (d.d. 20 december 2012).

**88** *Kamerstukken II 2010/11, 31254, nr. 88.*

**89** *Kamervragen II 2012/13, 303.*

**90** Dit verslag is te raadplegen op de website van de Inspectie van het onderwijs.

**91** *Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 9.*

**92** Hoofdstuk 7 Wet milieubeheer en Besluit milieueffectrapportage.

**93** *Kamerstukken I 2009/10, 32040, C, p. 9.*

**94** Zoals in het primair onderwijs, waarin niet alleen het marktaandeel van het aantal scholen onder de te ontstane rechtspersoon in verhouding tot alle scholen in het werkgebied wordt onderzocht. Maar er ook wordt onderzocht of het aantal leerlingen dat onder de nieuwe rechtspersoon valt niet boven de door de Adviescommissie gehanteerde referentienorm van 2200 uitkomt.

**95** Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 2.

**96** Kamerstukken II 2012/13, 31293, nr. 151.

**97** Kamerstukken II 2011/12, 31288, nr. 315 en Kamerstukken II 2010/11, 31288, nr. 171.

---

© Boom Juridische uitgevers