

# Anders, of toch niet?

Een onderzoek naar de mogelijkheden van  
meer Awb-conforme onderwijswetgeving

Mr. J.A. de Boer (TiU)  
Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (TiU)  
Prof. mr. drs. W. den Ouden (UL)  
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens (TiU)

**Tilburg, Leiden, 26 maart 2013.**



## Inhoudsopgave

1.	Algemene inleiding	5
	1. Probleem	5
	2. Concrete aandachtsgebieden	6
	3. Onderzoeksvraag	6
	4. Methode van onderzoek	7
	5. Opzet en indeling van het onderzoek	7
2.	Het duale bestel en de juridische consequenties daarvan	9
	1. Inleiding	9
	2. Besturen en de Awb	9
	3. Regels en bekostigingsvoorwaarden	11
	4. Andere onderscheidingen wettelijke bepalingen	13
	4.1 Bekostigingsvoorschriften	13
	4.2 Algemene bepalingen	14
	4.3 Andere bepalingen	14
	5. Bezwaren van een overwegend institutioneel gerichte wetsredactie	15
	6. Rechtsbescherming	16
	6.1 Beslissingen en besluiten	16
	6.2 Dualiteit en voorprocedures voor ouders en leerlingen	17
	6.3 Voorprocedure voor leerlingen en personeel	18
	6.4 Voorprocedures voor bevoegde gezagen	18
	6.5 Bevoegde rechter in het duale systeem	19
	6.6 Beroep in één instantie	20
	7. Conclusies	20
3.	De Wet op het voortgezet onderwijs	23
4.	De Wet op het primair onderwijs	67
5.	De Wet op de expertisecentra	99
6.	De Wet educatie en beroepsonderwijs	121
7.	De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek	143
8.	De Wet op het onderwijstoezicht	155
9.	De Leerplichtwet	161
10.	Enkele algemene kwesties, slotbeschouwing en conclusies	167

Bronnen

Bijlage: gespreksverslagen interviews

## 1. Algemene inleiding

### 1. *Probleem*

Met het programma Duurzame Onderwijswetgeving (DOW), dat in 2012 binnen OCW is opgestart, worden activiteiten ontwikkeld om te komen tot eenvoudiger en meer robuuste onderwijswetgeving. Het project Onderwijswetgeving en Awb is daar onderdeel van. Geconstateerd wordt dat de onderwijswetgeving op veel punten afwijkt van de algemene regels die in het moderne bestuursrecht op basis van de Awb de bestuurlijke relaties (i.c. overheid-onderwijsveld) bepalen. De verwachting is dat verdere aanpassing aan de regelgeving van de Awb concreet winst kan opleveren in termen van duurzaamheid van onderwijswetgeving. De opdrachtgever verwijst ter onderbouwing van deze verwachting naar de consequenties van bekostigingsregels in het onderwijs die afwijken van de subsidietitel van de Awb. In het kader van de “Schutte” problematiek waren er interpretatiegeschillen tijdens gerechtelijke procedures die extra werk en geld hebben gekost. Maar voorbeelden zijn er ook te vinden in de sfeer van rechtsbescherming: vele van de Awb afwijkende procedures, die vaak specifiek per sectorwet vorm zijn gegeven en waarbij er ook niet zelden van het algemeen bestuursrecht afwijkende termijnen gelden.

De opdrachtgever wenst te laten onderzoeken op welke punten de sectorwetgeving in het onderwijs<sup>1</sup> afwijkt van de Awb. Het onderzoek moet de grondslag vormen voor de beoordeling ten departemente of, en zo ja op welke wijze, verdere aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb winst oplevert qua duurzaamheid. Het onderzoek zal daartoe een nauwgezette inventarisatie moeten opleveren van de punten waarop afwijking plaatsvindt.

Maar dat is niet genoeg om aan de vraag van de opdrachtgever te voldoen. Ook dient, waar nodig, aan de achtergrond van elke afwijking aandacht te worden besteed. Wat heeft de onderwijswetgever oorspronkelijk met de geregelde constructie bedoeld? Waarom heeft hij expliciet of impliciet afgeweken van de Awb? Volgens de literatuur<sup>2</sup> zijn er verschillende omstandigheden die een van het algemene recht afwijkende regeling in het onderwijsrecht kunnen verklaren. In de eerste plaats is er het gegeven dat bij de totstandkoming van nieuwe regels een sectorale benadering dominant is. Regels zijn daarmee vaak het resultaat van onderhandeling met sectorvertegenwoordigers, waarbij niet de vorm maar de concrete oplossing voorop staat, die ook nog eens per sector kan verschillen. Een tweede punt is dat de onderwijswetgeving een duaal bestel van openbaar en bijzonder onderwijs bestrijkt, dat vanuit de opdracht van artikel 23 Grondwet zoveel mogelijk met uniforme normen wordt bediend. In de sfeer van de rechtsbescherming zien we daardoor constructies van vaak non-contentieuze aard die in gelijke zin geregeld zijn voor openbaar en bijzonder onderwijs, maar tot verschillen in de toegang tot de rechter leiden<sup>3</sup> of – als gevolg van een bewuste keuze – juist toegang tot een en

---

<sup>1</sup> Respectievelijk de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs, de Wet educatie en beroepsonderwijs, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, de Leerplichtwet 1969 en de Wet op het Onderwijstoezicht.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 45-186 en Zoontjens en Frissen 2005.

<sup>3</sup> Denk aan de Commissie van geschillen, als bedoeld in art. 30 Wms of (tot voor kort, vóórdat het College van beroep hoger onderwijs zijn huidige rol verkreeg) de colleges van beroep voor de examens, als bedoeld in art. 7.60 Whw.

dezelfde rechter bieden.<sup>4</sup> Een derde punt zou kunnen zijn dat om historische redenen, de onderwijswetgeving behoort immers tot de oudste bestuurswetgeving in ons land, tussentijds een afwijking ontstaat en gehandhaafd blijft. Voorbeeld daarvan is het beroep tegen bekostigingsbesluiten bij de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg. Deze figuur lijkt op de voortzetting van het aloude Kroonberoep dat de onderwijswetgeving zo lang heeft gekenmerkt.

Het is weliswaar onontkoombaar dat er oog is voor de achtergrond, maar dat moet ook weer niet de overhand krijgen. Alleen als het functioneel is. De opdrachtgever wil dat er juist wordt uitgegaan van de huidige situatie om te kijken wat de praktische consequenties zijn als je verandert. Het onderzoek mag dus ook weer niet “te theoretisch” zijn. De opdrachtgever wenst als resultaat van het onderzoek een product waar men heel concreet en praktisch mee aan de slag kan. Het onderzoek moet met andere woorden helder kunnen maken waar het tot merkbare voordelen leidt om de onderwijswetgeving aan te passen aan de Awb. Daarbij streeft de opdrachtgever ook naar het gebruik van eenduidige Awb-terminologie in de wet om onduidelijkheid en interpretatiegeschillen door niet-eenduidige termen te voorkomen.

## **2. Concrete aandachtsgebieden**

Bij de inventarisatie en analyse van de afwijkingen in de onderwijswetgeving worden drie bijzondere probleemgebieden gezien: bekostigingsregels, rechtsbescherming en handhaving. Op verzoek van de opdrachtgever zal het accent worden gelegd op vooral handhaving en bekostiging. Een expliciete vraag die opdrachtgever aan de orde wil hebben in het onderzoek betreft de bekostigingssanctie. Dit is een reparatoire of herstelsanctie. Hoe kan deze sanctie beter worden ingepast in het systeem van de Awb? Kan de minister bij het opleggen van deze herstelsanctie ook verder gaan dan het alleen terugvorderen van het onrechtmatig verkregen voordeel, dus een hoger bedrag terugvorderen dan onrechtmatig is verkregen (vergelijk de “maatregel” in de sociale zekerheid) zonder dat dit als een punitieve sanctie wordt aangemerkt? En is er een juridische meerwaarde om naast deze herstelsanctie ook nog een bestuurlijke boete te introduceren? En in welke gevallen zou dat dan aan de orde zijn? Een volgende vraag die expliciet aan de orde zal moeten komen gaat over het duale stelsel van regels en bekostigingsvoorwaarden in relatie tot Awb. Zou je dit duaal systeem kunnen samenbrengen in één geheel dat bovendien “Awb-proof” moet worden geacht. Loop je door het verschil tussen regels en bekostigingsvoorwaarden niet tegen specifieke problemen aan vanuit Awb-optiek en hoe zou je dat kunnen ondervangen?

## **3. Onderzoeksvraag**

Een en ander leidt tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

Op welke onderdelen wijken de Wet op het primair onderwijs (Wpo), de Wet op de expertisecentra (Wec), de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo), de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web), de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw), de Leerplichtwet 1969 (Lpw) en de Wet op het onderwijstoezicht (Wot) af van de regels van de Algemene wet bestuursrecht, hoe moeten die afwijkingen geduid worden – mede in het licht van

---

<sup>4</sup> Denk aan de Geschillencommissie samenwerkingsverbanden, als bedoeld in art. 22 Wpo of het College van beroep voor het hoger onderwijs, als bedoeld in art. 7.64 Whw.

de expliciet door de opdrachtgever gestelde vragen inzake de aard van bekostigingssanctie en de dualiteit van regelgeving – en hoe moeten de consequenties daarvan worden ingeschat voor de eenvoud en robuustheid van de onderwijswetgeving?

#### **4. Methode van onderzoek**

De onderzoekers hebben zich na deze algemene inleiding en een algemeen kaderstellend hoofdstuk bezig gehouden met een artikelsgewijze analyse van de onderwijswetgeving, waaronder ook regelingen ter invoering van de Awb-tranches in het onderwijs. Verder heeft er een analyse van literatuur en rechtspraak plaatsgevonden. Tenslotte zijn er Interviews gehouden met deskundigen van binnen en buiten de overheid. Dat betreft in de eerste plaats de A. en H. van de uitvoeringseenheid DUO, verder B., advocaat en tenslotte R., lid van de Raad van State.

#### **5. Opzet en indeling van het onderzoek**

Voor de behandeling van de geschetste problematiek wordt de volgende opzet en indeling gehanteerd. In het volgende hoofdstuk wordt een algemeen kader geschetst van de aard en de gevolgen van het constitutionele uitgangspunt dat ons onderwijssysteem dual is opgebouwd, dat wil zeggen bestaat uit scholen voor bijzonder en openbaar onderwijs. Het volgende hoofdstuk biedt de handvaten voor een beter begrip van hetgeen daarna komt, nu een centraal probleem bij de aansluiting van het onderwijsrecht op het algemene bestuursrecht de gelijke positie is van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instellingen in het onderwijsrecht. Dit leidt als vanzelf tot de vraag: hoe kan én optimale aansluiting bij de Awb én een gelijke behandeling in de wetgeving van openbare en bijzondere instellingen worden verzekerd.

Vanaf hoofdstuk 3 tot en met hoofdstuk 9 vindt een analyse van de achtereenvolgende onderwijswetten plaats. Hoofdstuk 10 bevat de slotbeschouwing en de conclusies. De conclusies zullen vooral worden gegroepeerd rond de drie centrale aandachtsvelden van onderzoek: bekostiging, handhaving en rechtsbescherming.





## **2. Het duale bestel en de juridische consequenties daarvan**

### **1. Inleiding**

Het Nederlandse bestel van bekostigd onderwijs is duaal, uit twee delen opgebouwd. Er is openbaar en bijzonder onderwijs, dat op inhoudelijke en organisatorische punten wezenlijk van elkaar verschilt. De dualiteit is het rechtstreekse gevolg van de in artikel 23 van de Grondwet vastgelegde beginselen die zeggen dat er in elke gemeente van overheidswege openbaar (algemeen vormend lager) onderwijs wordt gegeven en dat men vrij is bijzondere scholen op te richten en deze naar dezelfde maatstaf als geldt voor het openbaar onderwijs door de overheid bekostigd te krijgen. Het gaat hier om beginselen die met name van belang zijn voor het primair en voortgezet onderwijs. Voor deze sectoren is het grondwettelijke onderwijsartikel ook in aanleg geschreven. Het duale systeem is door de wetgever evenwel ook 'doorgetrokken' naar de sectoren van het beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.<sup>5</sup>

Het bijzonder onderwijs is grondwettelijk verankerd als een aangelegenheid van particulieren. De bijzondere school is op hoofdzaken, wat betreft haar organisatie en besluitvorming geordend in het privaatrecht. Het bevoegd gezag van een bijzondere instelling is, zoals de wet zegt, een "rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen."<sup>6</sup> Het openbaar onderwijs wordt beschikbaar gesteld en in stand gehouden door de overheid. Het is hoofdzakelijk geordend in het publiekrecht. Volgens het huidige wettelijke kader kan het bestuur van de openbare school in het primair en voortgezet onderwijs in handen worden gelegd van een orgaan van de gemeente, van een openbaar lichaam krachtens de Wgr, danwel van een wettelijke stichting of openbare rechtspersoon. Het beroepsonderwijs kent geen openbare instellingen. In het hoger onderwijs is het bestuur in handen van het college van bestuur van de rechtspersoonlijkheid bezittende universiteit of hogeschool.<sup>7</sup>

Openbaar en bijzonder onderwijs maken beide, en op basis van gelijkwaardigheid, deel uit van het onder overheidszorg staande onderwijsbestel. Van de 7.435 scholen voor primair onderwijs en 646 scholen voor voortgezet onderwijs die ons land in 2011 kende, is ongeveer 1/3 openbaar en 2/3 bijzonder.<sup>8</sup> Alleen in het wetenschappelijk onderwijs is er een meerderheid van openbare instellingen. Slechts 3 van de 12 universiteiten zijn bijzonder. Op twee na zijn alle hogescholen – 35 stuks – bijzonder.<sup>9</sup> Alle regionale opleidingen centra (ROC's) – 57 stuks – zijn bijzonder.

### **2. Besturen en de Awb**

#### *Openbaar onderwijs*

Voor de bestuursvorm van een openbare school kan men in het primair en voortgezet onderwijs uit zeven verschillende mogelijkheden kiezen. De school wordt bestuurd door de gemeenteraad,

---

<sup>5</sup> Onderwijsraad 2012, p. 21.

<sup>6</sup> Art. 55 Wpo. Zie verder art. 49 Wvo, 9.1.1 Web en 9.51 Whw.

<sup>7</sup> Art. 1.8, tweede lid, Whw.

<sup>8</sup> Ontleend aan Kerncijfers 2007-2011, p. 18.

<sup>9</sup> Zie de bijlage achter de Whw.

het college van burgemeester en wethouders, een commissie als bedoeld in art. 82 Gemeentewet, een orgaan van een stichting openbaar onderwijs<sup>10</sup> of van een openbare rechtspersoon,<sup>11</sup> een bestuur dat zowel bijzondere als openbare scholen in stand houdt<sup>12</sup> of een orgaan van een openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). Het bevoegd gezag van de openbare onderwijsinstelling in het primair en voortgezet onderwijs is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, onder a, Awb, voor zover het betreft een orgaan van de gemeente (B&W, raad, commissie; we spreken hier van integraal bestuur), een orgaan van het openbaar lichaam krachtens de Wgr of een orgaan van de openbare rechtspersoon (bij de laatste twee spreken we van vermogensrechtelijk verzelfstandigd bestuur). In het hoger onderwijs kennen we ook a-organen bij de rechtspersoonlijkheid bezittende openbare universiteit of hogeschool.

Het bevoegd gezag van de stichting voor openbaar onderwijs (de meest voorkomende vorm van vermogensrechtelijk verzelfstandigd bestuur in het openbare primair en voortgezet onderwijs) is een orgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, onder b, Awb, nu die weliswaar vele publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent maar niet kan worden beschouwd als een orgaan van een krachtens publiekrecht totstandgekomen rechtspersoon.<sup>13</sup>

### *Bijzonder onderwijs*

Ook b-organen zijn de besturen van bijzondere onderwijsinstellingen in het voortgezet onderwijs, het beroepsonderwijs en het hoger onderwijs, voor zover deze een wettelijk getuigschrift afgeven. Dat wordt aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.<sup>14</sup> Verder is het bevoegd gezag van het samenwerkingsbestuur (b-)orgaan, voorzover het besluiten neemt als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs of een wettelijk getuigschrift afgeeft. Ook is de directeur of rector ("het hoofd") van de openbare school voor primair of voortgezet onderwijs aan te merken als a-orgaan en in het bijzonder (primair, voortgezet en beroeps)onderwijs als b-orgaan, voor zover hij/zij de bevoegdheden uitoefent van de artikelen 13a en 14 Lpw 1969.<sup>15</sup> Tenslotte geldt het zelfde mogelijk ook voor het oordeel van de directeur van een basisschool inzake de geschiktheid van een leerling om naar het voortgezet onderwijs te gaan,<sup>16</sup> aangezien een positief oordeel in het algemeen voorwaarde is om tot het voortgezet onderwijs toegelaten te worden.<sup>17</sup> Het bijzonder onderwijs wordt in organisatorische zin volledig beheerst door het privaatrecht. Het gaat hier om besturen van stichtingen of verenigingen in de zin van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die in hun positie en in handelen, behoudens de hierboven genoemde uitzondering inzake de afgifte van wettelijke diploma's, door de regels en beginselen van het privaatrecht worden beheerst.

### *Samenwerkingsvormen*

---

<sup>10</sup> Zie art. 48 Wpo en 42b Wvo.

<sup>11</sup> Zie art. 47 Wpo en 42a Wvo.

<sup>12</sup> Vgl. art. 17 Wpo en 53c Wvo.

<sup>13</sup> Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 121. Enkele jaren geleden werd al geconstateerd dat ongeveer de helft van de besturen in het openbaar onderwijs vermogensrechtelijk is verzelfstandigd. Daarvan heeft het overgrote deel de stichtingsvorm. Vgl. CBS-Webmagazine 23 mei 2007.

<sup>14</sup> ABRS 19 juli 2006, AB 2007, 41 m.n. B.P. Vermeulen.

<sup>15</sup> Verlof wegens vakantie, respectievelijk wegens 'andere' gewichtige omstandigheden.

<sup>16</sup> Artikel 39, vierde lid, Wpo jo. artikel 3, eerste lid 1, Inrichtingsbesluit vwo-havo-mavo-vbo.

<sup>17</sup> Zie Vermeulen en Poot 2010, p. 375-396.

Het handelen en de organisatie van samenwerkingsscholen – scholen waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden – worden met dat van het bijzonder onderwijs gelijk gesteld.<sup>18</sup> Het samenwerkingsverband nieuwe stijl, waarin scholen van openbaar en bijzonder onderwijs in het kader Passend Onderwijs in het verband van een rechtspersoon samenwerken, moet daarentegen als een a-orgaan worden beschouwd.<sup>19</sup>

### **3. Regels en bekostigingsvoorwaarden**

Een ander onderscheid dat met het duale bestel samenhangt, en dat in de onderwijswetgeving nader is uitgewerkt, is dat tussen a. regels voor het openbaar onderwijs en b. voorwaarden voor de bekostiging van het bijzonder onderwijs. In de meeste gevallen gelden inhoudelijk dezelfde wettelijke voorschriften als regels en tevens als bekostigingsvoorwaarden. De wettelijke bepalingen die alleen voor het openbaar of voor het bekostigde bijzonder onderwijs gelden, vormen een kleine minderheid. Hoewel in dit onderzoek met overtuiging wordt voorgesteld om bekostiging voortaan subsidie te noemen (zie onder meer par. 2.3.4 van de conclusies) en mitsdien bekostigingsvoorwaarden te betitelen als subsidieverplichtingen, zal dit voor het onderstaande niet gebeuren. Dat is voornamelijk het gevolg van het feit dat de discussie over het rechtskarakter van de wettelijke bepalingen, waarover hieronder zal worden uitgeweid, in de bestaande terminologie plaatsvindt en heeft plaatsgevonden. Om verwarring te vermijden zal daarom bij de bestaande terminologie worden aangesloten.

Het verschil tussen “regels” en “bekostigingsvoorwaarden” laat zich verklaren uit het gegeven dat het openbaar onderwijs “van de overheid” is en de bijzondere school niet. De openbare school, het bestuur en de betrokkenen in de school, zoals leerlingen en leraren, zijn uit dien hoofde volledig onderworpen aan de wettelijke voorschriften. De voorschriften voor het bijzonder onderwijs, dat de vrijheid van richting geniet (art. 23, vijfde lid, Grondwet), houden verplichtingen in die worden gesteld bij de bekostiging door de overheid. Deze verplichtingen gelden in aanleg alleen voor de ontvanger van de subsidie, te weten het handelingsbevoegde orgaan van de rechtspersoon die de bijzondere onderwijsinstelling in stand houdt. Zij binden dus buiten het bevoegd gezag niet rechtstreeks de andere betrokkenen in de instelling. De binding van leerkrachten, leerlingen, ouders en studenten in het bijzonder onderwijs is afhankelijk van het binnen de rechtspersoon geldende privaatrecht (statuten en/of reglementen) of van het contract dat het bestuur met hen heeft afgesloten. Daarbij moeten de bekostigingsvoorwaarden zoveel mogelijk naar de werkvloer worden “doorvertaald”.

Dit betekent bijvoorbeeld dat waar de Wet medezeggenschap scholen (Wms) in artikel 3, eerste lid, bepaalt dat aan een school (voor primair of voortgezet onderwijs) een medezeggenschapsraad is verbonden, dit in het openbaar onderwijs rechtstreeks geldt als een verplichting voor het bevoegd gezag, waar tegenover een aanspraak staat van ouders en leraren om daaraan te voldoen. In het bijzonder onderwijs is het maar de vraag of dit voorschrift, dat als bekostigingsvoorwaarde geldt, ook zo uitwerkt op de (werk)vloer. Lange tijd is aangenomen dat het voorschrift enkel geldt ten aanzien van ouders en leraren als dat voorschrift in de relatie met het schoolbestuur is “doorgecontracteerd”.<sup>20</sup>

Bekostigingsvoorwaarden voldoen in deze opvatting niet aan het relativiteitsvereiste: de

<sup>18</sup> Art. 17d, achtste lid, Wpo en 53d, achtste lid, Wvo.

<sup>19</sup> Zie art. 17a Wpo, 17a Wvo.

<sup>20</sup> Beurskens 1984, p. 104-131.

voorschriften die zijn gesteld in de (subsidie)relatie met het bevoegd gezag strekken niet automatisch mede ter bescherming van het belang van de andere betrokkenen op de school. Dit behoeft thans wellicht nuancering. Zo heeft de rechter al eens uitgesproken dat de zorgplicht voor kwaliteit, als bedoeld in art. 10 Wpo,<sup>21</sup> “mede ter bescherming van de belangen van ouders en leerlingen” dient, zodat daarop de kwalificatie van onrechtmatigheid jegens hen van handelen van het schoolbestuur kan worden gestoeld.<sup>22</sup> Weliswaar was hier in geschil het handelen van het bestuur van een openbare en niet een bijzondere school, maar men kan ook anders naar de uitspraak kijken. De structuur van wettelijke zorgplichten, als art. 10 Wpo verschilt niet wezenlijk van het vermeende karakter van bekostigingsvoorwaarden. De rechter maakt ook geen voorbehoud ten aanzien van het karakter van het wettelijke voorschrift, dat tegelijkertijd als bekostigingsvoorwaarde voor het bijzonder onderwijs geldt.<sup>23</sup> Vanuit de positie van leerlingen en ouders bezien mag er ook geen verschil in rechtswerking worden aangenomen tussen het onderwijs op een openbare of bijzondere school, kwaliteit is kwaliteit.

Het bestuur van de bijzondere onderwijsinstelling, moet als hij bekostiging accepteert voldoen aan alle wettelijke voorwaarden. Daarbuiten is het in beginsel vrij van de overheid en de wet.<sup>24</sup>

Een correcte illustratie van het verschil in werking tussen regels en bekostigingsvoorwaarden biedt artikel 33, eerste lid, Wpo: “Met inachtneming van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde voorschriften (..) regelt het bevoegd gezag van een openbare school de rechtspositie van het personeel en draagt het bevoegd gezag van een bijzondere school zorg voor de regeling van de rechtspositie van het personeel.”

Intussen wordt het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden in de praktijk van de wetgeving niet meer zo gehandhaafd als hier is geschetst. Er zijn regels die alleen het bevoegd gezag van de openbare onderwijsinstelling binden en niet de betrokkenen in de instelling. In feite gaat dit thans voor nagenoeg alle wettelijke bepalingen op. Bij de sinds medio jaren tachtig ingezette beleidstendens tot het vergroten van de autonomie van (ook openbare) scholen is dit het dominante verschijnsel geworden.<sup>25</sup>

Een voorbeeld zijn de in 2010 ingevoerde bepalingen inzake goed bestuur, zoals artikel 17a, eerste lid, Wpo: “Het bevoegd gezag draagt (..) zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop en met een rechtmatig bestuur en beheer.” Hier had de verplichting tot invoering van een bepaald model van

---

<sup>21</sup> “Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school. Onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs wordt in elk geval verstaan: de zorg voor het personeelsbeleid, voor zover het betreft de duurzame borging van de kwaliteit van het onderwijspersoneel, en het uitvoeren van het in het schoolplan, bedoeld in artikel 12, beschreven beleid op een zodanige wijze dat de wettelijke opdrachten voor het onderwijs en de door het bevoegd gezag in het schoolplan opgenomen eigen opdrachten voor het onderwijs, worden gerealiseerd.”

<sup>22</sup> Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000/104, m.n. B.P. Vermeulen (Schaapman).

<sup>23</sup> Artikel 10 is opgenomen in Afdeling II van Titel II van de wet, dat is getiteld “Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs”.

<sup>24</sup> Behalve wanneer men met de school leerplichtige kinderen wil aantrekken of wil opleiden tot wettelijk erkende diploma's. Dan gelden wettelijke deugdelijkheidseisen en moet men zich overheidstoezicht laten welgevalen.

<sup>25</sup> Over deze ‘grondbeweging’ in het onderwijsbeleid: Leune 1999, p. 29 e.v.

scheiding van bestuur en toezicht in het openbaar onderwijs tot de mogelijkheden behoort. In plaats daarvan geldt een zorgplicht die voor openbaar en bijzonder onderwijs identiek luidt.

Andersom komt het ook bij hoge uitzondering voor, dat bepaalde bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs een regelkarakter hebben aangenomen, doordat rechtstreeks, dat wil zeggen buiten toedoen van het bevoegd gezag, ook verhoudingen worden bestreken binnen de onderwijsinstelling, tussen school(bestuur) en ouders of leerlingen danwel leraren.

Een voorbeeld vormden de artikelen 40 Wpo en 27 Wvo, voorzover die bepaalden dat een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en een ouder over het betalen van een geldelijke ouderbijdrage *van rechtswege nietig* werd geacht, indien de toelating van de leerling tot de school daarvan afhankelijk werd gesteld. Het betreffende onderdeel is inmiddels geschrapt.<sup>26</sup>

Geconcludeerd kan worden dat er een essentieel onderscheid in rechtswerking wordt aangenomen tussen regels en bekostigingsvoorwaarden, in die zin dat regels naast het bevoegd gezag ook andere betrokkenen in de onderwijsorganisatie rechtstreeks binden en bekostigingsvoorwaarden zich in beginsel alleen richten tot het bevoegd gezag. Intussen kan ook worden gesproken van een ontwikkeling naar vervaging van dit onderscheid. Enerzijds is dat het gevolg van het feit dat de wetgever soms rechtstreekse bescherming beoogt van de belangen van leerlingen, ouders of leraren. Anderzijds, en dat is belangrijker om te constateren, leidt de voortschrijdende trend van autonomiebevordering van bestuur en beheer van scholen ertoe dat ook de openbare scholen voor het overgrote deel met wettelijke voorschriften worden geconfronteerd die zich in directe zin alleen richten tot het bevoegd gezag.

Een en ander leidt tot een tweetal constatering:

- Men kan zich afvragen of op dit moment niet nagenoeg alle wettelijke bepalingen bekostigingsvoorwaarde (subsidieverplichting) zijn nu daarmee alleen het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling wordt geadresseerd. Dat zou kunnen betekenen dat voor nog slechts enkele bepalingen, die wezenlijk voor alleen het openbaar onderwijs moeten worden geacht, de karakteristiek van “regel” kan worden gereserveerd. In de volgende hoofdstukken en bij de conclusies wordt hierop nog teruggekomen.
- Maar het onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs en regels voor het openbaar onderwijs doet er toe. In essentie is hiermee immers de vrijheidspositie van het bijzonder onderwijs, als product van particulier initiatief, gewaarborgd. Hoewel sprake is van een vervaging van het onderscheid, wordt daarmee die vrijheidspositie niet ondergraven. Immers, bepalingen die als regels voor het openbaar onderwijs konden worden aangemerkt zijn historisch, qua rechtskarakter, in de richting van bekostigingsvoorwaarden (subsidieverplichtingen) opgeschoven. Een omgekeerde beweging naar regels heeft zich daarentegen niet of nauwelijks voorgedaan.

#### **4. Andere onderscheidingen wettelijke bepalingen**

##### *4.1 Bekostigingsvoorschriften*

---

<sup>26</sup> Zie Stb. 2012, 118.

Een apart type bepalingen vormen de voorschriften inzake de bekostiging door het Rijk of de gemeente. De onderwijswet ordent deze niet onder het stramen van regels en/of bekostigingsvoorwaarden. De wijze van bekostiging wordt niet tot de eisen van deugdelijkheid gerekend. Het gaat hier om normen die zich naar de aard louter beperken tot de relatie tussen de bekostigende overheid en het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling, zodat in de rechtswerking geen onderscheid bestaat tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Zij richten zich ook niet primair tot de scholen of instellingen, maar tot de bekostigende overheid zelf. De voorschriften schrijven de voorwaarden en de procedures voor die de minister of het gemeentebestuur in acht moet nemen bij de financiering van de onderwijsinstellingen. Zij vloeien voort uit de primaire gehoudenheid van de minister of het gemeentebestuur om overeenkomstig de bekostigingsvoorschriften te handelen. Sommige van deze voorschriften gaan vooraf aan het proces van bekostiging. Denk aan de bepalingen die de berekeningsgrondslag van de bekostiging bevatten.<sup>27</sup> Of aan bepalingen bij aanvang van de bekostiging omtrent het vereiste minimum leerlingenaantal en de aanvraagprocedure.<sup>28</sup> Andere hebben betrekking op de wijze van bekostiging, zoals wanneer het openbaar onderwijs in de gemeente is verzelfstandigd.<sup>29</sup>

#### 4.2 Algemene bepalingen

Er zijn wettelijke normen die zich naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever onttrekken aan de gebruikelijke tweedeling tussen voorwaarden van bekostiging voor het bijzonder onderwijs en regels voor het openbaar onderwijs. Men spreekt hier van algemene bepalingen. Sommige algemene bepalingen hebben voornamelijk een intern doel, doordat zij de betekenis en de reikwijdte van de wettelijke regeling afbakenen. Men denke hier aan de definitie- en doelstellingsbepalingen en de bepaling inzake het karakter van de voorschriften als enerzijds bekostigingsvoorwaarden en anderzijds regels. Andere binden, net als regels voor het openbaar onderwijs, rechtstreeks het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling en hen die zich als docent, leerling of student hierbinnen ophouden. Van het laatste biedt de onderwijswetgeving verschillende voorbeelden. Gewezen kan worden op bepalingen inzake het toezicht door de onderwijsinspectie, voorzover daarbij medewerking van individuen noodzakelijk wordt geacht, de handhaving, de rechtsbescherming en de academische vrijheid (Whw).

Op basis van art. 9 WOT, jo. art. 5:16 Awb kan de Inspecteur bij schoolbezoek inlichtingen vorderen van alle betrokkenen. Bij de artikelen 43 Wpo en 27c Wvo is een "Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering" in het leven geroepen die kennis neemt van geschillen tussen ouders en het bevoegd gezag van een school over aangelegenheden van passend onderwijs. De commissie brengt op verzoek van de ouders binnen 10 weken een oordeel uit aan het bevoegd gezag. Art. 1.6 Whw luidt: "aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen". Deze norm, die de vrijheid beschermt van studenten en docerend personeel, geldt zowel voor de openbare als bijzondere instellingen.<sup>30</sup>

De extern werkende algemene bepalingen in de onderwijswetten zeggen iets over de intentie van de wetgever om bepaalde normen, vanwege het algemene belang dat ermee gemoeid is,

---

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld art. 119a-126 Wpo en art. 84-89 Wvo.

<sup>28</sup> Vgl. art. 74-79 Wpo en art. 65 en 67 Wvo.

<sup>29</sup> Vgl. art. 140a Wpo en art. 96g1 Wvo.

<sup>30</sup> Zie omtrent het laatste, Zoontjens 1993, p. 80.

buiten de constitutionele vrijheidstoedeling te plaatsen. Zij zijn algemeen en bindend voor zowel schoolbesturen als in de school aanwezige individuen, en derhalve niet voor discussie vatbaar.

#### *4.3 Andere bepalingen*

Een laatste categorie van bepalingen in de onderwijswetgeving betreft die normen die niet rechtsbetrekkingen met onderwijsinstellingen scheppen. Hier gaat het om de regeling van een rechtsbetrekking met andere instituties. Voorbeelden daarvan zijn die inzake de toekenning van bevoegdheden aan gemeentebesturen, zoals inzake het leerlingenvervoer,<sup>31</sup> de huisvesting,<sup>32</sup> de overschrijdingsregeling,<sup>33</sup> het voortijdig schoolverlaten,<sup>34</sup> het onderwijsachterstandenbeleid<sup>35</sup> en de uitkering voor educatie.<sup>36</sup> Buiten de sfeer van de gemeente denke men aan de bepalingen met betrekking tot het bovenschoolse samenwerkingsverband Passend Onderwijs met eigen rechtspersoonlijkheid.<sup>37</sup>

Een voorbeeld biedt ook art. 184 Wpo, dat gaat over de verplichte aansluiting van het bevoegd gezag bij een rechtspersoon in verband met de kosten van uitkeringen aan gewezen personeel en suppleties inzake arbeidsongeschiktheid. Het gaat hier om het zogenaamde Participatiefonds, waarvan de wet de bevoegdheden regelt.

### **5. *Bezwaren van een overwegend institutioneel gerichte wetsredactie***

De wetgeving richt zich in haar bepalingen primair op instituties. Dat is heel functioneel voor als een norm de positie van scholen (of instellingen) beoogt te beschermen of strekt tot eisen die aan de inrichting van scholen gesteld worden. Het was ook lange tijd – na de bereikte onderwijspacificatie in 1917 en de daarop volgende grondwetswijziging van 1919 – de enige, algemene, geijkte benadering, ingegeven door de wil het openbaar onderwijs als onderdeel van het staatsapparaat te regelen en het bijzonder onderwijs zoveel als mogelijk ten opzichte van de staat zijn eigen positie te garanderen in de wet.<sup>38</sup> Maar de tijden zijn veranderd. In de laatste decennia is in westerse landen, en ook in Nederland, een belangrijke verschuiving opgetreden in het perspectief van onderwijsbeleid en -wetgeving. De politieke aandacht is verschoven van de positie van onderwijsaanbieders naar die van onderwijsvragers.<sup>39</sup> Ook op de onderwijswetgeving heeft deze zijn beslag gehad. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw zijn rechten van onderwijsvragers (leerlingen, ouders) vastgelegd of versterkt met betrekking tot onder meer toegang, keuze, inspraak en informatie. Maar de manier waarop dat gebeurde is niet altijd even inzichtelijk gebleken.

---

<sup>31</sup> Vgl. art. 4 Wpo en 4 Wvo.

<sup>32</sup> Zie art. 91-112 Wpo en 76a-76w Wvo.

<sup>33</sup> Art. 142-147 Wpo en 96i-96k Wvo.

<sup>34</sup> Zie in het bijzonder art. 118g-118i Wvo en art. 8.3.1-8.3.3 Web.

<sup>35</sup> Art. 165-168a Wpo en 118a Wvo.

<sup>36</sup> Art. 2.3.4 Web.

<sup>37</sup> Per 1 augustus 2014 in werking te treden nieuwe art. 18a Wpo en 17a Wvo. Zie Stb. 2012, 533.

<sup>38</sup> Mentink spreekt bij de tot de jaren tachtig vigerende generaties wetten na de Lager-Onderwijswet van 1920 van het model van de voorzieningen- of bekostigingswetgeving, gericht op het veiligstellen van de financiële gelijkstelling en van de door het bijzonder onderwijs verworven rechten. Zie Mentink 1993, p. 68-69.

<sup>39</sup> Onderwijsraad 2012, p. 27.

Een heel bedenkelijk voorbeeld is de invoering van leerlinggebonden financiering in het primair en voortgezet onderwijs.<sup>40</sup> Centraal bij de presentatie van deze wet stond de versterking van het keuzerecht voor regulier onderwijs van ouders met een kind dat in aanmerking komt voor speciaal onderwijs. In de beleidsretoriek werd er niet ten onrechte veel tamtam over gemaakt. Het is dan wel merkwaardig dat de wetgever er niet voor koos dit keuzerecht met zoveel woorden in de wet vast te leggen. In plaats daarvan heeft hij een formulering daaromtrent in de memorie van toelichting opgenomen. Een gelijksoortige omissie was aan de orde bij het in 1998 ingevoerde systeem van WSNS, waarvan werd gesteld dat hierbij ouders van kinderen die in aanmerking komen voor speciaal basisonderwijs vrij kunnen kiezen voor regulier onderwijs. Ook deze regeling is vrijwel volledig vanuit het oogpunt van de onderwijsaanbieders geredigeerd. Een omvattend recht of beginsel inzake toegang ontbreekt op welhaast monumentale wijze in de wettekst. In de parlementaire stukken wordt hierover ook geen nadere uitleg verschaft.<sup>41</sup> In dezelfde lijn zijn informatierechten van ouders veelal exclusief geformuleerd als verplichtingen van het bevoegd gezag. Zie bijvoorbeeld art. 13 Wpo en 24a Wvo met betrekking tot de schoolgids en art. 11 Wpo en 23b Wvo over de rapportage van de vorderingen van leerlingen aan hun ouders. Overigens is het niet zo dat bepalingen die uitgaan van de individuele rechten van betrokkenen geheel ontbreken. Zie art. 14 Wpo en 24b Wvo met betrekking tot de klachtenregeling.

Een volgend probleem is dat de onderwijswetgeving steeds meer, zoals we al hebben gezien, de relaties van de overheid met andere instituties dan onderwijsinstellingen omvat zodat steeds minder van uitsluitend subsidie- of bekostigingswetgeving kan worden gesproken.

Uiteindelijk gaat de hier geschetste problematiek over de infrastructuur van de onderwijswetgeving. Hoewel de zaak van de infrastructuur niet rechtstreeks verband houdt met de kwestie van afstemming met de Algemene wet bestuursrecht, betreft het wel een belangrijke voorwaarde daarvoor. Naar de mate dat de rechten en verplichtingen van de besturen van de onderwijsinstellingen en van de andere bij het onderwijs betrokken personen en instanties op een heldere manier onderscheiden worden kan de aansluiting met de Awb duidelijker gemaakt worden. Maar de meeste winst is waarschijnlijk voor de onderwijswetgever zelf te behalen als hij bij de opzet van een nieuwe regeling een heldere invalshoek kiest (wat is maatgevend: individuele of institutionele rechten en verplichtingen?) en in de onderverdeling naar hoofdstukken en bepalingen daarop logisch voortbouwt. Het ligt voor de hand, zoals al eerder is betoogd, om bij een nieuwe opzet meer aandacht te vragen voor de rechten en plichten van individuen in het onderwijs.<sup>42</sup>

## **6. Rechtsbescherming**

### *6.1 Beslissingen en besluiten*

Slechts in een beperkt aantal gevallen is, zoals aangegeven in paragraaf 2, de beslissing van het bevoegd gezag van een bijzondere school en van de directeur van een bijzondere school aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dan staat ook effectief bezwaar en beroep

<sup>40</sup> Stb. 2002, 631; nadien gewijzigd bij Stb. 2007, 445.

<sup>41</sup> Zoontjens 2009, p. 157.

<sup>42</sup> Vgl. Zoontjens en Frissen 2005.



open volgens de regels van de Awb.<sup>43</sup> Maar normaal gesproken moet een ouder, leerling of leraar die zich in zijn rechtspositie aangetast voelt door een handeling of een beslissing van het bevoegd gezag van een bijzondere school naar de burgerlijke rechter.

Tegen beslissingen van het bevoegd gezag van een openbare school staat, voor zover die als appellabele “besluiten” aan te merken zijn, bezwaar bij hetzelfde bevoegd gezag en beroep op de bestuursrechter open volgens de regels van de Awb. Er wordt echter een restrictie gemaakt ten aanzien van het soort beslissingen. Volgens de toelichting bij artikel 1:3 wordt een beslissing om een leerling die te laat komt, een middag te laten terugkomen of een extra les op te dragen vanwege het interne karakter niet als een besluit aangemerkt. Het wordt eerst anders, indien het bevoegd gezag van een openbare school besluit een leerling van school te verwijderen. Dat besluit is van dien aard dat het de rechtspositie van de leerling raakt.<sup>44</sup> In de toelichting wordt niet aangegeven waarom de genoemde beslissingen in de school een intern karakter bezitten. Vanuit algemeen bestuursrechtelijk gezichtspunt ligt zo een kwalificatie ook niet voor de hand. De leerling behoort immers niet tot het orgaan en diens ambtenaren,<sup>45</sup> neemt dus in aanleg een externe positie in. Niettemin sluit de opvatting van de opstellers van de Awb, om zaken binnen de school zoveel mogelijk buiten de sfeer van het recht te houden, goed aan bij het karakter van het primaire onderwijsproces als een “ontwikkelingsgang”, tijdens welke niet zoveel duidelijke aanknopingspunten voor beslissingen over studenten worden geboden.<sup>46</sup> In deze visie moet er een zekere (publiek)rechtsvrije ruimte zijn voor de opvoedkundige en didactische begeleiding van de leerling door de leraar, “in bedachtzaamheid zoveel wijzer dan de kansberekening, waartoe in hun speelse bravoure nu vele - en juist de slimste - leerlingen zich laten verleiden.”<sup>47</sup> De belangrijkste categorieën van “besluiten” ten aanzien van leerlingen in het openbaar onderwijs behelzen toelating, verwijdering en examinering of beoordeling in de zin van artikel 8:4, onder e, Awb.<sup>48</sup>

## 6.2 Dualiteit en voorprocedures voor ouders en leerlingen

---

<sup>43</sup> Zie omtrent wettelijke diploma's ABRS 19 juli 2006, AB 2007, 41 m.n. B.P. Vermeulen, en de rol van de schooldirecteur ingevolge de Leerplichtwet bv. ABRS 17 mei 2001, no. 200003409/1. Verder kan worden gesteld dat in het hoger onderwijs *de facto*, door de verruiming van de rechtsmacht van het College van beroep voor het hoger onderwijs (art. 7.64 Whw), beslissingen inzake individuele tentamenresultaten van Colleges van beroep voor de examens van de bijzondere instellingen in principe appellabel zijn bij dit College dat daarover met inachtneming van hoofdstuk 8 van de Awb zal oordelen. Zie Vermeulen en Poot 2010, p. 389.

<sup>44</sup> PG Awb I, p. 155. Zie ook Pres. Rb. Den Haag 4 september 1996, Awb-katern 1996, nr. 110, waarbij de weigering van B&W als bevoegd gezag van de openbare school om een leerling in een parallelgroep te plaatsen niet als een besluit wordt aangemerkt. Daarentegen wordt wel als een besluit aangemerkt de wijziging door het bevoegd gezag van de schooltijdenregeling, Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999, AB 2000, 106, m.n. BPV (Diemen).

<sup>45</sup> Michiels en Jacobs 2000, p. 303-322, in het bijzonder p. 311.

<sup>46</sup> Drop 1985, p. 312.

<sup>47</sup> A.w., p. 315.

<sup>48</sup> Volgens deze bepaling kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit “inhoudende een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst, dan wel inhoudende de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing”. Zie hierover: Noorlander 2007, p. 37-41.

Bezien vanuit het standpunt van de leerling en de ouder is het verschil in rechtsgang naar de burgerlijke rechter of de bestuursrechter, afhankelijk van (het bevoegd gezag van) de school waar de leerling mee te maken heeft, lastig te rechtvaardigen. Zelden wordt een school gekozen vanwege de richting of de rechtsvorm. Kwaliteit en bereikbaarheid zijn veel meer voorkomende motieven voor de schoolkeuze.<sup>49</sup> Om aan de nadelen van het verschil in rechtsgang te ontkomen wordt daarom niet zelden aansluiting gezocht bij laagdrempelige precontentieuze rechtsgangen waar alle leerlingen en hun ouders zich toe kunnen wenden, als zij het niet eens zijn met een beslissing van het bevoegd gezag van een school.

Momenteel kunnen de volgende speciale voor het onderwijs relevante geschilleninstanties worden onderscheiden:

I. Bij toelating en verwijdering:

- a. Beroep bij het College voor de Rechten van de Mens ingevolge de Algemene wet gelijke behandeling of de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en/of chronische ziekte,
- b. Beroep bij de Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering (TGTV), ingevolge artikel 43 Wpo en artikel 27c Wvo die kennis neemt van nader omschreven geschillen tussen ouders en bevoegd gezag in het kader van Passend Onderwijs.

II. Bij geschillen inzake medezeggenschap:

- a. De Landelijke Commissie voor geschillen, ingevolge artikel 30 Wet medezeggenschap scholen,
- b. De Landelijke Geschillencommissie medezeggenschap op grond van art. 8a.4.1 Web, en
- c. De geschillencommissie medezeggenschap, als bedoeld in artikelen 9.39 en 10.26 Whw.

III. Bij tentamen- en examenbeoordelingen:

- a. De door het bevoegd gezag in te stellen commissie van beroep, ingevolge artikel 5, vierde lid, Examenbesluit VO,
- b. De aan elke instelling aanwezige Commissie van beroep voor de examens, ingevolge artikel 7.5.1 Web en
- c. Het aan elke instelling aanwezige College van beroep voor de examens, ingevolge artikel 7.60 Whw.

### *6.3 Voorprocedure voor leraren en personeel*

In een traditie van meer dan honderd jaar staan de in 1905 ingevoerde Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs.<sup>50</sup> Het personeel kan bij een commissie beroep instellen ingeval van onder meer een disciplinaire maatregel, een maatregel die de rechtspositie beïnvloedt en schorsing en ontslag. Het bevoegd gezag is gebonden aan beslissingen van de commissie van beroep, omdat die als een bekostigingsvoorwaarde gelden. De werknemer die niet een directe relatie met de bekostigende overheid onderhoudt kan evenwel door een procedure bij en een uitspraak van de commissie van beroep niet de toegang tot de burgerlijke rechter worden onthouden. Wat precies de status van de uitspraken van de commissie is, wat haar

---

<sup>49</sup> Onderwijsraad 2012 p. 25.

<sup>50</sup> Art. 60 Wpo, 52 Wvo, 4.1.6 Web en 4.7 Whw.

bevoegdheden zijn en volgens welke criteria zij toetst, is uiterst vaag geregeld in de wet. Tegelijk wordt algemeen erkend dat deze commissies naar bevrediging functioneren.<sup>51</sup>

Verder kunnen worden onderscheiden:

- b. De Geschillencommissie georganiseerd overleg PO, op grond van art. 38 Wpo en 38 Wec, en
- c. De geschillencommissie rechtspositie op grond van art. 4.5 Whw.

#### 6.4 Voorprocedures voor bevoegde gezagen

Ook met het oog op de positie van de bevoegde gezagen heeft men gemeend om laagdrempelige procedures te creëren die aan toegang tot de rechter vooraf kunnen gaan. De motieven voor die regelingen gaan verder dan het neutraliseren van de negatieve consequenties van de dualiteit alleen. In veel gevallen staat er tegen de geschetste handelingen of beslissingen slechts beroep op één rechter open voor zowel de besturen van openbare als bijzondere scholen. Vaak is dat de bestuursrechter. Niettemin heeft men dan toch de regeling van een voorprocedure wenselijk geacht.

- I. De titels over onderwijshuisvesting in de Wpo en Wvo bevatten de mogelijkheid tot het vragen van een advies aan de Onderwijsraad bij geschillen tussen een bevoegd gezag en het gemeentebestuur over besluiten inzake huisvesting, waarbij de Onderwijsraad wordt gevraagd te oordelen over de relatie van het betreffende besluit tot de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting.<sup>52</sup>
- II. De statuten van de rechtspersoon die het samenwerkingsverband Passend Onderwijs in stand houdt moeten een voorziening bevatten voor de beslechting van geschillen. De wet geeft niet aan wat voor geschillen hieronder zullen kunnen vallen. Denkbaar is dat het een regeling is inzake geschillen tussen deelnemende schoolbesturen in het samenwerkingsverband onderling of tussen het samenwerkingsverband en een of meer schoolbesturen.<sup>53</sup>
- III. Ingevolge een motie van de Eerste Kamer zal worden voorzien in de mogelijkheid van arbitrage bij geschillen tussen schoolbesturen en het samenwerkingsverband. Deze mogelijkheid moet worden neergelegd in de statuten van de rechtspersoon die het samenwerkingsverband in stand houdt en zal als voorziening worden ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen.<sup>54</sup>
- IV. Tenslotte wordt er de gang naar een geschillencommissie opengesteld, wanneer het overleg over gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid tussen burgemeester en wethouders en de bevoegde gezagsorganen van in de gemeente aanwezige scholen en instellingen voor kinderopvang niet tot overeenstemming heeft geleid. Deze door de minister ingestelde geschillencommissie kan op verzoek van het

---

<sup>51</sup> Vgl. Heerma van Voss 2012, p. 268.

<sup>52</sup> Art. 95 en 102 Wpo, 76f en 76m Wvo.

<sup>53</sup> Artikel 18a nieuw Wpo, 17a nieuw Wvo.

<sup>54</sup> Vgl. motie Backer c.s., Kamerstukken I 2012/13, 33 106, L. Zie verder brieven van staatssecretaris OCW van 16 november 2012, onder kenmerk 449418, van 22 januari 2013, onder kenmerk 474275 en van 25 februari 2013, onder kenmerk 474065.

gemeentebestuur maar ook op dat van een bevoegd gezag een “bindend advies” uitbrengen.<sup>55</sup>

### 6.5 Alleen burgerlijke rechter of alleen bestuursrechter in het duale systeem

De precontentieuze procedures kunnen niet voorkomen dat er toegang open blijft op verschillende rechters voor geschillen over rechtsbetrekkingen in het openbaar onderwijs (bestuursrechter), respectievelijk het bijzonder onderwijs (burgerlijke rechter). Omdat het feitelijk in de meeste gevallen niet tot een rechterlijke procedure komt, vervullen zij niettemin een nuttige functie. Soms zien we echter voorbeelden dat de toegang tot de rechter zelf is geharmoniseerd. Dan wordt er in de onderwijswet van uitgegaan dat in geen geval besluiten worden genomen of dat bijvoorbeeld de bijzondere instelling expliciet voor toegang tot de bestuursrechter kan kiezen.

- I. Van het laatste is de mogelijkheid van beroep op het College van beroep voor het hoger onderwijs (CBHO), als bedoeld in artikel 7.64 Whw, een voorbeeld. Op de procedure bij het college van beroep is ingevolge art. 7.66, tweede lid, Whw “hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht (..) *van overeenkomstige toepassing* (onze cursivering, WdO, LM, JdB, PZ) met uitzondering van de artikelen 8:1, eerste en tweede lid, en 8:13”. In plaats van voor het CBHO kan een bijzondere instelling voor hoger onderwijs kiezen voor een “eigen” College van beroep bijzonder onderwijs.<sup>56</sup> Geen van de instellingen heeft dat echter totnogtoe gedaan, zodat voor hen automatisch het CBHO als beroepsrechter fungeert. Hoewel het er niet expliciet staat kan men niet om de vaststelling heen dat hier sprake is van bestuursrechtspraak ten aanzien van ook privaatrechtelijke handelingen in het bijzonder onderwijs.<sup>57</sup>
- II. Een geval van harmonisatie van (ook) rechtsgang betreffen de bepalingen inzake de samenwerkingschool. Op beslissingen van de rechtspersoon die de samenwerkingschool in stand houdt is de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing.<sup>58</sup>

### 6.6 Beroep in één instantie

Het onderwijs kent twee voorbeelden van bestuursrechtspraak in één instantie. Tegen besluiten van het instellingsbestuur of het college van beroep voor de examens staat in het hoger onderwijs beroep open op het College van beroep voor het hoger onderwijs.<sup>59</sup> In aanleg staat, zoals gezegd, ook tegen beslissingen binnen het bijzonder hoger onderwijs beroep open op het College van beroep voor het hoger onderwijs. Dat oordeelt dan in eerste en enige aanleg. Als een bijzondere instelling opteert voor de instelling van een College van beroep bijzonder onderwijs, als bedoeld in art. 7.68 Whw, is er geen sprake van beroep op een rechter in één

---

<sup>55</sup> Art. 167a Wpo en 118a Wvo.

<sup>56</sup> Artikel 7.68 Whw.

<sup>57</sup> Vermeulen en Poot 2010, p. 386.

<sup>58</sup> Zie paragraaf 2. Vgl. art. 17d, achtste lid, Wpo en 53d, achtste lid, Wvo.

<sup>59</sup> Art. 7.64 Whw.

instantie. Van uitspraken van het College van beroep bijzonder onderwijs staat altijd nog toegang open op de burgerlijke rechter.

Verder moeten belanghebbende schoolbesturen tegen een aantal besluiten van de minister van OCW met betrekking tot bekostiging en sancties, uiteraard na bezwaar, rechtstreeks beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, met voorbijgaan van de rechtbank.

Het uitgangspunt van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem krachtens de Awb is beroep in twee instanties: rechtbank en hoogste bestuursrechter.

## **7. Voorlopige conclusies**

### *Besturen en de Awb*

1. Openbaar onderwijs is van de overheid, bijzonder onderwijs is van particulieren. Dat is het grondwettelijke stramien. Het bestuur van de openbare school is doorgaans een Awb-orgaan: een a-orgaan als gaat om integraal bestuur of een orgaan van de openbare rechtspersoon danwel het openbaar lichaam krachtens de Wgr; een b-orgaan als het gaat om het bestuur van de stichting openbaar onderwijs, de meest voorkomende vorm van vermogensrechtelijk verzelfstandigd bestuur in het openbaar onderwijs.
2. De besturen van bijzondere scholen vallen in de regel buiten de reikwijdte van de Awb, met één uitzondering, namelijk voorzover zij wettelijke getuigschriften afgeven. Dit betreft alleen het voortgezet onderwijs, het beroepsonderwijs, onderdelen van de educatie en het hoger onderwijs.
3. De directeur of rector van de openbare school voor primair of voortgezet onderwijs is aan te merken als a-orgaan en in het bijzonder (primair, voortgezet en beroeps)onderwijs als b-orgaan, voor zover hij/zij de bevoegdheden uitoefent van de artikelen 13a en 14 Lpw 1969. Het zelfde geldt mogelijk ook voor het oordeel van de directeur van een basisschool inzake de geschiktheid van een leerling om naar het voortgezet onderwijs te gaan.

### *Regels en bekostigingsvoorwaarden*

4. De voorschriften in de onderwijswet voor het openbaar onderwijs zijn regels. Die voor het bijzonder onderwijs zijn bekostigingsvoorwaarden. Het verschil in terminologie laat zich verklaren uit het gegeven dat het openbaar onderwijs 'van de overheid' is. De openbare school, het bestuur en de betrokkenen in de school zijn uit dien hoofde volledig onderworpen aan de wettelijke voorschriften. De voorschriften voor het bijzonder onderwijs, dat juist *niet* 'van de overheid' is, houden verplichtingen in die worden gesteld bij de subsidiëring. Deze verplichtingen gelden in aanleg alleen voor de ontvanger van de subsidie, te weten de vereniging of stichting die de bijzondere onderwijsinstelling in stand houdt. Zij binden dus niet de betrokkenen in de instelling. De binding van leerkrachten, leerlingen, ouders en studenten in de instelling is afhankelijk van het binnen de rechtspersoon geldende privaatrecht (statuten en/of reglementen) of van het contract dat het bestuur met hen heeft afgesloten.
5. Het onderscheid dat principieel sterke papieren heeft, moet intussen worden gerelativeerd. Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden: de wetgever heeft dat bewust beoogd of de rechtspraak slijpt er gaandeweg de scherpe kanten van af. Men kan zich afvragen of op dit

moment niet nagenoeg alle bepalingen in de onderwijswetgeving bekostigingsvoorwaarde zijn, cq. als zodanig beschouwd kunnen worden, nu daarmee alleen het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling wordt geadresseerd. Dat zou kunnen betekenen dat voor nog slechts enkele bepalingen, die wezenlijk voor alleen het openbaar onderwijs moeten worden geacht, de karakteristiek van “regel” kan worden gereserveerd. In de volgende hoofdstukken en bij de conclusies achteraan aan het eind van deze studie wordt hierop nog teruggekomen.

### *Rechtsbescherming*

6. Leerlingen en ouders die zich willen verzetten tegen beslissingen van het bevoegd gezag van een openbare school kunnen uiteindelijk terecht bij de bestuursrechter. Wanneer die beslissingen afkomstig zijn van het bevoegd gezag van een bijzondere school, kunnen ze terecht bij de burgerlijke rechter.
7. Intussen zijn niet alle beslissingen van het bevoegd gezag van een openbare school “besluiten”. Beslissingen die de interne schoolorde betreffen en die vaak een pedagogische achtergrond hebben, worden van het besluitbegrip, als bedoeld in art. 1:3 Awb, uitgezonderd.
8. Om aan de nadelen van het verschil in rechtsgang voor ouders en leerlingen te ontkomen is in de onderwijswetgeving een aantal precontentieuze klachten- en geschillenprocedures vastgelegd die betrekking hebben op toelating en verwijdering, medezeggenschap en tentamen- en examenbeoordelingen. Ook voor leraren in het bijzonder onderwijs en voor bevoegde gezagen van zowel openbare als bijzondere scholen zijn in verschillende situaties precontentieuze procedures voorhanden. Het is ondoenlijk in het geheel van precontentieuze procedures een vaste lijn aan te treffen wat betreft procesgang, instantie of uitspraakbevoegdheid. Integendeel, het geheel maakt een zeer verbrokkelde indruk.
9. Ook zien we in de onderwijswet voorbeelden dat de toegang tot de rechter zelf is geharmoniseerd. Dan wordt er van uitgegaan dat in geen geval besluiten worden genomen, zodat altijd alleen beroep op de burgerlijke rechter is geïndiceerd of dat bijvoorbeeld de bijzondere instelling expliciet voor toegang tot de bestuursrechter kan kiezen.
10. In afwijking van de uitgangspunten van de bestuursrechtspraak zoals die met de komst van de Awb in 1994 zijn vastgelegd, kent het onderwijs twee voorbeelden van bestuursrechtspraak in één instantie: het College van beroep voor het hoger onderwijs, als bedoeld in de Whw, en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot besluiten van de minister van OCW inzake bekostiging en sancties.

### 3. Wet op het voortgezet onderwijs

*Artikel 1 Wvo (gelijksoortig art. 1 Wpo, art. 1 Wec)*

#### *Inhoud*

Dit artikel bepaalt dat als bevoegd gezag van een openbare school onder meer geldt:

- 1°. Burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit besluit, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
- 2°. Het krachtens de desbetreffende gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan;
- 3°. De openbare rechtspersoon, bedoeld in artikel 47; dan wel
- 4°. De stichting, bedoeld in artikel 17 of artikel 48.

#### *Afwijking*

Volgens het bestuursrecht, en zo is ook het uitgangspunt van de Awb, is niet een rechtspersoon maar het orgaan van die rechtspersoon handelingsbevoegd. Niettemin wordt bij het vermogensrechtelijk verzelfstandigde openbaar onderwijs de rechtspersoon als bevoegd gezag aangewezen. Dat levert de situatie op dat de stichting zowel rechtspersoon is (en dus de school in stand houdt) als bestuursorgaan, voor zover zij openbaar gezag uitoefent. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij het Commissariaat voor de Media, dat tegelijkertijd rechtspersoon als bestuursorgaan is (art. 7.1 Mediawet 2008), zij het dat het Commissariaat voor de Media een rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld en de stichting als hier bedoeld een rechtspersoon "krachtens privaatrecht".

#### *Knelpunten*

De gekozen constructie ten aanzien van het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs is niet in strijd met de Awb. Wel kan de constructie lokale verschillen teweeg brengen, waarvan de vraag is in hoeverre dat wenselijk is. De inrichting en werkwijze van het bestuur van de openbare rechtspersoon en de stichting in de hier bedoelde zin worden namelijk geregeld door de gemeenteraad in een verordening respectievelijk de statuten. Zie art. 42a, 42b, 53c Wvo. Op welke wijze en door wie besluiten worden voorbereid, welke besluiten worden toegerekend aan het orgaan "de stichting" of "de openbare rechtspersoon", is dus een aangelegenheid van de gemeenteraad. Men kan zich de vraag stellen of het niet beter is om lokale verschillen te voorkomen door de wet een orgaan van de hiervoor bedoelde rechtspersonen als bevoegd gezag te laten aanwijzen. Daarbij wijzen wij op de discussie die sinds de invoering van Goed Bestuur plaatsvindt ten aanzien van de organieke scheiding van bestuur en toezicht over de vraag of het bevoegd gezag nu louter bij het bestuur berust of ook bij de raad van toezicht. Wellicht kan die discussie van invloed zijn op de te nemen acties in de toekomst.

#### *Advies*

Afgewogen moet worden in hoeverre het wenselijk is dat lokale verschillen in hiervoor bedoelde zin kunnen ontstaan als gevolg van de gekozen constructie in art. 1 Wvo.

#### **Artikel 4 Wvo** (gelijksoortig: art. 4 Wpo, art. 4 Wec)

##### *Inhoud*

Volgens het eerste lid van deze bepaling verstrekken burgemeester en wethouders aan ouders van in de gemeente verblijvende leerlingen op aanvraag “bekostiging” van de door burgemeester en wethouders noodzakelijk te achten vervoerskosten ten behoeve van het schoolbezoek. De term “bekostiging” is ook te vinden in het zevende tot en met elfde lid van dit artikel.

##### *Afwijking en knelpunten*

“Bekostiging” ziet op de verstrekking van financiële middelen in de relatie overheid – schoolbesturen met het oog op het verrichten van onderwijsactiviteiten. Bekostiging is daarmee een subsidie. In casu is evenwel sprake van een relatie tussen overheid en ouders. Daarmee is het dus geen bekostiging. Voorts kan worden betoogd dat zelfs geen sprake is van een subsidie, omdat de te verstrekken middelen niet worden gegeven met het oog op het verrichten van bepaalde activiteiten. Het tegengestelde kan echter ook worden betoogd. De te verrichten activiteiten zouden dan bestaan in het gebruikmaken van bedoeld vervoer.

##### *Advies*

De term bekostiging dient hier in ieder geval niet te worden gehanteerd. De wet moet duidelijk maken van wat voor soort relatie hier sprake is. Als moet worden gesproken van een subsidierelatie zijn daarop de bepalingen van de subsidietitel van de Awb van toepassing en geldt in beginsel het stamien van aanvraag, verlening, vaststelling, hetgeen voordelen kan bieden in het kader van de handhaving. Zie daarover nader hetgeen wordt opgemerkt over het bekostigingsstelsel. Indien echter moet worden gesproken van een uitkering, waarop de subsidietitel niet van toepassing is, dient de wet dat duidelijk te maken.



**Art. 10g, achtste lid Wvo** (gelijksoortig: art. 40, achtste lid Wpo, art. 40, veertiende lid Wec)

*Inhoud en afwijking*

De regionale verwijzingscommissie geeft een oordeel over de toelaatbaarheid van leerlingen tot het praktijkonderwijs. Indien het oordeel “toelaatbaar” luidt, kan de toelating tot het praktijkonderwijs niet worden geweigerd. Aan het oordeel is derhalve rechtsgevolg verbonden; en het is mitsdien een beschikking. Op basis van het Awb-regime kan tegen deze beschikking evenwel geen bezwaar en beroep (ex. art. 8:1 jo. 7:1 Awb) worden ingesteld. Art. 8:4 aanhef onder e Awb verhindert dat. Uit deze bepaling volgt dat beoordelingen van het kennen en kunnen van een kandidaat of leerling niet vatbaar zijn voor beroep (en dus ook niet voor bezwaar).

Art. 10g, achtste lid, Wvo maakt hierop een uitzondering. Beschikkingen van de regionale verwijzingscommissie omtrent de toelaatbaarheid van leerlingen tot het praktijkonderwijs zijn geen beschikkingen in de zin van art. 8:4 aanhef onder e Awb. Er kan dus bezwaar en beroep tegen worden ingesteld. Een andere afwijking van de Awb treft men in de laatste volzin van art. 10g, achtste lid, Wvo aan. Ouders kunnen een oordeel van een regionale verwijzingscommissie voorleggen aan een andere regionale verwijzingscommissie en laatstgenoemde verzoeken om daaromtrent een deskundigenadvies uit te brengen. Hangende dit verzoek, zijn de termijnen van bezwaar en beroep geschorst. De termijnen van bezwaar en beroep worden zodoende als het ware verlengd, in afwijking van de strikte termijn van zes weken die de Awb bepaalt.

*Knelpunten*

In de memorie van toelichting bij art. 10g Wvo verzuimt de wetgever duidelijk te maken waarom deze uitzondering is opgenomen. Louter de consequentie ervan – dat bezwaar en beroep openstaan – wordt toegelicht.<sup>60</sup> Om vast te stellen of hier sprake is van een knelpunt moet de ratio van art. 8:4 aanhef onder e Awb worden nagegaan, en worden vastgesteld of deze wordt doorkruist. De memorie van toelichting bij deze bepaling verwijst naar de wetsgeschiedenis van de Wet Arob. Daaruit wordt men ook niet veel wijzer: “Het is duidelijk dat beslissingen als in [art. 8:4 aanhef onder e Awb] bedoeld, zich niet lenen voor een beoordeling door de administratieve rechter”.<sup>61</sup> De ratio is vermoedelijk geweest dat de rechter weinig toe te voegen heeft aan inhoudelijke beoordelingen van het kennen en kunnen van leerlingen. Waarom dat bij de toelaatbaarheid tot praktijkonderwijs anders zou zijn, wordt niet toegelicht door de wetgever.

Wat betreft de schorsing van de bezwaar- en beroepstermijnen geldt dat uitzonderingen op het Awb-regime sporadisch mogen worden toegestaan, aangezien verlengingen van deze termijnen leiden tot verminderde rechtszekerheid. Hoewel duidelijk is dat bij beschikkingen omtrent de toelaatbaarheid van het praktijkonderwijs grote belangen spelen, valt niet in te zien waarom ter bescherming van deze belangen noodzakelijk is dat genoemde termijnen worden verlengd. In het gemene bestuursrecht, waarin ook grote belangen kunnen spelen, is het immers gebruikelijk dat hangende procedures deskundigenadviezen worden gevraagd en ingebracht. Een dergelijke procedure is zeker ook voorstelbaar in het kader van de toelaatbaarheid tot het praktijkonderwijs.

---

<sup>60</sup> Kamerstukken II 1996-1997, 25 410 nr. 3, p. 48.

<sup>61</sup> Kamerstukken II 1970-1971, 11 279 nr. 3, p. 10.

### *Advies*

Bij besluiten als de onderhavige zijn de belangen van een kwetsbare groep personen in het geding: die van leerlingen die mogelijk extra begeleiding bij het onderwijsproces behoeven. In dat licht is het begrijpelijk dat de gang naar de rechter wordt opengesteld, teneinde deze kwetsbare groep de grootst mogelijke mate van (rechts)bescherming te bieden. De afwijking kan derhalve in zoverre in stand blijven. Voorts geven wij in overweging de automatische schorsing van de bezwaar- en beroepstermijnen op te heffen.

**Artikelen 10h, 11, 25, 27, 29, 33, 58, 108 Wvo (gelijksoortig: art. 9 en 84 Wpo)**

*Inhoud*

Op grond van deze bepalingen kan minister of inspectie “toestaan” dat bepaalde afwijkingen van de wet plaatsvinden.

*Afwijking*

Het toestaan is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, in het bijzonder een beschikking. Daarvoor geldt als hoofdregel een aanvraagprocedure, als geregeld in art. 4:1 e.v. Awb.

*Knelpunten*

Er is geen reden hier niet de Awb-terminologie aan te houden.

*Advies*

Laat de bepalingen expliciet weergeven dat het hier om besluiten gaat.

**Artikelen 11e, 27, 57, 77a, 77b, 85a, 89, 104a, 108 Wvo** (gelijksoortig: art. 9, 76, 77, 79, 80-84a, 87, 110, 123, 135, 138, 155, 157a, 183, 184 Wpo, art. 12 e.v. Wec)

#### *Inhoud*

In deze bepalingen wordt vaak meermalen de term “verzoek”, “verzoeker” of “verzoeken” gebruikt, als het gaat om de aanduiding van handelen, of van personen die deze handelingen verrichten, dat is (die zijn) gericht op het verkrijgen van een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb.

#### *Afwijking en knelpunten*

Hier ligt de term “aanvraag”, “aanvrager” of “aanvragen” op de weg.

#### *Advies*

In zojuist vermelde zin aanpassen.

***Nieuw artikel 17a, dertiende lid Wvo (gelijksoortig aan nieuw art. 18a, twaalfde lid, Wpo)***

*Inhoud*

Volgens deze bepaling stelt het samenwerkingsverband (nieuwe stijl) “overeenkomstig artikel 7:13 Algemene wet bestuursrecht” een adviescommissie in, “die adviseert over bezwaarschriften betreffende beslissingen van het samenwerkingsverband over de toelaatbaarheid van leerlingen tot het onderwijs aan speciale school voor basisonderwijs in het samenwerkingsverband of tot het speciaal onderwijs”.

*Afwijking*

Hier wordt niet gesproken over een commissie “als bedoeld in” art. 7:13 Awb, maar “overeenkomstig” dat artikel.

*Knelpunt*

Het samenwerkingsverband is een bestuursorgaan ex art. 1:1, eerste lid, onder b, Awb, doordat het de wettelijke bevoegdheid tot oordelen en het geven van uitsluitel over de toelaatbaarheid van leerlingen heeft, ingevolge art. 40 twaalfde lid WEC, nieuw. De wetgever maakt overigens duidelijk dat deze oordelen besluiten zijn, door art. 8:4 onder e Awb daarop niet van toepassing te verklaren in art. 40, veertiende lid WEC. Er is dus sprake van besluiten, niet “beslissingen”. Het ligt voor de hand dat de wetgever dat expliciet aangeeft. In deze lijn is de bedoelde adviescommissie ook niet een commissie “overeenkomstig” art. 7:13 Awb, maar een “als bedoeld in” art. 7:13 Awb.

*Advies*

Bepaling aanpassen in hiervoor aangegeven zin.

## **Artikel 24b Wvo** (gelijksoortig art. 14 Wpo, art. 23 Wec)

### *Inhoud*

Dit artikel bevat een in negen leden uitgewerkt kader voor een door het bevoegd gezag te treffen regeling met betrekking tot de behandeling van klachten van ouders, verzorgers of personeelsleden over gedragingen en beslissingen van het bevoegd gezag, het personeel of de permanente commissie leerlingenzorg, waaronder discriminatie, dan wel het nalaten van gedragingen en het niet nemen van beslissingen door het bevoegd gezag, het personeel of de permanente commissie leerlingenzorg.

### *Afwijking*

Het derde lid bepaalt expliciet dat het kader van artikel 24b strekt ter vervanging van klachtenregelingen op grond van voorschriften in andere wetten. Voor zover het openbaar onderwijs betreft valt in dit opzicht te wijzen op de artikelen 9:1 tot en met 9:16 Awb welke gaan over klachtenbehandeling door een bestuursorgaan.

### *Knelpunten*

Veel van de onderwerpen die in dit artikel zijn neergelegd, komen terug in hoofdstuk 9 van de Awb: 1. Instelling klachtencommissie, 2. De procedure van klachtenbehandeling, 3. Het advies en het uiteindelijke oordeel over de gegrondheid van de klacht. Specifiek voor de onderwijswet is dat er ten opzichte van de Awb een beperktere kring van klagers geldt (ouders, verzorgers, personeelsleden ten opzichte van 'een ieder') en een ruimere kring van beklaagden (bevoegd gezag, personeel, permanente commissie leerlingenzorg van het regionale samenwerkingsverband ten opzichte van 'bestuursorgaan' of 'persoon, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan'). Verder zijn er in de onderwijswet regels gesteld met betrekking tot de te betrachten vertrouwelijkheid van gegevens in verband met de klacht. Niet valt in te zien dat deze vertrouwelijkheid niet reeds door de Wet bescherming persoonsgegevens wordt voorgeschreven.

### *Advies*

Met de regeling in art. 24b Wvo lijkt voornamelijk uniformering van klachtafhandeling in openbaar en bijzonder onderwijs te zijn beoogd. Een dergelijke uniformering is evenwel ook te bereiken door hoofdstuk 9 Awb van overeenkomstige toepassing op het bijzonder onderwijs te verklaren, in het bijzonder artikelen 9:1 tot en met 9:16 Awb. Handhaaf daarbij de bepalingen in de onderwijswet met betrekking tot de kring van klagers en beklaagden, en bepaal dat de klachtadviesprocedure van art. 9:13 Awb van toepassing is, zodat de verplichting om een adviescommissie voor de afhandeling van klachten in te stellen blijft bestaan.

**Artikelen 25, 29, zesde lid, 56, derde lid, 58, derde lid, 66, derde lid, 85a, derde lid, 89, tweede lid, 106, vierde lid, 108, vierde lid Wvo (gelijksoortig: art. 123, derde lid, art. 138, zevende lid, 183, derde lid, 184, derde lid Wpo)**

#### *Inhoud*

Indien de in deze bepalingen genoemde beslistermijn niet wordt gehaald dient de Minister de aanvrager daarvan in kennis te stellen. Daarbij dient de Minister eveneens aan te geven binnen welke termijn een besluit wel tegemoet kan worden gezien.

#### *Afwijking*

Strikt genomen betreft dit niet een afwijking van de Awb. De bepaling is, voor zover deze bepaalt dat de Minister bij overschrijding van de beslistermijn de aanvrager op de hoogte dient te stellen en daarbij moet aangeven binnen welke termijn wel een besluit tegemoet kan worden gezien, echter wel overbodig. Immers, art. 4:14 lid 1 Awb bepaalt: "Indien een beschikking niet binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn kan worden gegeven, deelt het bestuursorgaan dit aan de aanvrager mede en noemt het daarbij een zo kort mogelijke termijn waarbinnen de beschikking wel tegemoet kan worden gezien." Aangezien de aanvraag om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht een aanvraag tot het nemen van een beschikking is, is art. 4:14 Awb onverkort van toepassing op deze aanvraagprocedure.

Volledigheidshalve merken de onderzoekers nog op dat art. 4:14 Awb het bestuursorgaan verplicht een "zo kort mogelijke termijn" te noemen indien de beslistermijn wordt overschreden. Een dergelijke verplichting treft men niet aan in voornoemde bepalingen. De onderzoekers gaan er evenwel niet van uit dat deze bepalingen hiermee afwijken van de Awb. Het ligt immers, mede gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel, allesbehalve voor de hand dat de onderwijswetgever het acceptabel heeft willen achten dat de Minister kan talmen met het geven van beslissingen.

#### *Knelpunten*

Het bovenstaande levert geen praktische problemen of knelpunten op. Vanuit het oogpunt van elegante wetgeving en het zo veel mogelijk laten aansluiten van de onderwijswetgeving op de Awb, kan de overbodigheid van hetgeen in genoemde bepalingen is neergelegd echter wel worden ervaren als hinderlijk.

#### *Advies*

Genoemde overbodige delen van de bepalingen schrappen. Aangezien art. 4:14, eerste lid, Awb de rol van deze tweede volzin overneemt, heeft dit geen praktische consequenties.

## **Artikel 27 Wvo zoals gewijzigd bij de Wet Passend Onderwijs (gelijksoortig art. 40 Wpo)**

### *Inhoud*

Voor het verzoek tot toelating wordt in bijna alle leden van de bepaling de term “aanmelding” gebruikt. Zie overigens ook art. 10g Wvo.

### *Afwijking*

Voor zover een leerling wordt “aangemeld” bij een openbare school, is de aanmelding een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. Dat is, met andere woorden, een aanvraag in de zin van de Awb.

### *Knelpunt*

Wordt met “aanmelding” voor publiekrechtelijke relaties niet hetzelfde bedoeld als “aanvraag”? Juridisch is zij gericht op “toelating”. In feite valt binnen het systeem dat art. 27 beschrijft, “toelating” samen met “plaatsing”. Weliswaar wordt in lid 2f gesproken van “tijdelijke plaatsing”, maar dat is een feitelijk handelen dat vooruitloopt op de definitieve beslissing tot toelating. Waarmee nog maar weer eens is aangegeven dat beide termen (toelating en plaatsing) juridisch samenvallen. Nu wordt er ten onrechte de suggestie gewekt dat juridisch aanmelding, toelating en plaatsing drie verschillende dingen zijn.

### *Advies*

Vervang de term “aanmelding” door “verzoek” of een andere term die tevens “aanvraag” omvat. Van belang is dat met de aanduiding van deze handeling de gerichtheid wordt uitgedrukt op een beslissing of een besluit, zijnde de toelating/plaatsing.



## **Artikel 27, vierde lid Wvo (gelijksoortig art. 40, elfde lid, Wpo)**

### *Inhoud*

Bij algemene maatregel van bestuur kan worden afgeweken van de termijnen als bedoeld in art. 7:10 Awb en art. 7:24 Awb voor zover bevoegde gezagsorganen van openbare scholen besluiten op bezwaar- of beroepschriften nemen ter zake de toelating van leerlingen. Een dergelijke afwijking is neergelegd in art. 15 Inrichtingsbesluit WVO, waarin in het derde lid de termijn om op een ingediend bezwaarschrift te beslissen is gesteld op vier weken.

### *Afwijking*

Art. 7:10 Awb stelt een termijn van zes weken, met de mogelijkheid om het nemen van het besluit nog eens met zes weken te verdagen.

### *Knelpunt*

Kennelijk is de mogelijkheid om te verdagen geschrapt. De eigenlijke, absolute beslistermijn is vier weken. Overschrijding van de termijn leidt mogelijk tot het verbeuren van dwangsommen ex art. 4:17 Awb, dat ook van toepassing is op de bezwaarprocedure.<sup>62</sup> Bij onderzoek in het kader van passend onderwijs kan de mogelijkheid van overschrijding zich gemakkelijk voordoen, bijvoorbeeld als naar aanleiding van het bezwaar nader deskundigenonderzoek vereist is. De termijn lijkt daarmee erg krap en niet realistisch, en kan derhalve gemakkelijk leiden tot het verbeuren van dwangsommen, terwijl het betrokken orgaan de overschrijding van de beslistermijn niet kan worden verweten.

Kennelijk is de minister van oordeel dat onderhavige afwijking noodzakelijk is, aangezien de afwijking niet wordt geschrapt met het wetsvoorstel dat is ingediend naar aanleiding van de motie Jurgens c.s.<sup>63</sup> Genoemd wetsvoorstel beoogt namelijk dergelijke afwijkingen te schrappen, tenzij deze afwijking gerechtvaardigd is.<sup>64</sup> Argumenten voor het in stand laten van de afwijking zijn evenwel niet aangedragen – de gerechtvaardigde afwijkingen blijven in genoemd wetsvoorstel buiten beschouwing. Onzes inziens dient de afwijking echter teniet te worden gedaan, mede gezien het standpunt van de wetgever ten aanzien van de beslistermijnen in de Wet openbaarheid van bestuur. De onmogelijkheid om de daarin gestelde beslistermijnen te halen was reden om de beslistermijnen te verlengen.<sup>65</sup> Hier is sprake van een soortgelijke onmogelijkheid.

### *Advies*

Mogelijkheid overdenken tot het schrappen of aanpassen van art. 27 lid 4 Wvo en/of art. 15 Inrichtingsbesluit WVO.

---

<sup>62</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 934 nr. 3, p. 11. Vgl. ook art. 7:14 Awb.

<sup>63</sup> Kamerstukken I 2006/07, 21 109 nr. D. Zie voor het wetsvoorstel Kamerstukken II 2011/12, 33336 nr. 2.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 336 nr. 3, p. 2.

<sup>65</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 751 nr. 3, p. 3.

**Artikelen 27c (nieuw), 46, derde lid, 47, derde lid, 52, 72, tweede lid, onder a, 76u, lid 1a en 1b, 118a en 120 Wvo** (zie ook artikel 43 (nieuw), 62, 95, 102, 167a Wpo, art. 44 (nieuw), 63, 93, negende lid, 100, zesde lid Wec)

### *Inhoud*

Art. 27c nieuw, ingevoerd bij de Wet Passend Onderwijs, gaat over de Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering (TGTV) die kennis neemt van nader omschreven geschillen tussen ouders en bevoegd gezag.

Art. 46 lid 3 en art. 47 lid 3: betreffen de wijze waarop geschillen omtrent de terbeschikkingstelling van lokalen van scholen van openbaar onderwijs ten behoeve van godsdienstonderwijs worden afgedaan: de minister beslist.

Art. 52: betreft de kringenrechtspraak voor personeel van bijzondere scholen.

Art. 72 lid 2 onder a bepaalt dat een regionaal plan onderwijsvoorzieningen niet wordt vastgesteld dan nadat overleg heeft plaatsgevonden met een aantal partijen. Dit overleg vindt plaats volgens een vast te stellen procedure die tevens een voorziening voor de beslechting van geschillen bevat.

Art. 76u lid 1a en 1b: op basis van lid 1a van deze bepaling stellen B&W en bevoegd gezag gezamenlijk vast of voorzieningen in een slechte bouwkundige staat verkeren als gevolg van verwijtbaar nalaten van noodzakelijk onderhoud. Op grond van lid 1b treffen gemeenteraad en de bevoegde gezagsorganen van andere dan gemeentelijke scholen een voorziening voor het beslechten van geschillen die zich bij de toepassing van lid 1a kunnen voordoen.

Art. 118a: deze bepaling betreft het overleg over onderwijsachterstandenbeleid dat verplicht tussen o.a. B&W en de bevoegde gezagsorganen van de scholen en de gemeente moet plaatsvinden. De bedoeling is dat dit overleg leidt tot afspraken (in de vorm van meetbare doelen) over het voorkomen van segregatie, het bevorderen van integratie, het bestrijden van onderwijsachterstanden, de afstemming over inschrijvings- en toelatingsprocedures, en over de verdeling van leerlingen met een leerachterstand. B&W kunnen de uitkomsten van “het op overeenstemming gerichte overleg” omzetten in bindende afspraken, maar daar moeten partijen wel mee instemmen. Gebeurt dat niet, dan moet er nog een overleg plaatsvinden. Leidt dat overleg ook tot niets, dan kunnen B&W of de bevoegde gezagsorganen de door de minister ingestelde geschillencommissie vragen om een bindend advies.

Art. 120 Wvo: bij twijfel of de Wvo van toepassing is op een inrichting van onderwijs, beslist de minister.

### *Afwijking en knelpunten*

Het gaat hier in alle gevallen om geschillen in de precontentieuze fase. De Awb laat hier volledige ruimte voor. Het zijn met uitzondering van art. 52 alle regelingen, waarbij voor zowel deelnemende actoren in openbaar als bijzonder onderwijs dezelfde rechtsgang openstaat. Wat opvalt, is een aantal dingen:

- a. Het gaat hier om een versnipperd geheel dat een sterk ad hoc karakter draagt. Is een belangrijke achtergrond van de Awb geweest om eenduidigheid in regels en rechtsbescherming tot stand te brengen, om de burger overzichtelijkheid en voorspelbaarheid van overheidshandelen te bieden, in de Wvo is daar op dit vlak weinig sprake van.

- b. Op de verschillende regelingen is belangrijke kritiek mogelijk. Sommige van de rechtsbeschermingsregelingen maken daarmee een slordige indruk. Dit geldt met name voor art. 27c nieuw en art. 118a. De TGTV, die geen geschillencommissie maar een adviescommissie is, moet concurreren met een andere precontentieuze rechtsgang voor het College voor de Rechten van de Mens ingevolge de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en/of chronische ziekte. Regels ter afstemming van het een en ander ontbreken evenwel. De geschillencommissie op grond van art. 167a is feitelijk onwerkbaar nu in de wettelijke formulering maatstaven ten aanzien van of een afbakening van mogelijke geschillen ontbreken en de mate van bindendheid van het advies feitelijk in de lucht hangt. Bindend advies is overigens ook een Fremdkörper in bestuursrechtelijke verhoudingen.<sup>66</sup>

#### *Advies*

Precontentieuze geschilbeslechting verdient terecht aandacht in de onderwijswet. Daarbij is het evenwel van belang dat er meer lijn en eenheid in het palet aan beroepsmogelijkheden wordt gebracht. Dit zal ook de kwaliteit van de regelingen ten goede kunnen komen.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Zie Zoontjens 2007, p. 6-17.

<sup>67</sup> Vgl. ook het interview met R, die het belang van aandacht voor eenheid in precontentieuze geschillenbeslechting onderkent.

## **Artikel 30a Wvo**

### *Inhoud en afwijking*

Deze bepaling biedt de mogelijkheid om bij amvb af te wijken van de in de Awb neergelegde bezwaar-, beroeps- en beslistermijnen ter zake van de deelneming aan eindexamens.

### *Knelpunten en advies*

Van de afwijkingsmogelijkheid is nooit gebruik gemaakt. Er is inmiddels een wetsvoorstel ingediend dat deze afwijking schrapt.<sup>68</sup> Daarbij sluiten de onderzoekers zich aan; kennelijk is er geen noodzaak voor een afwijking.

---

<sup>68</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 336 nr. 3, p. 2.

## **Artikel 32b Wvo**

### *Inhoud*

Art. 32b Wvo bepaalt dat het bevoegd gezag van een school, waar een centrale directie is, bij wettelijk voorschrift toegekende taken en bevoegdheden kan laten uitoefenen door de centrale directie in naam van het bevoegd gezag.

### *Afwijking en knelpunten*

De vraag is wat de toegevoegde waarde is van deze bepaling. Voor zover het bevoegdheden tot het nemen van besluiten betreft, kunnen deze reeds worden gemandateerd op grond van art. 10:3 Awb. Een wettelijke grondslag is daarvoor niet vereist. Voor zover het om andere taken en bevoegdheden gaat, geldt dat deze aan een ander kunnen worden opgedragen door middel van volmacht (titel 3.3 BW) of machtiging. Ook daarvoor is geen specifieke wettelijke grondslag vereist. Overigens, voor zover bestuursorganen volmachten of machtigingen verlenen is daarop de mandaatregeling in de Awb van toepassing, blijkens art. 10:12 Awb.

De toegevoegde waarde van de bepaling lijkt derhalve gering. Er zouden desalniettemin twee redenen kunnen zijn voor het bestaan van art. 32b Wvo. In de eerste plaats wordt daarmee buiten twijfel gesteld dat de aard van de bevoegdheid (zie art. 10:3 Awb) zich niet verzet tegen een mandaat aan de centrale directie van enige taak of bevoegdheid door een bestuursorgaan. In de tweede plaats kan deze bepaling worden gelezen als een mandaatverbod: aan andere dan de centrale directie mag niet worden gemandateerd, dan wel een volmacht of machtiging worden gegeven. Een dergelijk verbod geldt voor zowel openbare als bijzondere scholen en werkt derhalve uniformerend.

Indien de wetgever de bepaling (mede) om deze redenen heeft ingevoerd (uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in ieder geval niet), moet worden vastgesteld dat de bepaling de wil van de wetgever niet goed weergeeft.<sup>69</sup> Verboden dienen als zodanig worden geformuleerd. Ook verdient het de voorkeur regelingen omtrent de aard van de bevoegdheid als zodanig aan te duiden.

### *Advies*

Indien de wetgever een mandaatverbod dan wel een regeling omtrent de toelaatbaarheid van mandaat in relatie tot art. 10:3 Awb wenst te formuleren, dient hij dat als zodanig te formuleren. Indien de wetgever dergelijke regelingen niet wenselijk acht, en deze ook niet (impliciet) heeft willen neerleggen in art. 32b Wvo, is de bepaling overbodig en kan deze dus vervallen.

---

<sup>69</sup> Zie ook Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 128.

## **Artikel 42b Wvo (gelijksoortig: art. 48 Wpo, art. 51 Wec)**

### *Inhoud*

Art. 42b Wvo bepaalt dat de gemeenteraad ervoor kan kiezen een openbare school in stand te laten houden door een daartoe op te richten stichting.

### *Afwijking en knelpunten*

(De organen van) de stichting zijn geen bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder a Awb. Zij zijn immers geen orgaan van een rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld. De stichting wordt bij notariële akte opgericht en is derhalve krachtens het privaatrecht ingesteld. Naar de letter van de Awb is dus hoogstens sprake van een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Awb (een ander persoon of college voor zover met openbaar gezag bekleed). De stichting staat onder streng toezicht van de organen van de gemeente, waaronder de mogelijkheid voor de gemeenteraad om de stichting te ontbinden indien taakverwaarlozing wordt geconstateerd. Er bestaan daarnaast vele wettelijke waarborgen ten aanzien van de inrichting van de stichting. Zie art. 42b Wvo. De stichting is daarmee zeer nauw verbonden met de gemeente. Zodanig zelfs, dat de Raad van State spreekt van een “overheidsstichting”.<sup>70</sup> Dit karakter van de stichting wordt mogelijk ook ingegeven door art. 23 lid 4 Gw, dat bepaalt dat het openbaar onderwijs van overheidswege wordt gegeven. Volgens sommige auteurs leidt het hiervoor beschreven bijzondere karakter van de stichting ertoe dat dier organen feitelijk als organen van de gemeente moeten worden gezien.<sup>71</sup>

Er is hier dus sprake van een stichting met een belangrijke overheidstaak – het verzorgen van openbaar onderwijs – die onder streng toezicht van de gemeente staat. Toch is het geen a-orgaan. Op zichzelf is dat nog niet zo'n groot probleem: publieke taken worden wel vaker door civielrechtelijke rechtspersonen uitgeoefend (bijvoorbeeld De Nederlandsche Bank NV). Toch is naar de mening van de onderzoekers het in dit geval niet wenselijk om het openbaar onderwijs door een stichting te laten verzorgen, omwille van het behoud van de consistentie van de onderwijswetgeving. Immers, openbaar onderwijs wordt – behalve bij de hier besproken stichting en het bijzondere geval van de samenwerkingsschool – steeds door a-organen verzorgd. De Awb is dus steeds op al het handelen van deze organen van toepassing. Bij de stichting is dat niet het geval terwijl de wetgever daar geen rechtvaardiging voor presenteert.

### *Advies*

Overweeg de stichting die een openbare school in stand houdt aan te wijzen als een publiekrechtelijke rechtspersoon, zodat de organen daarvan organen in de zin van art. 1:1, eerste lid onder a Awb.

---

<sup>70</sup> Kamerstukken II 1994-1995, 24 137 A, p. 2.

<sup>71</sup> Zie ook Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 122.

## **Artikel 48a Wvo**

### *Inhoud*

Als een bijzondere school bij de Minister melding maakt van langdurige afwezigheid van een leerling, krijgt deze leerling de gelegenheid om schriftelijk bedenkingen kenbaar te maken aan het bevoegd gezag.

### *Afwijking en knelpunten*

Een dergelijke hoorplicht is niet opgenomen ten aanzien van meldingen die door openbare instellingen worden gedaan. Wellicht meent de wetgever dat een dergelijke hoorplicht al uit art. 3:2 Awb volgt (dat via art. 3:1 lid 2 Awb van toepassing is). Maar duidelijk is dit niet. Er kan voorts worden getwist over de vraag of een dergelijke hoorplicht uit art. 4:9 Awb volgt. Die bepaling geldt slechts voor beschikkingen. Of de melding als zodanig kan worden gekwalificeerd is de vraag. Betoogd kan worden dat de melding slechts van bewijsrechtelijk belang is voor het voortbestaan van de aanspraak op studiefinanciering en tegemoetkoming in de zin van de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten: bij langdurige afwezigheid komt studiefinanciering en/of tegemoetkoming van rechtswege te vervallen op grond van art. 4.3 Wet studiefinanciering 2000 respectievelijk art. 4.12 WTOS. Dit rechtsgevolg komt in deze redenering echter tot stand als direct gevolg van de langdurige afwezigheid – de melding is daarvoor niet vereist. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat art. 2.5 Wet studiefinanciering en art. 2.15 WTOS bepalen dat de aanspraak, bedoeld in art. 4.3 Wet studiefinanciering resp. art. 4.12 WTOS, komt te vervallen op de eerste dag van de maand na die waarop de melding wordt gedaan. Het wettelijk systeem maakt daarmee onvoldoende duidelijk of de melding zelf nu rechtsgevolg heeft of niet.

Zelfs als de melding rechtsgevolg kan hebben, en dus een beschikking kan zijn, verdient het de voorkeur om expliciet een hoorplicht op te nemen ten aanzien van meldingen die door openbare instellingen worden gedaan. Het rechtsgevolg is immers slechts aanwezig indien studiefinanciering dan wel een aanspraak uit de WTOS wordt genoten. Zo niet, dan ontbreekt een hoorplicht. Voorts is het maar de vraag of art. 4:9 Awb onder alle omstandigheden een hoorplicht doet ontstaan.

Praktisch gezien is dit alles niet erg relevant, daar geen openbare instellingen bestaan. Vanuit het oogpunt van consistente wetgeving, verdient het echter aanbeveling deze afwijking teniet te doen.

### *Advies*

Om hierover geen misverstand te laten bestaan dient ook voor openbare instellingen een hoorplicht te worden ingevoerd bij meldingen in vorenbedoelde zin.

**Artikel 53d, achtste lid Wvo (gelijksoortig: art. 17d, achtste lid Wpo)**

*Inhoud*

Op beslissingen van de rechtspersoon die de samenwerkingschool in stand houdt is de Awb niet van toepassing.

*Afwijking*

De organen van de stichting die de samenwerkingschool in stand houdt dienen mogelijk te worden aangemerkt als bestuursorgaan (voor zover het het openbaar onderwijs betreft), hetgeen zou betekenen dat de Awb daarop van toepassing is. Deze bepaling beoogt dit te vermijden.

*Knelpunt*

Met de afwijking is het advies van de Onderwijsraad "Samen verder" gevolgd.<sup>72</sup> Dit om onoverzichtelijke situaties te voorkomen. Veel beslissingen die (organen van) de stichting zullen moeten nemen, zien immers op zowel bijzonder, als openbaar onderwijs. Een enkele beslissing kan derhalve, afhankelijk van de context daarvan (geldt deze voor openbaar of bijzonder onderwijs?), al dan niet genormeerd worden door de Awb. Dit werd als onwenselijk ervaren. De onderzoekers onderschrijven dit oordeel, maar hebben hun twijfels bij de gekozen tekst van de wet. Zoals deze thans is gekozen, lijkt het er immers op dat op geen enkele handeling van (een orgaan van) de samenwerkingschool een besluit kan opleveren. Dat kan niet de bedoeling zijn – de afgifte van een wettelijk getuigschrift is immers een besluit. Zie ook paragraaf 2 van hoofdstuk 2.

*Advies*

Voeg aan de bepaling toe: “, behoudens voor zover bedoelde rechtspersoon beslissingen neemt die zowel in het kader van het openbaar, als het bijzonder onderwijs een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht opleveren.”

---

<sup>72</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 132 nr. 3, p. 14.



## **Bepalingen inzake rijksbekostiging voor het onderwijs op scholen (artikelen 64-74, 84-85a, 86-89, 96d Wvo en Bekostigingsbesluit Wvo)**

### *Inhoud*

Het bevoegd gezag dient een aanvraag in bij de Minister om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht (art. 66 Wvo). De Minister neemt daarop een besluit, met inachtneming van de stichtingsnormen van art. 65 Wvo. De omvang van de bekostiging wordt vastgesteld op basis van in een amvb neergelegde grondslagen (art. 84 Wvo jo. Art. 85 Wvo, art. 86 en 96d Wvo). Het betreft een lumpsumbekostiging, die jaarlijks, voorafgaand aan het kalenderjaar waarop de bekostiging ziet, wordt vastgesteld (art. 15 jo. art. 8 Bekostigingsbesluit Wvo). Na verloop van dit kalenderjaar dient het bevoegd gezag verantwoording af te leggen over de besteding van de bekostiging middels de jaarrekening (art. 18 Bekostigingsbesluit Wvo).

### *Afwijking*

Volgens titel 4.2 Awb (hierna ook: de subsidietitel) kunnen subsidierelaties aanvangen met een aanvraag tot subsidieverlening. Deze aanvraag kan worden gehonoreerd, waarna een voorwaardelijke aanspraak op financiële middelen ontstaat (art. 4:29 Awb). Een voorschot kan worden gegeven (art. 4:95 Awb). Na afloop van de activiteiten of het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend wordt doorgaans een aanvraag tot subsidievaststelling ingediend (art. 4:44 Awb). De aanspraak op subsidie wordt (in beginsel) definitief, indien het betrokken bestuursorgaan oordeelt dat voldaan is aan de subsidieverplichtingen en de aanvraag dientengevolge wordt gehonoreerd. De vaststelling kan ook ambtshalve plaatsvinden (art. 4:47 Awb). Na de subsidieverlening, maar voor de subsidievaststelling, kan de verlening nog ambtshalve worden gewijzigd (art. 4:48 Awb). De vaststelling kan nadien ook nog worden gewijzigd (art. 4:49 Awb), zij het onder meer uitzonderlijke omstandigheden. Subsidieverstrekking zónder verlening is overigens ook mogelijk: volstaan kan worden met een vaststelling, voorafgaand aan de te subsidiëren activiteiten (art. 4:45 Awb).

Het bovenstaande betreft het algemene kader, dat (in beginsel) voor alle subsidies geldt. Voor structurele activiteiten is in de Awb een bijzonder regime neergelegd in afdeling 4.2.8, die het opschrift "Per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen" draagt. Hierop zijn dus ook de algemene bepalingen uit afdelingen 4.2.1 t/m 4.2.7 Awb van toepassing.<sup>73</sup> Deze afdeling is slechts van toepassing indien dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit is bepaald (art. 4:58 Awb).

Zoals uit het bovenstaande blijkt, wijkt het bekostigingssysteem niet wezenlijk af van de subsidietitel (art. 4:32 Awb, dat bepaalt dat subsidies voor bepaalde tijd worden verleend wordt echter wel steevast uitgezonderd). De subsidietitel laat daarover geen misverstand bestaan: vaststellingen voorafgaand aan de te subsidiëren activiteit zijn op grond van art. 4:45 Awb mogelijk. Afdeling 4.2.8 Awb staat daaraan niet in de weg, omdat deze afdeling niet van toepassing is verklaard. Wel is de bekostigingssystematiek in het licht van de Awb atypisch, vanwege het karakter van duursubsidie, de eenmalige beschikking tot verlening ("het in aanmerking brengen voor bekostiging") in het verleden en de tussentijdse vaststelling

---

<sup>73</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700 nr. 3, p. 87.

voorafgaand aan elke periode waarvoor de lump sum bekostiging geldt. Vooral atypisch is het voorlopige karakter van de vaststellingsbeschikking. Dit wordt hieronder toegelicht.

### *Knelpunten en advies*

In de onderwijswetgeving wordt, voor zover het de reguliere bekostiging betreft, steeds gebruik gemaakt van vaststellingen voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit. Deze vaststelling heeft in de praktijk vooral een voorlopig karakter. Wijzigingen van vaststellingsbesluiten, bijvoorbeeld als gevolg van onjuistheden in de verschafte gegevens ten aanzien van het aantal leerlingen of door mutaties in het leerlingenbestand, vinden veelvuldig plaats. Het voorlopige karakter volgt ook uit de wijze waarop wordt omgegaan met bijvoorbeeld onrechtmatige besteding van de bekostiging. Het onrechtmatig bestede deel van de bekostiging wordt teruggevorderd door middel van een correctie (bijvoorbeeld art. 34a Besluit bekostiging Wpo) of door toepassing van art. 4:49 Awb (wijziging vaststelling).

In de gebruikelijke subsidiesystematiek wordt een dergelijke “correctie” normaal gesproken uitgevoerd door de subsidie lager vast te stellen dan in de verleningsbeschikking was bepaald (art. 4:46, tweede lid Awb). Met de al dan niet lagere vaststelling komt de subsidierelatie ten einde. Het bestuursorgaan kan daar in beginsel niet meer op terugkomen: de Awb gaat er van uit dat met de vaststellingsbeschikking de aanspraak op subsidie definitief is vastgesteld. De subsidieontvanger mag daar ook op vertrouwen, zo oordeelt de Afdeling in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis.<sup>74</sup> Art. 4:49 Awb biedt op deze regel een drietal uitzonderingen.

1. Op grond van bij de vaststelling onbekende feiten of omstandigheden die aanleiding zouden zijn geweest om de subsidie lager vast te stellen;

Het kan zijn dat de subsidiegever na de vaststelling iets ontdekt waarvan hij bij de vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en dat aanleiding zou zijn geweest om de subsidie lager vast te stellen. Dat kan zich bijvoorbeeld – maar niet uitsluitend – voordoen als de aanvrager bij de aanvraag tot vaststelling opzettelijk onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt. Dat soort bedrog mag in principe niet lonen.<sup>75</sup>

2. Indien de subsidievaststelling onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten;

Deze grond ziet, net als bij intrekking van de verlening, vooral op kennelijke vergissingen van het bestuursorgaan. Hoe definitief de vaststelling ook is, de ontvanger die door een typefout tien keer zoveel subsidie krijgt als hij redelijkerwijs mocht verwachten, kan er niet te goeder trouw op rekenen dat hij dat bedrag mag houden. De Afdeling neemt niet snel aan dat fouten kennelijk zijn.<sup>76</sup>

3. Wegens schending van na de vaststelling voortdurende verplichtingen;

Sommige verplichtingen van de ontvanger kunnen ook na de vaststelling voortduren. Derhalve moet er een sanctie staan op schending van die verplichtingen. Die sanctie is het intrekken van de vaststellingsbeschikking.

---

<sup>74</sup> ABRvS 30 augustus 2006, LJN: AY7173.

<sup>75</sup> Zie: ABRvS 12 juli 2006, AB 2008, 63, m.nt. NV, JB 2006, 253, m.nt. F.A.M. S. (HPG), ABRvS 2 augustus 2006, AB 2008, 65, m.nt. NV, JB 2006, 274, (HBO-fraude).

<sup>76</sup> Vgl. ABRvS 30 december 2009 (AB 2010, 55, m.nt. W. den Ouden) en ABRvS 10 maart 2010 (AB 2011, 68, m.nt. J.E. van den Brink) en ABRvS 3 augustus 2011, LJN BR3986.

Ook in deze drie gevallen stelt de rechtszekerheid grenzen aan de bevoegdheid tot intrekking van een subsidievaststelling. Intrekking is in ieder geval niet meer mogelijk wanneer vijf jaren zijn verstreken sinds de bekendmaking van de vaststelling, dan wel sinds de schending van de na de vaststelling voortdurende verplichting (artikel 4:49, derde lid, Awb). Als de intrekkinggrond na vijf jaar nog altijd niet ontdekt of ingeroepen is, houdt de bevoegdheid tot intrekking dus op te bestaan.

De onderwijsbekostigingssystematiek is derhalve vanuit Awb-perspectief atypisch vormgegeven. Het vaststellingsbesluit heeft daarin een geheel ander karakter dan op grond van de Awb als standaard kan worden aangenomen: zij is juist voorlopig van karakter, in plaats van definitief in die zin dat daarmee een subsidiërelatie in beginsel wordt afgerond. De vaststelling lijkt derhalve in de bekostigingspraktijk veel meer op een verleningsbeschikking binnen het reguliere subsidierecht<sup>77</sup>, terwijl de toepassing van de correctiebevoegdheid en art. 4:49 Awb vaak worden toegepast in situaties waarin andere subsidiënten gebruik maken van de mogelijkheid tot het lager vaststellen van de subsidie (ex art. 4:46 Awb, tweede lid).

Dit is onwenselijk vanwege het navolgende.

De doelstelling van de invoering van de subsidietitel is geweest de veelheid aan verschillende subsidiestelsels te harmoniseren.<sup>78</sup> Gezien het zeer atypische karakter van de bekostigingssystematiek kan van harmonisatie op dit rechtsterrein niet worden gesproken. Met deze doelstelling is deze systematiek dan ook in strijd.

Daarbij komt dat voorlopige vaststellingen, indien deze niet door de bijzondere wet zijn geregeld (hetgeen in het onderwijsrecht wel het geval is), in het algemene subsidierecht niet zijn toegestaan.<sup>79</sup> Dit volgt eveneens uit de memorie van toelichting bij art. 4:49 Awb: "Omdat de beschikking tot subsidievaststelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt, dient zij in beperktere mate intrekbaar te zijn dan een beschikking tot subsidieverlening".<sup>80</sup> De vaststelling in de onderwijswetgeving heeft dus naar de aard een atypisch karakter en dat roept naast vragen van systematiek ook de vraag op naar spanning met het rechtszekerheidsbeginsel.

Belangrijker vinden onderzoekers het feit dat het atypische karakter van de bekostigingssystematiek verwarring wekt in de praktijk. Een voorbeeld vormt een rechterlijke uitspraak, waarin onrechtmatig bestede bekostiging werd teruggevorderd, onder meer door art. 4:49, eerste lid, onder c Awb toe te passen.<sup>81</sup> Deze bepaling wordt in de gebruikelijke subsidiesystematiek doorgaans niet gebruikt voor terugvordering van subsidiebedragen die zien op een hoofdverplichting die aan de subsidie is verbonden (de besteding van het subsidiebedrag). De memorie van toelichting bij art. 4:49 Awb noemde dan ook slechts als voorbeelden van de bedoelde doorlopende verplichtingen het betalen van rente of de aflossing

---

<sup>77</sup> Zoals ook bevestigd door A. (DUO) in het hem afgenomen interview.

<sup>78</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 18

<sup>79</sup> Vgl. ABRVS 30 augustus 2006, LJN: AY7173: een subsidievaststelling met het voorbehoud van nadere controle verdraagt zich niet met het systeem van de subsidietitel van de Awb.

<sup>80</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 77.

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2012, zaaknr. 201113242/1 en vgl. ABRvS 27 juni 2012, AB 2012/378, m.nt Claessens, waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel werd gedaan.

van een vastgesteld krediet.<sup>82</sup> In deze zaak voerde appellante daarom (zonder succes) aan dat art. 4:49, eerste lid, onder c Awb niet geschreven kan zijn voor terugvordering van onrechtmatig bestede bekostiging, omdat deze bepaling zich slechts zou uitstrekken over nevenverplichtingen.

Met uitzondering van B., die in algemene zin opmerkte dat de rechtbanken mogelijk te weinig expertise op onderwijsrechtelijk gebied hebben, hebben de geïnterviewden geen melding gemaakt van praktische problemen als gevolg van de atypische aard van de bekostigingssystematiek. Daaraan kan evenwel niet het argument worden ontleend dat er dus geen probleem zou zijn. De geïnterviewden zijn alle “repeat players”; zij kennen het klappen van de onderwijsrechtelijke zweep. Voor de niet ingewijden, zoals appellanten in genoemde casus, ligt dit heel anders, te meer daar in de onderwijswetgeving de verschillende besluitmomenten vaak niet in Awb-termen worden aangeduid. Het toepasselijk wettelijk kader is daardoor voor hen lastig te duiden. Opvallend is dat bij toepassing van art. 4:49 Awb door appellanten vaak wordt gesteld dat het vertrouwensbeginsel is geschonden.<sup>83</sup>

Bovendien is het voor de ambtenaren betrokken bij de uitvoering van bekostigingssystemen door de afwijkende terminologie en systematiek ook niet altijd duidelijk in hoeverre bepalingen uit de subsidietitel van de Awb en jurisprudentie daarover voor hen relevant is. Een illustratief voorbeeld biedt de casus van ABRS 10 oktober 2012 (zaaknr. 201202619/1/A2), Daarin benadrukt de Afdeling terecht dat ook binnen bekostigingsrelaties bij de toepassing van artikel 4:49, eerste lid, van de Awb het bestuursorgaan steeds een belangenafweging moet maken. “Deze bepaling geeft de subsidieverstrekker de bevoegdheid om ten nadele van de ontvanger terug te komen op een reeds vastgestelde subsidie. Bij toepassing van die bevoegdheid dient de minister, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, een afweging te maken tussen het belang van een juiste vaststelling van rijksbijdragen enerzijds en de gevolgen van het terugkomen op de vaststelling van de rijksbijdrage voor de stichting anderzijds.” De minister meende daartoe als gevolg van de Web niet bevoegd te zijn.

Aanpassing van de onderwijswetgeving aan het standaardsubsidiesysteem van de Awb lijkt vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid derhalve wenselijk. Deze aanpassing dient verder te gaan dan louter omzetten van bepaalde begrippen in de onderwijswetgeving in Awb-termen. Zoals hierboven aangegeven is sprake van een systematisch probleem, dat ook tot praktische moeilijkheden kan leiden. De vraag is dan: in hoeverre kan de bekostigingssystematiek op de leest van titel 4.2 Awb worden geschoeid, zonder dat daarbij de Grondwettelijke uitgangspunten van de bekostigingssystematiek geweld worden aangedaan? Onzes inziens is het goed mogelijk binnen die grens aan de bekostigingssystematiek aan te passen. Ons staat het volgende stelsel voor ogen.

Het in aanmerking brengen voor bekostiging van scholen wordt thans gezien als een verleningsbesluit voor onbepaalde tijd. In het door ons voorgestane systeem wordt dit anders.

---

<sup>82</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 63.

<sup>83</sup> Vgl. bijv ook ABRvS 16 februari 2011, zaaknr 201004304/1/H2 en ABRvS 23 januari 2008, zaaknr. 200702332/1.

De figuur van het in aanmerking brengen voor bekostiging blijft bestaan, maar het karakter van dit besluit is anders: het gaat om een criterium om voor bekostiging (subsidie) in aanmerking te komen. Bovendien kan in de wet worden vastgelegd dat voor bekostiging in aanmerking gebrachte instellingen, zolang zij aan de voorwaarden blijven voldoen, jaarlijks een subsidie verleend zullen krijgen die qua continuïteit en hoogte uiteraard voldoet aan de maatstaven van art. 23 Grondwet.

Dat jaarlijkse verleningsbesluit kan worden ingetrokken of ten nadele van de bekostigde instelling worden gewijzigd onder dezelfde voorwaarden als thans gelden, zoals de normconditie dat gedurende drie achtereenvolgende jaren niet wordt voldaan aan de opheffingsnormen (art. 153 Wpo). Ook kunnen onregelmatigheden leiden tot een lagere vaststelling ex art. 4:46, tweede lid Awb. De subsidieverlening vindt telkens voorafgaand aan het schooljaar plaats. Het verleende subsidiebedrag wordt voorgeschoten conform art. 4:95 Awb. Er is in dat geval geen afwijking van art. 4:32 Awb. Op enig moment na afloop van het schooljaar vindt een vaststelling plaats. Stopzetting van de subsidie vindt plaats door schrapping van de instelling van de lijst van voor bekostiging in aanmerking gebrachte instellingen. Dit heeft tot gevolg dat er geen subsidie meer mag worden verleend.

De vraag dringt zich op hoe een dergelijke periodieke verlening zich verhoudt met de eisen van art. 23 Grondwet. Art. 23 Grondwet eist immers dat de bekostiging voor onbepaalde duur geldt.<sup>84</sup> Aan deze eis wordt voldaan, door middel van de in de vorige alinea geschetste figuur, voldaan door de combinatie van een besluit tot het in aanmerking brengen voor bekostiging, wat conform de wet leidt tot een recht op jaarlijkse subsidieverlening. Net zoals in het huidige systeem, zorgt het eerstgenoemde besluit ervoor dat een subsidierelatie voor (in beginsel) onbepaalde duur in het leven wordt geroepen. Het enige verschil is dat in verband met de bekostiging meerdere verleningsbeschikkingen moeten worden gegeven, namelijk jaarlijks. Deze beschikkingen kunnen echter niet worden geweigerd zolang de instelling voldoet aan de wettelijke eisen die nu ook gelden voor voortduring van de subsidierelatie. De grondwettelijk vereiste garantie op subsidie voor onbepaalde tijd wordt daarmee gegeven.

Voorts dringt de vraag zich op in hoeverre het voorgestelde systeem een handhavingsprobleem doet ontstaan, doordat wijzigingen in de vaststelling zich minder makkelijk laten doorvoeren – de vaststelling krijgt immers conform de Awb een meer definitief karakter. In het huidige systeem is een wijziging van de vaststelling betrekkelijk eenvoudig te bereiken, terwijl daar ook nog ruime verjaringstermijnen voor gelden (5 jaar, zie art. 4:49 Awb). Aan dit bezwaar zou tegemoet kunnen worden gekomen door de termijn voor het nemen van een vaststellingsbesluit ruim te nemen, bijvoorbeeld tot een jaar na afloop van het schooljaar. Indien tegen die tijd blijkt van onrechtmatige besteding, kan het subsidiebedrag lager worden vastgesteld dan de verlening. Dit is geen afwijking van de Awb-systematiek; de Awb schrijft geen specifieke beslistermijn voor het nemen van vaststellingsbesluiten voor.

Verder zij opgemerkt dat mutaties in het leerlingenbestand en dergelijke, die nu nog aanleiding zijn de vaststelling te corrigeren, in het hierboven beschreven systeem kunnen worden verwerkt door middel van wijzigingen in de verleningsbeschikking dan wel bij de vaststellingsbeschikking (in de vorm van een lagere vaststelling). Er gaat dus niets verloren ten opzichte van de huidige bekostigingssystematiek voor zover het de handhavingsmogelijkheden betreft,

---

<sup>84</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 2.

Aan het voorgestane systeem zijn belangrijke voordelen verbonden.

In de eerste plaats wordt meer conformiteit met de Awb bereikt. Zodoende wordt aan de doelstellingen van de Awb-wetgever voldaan, en wordt de onderwijswetgeving beter ingepast in de overige publiekrechtelijke regelgeving.

In de tweede plaats, wordt het systeem hiermee duidelijker voor ontvangers van bekostiging en rechtsbeoefenaren. Zij zullen de bekostigingssystematiek en de relatie met ontwikkelingen in het algemene subsidierecht sneller doorzien en daar makkelijker mee kunnen werken.

In de derde plaats wordt hiermee de mogelijkheid geschapen om – binnen de Awb-systematiek, dus niet op basis van een bijzondere bevoegdheid – een instrument toe te passen dat sterk lijkt op de inhouding. Dit instrument – een specifieke toepassing van de lagere vaststelling – komt bij de inhouding ter sprake.

In de vierde plaats wordt, net zoals de inhouding, ook het instrument van de opschorting overbodig. De functie van dit instrument kan namelijk worden overgenomen door art. 4:56 Awb, Ook dit komt hierna nog aan de orde.

In de vijfde en laatste plaats wordt ook het instrument van de correctie overbodig, zoals eveneens hieronder wordt besproken.

Vanuit dereguleringsperspectief zijn er dus belangrijke voordelen verbonden aan het door ons voorgestane systeem.

Gezien het voorgaande is het niet langer noodzakelijk om afzonderlijk op de boekjaarsubsidie in te gaan, zoals deze is neergelegd in afdeling 4.2.8 van de Awb. Afdeling 4.2.8 schrijft een bijzondere procedure voor; deze biedt echter voor de onderwijsfinanciering geen voordelen ten opzichte van de overige subsidiebepalingen in afdelingen 4.2.1 t/m 4.2.7.

## **Artikel 72, vijfde en zevende lid Wvo**

### *Inhoud*

Art. 72 Wvo ziet op de (procedure van) bekostiging van onderwijsvoorzieningen die zijn opgenomen een regionaal plan onderwijsvoorzieningen. Art. 72, vijfde lid, Wvo bepaalt dat afdeling 3.4 Awb (de uniforme openbare voorbereidingsprocedure) van toepassing is op de afhandeling van aanvragen om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht. Het in deze afdeling opgenomen art. 3:18 Awb wordt evenwel niet van toepassing verklaard.

Art. 3:18 Awb bepaalt dat zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag moet worden beslist op aanvragen die met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure worden behandeld. Indien geen zienswijzen zijn ingediend, geldt dat uiterlijk vier weken na sluiting van de zienswijze-termijn moet worden beslist op de aanvraag (art. 3:18 lid 4 Awb).

Art. 66, eerste en derde lid, Wvo worden van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 72, zevende lid, Wvo. Deze artikelliden bepalen dat aanvragen om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht moeten worden ingediend voor 1 november, respectievelijk dat daarop moet zijn beslist voor 1 mei.

### *Afwijking*

Er wordt een van afdeling 3.4 Awb afwijkend regime voor beslistermijnen gehanteerd. Er geldt geen beslistermijn van maximaal zes maanden die op grond van het tweede lid van art. 3:18 Awb onder omstandigheden kan worden verlengd met een redelijke termijn. In plaats daarvan moet er voor 1 mei worden beslist op een (voor 1 november ingediende) aanvraag om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht.

### *Knelpunten*

Op grond van het Wvo-regime bedraagt de maximale beslistermijn achttien maanden (dit geldt voor aanvragen die op 1 november worden ingediend). De minimale beslistermijn bedraagt zes maanden (dit geldt voor aanvragen die op 31 oktober worden ingediend). Aanvragers die “te laat” zijn, kunnen derhalve lange tijd in onzekerheid omtrent hun rechtspositie verkeren. Onder het standaard Awb-regime zou deze termijn aanmerkelijk korter zijn.

Voor eventuele derdebelanghebbenden bij de besluiten die op basis van deze bepaling worden genomen is er echter een voordeel verbonden aan de gekozen procedure. Zij hoeven niet het hele jaar op hun hoede te zijn voor de terinzagelegging van conceptbesluiten die hun belangen schaden. Die zullen immers steeds in de periode 1 november – 1 mei ter inzage worden gelegd. Ook voor de minister is het uiteraard van belang te weten met welke bekostigingsaanvragen hij voor een bepaald jaar rekening moet houden. Tevens zij opgemerkt dat ook voor bekostiging van nieuwe scholen de data 1 november en 1 mei gelden (zie art. 66 Wvo). De consistentie van de Wvo is derhalve ook gediend met het handhaven van deze afwijking van de Awb.

### *Advies*

Gelet op het voorgaande zien wij geen reden om art. 3:18 Awb van toepassing te verklaren op aanvragen ex art. 72 Wvo.

## **Artikel 74 Wvo** (gelijksoortig: art. 70 Wpo, art. 71 Wec)

### *Inhoud*

“Onze Minister kan onder door hem nader te stellen voorwaarden aanvullende middelen ter beschikking stellen die niet strekken tot bekostiging van het onderwijs, bedoeld in deze wet, en de schoolbegeleiding als bedoeld in de artikelen 179 van de Wet op het primair onderwijs en 165 van de Wet op de expertisecentra ten behoeve daarvan, maar die direct of indirect dienstig zijn voor de uitvoering van het onderwijs of voor verhoging van de mogelijkheid tot deelname aan het onderwijs. Voor zover toepassing van de eerste volzin het verstrekken van subsidie betreft, zijn de artikelen 4 tot en met 19 van de Wet overige OCW-subsidies van toepassing.”

### *Afwijking*

Hier wordt in de tweede volzin van de wettekst gesuggereerd (“voor zover toepassing”, etc.) dat de term bekostiging los staat van, een andere betekenis heeft dan subsidie.

Wat betreft de laatste volzin: er zijn volgens de wetgever dus ook terbeschikkingstellingen van middelen die niet als subsidie kunnen worden gekwalificeerd. De wetgever doelt hiermee op de uitzondering van art. 4:21 lid 3 Awb, dat bepaalt dat de Awb-subsidietitel niet van toepassing is op aanspraken op financiële middelen op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.<sup>85</sup> Strikt genomen betreft art. 4:21 lid 3 Awb echter wél een subsidie, zij het dat de subsidietitel daarop niet van toepassing is.

### *Knelpunt*

In de MvT bij het voorstel van de (latere) Wet Aanpassing onderwijswetgeving aan derde tranche Awb wordt het standpunt ingenomen dat de term “bekostiging” in de onderwijswet handhaving verdient en niet vervangen moet worden door de meer algemene en gangbare Awb-term “subsidie”. Daarbij wordt er de nadruk op gelegd dat “bekostiging” – die overigens louter op de relatie tussen overheid en scholen wordt betrokken – een heel specifieke subsidierelatie veronderstelt die zich op drie punten onderscheidt van het normale beeld van een subsidierelatie: bij bekostiging gaat het om een relatie van onbepaalde duur, bij bekostiging zijn naast de bevoegdheid ook de bekostigingsvoorwaarden (in Awb-terminologie: subsidieverplichtingen) in de wet vastgelegd en tenslotte, bekostiging veronderstelt een bepaalde hoogte van het geldsbedrag omdat de bekostiging adequaat moet zijn voor het in stand houden van een onderwijsvoorziening.<sup>86</sup> Men zou er verder nog aan kunnen toevoegen dat “bekostiging” duidt op de terminologie van art. 23 Grondwet, welke we overigens ook terugvinden in artikel 4:21, vierde lid, Awb. In de jaren negentig waren er ook nog politici en ambtenaren die meenden dat de term “bekostiging” ten opzichte van “subsidie” meer bescherming kon bieden tegen de hantering van de stofkam door de minister van financiën.

Maar de vraag dient zich aan in hoeverre de term bekostiging nog zinvol is. De specifieke aard van de relatie tussen de minister en de scholen is er niet gekomen doordat die wordt aangeduid met “bekostiging” maar omdat daaraan bepaalde bijkomende (grond)wettelijke waarborgen ten grondslag liggen. Met een naamsverandering worden die waarborgen niet afgeschaft. Bovendien

<sup>85</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 265 nr. 3, p. 10.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 2-3.



kan ermee duidelijk gemaakt worden dat artikel 4:21, vierde lid, Awb van begin af aan als een obsoleete bepaling moet worden gezien.<sup>87</sup> Verder valt op dat in de onderwijswetgeving de term “bekostiging” ook wordt gebruikt voor andere relaties dan tussen overheid en scholen. Te wijzen valt op de bepalingen inzake het leerlingenvervoer (art 4 Wpo, 4 Wvo), waar sprake is van een financiële relatie tussen het gemeentebestuur en ouders van leerlingen, op art. 10b5 Wvo waar het gaat om een financiële relatie tussen overheid en de kenniscentra beroepsonderwijs, op de relatie met schoolbegeleidingsdiensten “voor activiteiten die worden verricht met betrekking tot de ondersteuning bij het onderwijs aan zieke leerlingen” als bedoeld in art. 18 Wvo of waar het gaat om de financiering van huisvestingsvoorzieningen voor scholen door het gemeentebestuur (art.91 t/m 112 Wpo, 76a t/m 76w Wvo).

Tevens moet hierbij worden opgemerkt dat, hoewel de term “bekostiging” juist bedoeld is om onderscheidend te werken, de term ook vaagheid tot gevolg kan hebben. Over de exacte definitie van “bekostiging” bestaat discussie, en ook over wat onder dit begrip kan worden geschaard, kan worden getwist. In de praktijk kan dit knelpunten tot gevolg hebben. Zie bijvoorbeeld art. 104 Wvo. Deze bepaling spreekt over inhouding van “bekostiging”. Daarmee is duidelijk dat daarmee is bedoeld de bekostiging in de zin van art. 64 Wvo. Maar valt aanvullende bekostiging in de zin van artt. 85a en 89 Wvo daar ook onder? En in hoeverre valt gemeentelijke bekostiging in de huisvesting onder dit begrip (76a Wvo e.v.). Hoe zit het met de overschrijdingsbijdrage, waarvan ook zou kunnen worden betoogd dat dit een vorm van bekostiging is? Door in plaats van “bekostiging” de term “subsidie” te bezigen, dwingt men zich als het ware om – bijvoorbeeld bij bepalingen als art. 104 Wvo – precies aan te geven over subsidie in de zin van welke bepalingen men het heeft. Onduidelijkheden als de zojuist genoemde worden daardoor voorkomen.

Wat betreft de laatste volzin: praktische knelpunten zijn hier niet te verwachten. Vanuit het oogpunt van juridische zuiverheid en een betere aansluiting op het begrippenkader van de Awb, verdient het in de ogen van de onderzoekers echter aanbeveling om de afwijking van de Awb teniet te doen.

#### *Advies*

Overwogen om de term subsidie in te voeren, nu de term bekostiging niet duidelijk is, maar ook niet eenduidig wordt gebruikt in de onderwijswetgeving.

De onderzoekers stellen daarnaast voor de laatste volzin te vervangen door: “Voor zover toepassing van de eerste volzin niet betreft aanspraken in de zin van art. 4:21 lid 3 Awb, zijn de artikelen 3 tot en met 19 van de Wet overige OCW-subsidies van toepassing”.

---

<sup>87</sup> Den Ouden, Jacobs, Verheij 2011, p. 24-26.

**Rechtsbescherming, voorheen art. 8:6 Awb jo. art. 2 Bevoegdheidsregeling  
bestuursrechtspraak (voorheen: artikel 75, 105 en 111 Wvo)**

*Inhoud*

Beroep in eerste en enige aanleg staat open tegen besluiten als bedoeld in afdelingen I, met uitzondering van art. 74 Wvo, en III van titel III, en als bedoeld in art. 85a, 89 en 104.

*Afwijking*

Uitgangspunt van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem is beroep bij de bestuursrechter in twee instanties: rechtbank en hoogste bestuursrechter. Zie art. 8:104 Awb e.v., waarin is bepaald dat tegen uitspraken van de rechtbank (doorgaans) hoger beroep mogelijk is bij – in beginsel – de ABRvS.

*Knelpunten*

Beroep op de Afdeling in eerste en enige instantie heeft betrekking op de volgende besluiten.

Het betreft besluiten inzake de aanvang van de bekostiging, zoals het in aanmerking brengen van scholen voor bekostiging, het in aanmerking brengen van een nieuw te vormen afdeling in de zin van art. 10c Wvo voor bekostiging, het in aanmerking brengen van bepaalde voorzieningen die zijn opgenomen in een regionaal plan onderwijsvoorzieningen, en het in aanmerking brengen van cursussen voortgezet onderwijs voor bekostiging.

Tevens staat beroep op de Afdeling in eerste en enige instantie open tegen besluiten inzake:

- a. aanvullende bekostiging van personeelskosten (art. 85a Wvo)
- b. aanvullende bekostiging van exploitatiekosten (art. 89 Wvo)
- c. inhouding van de bekostiging (art. 104 Wvo)
- d. het niet langer voldoen aan de opheffingsnormen (art. 107 Wvo)
- e. het einde van de looptijd regionaal plan onderwijsvoorzieningen (art. 109 Wvo)
- f. ernstig of langdurig tekortschieten van kwaliteit (art. 109a Wvo)

Beroep in twee instanties (rechtbank / Afdeling) is aangewezen bij besluiten inzake:

- a. aanvullende middelen in de zin van art. 74 Wvo,
- b. bekostiging voor huisvesting (art. 76f en 96c.1 Wvo)
- c. bekostiging op basis van gemeentelijk beleid (art. 96g e.v. Wvo)
- d. verrekening van voorschotten en vorderingen (art. 96r Wvo)
- e. correcties op de bekostiging (art. 21 Bekostigingsbesluit Wvo)
- f. wijzigingen van vaststellingen op grond van art. 4:49 Awb

De vraag is of deze verdeling van mogelijkheden van beroep in eerste en enige instantie enerzijds en in twee instanties anderzijds op afwegingen berust die nog steeds ter zake doen. Het onderscheid lijkt tamelijk willekeurig. In dit verband zij verder nog gewezen op de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de daarbij behorende wetsgeschiedenis. Voor de invoering van de Wabo stond tegen milieuvergunningen beroep in één instantie open. Na de invoering van de Wabo is aan deze situatie een einde gekomen: tegen omgevingsvergunningen die zien op milieuactiviteiten staan beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de ABRS open.

In de memorie van toelichting bij de Wabo wordt door de wetgever op een rij gezet welke overwegingen daarbij een rol dienen te spelen.

*“Bij de invoering van de Awb is in beginsel gekozen voor beroep in twee instanties in bestuursrechtelijke geschillen. Voor beroep in twee instanties pleiten inhoudelijke argumenten: zorgvuldigheid en kwaliteit van de rechtspraak, ruimte voor de hogere rechter om aan rechtsvorming te doen en de mogelijkheid van een herkansing voor partijen. Verder brengt het de rechtspraak dichterbij de burger en er wordt verwacht dat dit zal leiden tot een taakverlichting bij de Raad van State.*

*Bij de keuze voor beroep in één instantie bij de milieuvergunning speelden andere motieven een rol. De belangrijkste argumenten daarvoor waren dat het technisch ingewikkelde geschillen betreft waarbij het gaat om (maatschappelijk) grote en vaak tegengestelde belangen, en dat er waarschijnlijk vaak zou worden doorgeprocedeerd, zodat de zeefwerking van het beroep op de rechtbank gering zou zijn. Inmiddels hebben de Ministers van Justitie en van BZK in de brief over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie aangegeven de keuze voor beroep in twee instanties te nuanceren. Uit het in deze brief geformuleerde kabinetsstandpunt blijkt dat er onvoldoende aanleiding is om in de bestaande situatie binnen verschillende milieuwetten verandering te brengen. Voor de kwaliteit van de rechtspraak is een tweede instantie niet altijd nodig. Een tweede instantie is wel nodig als het aantal zaken zo groot is dat een in eerste en enige aanleg rechtsprekende rechter overbelast zou raken. Dat is bij milieubesluiten niet het geval. Voorts zijn potentiële voordelen van beroep in één instantie de snelheid (een instantie minder) en een hoge mate van eenheid van de rechtspraak. Of het voordeel van de snelheid verwezenlijkt wordt, hangt af van de doorlooptijd van de zaken bij de rechtbank en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en van het percentage hoger beroepen.”<sup>88</sup>*

Tussen deze aspecten moet een afweging worden gemaakt bij de beantwoording van de vraag of bij genoemde besluiten beroep in twee instanties moet worden opengesteld. Bijzondere waarde moet daarbij onzes inziens worden gehecht aan de consistentie van het systeem van de onderwijswetgeving. Het systeem van rechtsbescherming is, door beroep in twee instanties niet steeds open te stellen, verbrokkeld. Daarbij zij er ook op gewezen dat de belangen bij bekostiging juist bijzonder groot zijn, waardoor rechtspraak in twee instanties van toegevoegde waarde kan zijn.<sup>89</sup>

Aan de andere kant moet ook niet worden vergeten dat er wegens het beperkt aantal onderwijszaken bij rechtbanken mogelijk onvoldoende expertise is – althans bij invoering van rechtspraak in twee instanties – om deze zaken op efficiënte wijze en inhoudelijk gedegen wijze af te handelen.<sup>90</sup> Wij merken op dat, indien de bekostigingssystematiek wordt aangepast aan de Awb-subsidietitel, dergelijke expertise gemakkelijker aanwezig zal zijn omdat rechtbanken ruime ervaring hebben met subsidiezaken.

## Advies

---

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30 844 nr. 3, p. 41-42. Zie ook Kamerstukken II 2003/04, 25 425 nr. 7, p. 8, alsook Polak 2004.

<sup>89</sup> Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 156.

Het huidige systeem van rechtsbescherming ontbeert consistentie. Deze consistentie dient te worden aangebracht door een integrale heroverweging van de mogelijkheden van rechtsbescherming.

Hoe deze heroverweging dient uit te pakken is mede een bestuurlijke kwestie. Het heeft de voorkeur van de onderzoekers om over de gehele linie rechtspraak in twee instanties in te voeren – vanuit het oogpunt van consistentie en overzichtelijkheid is dat de meest voor de hand liggende oplossing. In hoofdstuk 10 wordt uitgebreid op deze problematiek ingegaan. Korthedshalve verwijzen wij daarnaar.

## **Artikelen 76a t/m 76l Wvo (gelijksoortig: art. 92 t/m 101 Wpo, art. 89 Wec)**

Vooraf moet worden opgemerkt dat het onderstaande mogelijk relevantie zal missen indien uitvoering wordt gegeven aan het in het regeerakkoord opgenomen voornemen om, in overeenstemming met de motie Van Haersma Buma<sup>91</sup>, het huisvestingsbudget (voor buitenonderhoud) onderdeel van de lumpsumbekostiging te laten uitmaken.

### *Inhoud*

Deze bepalingen bevatten het regime voor de gemeentelijke voorzieningen in de huisvesting. De procedure loopt als volgt. B&W stellen jaarlijks een bekostigingsplafond vast (art. 76d Wvo). Voorzieningen in de huisvesting kunnen worden aangevraagd door niet-gemeentelijke scholen (art. 76e Wvo). Honorering van deze aanvraag leidt tot opname in het jaarlijks vast te stellen programma huisvestingsvoorzieningen (art. 76f Wvo). Dit programma vormt een bundel beschikkingen.<sup>92</sup> In een aparte beschikking wordt vastgesteld wanneer de bekostiging van de voorziening, voor zover verleend, een aanvang neemt (art. 76j Wvo). De opname in het programma bewerkstelligt een aanspraak op deze bekostiging, mits op het tijdstip dat op grond van art. 76j Wvo is vastgesteld, is voldaan aan bij of krachtens de wet gestelde voorschriften en er zich geen ingrijpende wijzigingen van de feiten en omstandigheden waarin de betreffende school verkeert hebben voorgedaan (art. 76l Wvo). Op grond van art. 76i Wvo kunnen aanvragen om voorzieningen in de huisvesting met een spoedeisend karakter, die niet in een programma zijn opgenomen, alsnog worden bekostigd.

### *Afwijking*

De terminologie in voornoemde bepalingen wijkt af van de Awb-terminologie: de bepalingen spreken over bekostiging in plaats van subsidie. Deze afwijking wordt op deze plaats niet besproken. Daartoe zij verwezen naar art. 74 Wvo.

Hoewel er geen afwijking met de Awb kan worden aangewezen, kan ook niet worden volgehouden dat de hierboven beschreven procedure goed aansluit bij de Awb. Volgens titel 4.2 Awb (hierna ook: de subsidietitel) vangen subsidierelaties doorgaans aan met een aanvraag tot subsidieverlening. Deze aanvraag kan worden gehonoreerd, waarna een voorwaardelijke aanspraak op financiële middelen ontstaat (art. 4:29 Awb). Een voorschot kan worden gegeven (art. 4:95 Awb). Na afloop van de activiteiten of het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend wordt doorgaans een aanvraag tot subsidievaststelling ingediend (art. 4:44 Awb). De aanspraak op subsidie wordt (in beginsel) definitief, indien het betrokken bestuursorgaan oordeelt dat voldaan is aan de subsidieverplichtingen en de aanvraag dientengevolge wordt gehonoreerd. De vaststelling kan ook ambtshalve plaatsvinden (art. 4:47 Awb). Na de subsidieverlening, maar voor de subsidievaststelling, kan de verlening nog ambtshalve worden gewijzigd (art. 4:48 Awb). De vaststelling kan nadien ook nog worden gewijzigd (art. 4:49 Awb), zij het onder meer uitzonderlijke omstandigheden. Subsidieverstreking zónder verlening is overigens ook mogelijk: volstaan kan worden met een vaststelling, voorafgaand aan de te subsidiëren activiteiten (art. 4:45 Awb).

---

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 000, nr. 12.

<sup>92</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 455 nr. 3, p. 27.

De verhouding van artt. 76a t/m 76l Wvo tot de subsidietitel is diffuus. Het programma lijkt een bundel verleningsbeschikkingen te zijn. Echter: de beschikking als bedoeld in art. 76j jo. Art. 76l Wvo zou ook als zodanig kunnen worden aangemerkt. Over een vaststellingsmoment zwijgt de Wvo verder. Mogelijk moet het programma, althans de beschikking als bedoeld in art. 76j jo. art. 76l Wvo, dan als vaststelling worden gezien? Uit de wet wordt dit niet duidelijk.

Art. 76k lid 1 onder e Wvo, waarin overschrijding van het bekostigingsplafond als weigeringsgrond wordt genoemd, lijkt overigens overbodig. Art. 4:25 lid 2 Awb bepaalt immers hetzelfde.

#### *Knelpunten*

De rechtszekerheid komt door het bovenstaande in het gedrang. Doordat niet helder is wat de precieze status is van de in artt. 76a t/m 76l Wvo genoemde beschikkingen – verlening of vaststelling – wordt de rechtspositie van zowel B&W als onderwijsinstelling onduidelijk. De voorwaarden voor wijziging van verleningen verschillen namelijk nogal van de voorwaarden voor wijzigingen van vaststellingen.

Hierbij moet ook nog worden opgemerkt dat het aanmerken van een van de eerdergenoemde beschikkingen als vaststellingsbesluit, niet voor de hand lijkt te liggen. Vaststellingen geschieden doorgaans achteraf en er lijkt geen reden te zijn op dat uitgangspunt een uitzondering te maken. Zeker niet aangezien de vaststelling als het sluitstuk van een subsidierelatie kan worden gezien, waarin na een controle (nagenoeg) definitief wordt vastgesteld of de subsidieontvanger aan zijn verplichtingen heeft voldaan, en de realisering van de huisvestingsvoorzieningen zich juist bij uitstek leent voor een dergelijke controle achteraf. De wet lijkt thans de mogelijkheid voor een dergelijke controle niet te bieden.

#### *Advies*

De onderzoekers geven in overweging de verschillende besluitmomenten in Awb-termen (verlening, vaststelling) te duiden.

## **Artikel 76n Wvo (gelijksoortig: art. 103 Wpo, art. 101 Wec)**

### *Inhoud*

B&W kunnen met het bevoegde gezag overeenkomsten sluiten omtrent (het tot stand brengen van) voorzieningen in de huisvesting.

### *Afwijkingen*

Binnen het systeem van de Awb geldt dat bestuursorganen, zoals het college van B&W, rechtshandelingen verrichten. Een besluit is immers een publiekrechtelijke rechtshandeling, afkomstig van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is om die reden bijvoorbeeld partij bij een bestuursrechtelijk geschil. Binnen het kader van het civiele recht ligt dit anders – de rechtshandeling wordt verricht door de rechtspersoon. Het is de rechtspersoon die in het civiele recht en bij de civiele rechter optreedt.

Art. 76n Wvo betreft een overeenkomst en is dus civielrechtelijk van aard. Desalniettemin lijkt te zijn aangesloten bij het systeem van het bestuursrecht zoals dat hierboven is beschreven.

### *Knelpunt*

De terminologie van art. 76n Wvo sluit niet aan bij de systematiek die de Awb en het burgerlijk recht hebben ontwikkeld.

### *Advies*

“Burgemeester en wethouders” dient te worden vervangen door “de gemeente”.

**Artikel 76u Wvo** (gelijksoortig: art. 110, tweede en zesde lid Wpo)

*Inhoud*

Ingevolge leden 2 en 6 van deze bepalingen kunnen GS op aanvraag besluiten dat een bevoegd gezag van een andere dan gemeentelijke school heeft opgehouden het gebouw, waarvan genoemd bevoegd gezag eigenaar is, als school te gebruiken dan wel dat het blijvend niet meer voor onderwijs nodig zal zijn.

*Afwijking*

Deze bepaling wijkt niet af van de Awb.

*Knelpunt*

Toch is de bepaling wel wonderlijk. De vraag is waarom GS hier überhaupt een bevoegdheid zouden moeten hebben. De toegevoegde waarde hiervan is beperkt, zoals ook is onderschreven door B. tijdens het met haar gevoerde interview.

*Advies*

Laat deze bevoegdheid over aan B&W, en stel de normale bestuursrechtelijke rechtsgang daartegen open.



**Artikel 96g, vijfde lid Wvo (gelijksoortig: art. 140, vijfde lid Wpo, art. 134, vijfde lid Wec)**

*Inhoud en afwijking*

Tegen een verordening in de zin van deze bepaling staat, in afwijking van art. 8:2 Awb, beroep open.

*Knelpunt*

Deze bepaling heeft een juridische onduidelijkheid tot gevolg. Normaal gesproken kan tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep worden ingesteld. A.v.v.'s kunnen echter door middel van de zogeheten exceptieve toetsing worden getoetst. Dat wil zeggen: in een procedure over beschikkingen die zijn gebaseerd op het betreffende a.v.v., kan de rechtmatigheid van het a.v.v. aan de orde worden gesteld. Indien tegen a.v.v.'s zelfstandig beroep openstaat, kan men de vraag stellen in hoeverre een exceptieve toetsing nog is toegestaan. Stel dat een bevoegd gezag beroep had kunnen instellen tegen een verordening in de zin van art. 96g Wvo, dit niet gedaan heeft, maar in het kader van de beschikking de rechtmatigheid van de verordening alsnog ter discussie wil stellen. Stuit dat niet af op het beginsel van formele rechtskracht?<sup>93</sup>

Los van het bovenstaande zijn geen juridische of praktische problemen te voorzien door handhaving van deze bepaling. Wel is de bepaling uniek, en is zij ooit opgenomen om te anticiperen op de afschaffing van art. 8:2 Awb.<sup>94</sup> De wetgever heeft daarnaast opgemerkt dat deze bepaling noodzakelijk is om de gelijke behandeling van bijzonder en openbaar onderwijs te waarborgen. De exceptieve toetsing zou daarvoor onvoldoende zijn. Onder meer omdat die toetsing afhankelijk is van het zich voordoen van een concrete zaak waarin de verordening ter discussie kan komen te staan.<sup>95</sup>

*Advies*

Wij menen dat de afwijking van art. 8:2 Awb kan komen te vervallen. Onder meer omdat dit onduidelijkheid schept ten aanzien van de exceptieve toetsing en de formele rechtskracht van verordeningen in de zin van art. 96g Wvo. Daarnaast zijn wij niet overtuigd door de redenering van de wetgever. Art. 8:2 Awb is nooit afgeschaft, zodat die grondslag in ieder geval komt te ontvallen aan het motief om art. 96g, vijfde lid Wvo in te voeren. Daarnaast menen wij dat de exceptieve toetsing, gezien in samenhang met de gerevitaliseerde<sup>96</sup> bestuurlijke toezichtsinstrumenten (zoals vernietiging ex art. 268 Gemeentewet) voldoende waarborgen bieden voor de gelijke behandeling van het bijzonder en het openbaar onderwijs. Zodoende is een unieke bepaling als art. 96g, vijfde lid, eerste volzin Wvo niet van toegevoegde waarde.

---

<sup>93</sup> Vgl. Schuurmans en Voermans 2010, p. 813.

<sup>94</sup> Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 177.

<sup>95</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 645 nr. 6, p. 18-19.

<sup>96</sup> Zie de Wet revitalisering generiek toezicht.

**Artikel 96k Wvo (gelijksoortig art. 147 Wpo, art. 141 Wec)**

*Inhoud*

Deze bepaling regelt dat tegen beschikkingen inzake de toekenning van overschrijdingsuitkeringen administratief beroep openstaat.

*Afwijking en knelpunt*

De Awb staat administratief beroep toe. Niet duidelijk is echter – behoudens historische redenen – waarom hier administratief beroep is gehandhaafd. En dan nog wel op een orgaan dat nauwelijks taken heeft op het gebied van het onderwijs en daarom voor de behandeling van het beroep de nodige deskundigheid lastig op peil kan houden.<sup>97</sup> Zou hier schrapping niet voor de hand liggen, waardoor bezwaar en beroep openstaat?

*Advies*

Administratief beroep schrappen.

---

<sup>97</sup> Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 153.

## **Artikel 104 Wvo** (gelijksoortig: art. 164 Wpo, art. 146 Wec)

### *Inhoud*

Indien een bij of krachtens de wet geldend voorschrift of een aanwijzing op grond van art. 103g Wvo niet wordt nageleefd, kan de minister bepalen dat de bekostiging geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden dan wel wordt opgeschort. Zie art. 104, eerste lid Wvo. De inhouding / opschorting eindigt wanneer de reden voor toepassing van de inhouding of opschorting niet langer bestaat. Zie art. 104, derde lid Wvo. De instrumenten zijn dus bedoeld om naleving van hetgeen bij of krachtens wettelijk voorschrift is gesteld af te dwingen.

Noch de wet, noch lagere regelgeving maakt exact duidelijk op welke wijze de inhouding juridisch zijn beslag krijgt. Het meest voor de hand ligt dat de inhouding binnen het huidige systeem leidt tot een wijziging van het vaststellingsbesluit. Een dergelijke wijziging leidt direct tot een beperkter aanspraak en dus ook tot een beperkter maandelijkse uitbetaling van de bekostiging.

### *Afwijking, knelpunten, advies*

Hieronder wordt eerst de inhouding besproken. De opschorting komt daarna aan de orde.

De inhouding wijkt niet af van een bepaling in de Awb. Het instrument is echter overbodig, omdat een specifieke toepassing van art. 4:49 lid 1 onder c Awb een soortgelijke mogelijkheid biedt.

Indien de subsidieverlener een overtreding van de subsidievoorschriften constateert, kan hij de subsidieontvanger daarvan mededeling doen, en aankondigen dat, indien de subsidieontvanger deze overtreding niet beëindigt, dit leidt tot een in de mededeling (of een beleidsregel) specifiek aangegeven wijziging van de vaststelling. In deze mededeling (of in beleidsregels) kan ook een tijdsbepaling zijn opgenomen: hoe langer de overtreding voortduurt, hoe lager de vaststelling. Wordt de overtreding niet (tijdig) beëindigd, dan leidt dit tot een wijziging van de vaststelling, conform de in de mededeling genoemde consequenties. In zoverre lijkt dit instrument op de huidige inhouding. Net zoals de inhouding grijpt dit Awb-instrument ook in een bestaande subsidieverhouding (anders dan de last onder dwangsom). Kortom: dit instrument werkt op nagenoeg dezelfde wijze als de inhouding.

Indien wordt overgegaan tot toepassing tot een systeem van vaststellingsbeschikkingen achteraf, zoals hierboven is betoogd, kan art. 4:46 Awb op een soortgelijke wijze worden toegepast als in de vorige alinea is aangegeven. Het verschil is dat, indien de overtreding niet wordt beëindigd conform de mededeling of het beleid, niet de vaststelling wordt gewijzigd, maar dat de subsidie op een lager bedrag wordt vastgesteld dan het verleende bedrag.<sup>98</sup> Dit instrument kan in het huidige systeem niet worden toegepast, omdat niet wordt gewerkt met vaststellingen achteraf.

Zowel in het bestaande als in het voorgestelde systeem kan de inhouding dus komen te vervallen, zonder dat dat consequenties heeft voor de handhavingsmogelijkheden. In het licht van deregulering is dat wenselijk.

---

<sup>98</sup> Zie bijv. ABRvS 7 december 2011, LJN BU7072, AB 2012, 126, m.nt. Van der Grinten.

Volledigheidshalve zij hierbij nog opgemerkt dat betoogd kan worden dat de inhouding een ruimer toepassingsbereik heeft dan louter het afdwingen van naleving. Volgens de (inmiddels vervallen) Beleidsregel opschorting en inhouding van bekostiging bij onderwijsinstellingen kan de inhouding ook als een soort correctiebevoegdheid worden gebruikt. Los van de vraag of dat juist is, menen de onderzoekers dat een dergelijke correctiebevoegdheid geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de al in de Awb neergelegde bevoegdheden. Verwezen zij naar hetgeen dienaangaande over de correctie in dit advies wordt opgemerkt. Ook een dergelijke “ruime interpretatie” van het instrument van inhouding is derhalve geen reden om dit te handhaven.

Voor de opschorting geldt het volgende. Het instrument van opschorting is niet in strijd met de Awb. Dit instrument is echter wel overbodig, gelet op art. 4:56 Awb. Art. 4:56 Awb biedt namelijk de bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een (vastgestelde) subsidie of van voorschotten (op een verleende subsidie). Deze opschorting vangt aan op de dag dat de subsidiënt de subsidieontvanger schriftelijk kennis geeft van het ernstige vermoeden dat er grond bestaat om toepassing te geven aan art. 4:48 Awb (wijziging of intrekking verlening) of art. 4:49 Awb (wijziging vaststelling). Kort gezegd: zodra het ernstige vermoeden bestaat dat de subsidieontvanger niet voldoet aan de subsidieverplichtingen, kan tot opschorting worden overgegaan. Als blijkt dat dit vermoeden onjuist is of als de subsidiënt om andere reden de opschorting wenst te beëindigen – zoals de omstandigheid dat de overtreding van de subsidievoorschriften is beëindigd – kan de opschorting worden ingetrokken. Met art. 4:56 Awb kan dus, zowel in de huidige bekostigingssystematiek als in de door de onderzoekers voorgestane systematiek, hetzelfde worden bereikt als met de opschorting uit de onderwijswetgeving, die immers ook wordt ingezet bij constatering van overtredingen en wordt beëindigd zodra de reden voor toepassing van het instrument niet langer bestaat (lees: de overtreding is beëindigd).

Hierbij passen nog twee opmerkingen.

De opschorting van art. 4:56 Awb eindigt in ieder geval na dertien weken na de schriftelijke kennisgeving. Anders dan de opschorting uit de onderwijswetgeving kan de opschorting van art. 4:56 Awb dus niet voor onbepaalde tijd voortduren. Naar onze mening is dit echter van onvoldoende toegevoegde waarde om de opschorting uit de onderwijswetgeving te laten voortbestaan. De opschorting is immers bedoeld om naleving van de voorschriften af te dwingen. Een overtreder die binnen dertien weken na de opschorting nog niet is overgegaan tot beëindiging van de overtreding is waarschijnlijk onvoldoende afgeschrikt door de inzet van het instrument. Er is dan geen reden om de opschorting nog langer te laten voortduren; de tijd is dan aangebroken om zwaardere handhavingsinstrumenten in te zetten.

Art. 104 Wvo bepaalt expliciet dat de opschorting kan worden toegepast als de instelling in strijd handelt met hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald, waaronder tevens wordt verstaan het niet opvolgen van een aanwijzing als bedoeld in art. 103g Wvo. Uit deze laatste toevoeging volgt dat de wetgever er niet zeker van is of de aanwijzing een verplichtend karakter heeft waarmee dus in strijd kan worden gehandeld, hoewel dat wel uit art. 103g, vierde lid Wvo kan worden afgeleid (de aanwijzing bevat de termijn waarbinnen daaraan moet zijn voldaan). Aangezien art. 4:56 Awb niet kan worden toegepast indien niet wordt voldaan aan bepalingen die een verplicht

karakter ontberen, verdient het aanbeveling om expliciet te maken dat het opvolgen van de aanwijzing een bekostigingsvoorwaarde (subsidieverplichting) is.

Het instrument van opschorting kan dus komen te vervallen.

**Artikel 104a Wvo** (gelijksoortig: art. 164a Wpo, art. 146a Wec)

*Inhoud*

Op grond van deze bepaling kan de minister op verzoek van het bevoegd gezag of in overeenstemming daarmee maatregelen treffen indien de kwaliteit van het onderwijs dan wel de kwaliteit van het bestuur ernstig of langdurig tekortschiet (eerste lid). Deze maatregelen kunnen ook bestaan in het onder voorwaarden ter beschikking stellen van extra financiële middelen aan de instelling (tweede lid).

*Afwijking*

De “extra financiële middelen” waar deze bepaling over spreekt, zijn een subsidie. Het gaat immers om een aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt, met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager.

*Knelpunten en advies*

Er lijkt geen te reden zijn om hier niet te spreken van subsidie. Gelet op de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de onderwijswetgeving verdient het aanbeveling in deze bepaling te spreken van subsidie in plaats van “extra financiële middelen”.

**Artikel 13 Inrichtingsbesluit Wvo (gelijksoortig: art. 40c Wpo, art. 40a Wec)**

*Inhoud*

“1. Het bevoegd gezag kan met opgave van redenen een leerling voor een periode van ten hoogste één week schorsen. 2. Het besluit tot schorsing wordt schriftelijk aan de betrokkene en, indien deze nog niet de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt, ook aan de ouders, voogden of verzorgers van de betrokkene bekendgemaakt. 3. Het bevoegd gezag stelt de inspectie van een schorsing voor een periode langer dan één dag schriftelijk en met opgave van redenen in kennis.”

*Afwijking / knelpunten*

Schorsing wordt hier tekstueel als een zelfstandige sanctie gepresenteerd. Dat is niet altijd zo. In de regel moet het in het bestuursrecht als een accessoire bevoegdheid / handeling worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld Artikel 10:43 Awb: “Hangende het onderzoek of er reden is tot vernietiging over te gaan, kan een besluit door het tot vernietiging bevoegde bestuursorgaan worden geschorst.” De bijzondere betekenis van de schorsing als pedagogische maatregel in het onderwijs kan hier evenwel een ander gebruik impliceren. Onjuist is dat in het tweede lid wordt gesproken van “besluit”, terwijl het ook om een beslissing van het bevoegd gezag van een bijzondere school kan gaan.

*Advies*

Verander het begrip “besluit” in “beslissing”.

**Art. 21 Besluit bekostiging Wvo** (gelijksoortig: art. 34a Besluit bekostiging Wpo, art. 43 Besluit bekostiging WEC)

*Inhoud*

In deze bepaling wordt het instrument van de “correctie” geregeld. Indien blijkt van onjuiste vaststelling, onrechtmatige of ondoelmatige besteding van bekostiging, kan de bekostiging binnen één jaar, te rekenen vanaf het moment van ontvangst van de jaarrekening dan wel de resultaten van het onderzoek bedoeld in art. 19 Besluit bekostiging Wvo, worden gecorrigeerd. Deze termijn kan eenmaal met één jaar worden verlengd.

*Afwijking en knelpunten*

Problematisch is de verhouding van deze bepaling met art. 4:49 Awb. Art. 4:49 Awb kent immers ook de bevoegdheid toe om de vaststelling van de bekostiging te wijzigen. Deze bepaling kent evenwel een andere verjaringstermijn: vijf jaar na bekendmaking van de vaststelling, dan wel vijf jaar na de dag waarop in strijd is gehandeld met verplichtingen die na de vaststelling van de subsidie voortduren / waarop niet is voldaan aan deze verplichtingen. Betoogd kan worden dat geen gebruik kan worden gemaakt van de bevoegdheid van art. 4:49 Awb, omdat art. 21 Besluit bekostiging Wvo al een bijzondere regeling omtrent het doorvoeren van correcties op de vaststelling bevat. Dat kan problematisch zijn, omdat de verjaringstermijn van dit instrument vele malen korter is.

Naar verwachting zal een dergelijk betoog evenwel falen.<sup>99</sup> De Afdeling overweegt kort gezegd dat de correctiebevoegdheid en de bevoegdheid van art. 4:49 Awb elkaar niet uitsluiten. Strikt genomen ziet de jurisprudentie alleen op de WHW en de Web. Aangezien er echter geen relevante verschillen zijn aan te wijzen tussen de daarin vervatte correctiemogelijkheden en die in de Wvo (en Wpo), is niet te verwachten dat de Afdeling anders zal oordelen ten aanzien van correcties gebaseerd op laatstgenoemde wetten.<sup>100</sup> Beide bevoegdheden kunnen dus naast elkaar worden toegepast.

In zoverre is er dus geen sprake van een knelpunt.

Wel overlapt de correctie met art. 4:49 Awb, dat immers ook de mogelijkheid biedt om onjuist vastgestelde subsidie (art. 4:49, eerste lid, onder a en b Awb) en onrechtmatig dan wel ondoelmatig bestede subsidie (art. 4:49, eerste lid onder c Awb) terug te vorderen door de vaststelling te wijzigen, zij het veelal onder meer stringente voorwaarden. Bij art. 4:49, eerste lid, onder a Awb dient er sprake te zijn van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan bij de subsidievaststelling niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan de verlening zou zijn vastgesteld. Bij art. 4:49, eerste lid, onder b Awb is het noodzakelijk dat de subsidieontvanger van de onjuiste vaststelling op de hoogte was of daarvan op de hoogte behoorde te zijn. Dergelijke meer stringente voorwaarden zijn evenwel afwezig bij art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb: zodra een subsidieontvanger na de vaststelling niet heeft voldaan aan

---

<sup>99</sup> Gewezen zij op de volgende uitspraken: ABRvS 14 februari 2007, LJN: AZ8496 (ROC West Brabant), 18 april 2007, LJN: BA3216 (Hogeschool Rotterdam), 21 november 2007, LJN: BB8404 (Hogeschool Zuyd) en 21 mei 2008, LJN: BD2138 (ROC Eindhoven).

<sup>100</sup> Vgl. de interviews met A. / H. en B.



aan de subsidie verbonden verplichtingen (waaronder ook doelmatige besteding kan vallen),<sup>101</sup> kan een wijziging van het vaststellingsbesluit plaatsvinden.<sup>102</sup>

De vraag is wat de correctiebevoegdheid nog toevoegt ten opzichte van art. 4:49 Awb. Als een instelling per abuis onjuiste gegevens verschaft, waardoor het vastgestelde bedrag te hoog is, is dat een omstandigheid die voor de rekening van de instelling komt. Ofwel: van de onjuiste verschaffing had de instelling moeten weten, zodat art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kan worden toegepast. Als sprake is van fraude, geldt hetzelfde.

Een voorbeeld van een geval waarin de correctie wel iets zou toevoegen, kan worden ontleend aan de feiten van Rb. Rotterdam 21 april 2006, LJN: AW5604. In deze zaak had een hogeschool ten onrechte een bepaalde categorie studenten voor bekostiging in aanmerking gebracht. De rechtbank oordeelde dat de minister signalen had ontvangen dat dit gebeurde. Art. 4:49, eerste lid, onder a Awb kon derhalve niet worden toegepast. Ook art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kon niet als bevoegdheidsgrondslag worden gebruikt omdat de toepasselijke regelgeving onduidelijk was. De hogeschool hoefde daarom niet te weten dat de studenten niet voor bekostiging in aanmerking mochten worden gebracht.<sup>103</sup> In dit soort gevallen zou de correctie wel een uitkomst kunnen bieden. Voor de onderzoekers is dit echter geen reden om de correctie te handhaven: in dit soort gevallen is de overheid zelf in de fout gegaan, door onvoldoende follow-up aan signalen te geven of door de instandhouding van onduidelijke regelgeving. Het past niet om deze fouten voor rekening voor de instelling te laten komen. Art. 4:49 Awb verhindert dat terecht; niet valt in te zien waarom de correctie die verhindering zou moeten wegnemen.

Gezien het voorgaande kan de correctie in de ogen van onderzoekers geheel worden geschrapt. Voor wat betreft terugvorderingen vanwege onrechtmatige en ondoelmatige besteding voegt het instrument niets toe ten aanzien van art. 4:49 Awb. Na gebruikmaking van art. 4:49 Awb kunnen dergelijke bedragen immers worden teruggevorderd met toepassing van art. 4:57 Awb. Voor wat betreft onjuiste vaststellingen, zal in veel gevallen art. 4:49 Awb ook uitkomst bieden. Voor zover dat niet het geval is, zoals in de hierboven geschetste casus, is dat met goede reden: de overheid is dan zelf in de fout gegaan; die fout behoort niet (geheel) voor rekening van de instelling te worden gebracht.

Overigens: indien wordt overgaan tot de invoering van een bekostigingssysteem waarin de vaststelling achteraf plaatsvindt, zoals hierboven werd betoogd, is de correctie helemaal overbodig, omdat in gevallen waarin nu nog wordt “gecorrigeerd”, art. 4:46 Awb kan worden toegepast.

Voor zover niet tot schrapping wordt overgegaan, moet de vraag worden gesteld waarom in deze bepaling een andere verjaringstermijn is opgenomen dan die van de Awb. Feitelijk gaat het immers om hetzelfde soort bevoegdheid: het corrigeren van onjuistheden in de vaststelling, dan

---

<sup>101</sup> Zie art. 148, vierde lid, Wpo, art. 24e1, eerste lid, onder c, Wvo, art. 253, tweede lid, Web, art. 2.9, derde lid, Whw.

<sup>102</sup> Zie ABRvS 29 augustus 2012, 201113242/1, r.o. 2.6.1.

<sup>103</sup> De Afdeling heeft de uitspraak overigens vernietigd, doch niet omdat de rechtbank een onjuiste uitleg aan art. 4:49 Awb zou hebben gegeven. Zie ABRvS 18 april 2007, 20060422/1.

wel het terugvorderen van in strijd met de voorwaarden bestede subsidiegelden. Aan het onderscheid in verjaringstermijnen lijkt geen visie ten grondslag te liggen.

*Advies*

Laat de correctiebevoegdheid vervallen. Voor zover daar niet toe wordt overgegaan dient de verjaringstermijn van art. 21 Besluit bekostiging Wvo gelijk te worden getrokken met die van art. 4:49 Awb.

#### **4. Wet op het primair onderwijs**

**Artikel 1 Wpo** (gelijksoortig art. 1 Wvo, art. 1 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*  
Zie art. 1 Wvo.

**Artikel 4 Wpo** (gelijksoortig art. 4 Wvo, art. 4 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*  
Zie art. 4 Wvo.

**Artikelen 9 en 84 Wpo** (gelijksoortig: art. 10h e.v. Wvo)

*Inhoud*

Volgens het elfde lid kan de minister in bijzondere gevallen “toestaan” dat wordt afgeweken van de voorschriften in het eerste en tweede lid. “Toestaan” wordt ook gebruikt in art. 84, tweede lid, nu met betrekking tot een andere vestiging van de school.

*Afwijking*

Het gaat hier in beide gevallen om een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb, in het bijzonder een beschikking. Daarvoor geldt als hoofdregel een aanvraagprocedure, als geregeld in art. 4:1 e.v. Awb.

*Knelpunten*

Er is geen reden hier niet de Awb-terminologie aan te houden. Ook lijkt er geen reden om de eis van een voorafgaande aanvraag achterwege te laten.

*Advies / conclusie*

Verander “toestaan” in “besluiten”. Stel de eis van een voorafgaande aanvraag.

**Artikelen 9, 76, 77, 79, 80-84a, 87, 110, 123, 135, 138, 155, 157a, 183, 184 Wpo** (gelijksoortig:  
art. 11e Wvo e.v., art. 12 e.v. Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*  
Zie art. 11e Wvo e.v.

**Artikel 14 Wpo** (gelijksoortig: art. 24b Wvo, art. 23 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 24b Wvo.

**Artikel 17d, achtste lid Wpo** (gelijksoortig: art. 53d, achtste lid Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 53d Wvo.



Art. 18 – 28 zullen vervallen bij inwerkingtreding van de Wet Passend Onderwijs (Stb. 2012, 533).  
In plaats daarvan besteden we hier aandacht aan het bij de Wet Passend Onderwijs in te voeren:

***Nieuw artikel 18a, twaalfde lid Wpo*** (gelijksoortig: *nieuw art. 17a, dertiende lid Wvo*)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 17a, dertiende lid Wvo.

**Artikel 40 Wpo (zoals gewijzigd bij de Wet Passend Onderwijs, gelijksoortig art. 27 Wvo)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 27 Wvo.

**Artikel 40, achtste lid Wpo** (gelijksoortig art. 10g, achtste lid Wvo, art. 40, veertiende lid Wec)

*Inhoud en afwijking*

De beslissing van het samenwerkingsverband omtrent de toelaatbaarheid van een leerling tot het speciaal onderwijs is volgens de Awb geen appellabel besluit. Het is namelijk een beslissing omtrent het kennen en kunnen van een kandidaat (art. 8:4, onder e Awb). Art. 40, achtste lid Wpo wijkt hier evenwel van af, door te bepalen dat een beslissing omtrent de toelaatbaarheid geen besluit is in de zin van art. 8:4, onder e Awb.

*Knelpunten*

Om vast te stellen of hier sprake is van een knelpunt moet de ratio van art. 8:4 aanhef onder e Awb worden nagegaan, en worden vastgesteld of deze wordt doorkruist. De memorie van toelichting bij deze bepaling verwijst naar de wetsgeschiedenis van de Wet Arob. Daaruit wordt men ook niet veel wijzer: "Het is duidelijk dat beslissingen als in [art. 8:4 aanhef onder e Awb] bedoeld, zich niet lenen voor een beoordeling door de administratieve rechter".<sup>104</sup> De ratio is vermoedelijk geweest dat de rechter weinig toe te voegen heeft aan inhoudelijke beoordelingen van het kennen en kunnen van leerlingen. Waarom dat bij de toelaatbaarheid tot het speciaal onderwijs anders zou zijn, wordt niet toegelicht door de wetgever.

*Advies*

Bij besluiten als de onderhavige zijn de belangen van een kwetsbare groep personen in het geding: die van leerlingen die mogelijk extra begeleiding bij het onderwijsproces behoeven. In dat licht is het begrijpelijk dat de gang naar de rechter wordt opengesteld, teneinde deze kwetsbare groep de grootst mogelijke mate van (rechts)bescherming te bieden. De afwijking kan derhalve in stand blijven.

---

<sup>104</sup> Kamerstukken II 1970-1971, 11 279 nr. 3, p. 10.

**Artikel 40, elfde lid Wpo (zoals gewijzigd bij de Wet Passend Onderwijs) (gelijksoortig: art. 27, vierde lid Wvo)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 27, vierde lid Wvo.

**Nieuw artikel 40c Wpo (zoals ingevoegd bij de Wet Passend Onderwijs) (gelijksoortig: art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo, art. 40a Wec)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo.

**Artikel 48 Wpo** (gelijksoortig art. 42b Wvo, art. 51 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 42b Wvo.

## **Artikel 63, tweede lid Wpo**

### *Inhoud*

“Voordat het bevoegd gezag van een bijzondere school op grond van dat artikellid beslist tot verwijdering van een leerling, hoort het de ouders van de leerling, onverminderd het bepaalde in dat artikellid.”

### *Afwijking en knelpunten*

De regeling voor het openbaar onderwijs is vervat in art. 40, vijfde lid, Wpo. Het vooraf horen van ouders bij verwijdering is daar niet bepaald. Uit de Awb volgt ook niet dat de ouders van de leerling in dit soort gevallen voorafgaand moeten worden gehoord. Er is daarom sprake van ongelijkheid in het rechtsregime van verwijdering tussen openbaar en bijzonder onderwijs.

### *Advies*

Regel de verplichting tot vooraf horen van ouders ook voor de verwijdering uit openbaar onderwijs.

**Artikel 70 Wpo** (gelijksoortig art. 74 Wvo, art. 71 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 74 Wvo.



**Rechtsbescherming, voorheen artikel 8:6 Awb jo. artikel 2 Bevoegdheidsregeling  
bestuursrechtspraak (Voorheen: art. 71 Wpo)**

*Inhoud*

Beroep in eerste en enige aanleg bij de ABRS staat open tegen besluiten als bedoeld in art. 22, vijfde lid Wpo, afdelingen 2 en 9 van titel IV Wpo, een goedkeuring van rechtswege daaronder begrepen, art. 123, tweede lid Wpo, art. 185, tweede lid, tweede volzin, voor zover het betreft een besluit op grond van bepalingen die bij de amvb ingevolge art. 185 tweede lid, tweede volzin van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, alsmede een besluit op grond van bepalingen van de amvb die daarmee overeenkomen.

*Afwijking*

Uitgangspunt van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem is beroep bij de bestuursrechter in twee instanties: rechtbank en hoogste bestuursrechter. Zie art. 8:104 Awb e.v., waarin is bepaald dat tegen uitspraken van de rechtbank (doorgaans) hoger beroep mogelijk is bij – in beginsel – de ABRS.

*Knelpunten en advies*

Het beroep op de Afdeling in eerste en enige instantie heeft betrekking op besluiten inzake:

- a. Uitspraken van de Landelijke geschillencommissie samenwerkingsverbanden
- b. De aanvang van de bekostiging, zoals besluiten inzake de opnemingsplan van een school in het plan, de goedkeuring van het plan door de minister, het in aanmerking brengen van scholen voor bekostiging, die gedurende 3 achtereenvolgende jaren op het plan voorkomen, het in aanmerking brengen voor bekostiging van een nevenvestiging;
- c. De procedure van bevoorschotting, tussentijdse vaststelling en betaling van de lump sum bekostiging voor personeel en materiële instandhouding ingevolge het Bekostigingsbesluit WPO (art. 90),
- d. De beëindiging van de bekostiging, wegens het verkeren onder de opheffingsnorm
- e. De gedeeltelijke inhouding of beëindiging van de bekostiging als sanctie.
- f. Bijzondere bekostiging van het personeel.
- g. Verhoging bekostiging bij bijzondere omstandigheden.

Beroep in twee instanties (rechtbank / Afdeling) is aangewezen bij besluiten inzake:

- g. Bijzondere bekostiging voor de ontwikkeling van instrumenten van planning en beheer (art. 72a),
- h. de voorziening in de huisvesting van scholen (art. 91-112),
- i. (extra en aanvullende) bekostiging voor de materiële instandhouding (exploitatie, art. 115 en 116, 134),
- j. bekostiging materiële instandhouding (exploitatie) samenwerkingsverband (art. 118 en 118b, 134 nieuw)
- k. bekostiging personeelskosten samenwerkingsverband (art. 125, 125a, 125b, 132 nieuw)
- l. verrekening van voorschotten en vorderingen (art. 149, 150),
- m. de specifieke uitkering aan gemeenten inzake onderwijsachterstandenbeleid (art. 165 e.v.)

- n. de vermindering van de bekostiging door de minister in verband met uitgaven die door schuld of nalatigheid van het bevoegd gezag zijn ontstaan (art. 177)
- o. bekostiging ten behoeve van de ondersteuning van onderwijs aan zieke leerlingen (art. 180)
- p. bekostiging van schoolbegeleiding aan het bevoegd gezag (art. 181).

De vraag is of deze verdeling van mogelijkheden van beroep in eerste en enige instantie enerzijds en in twee instanties anderzijds op afwegingen berust die nog steeds ter zake doen. Zie hetgeen over dit onderwerp ten aanzien van de Wvo is opgemerkt.

## **Artikelen 72a en 176k Wpo (gelijksoortig: art. 73a en art. 171 Wec)**

### *Inhoud*

Beide bepalingen kan men karakteriseren als experimenteerbepalingen, waarbij op ruime schaal afgeweken wordt van de wettelijke bekostigingsbepalingen ten behoeve van een beperkt aantal aanvragers.

### **Artikel 72a. Afwijking van de reguliere bekostiging**

1. Onze minister kan op aanvraag van een bevoegd gezag besluiten dat, met het oog op de ontwikkeling door scholen van instrumenten voor planning en beheer, de artikelen 123, tweede en derde lid, 129, 148 en 149 niet van toepassing zijn op de bekostiging van de scholen van dat bevoegd gezag. Voor een dergelijk besluit komen ten hoogste vijftientig bevoegde gezagsorganen in aanmerking. Onze minister kan een tijdstip vaststellen voor welke de aanvragen moeten worden ingediend.
2. Onze minister bepaalt bij zijn besluit welke regelen en voorwaarden voor de bekostiging zullen gelden in plaats van het bepaalde bij of krachtens de artikelen, genoemd in het eerste lid, alsmede de wijze van bekostiging. Onze minister kan aan het besluit voorschriften verbinden omtrent het afleggen van rekening en verantwoording van het financieel beheer, alsmede, zo nodig in afwijking van het bepaalde krachtens artikel 182, tweede volzin, omtrent de inrichting van de boekhouding.
3. Onze minister stelt, na overleg met de aanvrager, een ontwerp op van het besluit en zendt dit ontwerp aan de aanvrager. Indien de aanvrager zijn aanvraag niet binnen twee weken na verzending van het ontwerp van het besluit door Onze minister heeft ingetrokken, besluit Onze minister overeenkomstig het ontwerp.
4. Voor zover nodig neemt Onze minister, na overleg met de gemeente of gemeenten die het aangaat, een besluit omtrent toepassing van de overschrijdingsregeling, bedoeld in de artikelen 142 tot en met 147, door de gemeente of gemeenten waar een of meer scholen waarop een besluit als bedoeld in het eerste lid van toepassing is, gevestigd zijn. Onze minister kan daarbij afwijken van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 142 tot en met 147.
5. Het besluit, bedoeld in het eerste lid, heeft een geldigheidsduur van ten hoogste vier jaren.
6. Indien voor het einde van de geldigheidsduur van het besluit een voorstel van wet tot invoering van lumpsumbekostiging voor de personeels- en exploitatiekosten van scholen als bedoeld in deze wet bij de Staten-Generaal wordt ingediend, kan de minister het besluit, bedoeld in het eerste lid, na overleg met het bevoegd gezag, zodanig aanpassen en in afwijking van het vijfde lid verlengen, dat een goede overgang wordt gewaarborgd naar het bekostigingssysteem dat geldt op het moment waarop de periode eindigt waarop het besluit betrekking heeft.

Een andere experimenteerbepaling van zeer recente datum (Stb. 2012, 340) is:

### **Artikel 176k. Ruimte voor innovatie**

1. Met het oog op verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het basisonderwijs kan bij wijze van experiment bij algemene maatregel van bestuur worden afgeweken van hoofdstuk I, titel I, artikelen 1 en 2, titel II, afdeling 1, afdeling 2, artikelen 47 en 48, en titel IV, afdeling 1, 2, 4 tot en met 7, afdeling 8, paragrafen 2, 3, 6 en 7 en afdeling

9 paragrafen 1 en 2, van de wet.

2. In geval van toepassing van het eerste lid wordt bij algemene maatregel van bestuur in elk geval bepaald:
  - a. het doel van het experiment,
  - b. op welke wijze van welke in het eerste lid bedoelde voorschriften wordt afgeweken,
  - c. de duur van het experiment, en
  - d. op welke wijze en aan de hand van welke criteria de met het experiment beoogde effecten worden geëvalueerd.
3. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de uitvoering van een experiment.
4. Een experiment duurt ten hoogste zes jaar, tenzij een langere duur gezien de bijzondere aard van het experiment noodzakelijk is. Alsdan wordt de duur van het experiment op ten hoogste acht jaar bepaald. Indien een voorstel van wet is ingediend bij de Staten-Generaal om het experiment om te zetten in een structurele wettelijke regeling, voordat een experiment is afgelopen, kan Onze Minister het experiment verlengen tot het tijdstip waarop het wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking treedt.
5. Onze Minister zendt drie maanden voor het einde van de werkingsduur van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het eerste lid aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, evenals een standpunt over de voortzetting van die algemene maatregel van bestuur, anders dan een voortzetting als experiment.
6. In verband met een experiment als bedoeld in het eerste lid, kan bij algemene maatregel van bestuur eveneens bij wijze van experiment worden afgeweken van artikel 1 van de Leerplichtwet 1969.
7. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing op een samenwerkingsverband van een school met een school als bedoeld in artikel 1, een school of instelling als bedoeld in de Wet op de expertisecentra, of een school als bedoeld in de Wet op het voortgezet onderwijs. Bij samenwerking met een school of instelling kan voor die school of instelling respectievelijk worden afgeweken van titel I, artikelen 1 en 2, titel II, afdeling 1 en titel IV, afdelingen 4 tot en met 6 en afdeling 7, paragrafen 2, 3, 6 en 7 van de Wet op de expertisecentra, en titel II, afdeling I, hoofdstuk I en titel III, afdeling II van de Wet op het voortgezet onderwijs. Bij de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het tweede lid, wordt geregeld welke bij of krachtens de wet, de Wet op de expertisecentra of de Wet op het voortgezet onderwijs vastgestelde voorschriften van toepassing of van overeenkomstige toepassing zijn op de samenwerking.
8. De voordracht voor de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het tweede lid, wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

#### *Afwijking en knelpunten*

Nu het hier steeds gaat om afwijking van de wet is het de vraag of de bepalingen zo uitgeschreven moeten zijn qua procedure, als hier is gebeurd. Wettelijke vastlegging is (grondwettelijk) vereist, voor zover en voor zolang bij het systeem van de betreffende experimenteerbepaling afwijking plaatsvindt van het reguliere wettelijke bekostigingsstelsel. Het ligt dan voor de hand de gronden voor, en de aard en de periode van afwijking van het wettelijke systeem, en eventueel de maximale kring van aanvragers, in de wet te verankeren. Maar over de

procedure waarbij het experiment nader ingevuld wordt, de verplichtingen nader worden bepaald en de aanvragers worden geselecteerd kan een regeling worden getroffen op lager niveau, zoals dat krachtens de subsidietitel van de Awb kan. Intussen moet er wel verschil gemaakt worden tussen art. 72a enerzijds en 176k anderzijds. Bij de laatste is de politieke betrokkenheid sterker beklemtoond dan bij de eerste, wat erop duidt dat bewust gekozen is voor een gedetailleerde wettelijke verankering. Zeker wat betreft art. 72a kunnen de bepalingen veel summierder worden vormgegeven. Concreet zouden naar een lager niveau van regelgeving kunnen worden overgebracht de leden 2 en 3. Het overige zou tot één kernachtige bepaling, zonder onderverdeling in leden kunnen worden teruggebracht.

#### *Advies*

Heroverweeg de wettelijke inhoud van art. 72a in bovenvermelde zin. Overweeg in het algemeen een soberder inhoud voor wettelijke experimenteerbepalingen nu de subsidietitel van de Awb een helder kader voor regelgeving op lager niveau bevat.

**Bepalingen inzake rijksbekostiging voor het onderwijs op scholen (art. 73-90, 113-117, 119a-124, 132, 134-139 en het Bekostigingsbesluit WPO) (gelijksoortig: art. 64-74, 84-85a, 86-89, 96d Wvo en Bekostigingsbesluit Wvo)**

#### *Inhoud*

Het primair onderwijs wordt kort samengevat als volgt bekostigd. Een school wordt op aanvraag van het bevoegd gezag of ambtshalve geplaatst op het plan van nieuwe scholen (art. 75-77 Wpo) om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht (art. 81-82 Wpo). De omvang van de bekostiging wordt vastgesteld op basis van in de wet en het Bekostigingsbesluit WPO (een amvb) neergelegde grondslagen (art. 115, 134 en 137 Wpo en art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO). Het betreft een lumpsumbekostiging, die jaarlijks, voorafgaand aan de periode waarop de bekostiging ziet, wordt vastgesteld (art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO). Achteraf dient het bevoegd gezag verantwoording af te leggen over de besteding van de bekostiging door middel van het jaarverslag, de jaarrekening en het daarbij behorend accountantsverslag (art. 171-172 Wpo). Indien blijkt dat de omvang van de bekostiging onjuist is vastgesteld, kan de minister tot uiterlijk één jaar na de publicatie van de gegevens correcties aanbrengen op de bekostiging van de betreffende school (art. 34a Bekostigingsbesluit WPO). Het laatste gaat gepaard met intrekking van de vaststelling en het opnieuw vaststellen van de bekostiging.

#### *Afwijking, knelpunten, advies*

Zie de bepalingen inzake rijksbekostiging voor het onderwijs op scholen van de Wvo (o.a. art. 64-74 Wvo).

**Artikelen 92 t/m 101 Wpo** (gelijksoortig: art. 76a t/m 76l Wvo, art. 89 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 76a t/m 76l Wvo.

**Artikel 103 Wpo** (gelijksoortig: art. 76n Wvo, art. 101 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 76n Wvo.



**Artikel 110, tweede en zesde lid Wpo** (gelijksoortig: art. 76u Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 76u Wvo.

**Artikelen 123, derde lid, art. 138, zevende lid, 183, derde lid, 184, derde lid Wpo**

*(gelijksoortig: Art. 25, 29, zesde lid, 56, derde lid, 58, derde lid, 66, derde lid, 85a, derde lid, 89, tweede lid, 106, vierde lid, 108, vierde lid Wvo)*

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 25 e.v. Wvo.

**Artikel 140, vijfde lid Wpo** (gelijksoortig: 96g, vijfde lid Wvo, art. 134, vijfde lid Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 96g Wvo.

**Artikel 147 Wpo** (gelijksoortig: art. 96k Wvo, art. 141 Wec)

*Inhoud*

Deze bepaling regelt dat tegen beschikkingen inzake de toekenning van overschrijdingsuitkeringen administratief beroep bij Gedeputeerde Staten openstaat.

Verder: volgens deze bepaling krijgt het bevoegd gezag van een niet door de gemeente in stand gehouden school een “afschrift” van verscheidene besluiten die relevant zijn voor de toepasselijkheid van de overschrijdingsregeling van de art. 142 t/m 147. Het gaat hier om het principe dat zelfstandige uitgaven door de gemeente gedaan aan het eigen openbare onderwijs volgens gelijk bedrag moeten gecompenseerd aan het verzelfstandigd openbaar en bijzonder onderwijs. De bepaling eindigt dan met de volgende passage: “Het bevoegd gezag van een niet door de gemeente in stand gehouden school kan tegen een besluit als bedoeld in de eerste volzin administratief beroep instellen bij gedeputeerde staten.”

*Afwijking en knelpunten*

De Awb staat administratief beroep toe. Niet duidelijk is echter – behoudens historische redenen – waarom hier administratief beroep is gehandhaafd. En dan nog wel op een orgaan dat nauwelijks taken heeft op het gebied van het onderwijs en daarom voor de behandeling van het beroep de nodige deskundigheid lastig op peil kan houden.<sup>105</sup> Zou hier schrapping niet voor de hand liggen, waardoor bezwaar en beroep openstaat?

Bovendien: als beroep kan worden ingesteld tegen het besluit, is het ongelukkig te spreken van “afschriften” daarvan.

*Advies*

Administratief beroep schrappen. Schrap ook de term afschrift.

---

<sup>105</sup> Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 153.

**Artikel 164 Wpo** (gelijksoortig: art. 104 Wvo, art. 146 Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 104 Wvo.

**Artikel 164a Wpo** (gelijksoortig: art. 104a Wvo, art. 146a Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 104a Wvo.

**Artikelen 43 (nieuw), 62, 95, 102, 167a Wpo** (zie ook Artt. 27c (nieuw) 46, derde lid, 47, derde lid, 52, 72, tweede lid, onder a, 76u, lid1a en 1b, 118a en 120 Wvo, art. 44 (nieuw), 63, 93, negende lid, 100, zesde lid Wec)

### *Inhoud*

Art. 43 nieuw, ingevoerd bij de Wet Passend Onderwijs, gaat over de Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering (TGTV) die kennis neemt van nader omschreven geschillen tussen ouders en bevoegd gezag. Beroep op de TGTV is alleen mogelijk als ook bezwaar is ingediend bij het bevoegd gezag. Het oordeel van de TGTV is een advies aan het bevoegd gezag voorafgaand aan diens beslissing op bezwaar.

Art. 62 regelt de vanouds – sinds 1905 bestaande – Commissie van beroep voor het bijzonder onderwijs.

Art. 95 en 102 (en soortgelijke bepalingen in de titel over onderwijshuisvesting) bevatten de mogelijkheid tot het vragen van een advies aan de Onderwijsraad bij geschillen tussen een bevoegd gezag en het gemeentebestuur over besluiten inzake huisvesting, waarbij de Onderwijsraad wordt gevraagd te oordelen over de relatie van het betreffende besluit tot de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting.

Art. 167a regelt een geschillencommissie, wanneer het overleg over gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid tussen burgemeester en wethouders en de bevoegde gezagsorganen van in de gemeente aanwezige scholen en instellingen voor kinderopvang niet tot overeenstemming heeft geleid, die op verzoek van het gemeentebestuur of het bevoegd gezag een “bindend advies” uitbrengt. De minister stelt de geschillencommissie in.

### *Afwijking en knelpunten*

Het gaat hier in alle gevallen om geschillen in de precontentieuze fase. De Awb laat hier volledige ruimte voor. Het zijn met uitzondering van art. 62 alle regelingen, waarbij voor zowel deelnemende actoren in openbaar als bijzonder onderwijs dezelfde rechtsgang openstaat. Wat opvalt is een aantal dingen:

- c. Het gaat hier om een versnipperd geheel dat een sterk ad hoc karakter draagt. Het is een belangrijke achtergrond van de Awb geweest om eenduidigheid in regels en rechtsbescherming tot stand te brengen, om de burger overzichtelijkheid en voorspelbaarheid van overheidshandelen te bieden, in de Wpo is daar op dit vlak weinig sprake van.
- d. Op de verschillende regelingen is belangrijke kritiek mogelijk. Sommige van de rechtsbeschermingsregelingen maken daarmee een slordige indruk. Dit geldt met name voor art. 43 nieuw en art. 167a. De TGTV, die geen geschillencommissie maar een adviescommissie is, moet concurreren met een andere precontentieuze rechtsgang voor het College voor de Rechten van de Mens ingevolge de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en/of chronische ziekte. Regels ter afstemming van het een en ander ontbreken evenwel. De geschillencommissie op grond van art. 167a is feitelijk onwerkbaar nu in de wettelijke formulering maatstaven ten aanzien van of een afbakening van mogelijke geschillen ontbreken en de mate van bindendheid van het advies feitelijk in de lucht hangt. Bindend advies is overigens ook een Fremdkörper in bestuursrechtelijke verhoudingen.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Zie Zoontjens 2007.

*Advies*

Precontentieuze geschilbeslechting verdient terecht aandacht in de onderwijswet. Daarbij is het evenwel van belang dat er meer lijn en eenheid in het palet aan beroepsmogelijkheden wordt gebracht. Dit zal ook de kwaliteit van de regelingen ten goede kunnen komen.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Vgl. ook het interview met R., die het belang van aandacht voor eenheid in precontentieuze geschillenbeslechting onderkent.



**Artikel 34a Besluit bekostiging Wpo** (gelijksoortig: art. 21 Besluit bekostiging Wvo, art. 43 Besluit bekostiging Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 21 Besluit bekostiging Wvo.



## **5. Wet op de expertisecentra**

**Artikel 1 Wec** (gelijksoortig: art. 1 Wpo en art. 1 Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 1. Wvo

**Artikel 4 Wec** (gelijksoortig: art. 4 Wpo en art. 4 Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 4 Wvo.

**Artikelen 12, 16, 28c, 46, 75, 75a, 75b, 76a, 79, 81, 84, 86, 120, 129, 132, 147, 169, 170 Wec**  
(gelijksoortig: art. 11e, 27, 57, 77a, 77b, 85a, 89, 104a, 108 Wvo, art. 9, 76, 77, 79, 80-84a, 87,  
110, 123, 135, 138, 155, 157a, 183, 184 Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 11e e.v. Wvo.

**Artikel 23 Wec** (gelijksoortig: art. 14 Wpo, art. 24b Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 24b Wvo.

**Artikel 40, veertiende lid, Wec (nieuw)** (gelijksoortig: art. 40, achtste lid Wpo, art. 10g, achtste lid Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 10g, achtste lid Wvo.

**Artikel 40a Wec (nieuw)** (gelijksoortig: art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo, art. 40c Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo.



## **Artikel 42 Wec**

### *Inhoud*

Indien de inspecteur van oordeel is dat op een school een leerling is geplaatst, die daar niet had mogen worden toegelaten, verzoekt hij het bevoegd gezag de leerling te verwijderen. Als het bevoegd gezag niet aan dit verzoek wenst te voldoen, "roept de inspecteur de beslissing van Onze Minister in".

### *Afwijking*

Wat hier is bedoeld is dat de minister een verplichting kan opleggen aan het bevoegd gezag om tot verwijdering van een leerling over te gaan. Dit is een besluit in de zin van de Awb.

### *Knelpunt en advies*

Het verdient aanbeveling duidelijk te maken dat de minister hier besluiten neemt. Ook moet duidelijk worden gemaakt welke rechtsgevolgen dit besluit in het leven kan roepen.

**Artikelen 44 (nieuw), 63, 93, negende lid, 100, zesde lid Wec** (gelijksoortig: art. 27c (nieuw), 46, derde lid, 47, derde lid, 52, 72, tweede lid, onder a, 76u, lid1a en 1b, 118a en 120 Wvo, art. 43 (nieuw), 62, 95, 102, 167a Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Dit betreft de Tijdelijke geschillencommissie toelating en verwijdering, de kringenrechtspraak en advisering door de Onderwijsraad inzake het huisvestingsplan. Zie art. 27c (nieuw), 46, derde lid Wvo e.v.

**Artikel 51 Wec** (gelijksoortig: art. 48 Wpo en art. 42b Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 42b Wvo.

**Artikel 61, tweede lid Wec** (gelijksoortig: art. 63, tweede lid Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Indien het bevoegd gezag van een bijzondere school een leerling verwijderd of de toegang weigert op grond van art. 40 Wec, dienen de ouders van de leerling te worden gehoord.

Zie art. 63, tweede lid Wpo.

**Artikel 71 Wec** (gelijksoortig: art. 70 Wpo en art. 74 Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Deze bepaling maakt ten onrechte onderscheid tussen de termen bekostiging en subsidie. Geadviseerd wordt het begrip bekostiging te vervangen door “subsidie”.

Zie art. 74 Wvo.

**Artikelen 70 t/m 88 Wec (gelijksoortig 64-74 Wvo e.v.)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Deze bepalingen betreffen de bekostiging van scholen voor speciaal onderwijs. Bepaalde soorten onderwijs worden voor bekostiging in aanmerking gebracht door middel opneming in een plan van scholen door Provinciale Staten, op voordracht van Gedeputeerde Staten. Dit plan van scholen behoeft goedkeuring van de minister. Er staat administratief beroep bij de minister tegen open. De minister bepaalt bij beschikking wanneer de bekostiging een aanvang kan nemen.

Ten aanzien van andere soorten onderwijs stelt de minister zelf het plan van scholen vast. Ook hierbij geldt dat de minister bij beschikking bepaalt wanneer de bekostiging een aanvang kan nemen.

Het systeem vertoont grote gelijkennis met de Wvo. Gelijk in het rapport ten aanzien van de Wvo is opgemerkt, geldt ten aanzien van de Wec eveneens dat onzes inziens er dient te worden gewerkt met jaarlijkse verlening en vaststellingen achteraf. Voor de onderbouwing van dit standpunt zij verwezen naar art. 64-74 Wvo e.v.

## **Artikelen 81 Wec, art. 84 Wec**

### *Inhoud en afwijking*

Art. 4:5 Awb is niet van toepassing op een verzoek om opnemning in het plan van scholen. De bepaling is eveneens niet van toepassing op de goedkeuringsprocedure van het plan (zie art. 84 Wec). Dit betekent dat een onvolledige aanvraag niet buiten behandeling kan worden gesteld. Indien de onvolledigheid niet wordt opgeheven, resteert er voor het betreffende bestuursorgaan derhalve niets anders dan het weigeren van de aanvraag.

De reden voor deze uitzondering is gelegen in het volgende. De procedure van voorbereiding van het scholenplan is kort. De daarbinnen te nemen besluiten dienen aan fatale termijnen te voldoen (zie art. 84 lid 3 Wec).<sup>108</sup> Vertraging van de procedure kan daarom niet worden geduld. Toepassing van art. 4:5 Awb zou dergelijke vertraging wel tot gevolg hebben: op grond van die bepaling moeten indieners van onvolledige aanvragen immers de gelegenheid krijgen om hun aanvraag binnen redelijke termijn aan te vullen.<sup>109</sup>

### *Knelpunten en advies*

In de praktijk is moeilijk voorstelbaar dat aanvragers geen gelegenheid zouden krijgen hun aanvraag aan te vullen, indien daar voldoende tijd voor is. Hoewel art. 4:5 Awb niet van toepassing is verklaard, zal – dat is de assumptie – in de praktijk een soortgelijke regeling worden toegepast. Bezien moet daarom worden of de regelgeving in overeenstemming met deze praktijk kan worden gebracht, zonder dat daarbij van de Awb kan worden afgeweken.

Gedacht kan worden aan de volgende oplossing. Bepaal niet alleen dat de aanvraag voor een bepaalde datum moet zijn ingediend, maar bepaal ook dat de aanvraag voor deze datum volledig moet zijn. Zonder art. 4:5 Awb niet uit. Binnen dit systeem krijgen aanvragers, als daar voldoende tijd voor is, echter wel conform art. 4:5 Awb de gelegenheid om aanvragen aan te vullen, tot aan de sluitingsdatum. Aanvragen die op de sluitingsdatum nog niet volledig zijn, lijden aan een onherstelbaar gebrek (in de zin van art. 4:5 Awb)<sup>110</sup>, hetgeen een grond voor buiten behandelingstelling (als gelegenheid is gegeven tot herstel) of afwijzing (als geen gelegenheid tot herstel kon worden gegeven) kan zijn. Na de sluitingsdatum valt de bijl: nadien ingediende stukken hoeven niet meer te worden meegenomen. Binnen dit stelsel loopt de procedure dus geen vertraging op omdat nog moet worden gewacht op aanvullingen van aanvragen. Daarmee lijkt het een goed alternatief voor het huidige stelsel.

---

<sup>108</sup> Kamerstukken II 1991-1992, 22 061, nr. 3, p. 67-68.

<sup>109</sup> ABRS 19 maart 1998, M&R 1998, 83.

<sup>110</sup> Vgl. De Boer 2011, p. 203-204.

**Artikelen 89 e.v. Wec** (gelijksoortig: art. 92 t/m 101 Wpo en art. 76a t/m 76l Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 76a t/m 76l Wvo.



**Artikel 101 Wec** (gelijksoortig: art. 103 Wpo en art. 76n Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 76n Wvo.

**Artikel 134, vijfde lid Wec** (gelijksoortig: art. 140, vijfde lid Wpo en art. 96g, vijfde lid Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 96g, vijfde lid Wvo.

**Artikel 141 Wec** (gelijksoortig: art. 147 Wpo en art. 96k Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 96k Wvo.

**Artikel 146 Wec** (gelijksoortig: art. 164 Wpo en art. 104 Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Art. 104 Wvo.

**Artikel 146a Wec** (gelijksoortig: art. 164a Wpo en art. 104a Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 104a Wvo.

**Artikelen 73a en 171 Wec** (gelijksoortig: art. 72a en 176k Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 72a en 176k Wpo.

***Bepalingen inzake beroep bij de ABRS (art. 8:6 Awb jo. art. 2 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak)***

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Tegen besluiten in de zin van afdelingen 2 en 8 van titel IV, daaronder besluiten van rechtswege begrepen, en besluiten in de zin van art. 120, tweede lid, art. 129 en art. 170 Wec, staat beroep bij de ABRS in eerste en enige aanleg open.

Zie hetgeen ten aanzien van dit onderwerp in het advies met betrekking tot de Wpo en de Wvo is opgenomen.

**Artikel 43 Besluit bekostiging WEC** (gelijksoortig: art. 34a Besluit bekostiging Wpo en art. 21 Besluit bekostiging Wvo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 21 Besluit bekostiging Wvo.



## **6. Wet educatie en beroepsonderwijs**

**Artikelen 1.4.1, tweede lid, 1.4a.1, vijfde lid, tweede volzin, 1.6.1 tweede lid, tweede volzin 2.1.5, derde lid, tweede volzin en 7.4.11, tweede lid Web** (gelijksoortig: art. 25, 29, zesde lid, 56, derde lid, 58, derde lid, 66, derde lid, 85a, derde lid, 89, tweede lid, 106, vierde lid, 108, vierde lid Wvo, art. 123, derde lid, art. 138, zevende lid, 183, derde lid, 184, derde lid Wpo)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, inhoud*

Zie art. 25 e.v. Wvo.

## **Artikelen 1.4a.1, vijfde lid, laatste volzin Web, 6.1.4, derde lid, 6.1.5b, 6.2.3b, 6a.2.1 Web**

### *Inhoud*

Een begunstigende beschikking in de zin van art. 1.4a.1 Web is voor het eerst van kracht ten aanzien van een opleiding educatie die aanvangt nadat de beschikking is bekendgemaakt.

In art. 6.1.4 Web is de sanctie van ontneming van rechten geregeld. Indien de in het eerste lid genoemde normcondities zich voordoen, kan ten aanzien van het desbetreffende onderwijs bij beschikking worden bepaald dat de aanspraak op bekostiging vervalt en dat aan de examens of onderdelen daarvan geen diploma of certificaat meer is verbonden. Eén en ander geldt voor bepaalde tijd en wordt opgenomen in het Centraal register. Zie lid 2. In het derde lid is bepaald dat de minister het “van kracht worden” van de beschikking zodanig bepaalt, dat de voor de opleiding ingeschreven deelnemers de opleiding aan een andere instelling binnen redelijke termijn kunnen voltooien.

In art. 6.1.5b Web, art. 6.2.3b, en art. 6a.2.1 Web is aan de minister de bevoegdheid gegeven om het recht tot examinering te ontnemen. Bij de ontneming wordt bepaald met ingang van welk tijdstip dit geschiedt.

### *Afwijking*

Het betreft hier beschikkingen waarmee aan instellingen rechten kunnen worden gegeven dan wel ontnomen. De bepalingen bezigen de term “van kracht worden” en “met ingang van welk tijdstip dit geschiedt”. Daarmee wordt bedoeld op het moment waarop het rechtsgevolg van de beschikking (bijvoorbeeld het recht om diploma's e.d. te verstrekken) intreedt. Deze termen zijn niet Awb-conform. In plaats van “van kracht worden” of “met ingang van” spreekt de Awb immers van “inwerkingtreding”. Het moment van inwerkingtreding is het moment waarop de rechtsgevolgen van de beschikking intreden. Zie art. 3:40 Awb en de toelichting bij deze bepaling: *“Het artikel verbiedt niet dat een aantal rechtsgevolgen van een besluit later intreden dan het tijdstip van de bekendmaking. Men denke aan besluiten onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde. Soms bepaalt de wetgever dat een besluit eerst in werking treedt nadat het onherroepelijk is geworden. Een dergelijke regeling is geenszins in strijd met dit artikel.”*<sup>111</sup>

### *Knelpunten en advies*

Er zijn geen praktische knelpunten. De bepaling roept wel theoretische vragen op, bijvoorbeeld of een beschikking al wel in werking kan zijn getreden, zonder van kracht te zijn geworden. Voor de duidelijkheid, en om afstemming met de Awb te bewerkstelligen, verdient het de voorkeur de term “inwerkingtreding” te gebruiken.

---

<sup>111</sup> Kamerstukken II 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 82-83.

### **Artikel 2.1.3, eerste lid Web**

#### *Inhoud*

Instellingen worden bij wet voor bekostiging in aanmerking gebracht. Art. 4:32 Awb is niet van toepassing op de bekostiging van instellingen.

Voor wat betreft het beroepsonderwijs en het voortgezet algemeen volwassenenonderwijs (vavo) stelt de minister vervolgens vast op welke rijksbijdrage de instellingen aanspraak kunnen maken. Zie art. 2.2.1 en 2.2a.1 Web. De opleidingen educatie met uitzondering van het vavo worden door de gemeenten ingekocht, met behulp van aan de gemeenten toegekende middelen volgens de Wet Participatiebudget (art. 2.3.1 Web). Op deze bepalingen wordt hieronder nog apart ingegaan.

#### *Afwijking*

Het in aanmerking brengen voor bekostiging wordt traditioneel gezien als verleningsmoment.<sup>112</sup> Bij het in aanmerking brengen van instellingen kan van een verlening in de zin van de Awb echter geen sprake zijn. Een verlening in die zin is immers, blijkens art. 4:29 Awb, een beschikking, een *species* van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb derhalve. Een besluit is altijd afkomstig van een bestuursorgaan (art. 1:1 Awb). De wetgever is niet als zodanig aan te merken. De wetgever is namelijk in art. 1:1 lid 2 Awb uitgezonderd.

De tweede afwijking springt meer in het oog: in art. 2.1.3 lid 1 Web wordt expliciet bepaald dat art. 4:32 Awb niet van toepassing is op de bekostiging van instellingen. Art. 4:32 Awb bepaalt dat een subsidie wordt verleend voor een bepaald tijdvak.

De derde afwijking betreft het gebruik van de term bekostiging. Op veel andere plaatsen in de wet (bijvoorbeeld art. 2.2.4 Web) wordt de term “rijksbijdrage” gebruikt. Op grond van de Awb geldt hier de term “subsidie”.

#### *Knelpunten en advies*

In deze bepaling is niet bedoeld een verleningsmoment neer te leggen. Die indruk kan evenwel wel ontstaan, doordat de zinsnede “in aanmerking brengen voor bekostiging” in de Wpo en Wvo wordt uitgelegd als verlening. Hier is bedoeld te bepalen: bij wet wordt bepaald welke instellingen bekostiging kunnen ontvangen. De verlening vindt plaats wanneer een nieuwe opleiding wordt gestart aan een instelling. Vaststelling vindt plaats voorafgaand aan het studiejaar (art. 2.2.4 Web). Het advies is dan ook om de tekst van de bepaling aan te passen op de wijze zoals zojuist aangegeven. Het verdient de voorkeur om de term “bekostiging” te vervangen door “subsidie”.

Zoals aangegeven is art. 4:32 Awb niet van toepassing op het bij wet in aanmerking brengen voor bekostiging. Dat is immers geen verlening in de zin van art. 4:32 Awb. Art. 2.1.3 lid 1 Web is in zoverre overbodig. Voor zover opleidingen echter van subsidie worden voorzien door middel van verleningen aan instellingen dient art. 4:32 Awb wel te worden uitgezonderd. Het verdient aanbeveling deze uitzondering in art. 2.2.4 Web (en voor wat betreft vavo: art. 2.2a.4) neer te leggen.

---

<sup>112</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 6.

De termen bekostiging en rijksbijdrage kunnen worden vervangen door de term “subsidie”. Verwezen zij naar hetgeen daarover is opgemerkt in het advies ten aanzien van de Wet op het voortgezet onderwijs.

*Terzijde*

Art. 2.1.3 lid 4 Web verwijst naar een aanvraag in de zin van art. 2.1.3 lid 2 onder b Web. Daarin is echter niets over een aanvraag bepaald. In art. 2.1.10 lid 2 wordt overigens ook naar deze aanvraag verwezen.

### **Artikel 2.1.5, vierde lid Web**

#### *Inhoud en afwijking*

Hierin is bepaald dat art. 4:32 Awb niet van toepassing is op de bekostiging van kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven. Art. 4:32 Awb bepaalt dat een subsidie wordt verleend voor een bepaald tijdvak.

#### *Knelpunten en advies*

Anders dan ten aanzien van hetgeen in art. 2.1.3 Web is geregeld, is in art. 2.1.5 Web wel sprake van een verleningsbeschikking. Art. 2.1.5 lid 4 Web dient derhalve wel degelijk een doel. Aangezien de kenniscentra een taak hebben bij het in stand houden van een landelijke kwalificatiestructuur, gericht op de aansluiting tussen het aanbod van beroepsonderwijs en de maatschappelijke behoeften daaraan (art. 1.5.2 Web), vervullen de kenniscentra een cruciale taak in het beroepsonderwijs. Het is om derhalve begrijpelijk dat de wetgever een in beginsel voor onbepaalde tijd geldende aanspraak op bekostiging voor kenniscentra in het leven heeft willen roepen. Dit hoeft echter niet in afwijking van de Awb te gebeuren. Zoals in het advies ten aanzien van het bekostigingssysteem van de Wvo is opgemerkt, is het niet ongebruikelijk om een plicht tot subsidiëring in de wet op te nemen, waarmee ook subsidiëring voor (in beginsel) onbepaalde tijd wordt gewaarborgd. Geadviseerd wordt een dergelijk stelsel op te nemen in de Web. Voor de nadere onderbouwing hiervan zij verwezen naar art. 64-74 Wvo.

## ***Bepalingen inzake bekostiging van beroepsopleidingen en vavo (titels 2.2 en 2.2a)***

### *Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

De bekostiging van beroepsopleidingen en vavo vindt plaats op een wijze die vergelijkbaar is met de bekostiging van het primair en het voortgezet onderwijs. Ook hier vindt de subsidievaststelling immers plaats voorafgaand aan de te subsidiëren activiteit. Zie art. 2.2.4 Web jo. art. 2.2.7 Uitvoeringsbesluit Web resp. 2.2a.4 Web. Een dergelijke vaststelling kan slechts plaatsvinden voor zover de beroepsopleiding of vavo plaatsvindt aan een instelling die voor bekostiging in aanmerking is gebracht (zie hierboven). Zoals al is vastgesteld in het advies ten aanzien van de Wpo en de Wvo, is dat niet in strijd met de Awb. Desalniettemin dient ten aanzien van de bekostiging van beroepsopleidingen en vavo onzes inziens te worden gewerkt met jaarlijkse verlening en vaststellingen achteraf. Voor de onderbouwing van dit standpunt zij verwezen naar art. 64-74 Wvo e.v.

## ***Bepalingen inzake opleidingen educatie (titel 2.3)***

### *Inhoud*

Gemeenten ontvangen op grond van de Wet Participatiebudget een uitkering van rijkswege (art. 2.3.1). Dit budget dient te worden besteed aan de inkoop van opleidingen educatie bij roc's door middel van civielrechtelijke overeenkomsten. Titels 4.1 en 4.2 (subsidietitel) zijn niet van toepassing. Zie art. 2.3.4 Web. Deze zogenoemde gedwongen winkelnering zou per 1 januari 2011 komen te vervallen.<sup>113</sup> Later is de wetgever van deze beslissing teruggekomen. De wetgever heeft besluitvorming hierover uitgesteld, door in art. 2.3.4 Web de mogelijkheid op te nemen dat deze bepaling slechts geldt tot een bij amvb te bepalen tijdstip.<sup>114</sup>

### *Afwijking*

De afwijking is duidelijk: titels 4.1 en 4.2 van de Awb worden niet van toepassing verklaard. Dat is noodzakelijk, omdat uit de wetsgeschiedenis van de derde tranche van de Awb kon worden afgeleid dat een subsidie, zoals de verdeling van gelden uit het participatiebudget<sup>115</sup>, niet bij overeenkomst mag worden verstrekt.<sup>116</sup> De ABRS heeft de verlening van subsidie bij overeenkomst dan ook in strijd met titel 4.2 geoordeeld.<sup>117</sup>

De Web staat dus, in afwijking van de Awb, toe dat subsidies voor opleidingen educatie bij overeenkomst worden verstrekt.

### *Knelpunten*

De wetgever maakte subsidieovereenkomsten niet mogelijk, omdat zodoende de eenheid van het subsidierecht werd gewaarborgd. Ook werd aldus verzekerd dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk was bij subsidieverstrekingen.<sup>118</sup>

De vraag is waarom de wetgever van deze algemene uitgangspunten heeft willen afwijken. De subsidieovereenkomst is oorspronkelijk in art. 2.3.4 Web ingevoerd omdat dit "maximale flexibiliteit" zou bieden.<sup>119</sup> Toen de bijzondere wetgeving moest worden aangepast op de derde tranche van de Awb, werd ervoor gekozen deze subsidieovereenkomst, in afwijking van de Awb, in stand te laten. Daarvoor bestonden diverse redenen. In de eerste plaats zou de afschaffing van de subsidieovereenkomst een inhoudelijke wijziging betekenen. De wetgevingsoperatie die ertoe diende om bijzondere wetgeving aan te passen aan de Awb, was echter met name technisch van aard. Inhoudelijke wijzigingen zouden daar niet goed in passen. In de tweede plaats werd pas betrekkelijk korte tijd met de subsidieovereenkomst gewerkt. Dit zou temeer klemmen omdat het werken met beschikkingen als te bureaucratisch werd ervaren.<sup>120</sup>

---

<sup>113</sup> Stb. 2008, 588.

<sup>114</sup> Stb. 2009, 575.

<sup>115</sup> De opleidingen educatie die worden "ingekocht" zijn geen diensten die aan het bestuursorgaan worden geleverd, zodat sprake is van subsidie. Zie art. 4:21 Awb. Vgl. ook CBb 24 februari 2005, AB 2005, 165.

<sup>116</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 25-26, 60. Voor de reden van opname van de uitzondering in de Web, zie: Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 13-14.

<sup>117</sup> ABRS 19 april 2006, AB 2006, 296.

<sup>118</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 25-26.

<sup>119</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 778, nr. 3, p. 87.

<sup>120</sup> Zie voor dit alles Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 13-14.

Deze redenen overtuigen niet. Niet valt in te zien waarom overeenkomsten meer flexibiliteit zouden bieden dan subsidiebeschikkingen. Beide instrumenten dienen immers te voldoen aan de geschreven en ongeschreven beginselen van het publiekrecht (art. 3:14 Awb). Bovendien biedt de Awb de mogelijkheid om een overeenkomst tot uitvoering van een subsidiebeschikking te sluiten (art. 4:36 Awb). Zodoende kan de subsidiebeschikking de essentialia van de subsidierelatie bepalen, welke worden uitgewerkt in de uitvoeringsovereenkomst. In deze overeenkomst kan, blijkens het tweede lid van art. 4:36 Awb, ook een verplichting tot uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten worden opgenomen. Wij zien niet in waarom het instrument van de subsidiebeschikking, in combinatie met de uitvoeringsovereenkomst, onvoldoende flexibel zou zijn, of meer bureaucratisch dan een subsidieovereenkomst. Sterker, het is goed mogelijk dat de bureaucratie eerder zal afnemen bij afschaffing van de subsidieovereenkomst van art. 2.3.4 Web. Deze overeenkomst is immers een anomalie, een instrument dat nagenoeg niet voorkomt. Gemeenten hebben daarentegen met de instrumenten van subsidieverlening en –vaststelling ruime ervaring.

Anders dan ten tijde van de aanpassing van de bijzondere wetgeving aan de derde tranche van de Awb, lijkt dan ook nu de tijd gekomen om deze afwijking van de Awb te beëindigen. Daarmee wordt eenheid in het subsidierecht bewerkstelligd, en wordt de deur opengezet voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Overigens: waarom art. 2.3.4 Web titel 4.1 niet van toepassing verklaart, is ons niet duidelijk. Deze titel ziet immers op beschikkingen. Daarvan is geen sprake – de gemeenten verrichten immers een privaatrechtelijke rechtshandeling, niet een publiekrechtelijke. Titel 4.1 kan om die reden überhaupt niet van toepassing zijn.

#### *Advies*

Bied in art. 2.3.4 Web een grondslag voor de verstrekking van subsidie ten behoeve van opleidingen educatie.



## ***Bepalingen inzake bekostiging van kenniscentra beroepsonderwijs (titel 2.4)***

### *Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Uit art. 2.4.2 Web volgt dat de subsidiëring van kenniscentra beroepsonderwijs plaatsvindt door middel van een vaststelling voorafgaand aan de te subsidiëren activiteit. Zoals al is vastgesteld in het advies ten aanzien van de Wpo en de Wvo, is dat niet in strijd met de Awb. Desalniettemin dient ten aanzien van de bekostiging van beroepsopleidingen en vavo onzes inziens te worden gewerkt met jaarlijkse verlening en vaststellingen achteraf. Voor de onderbouwing van dit standpunt zij verwezen naar art. 64-74 Wvo e.v.

**Artikel 2.7 Web (gelijksoortig: art. 70 Wpo en 74 Wvo, 71 Wec)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie voor wat betreft de laatste volzin van deze bepaling art. 74 Wvo.

**Artikel 2.8.1, vierde lid Web (gelijksoortig: 11e, 27, 57, 77a, 77b, 85a, 89, 104a, 108 Wvo, art. 9 Wpo e.v., art. 12 e.v. Wec)**

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Zie art. 11e Wvo e.v.

**Artikelen 4.1.5 7.5.1, 8a.4.1, 9.1.7 Web** (zie ook artt. 27c (nieuw), 46, derde lid, 47, derde lid, 52, 72, tweede lid, onder a, 76u, lid1a en 1b, 118a, 120 Wvo, artikel 43 (nieuw), 62, 95, 102, 167a Wpo, art. 44 (nieuw), 63, 93, negende lid, 100, zesde lid Wec)

#### *Inhoud*

Het betreft hier de kringenrechtspraak voor bijzondere scholen, de commissie van beroep voor de examens, de landelijke geschillencommissie medezeggenschap, en de wijze waarop conflicten tussen het college van bestuur en de raad van toezicht in het bestuursreglement worden geregeld.

#### *Afwijking, knelpunten, advies*

De Awb staat niet in de weg aan het voorschrijven van een verplichte precontentieuze procedure. Zoals in het advies ten aanzien van de Wvo al is opgemerkt, is het systeem van rechtsbescherming in het onderwijs erg versnipperd, vanwege de verscheidenheid van verschillende (verplichte) precontentieuze procedures. Het verdient daarom aanbeveling om dit systeem van rechtsbescherming volledig te overdenken. Niet alleen de rechtsbescherming in het primair en het voortgezet onderwijs dient daarbij te worden betrokken, ook de rechtsbescherming in het beroepsonderwijs en educatie. Daarbij geven wij in overweging één centrale instantie op te richten dat voor zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs geschillen in de precontentieuze fase beslecht. Korthedshalve zij verder verwezen naar hetgeen daarover is opgenomen in de inleiding en in het advies t.a.v. de Wvo bij de hierboven genoemde artikelen.

**Artikelen 6.1.4, vijfde lid, 6.1.5 derde lid, 6.1.5b , eerste lid, 6.2.3b Web (beroepsonderwijs),  
Artikelen 6a.1.1 t/m 6a.1.3 en 6a.2.1 Web (educatie)**

*Inhoud*

De ontneming van rechten wordt openbaar gemaakt. Voor de (verplichte) waarschuwing die aan deze ontneming voorafgaat, geldt hetzelfde.

*Afwijking, knelpunten, advies*

Verwezen zij naar hetgeen ten aanzien van art. 21 Wot is opgemerkt. De openbaarmaking kan mogelijk worden aangemerkt als zelfstandig besluit, zodat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Onder art. 21 Wot is opgemerkt dat de wetgever dient te bezien in hoeverre de noodzaak bestaat om expliciet te bepalen dat de openbaarmaking géén besluit betreft. Datzelfde geldt voor de openbaarmaking van art. 6.1.4 lid 5 en 6.1.5 lid 3 Web.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de waarschuwingen besluiten in de zin van de Awb zijn, aangezien het geven van een waarschuwing een noodzakelijke (bevoegdheids)voorwaarde is voor het nemen van de beschikking tot ontneming van rechten.<sup>121</sup> De waarschuwing is daarmee een (publiekrechtelijke) rechtshandeling.

---

<sup>121</sup> Vgl. CRvB 5 januari 2009, AB 2009, 120.

### **Artikelen 7.4.2 en 7.4.11, zevende lid Web**

#### *Inhoud en afwijking*

Deze bepalingen bieden de mogelijkheid om bij amvb af te wijken van de in de Awb neergelegde bezwaar-, beroeps- en beslistermijnen ter zake van de deelneming aan examens.

#### *Knelpunten en advies*

Van de afwijkingsmogelijkheid is nooit gebruik gemaakt. Er is inmiddels een wetsvoorstel ingediend dat deze afwijking schrapt.<sup>122</sup> Daarbij sluiten de onderzoekers zich aan; kennelijk is er geen noodzaak voor een afwijking.

---

<sup>122</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33336 nr. 3, p. 2.

## **Artikel 7.5.2 leden 2, 3 en 6 Web**

### *Inhoud en afwijking*

Ingevolge het tweede lid is de termijn voor het indienen van een beroepschrift bij de commissie van beroep voor de examens, twee weken. Voor zover het openbaar onderwijs betreft, is dit in afwijking van art. 6:7 Awb.

Ingevolge het derde lid beslist de commissie binnen vier weken op het beroep. Voor zover het openbaar onderwijs betreft, is dit in afwijking van art. 7:24 lid 2 Awb.

Ingevolge het zesde lid kan de commissie, bij vernietiging, niet een nieuwe beslissing in de plaats stellen van de vernietigde beslissingen. Voor zover het openbaar onderwijs betreft, is dit in afwijking van art. 7:25 Awb.

### *Knelpunten*

Er is expliciet gekozen voor de korte termijnen, om zo een snelle procedure te bieden aan de deelnemers.<sup>123</sup> Dat de commissie van beroep niet zelfstandig een beslissing kan nemen, zoals bij een normaal administratief beroep, ligt voor de hand: de beoordeling van het kennen en kunnen van deelnemers behoort te blijven bij de examinatoren / de examencommissie, die op dat vlak deskundig zijn.

Praktisch gezien levert dit alles geen knelpunten op. Er zijn namelijk geen openbare instellingen. Bovendien zijn er goede redenen voor de gekozen regeling, zoals aangegeven.

### *Advies*

In stand laten.

---

<sup>123</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 778, nr. 3, p. 141.

### **Artikel 8.1.1a, derde lid Web**

#### *Inhoud en afwijking*

Titel 8.1 Web betreft de inschrijving. Inschrijving geeft recht op gebruikmaking van onderwijs- en/of examenvoorzieningen (art. 8.1.1 lid 1 Web). Aan de inschrijving gaat een verzoek tot toelating vooraf. Slechts degenen die zijn toegelaten, komen voor inschrijving in aanmerking (art. 8.1.1 lid 3 Web). Inschrijving en toelating zijn dus twee afzonderlijke beslissingen. Ingeval van openbaar onderwijs zijn dit beschikkingen. Indien de beslissing tot inschrijving of toelating afkomstig is van een instelling van bijzonder onderwijs, is evenwel geen sprake van besluiten in de zin van de Awb.

Desalniettemin spreekt art. 8.1.1a lid 3 Web over “het besluit tot inschrijving”.

#### *Knelpunten en advies*

Zoals aangegeven is de beslissing tot inschrijving niet altijd een besluit – dat is het slechts als de beslissing afkomstig is van het bevoegd gezag van een instelling van openbaar onderwijs. De term “besluit” in art. 8.1.1a lid 3 Web dient daarom te worden vervangen door “beslissing”.

Verder merken wij nog op dat het onderscheid tussen inschrijving en toelating ertoe leidt dat voor de buitenstaander moeilijk is na te gaan op welk moment welke beslissing met welk rechtsgevolg wordt genomen. Voor zover het het openbaar onderwijs betreft, is dat extra relevant, daar termijnen van bezwaar en beroep beginnen te lopen op het moment van bekendmaking van het besluit. Nagegaan dient te worden in hoeverre dit systeem niet eenvoudiger kan worden opgezet.

Te denken valt aan een systeem waarin slechts één besluitmoment is: het besluit tot toelating. De toelating geeft in een dergelijk systeem recht op toegang. Mocht achteraf blijken dat niet (langer) is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor toegang, dan kan de toelating worden ingetrokken.



### **Artikel 8.1.7, zevende lid Web (gelijksoortig art. 48a Wvo)**

#### *Inhoud*

Als een instelling van bijzonder onderwijs bij de Minister melding maakt van langdurige afwezigheid van een deelnemer, krijgt deze deelnemer de gelegenheid om schriftelijk bedenkingen kenbaar te maken aan het bevoegd gezag.

#### *Afwijking / knelpunten*

Een dergelijke hoorplicht is niet opgenomen ten aanzien van meldingen die door openbare instellingen worden gedaan. Wellicht meent de wetgever dat een dergelijke hoorplicht al uit art. 3:2 Awb volgt (dat via art. 3:1 lid 2 Awb van toepassing is). Maar duidelijk is dit niet. Er kan voorts worden getwist over de vraag of een dergelijke hoorplicht uit art. 4:9 Awb volgt. Die bepaling geldt slechts voor beschikkingen. Of de melding als zodanig kan worden gekwalificeerd is de vraag.. Betoogd kan worden dat de melding slechts van bewijsrechtelijk belang is voor het voortbestaan van de aanspraak op studiefinanciering en tegemoetkoming in de zin van de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten: bij langdurige afwezigheid komt studiefinanciering en/of tegemoetkoming van rechtswege te vervallen op grond van art. 4.3 Wet studiefinanciering 2000 respectievelijk art. 4.12 WTOS. Dit rechtsgevolg komt in deze redenering echter tot stand als direct gevolg van de langdurige afwezigheid – de melding is daarvoor niet vereist. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat art. 2.5 Wet studiefinanciering en art. 2.15 WTOS bepalen dat de aanspraak, bedoeld in art. 4.3 Wet studiefinanciering resp. art. 4.12 WTOS, komt te vervallen op de eerste dag van de maand na die waarop de melding wordt gedaan. Het wettelijk systeem maakt daarmee onvoldoende duidelijk of de melding zelf nu rechtsgevolg heeft of niet.

Zelfs als de melding rechtsgevolg kan hebben, en dus een beschikking kan zijn, verdient het de voorkeur om expliciet een hoorplicht op te nemen ten aanzien van meldingen die door openbare instellingen worden gedaan. Het rechtsgevolg is immers slechts aanwezig indien studiefinanciering dan wel een aanspraak uit de WTOS wordt genoten. Zo niet, dan ontbreekt een hoorplicht. Voorts is het maar de vraag of art. 4:9 Awb onder alle omstandigheden een hoorplicht doet ontstaan.

Praktisch gezien is dit alles niet erg relevant, daar geen openbare instellingen bestaan. Vanuit het oogpunt van consistente wetgeving, verdient het echter aanbeveling deze afwijking teniet te doen.

#### *Advies*

Om hierover geen misverstand te laten bestaan dient ook voor openbare instellingen een hoorplicht te worden ingevoerd bij meldingen in vorenbedoelde zin.

**Artikelen 8a.2.2, 8a.4.2, 8a.4.3, art. 9.1.4, zevende lid Web**

*Inhoud*

Deze bepalingen betreffen o.a. de medezeggenschap van de deelnemersraad. In deze bepalingen wordt veelvuldig gesproken van “besluiten” van het bevoegd gezag.

*Afwijking, knelpunten en advies*

De in de bepalingen opgenomen “besluiten” zijn geen besluiten in de zin van de Awb. Wel zijn het besluiten in de zin van boek 2 BW. Aangezien de Web een publiekrechtelijke regeling is, die vanuit de terminologie van het bestuursrecht de betreffende materie te regelen, verdient het de voorkeur om de term “besluit” hier te vervangen door “beslissing”. Het is immers onwenselijk om dezelfde begrippen binnen eenzelfde kader op verschillende manieren te gebruiken.

## **Artikelen 8a.4.1 t/m 8a.4.4 Web**

### *Inhoud*

Dit betreft de Landelijke Geschillencommissie Medezeggenschap en haar bevoegdheden. De LGC is een a-orgaan. Zij doet uitspraken ten aanzien van geschillen tussen deelnemersraad en bevoegd gezag. Deze uitspraak is bindend (art. 8a.4.3 lid 5). De uitspraken zijn daarmee te kwalificeren als publiekrechtelijke rechtshandelingen: zij binden de betrokkenen, en deze bindende kracht wordt ontleend aan een wettelijk voorschrift dat de bevoegdheid daartoe exclusief aan de LGC toedeelt. Tegen deze uitspraken kan beroep worden ingesteld bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (art. 8a.4.4). In het zesde lid van laatstgenoemde bepaling is bepaald dat de deelnemersraad niet in de proceskosten kan worden veroordeeld, zulks in afwijking van o.a. art. 8:75 Awb.

### *Afwijking en knelpunten*

De bepalingen bedoelen een precontentieuze procedure in het leven te roepen. In het advies is daar al over opgemerkt dat het systeem van dergelijke procedures thans te versnipperd is. Een herbezinning op het systeem is noodzakelijk. Ten aanzien van de LGC geldt deze opmerking evenzeer. Er is echter meer aan de hand.

De bedoeling van de wetgever lijkt te zijn geweest een civiele beroepsprocedure open te stellen tegen uitspraken van de LGC, en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming dus uit te zonderen. Het ligt in ieder geval niet in de rede dat de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam als bestuursrechter uitspraak dient te doen. In dat licht bevreemdt het dat de wetgever het noodzakelijk heeft geacht af te wijken van art. 8:75 Awb: die bepaling is immers niet van toepassing op civiele procedures. Daarnaast is eigenaardig dat niet uitdrukkelijk van de Awb is afgeweken, maar dat dit moet worden afgeleid uit het feit dat de Ondernemingskamer bevoegd wordt verklaard. Dit leidt tot allerlei vragen: kan er bijvoorbeeld een voorlopige voorziening ex art. 8:81 Awb worden gevraagd aan het gerechtshof?

### *Advies*

Bij het herstructureren van de geschillenprocedures dienen bovenstaande punten te worden meegenomen. Komt het niet tot herstructurering, dan dient in ieder geval de verwijzing naar art. 8:75 Awb te vervallen, en dient expliciet van de Awb te worden afgeweken.

## **Artikel 10.2 Web**

### *Inhoud*

Indien een beroep bij de bestuursrechter leidt tot het toekennen van rechten, genoemd in art. 1.3.1 Web, diploma-erkenning als bedoeld in art. 1.4.1 of 1.4a.1, examinering als bedoeld in art 1.6.1, of registratie in het Centraal register, treden de gevolgen van de uitspraak van de bestuursrecht in met ingang van het studiejaar dat aanvangt in het jaar waarin de uitspraak is gedaan.

### *Afwijking*

Uitspraken van de bestuursrechter hebben doorgaans direct effect. Dit effect kan zijn gelegen in een vernietiging van een beslissing op bezwaar. Maar het kan ook zijn gelegen in het direct creëren van rechten of vervallen van verplichtingen, wanneer art. 8:72 lid 4 Awb (zelf in de zaak voorzien) wordt toegepast. Op dit uitgangspunt maakt art. 10.2 Web een uitzondering, door dit effect uit te stellen.

### *Knelpunten*

Onzes inziens is hier geen sprake van knelpunten. Ten aanzien van de in de bepaling genoemde rechten (aanspraak op bekostiging, examinering, registratie) geldt dat niet goed voorstelbaar is dat deze halverwege een studiejaar worden verkregen. Op dat moment wordt het onderwijs immers (nog) niet onderwijs gegeven. Het ligt dat allesbehalve voor de hand dat dan toch bijvoorbeeld een recht op bekostiging ten aanzien van die nog niet bestaande opleiding zou bestaan.

### *Advies*

In stand laten.

**Rechtsbescherming, voorheen art. 10.1 Web, thans: art. 2 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak jo. art. 8:6 Awb.**

*Inhoud*

Tegen de besluiten als bedoeld in artt. 1.4.1, 1.4a.1, 1.6.1, 2.1.1, eerste lid, 2.1.2, eerste lid, onderdeel b, 2.1.3, tweede en derde lid, 2.1.5, eerste lid, 2.1.6, 2.1.7, 2.2.3, eerste en derde lid, 2.5.9, 2.5.10, voor zover het de overeenkomstige toepassing betreft van artikel 2.5.9, 6.1.3 tot en met 6.1.6, 6.2.1 tot en met 6.2.3, 6.2.3b, 6.3.1 tot en met 6.3.3, 6.4.2, 6.4.4, 6a.1.2, 6a.1.3 en 11.1 Web staat beroep open bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige instantie.

*Afwijking*

Uitgangspunt van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem is beroep bij de bestuursrechter in twee instanties: rechtbank en hoogste bestuursrechter. Zie art. 8:104 Awb e.v., waarin is bepaald dat tegen uitspraken van de rechtbank (doorgaans) hoger beroep mogelijk is bij – in beginsel – de ABRS.

*Knelpunt en advies*

Zoals aangegeven staat tegen een grote hoeveelheid Web-besluiten beroep in eerste en enige instantie bij de ABRS open. Dat is echter niet in alle gevallen zo. De bekostiging van kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven (art. 2.4.1 Web e.v.) en wijzigingen van vaststellingen op grond van art. 4:49 Awb vallen er bijvoorbeeld buiten.

De vraag is of deze verdeling van mogelijkheden van beroep in eerste en enige instantie enerzijds en in twee instanties anderzijds op afwegingen berust die nog steeds ter zake doen.

Zie hetgeen over dit onderwerp ten aanzien van de Wvo is opgemerkt.



## **7. Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek**

### ***Artikelen 2.5-2.7, 2.18-2.20, 5a.6b, 15.1 Whw***

#### *Inhoud*

In deze wetsartikelen worden achtereenvolgens de termen “rijksbijdrage”, “subsidie”, “financiële middelen” en “bekostiging” gebruikt. In het laatste geval bevat art. 15.1 in de titel de term “bekostiging”, maar wordt in de betreffende bepaling verder gesproken over “rijksbijdrage”.

#### *Afwijking*

Hoewel er wat betreft karakter, doel en herkomst verschillen kunnen zijn die door het onderscheid in terminologie worden gedekt, is er toch in alle gevallen sprake van subsidie in de zin van titel 4.2 van de Awb. Deze term dekt immers een reeks aan mogelijke financiële relaties. Vastgesteld kan worden dat art. 15.1 zich enkel richt op de rijksbijdrage die hogescholen en universiteiten ontvangen. De inhouding bekostiging kan derhalve geen betrekking hebben op de “subsidie” die academische ziekenhuizen voor ziekenhuisonderwijs ontvangen of op de “financiële middelen” die het NVAO van de minister ontvangt voor diens functioneren.

#### *Advies*

Streef naar eenheid van terminologie. Vanuit Awb-oogpunt is er geen reden onderscheid aan te nemen tussen de financiering van ziekenhuisonderwijs en de NVAO, nu er in beide gevallen sprake is van “subsidie”. Ook het onderscheid tussen bekostiging (dat mede de rijksbijdrage omvat) en subsidie verdient nadere overweging. Zie hetgeen hierover is opgemerkt bij de Wpo en Wvo.

### **Artikelen 5a.9, derde lid en 5a.13d, derde lid Whw**

#### *Inhoud*

Hieruit blijkt dat “het besluit tot het verlenen van accreditatie”, resp. “het besluit tot het verlenen van een instellingstoets kwaliteitszorg” wordt gebaseerd op de beoordeling, bedoeld in artikel 1.18, derde lid, Whw.

#### *Afwijking en knelpunten*

De motivering op basis van het visitatieonderzoek van art. 1.18, derde lid, Whw leidt niet automatisch tot een positief resultaat. Zij kan evengoed tot het afwijzen van de aanvraag leiden.

#### *Advies*

De formuleringen “besluit tot het verlenen van accreditatie” resp. “besluit tot het verlenen van een instellingstoets kwaliteitszorg” vervangen door: “besluit op de aanvraag om accreditatie”, resp. “besluit op de aanvraag om een instellingstoets kwaliteitszorg”.



## **Artikel 5a.10 Whw**

### *Inhoud*

Volgens het eerste lid van deze bepaling legt het accreditatieorgaan zijn oordeel vast in een accreditatierapport dat bestaat uit een aantal onderdelen, zoals onder meer “het besluit” op de aanvraag om accreditatie en een “eindoordeel onvoldoende, voldoende, goed of excellent”. Daarnaast zegt het tweede lid dat het (geheel van het) accreditatierapport een “besluit” is “in de zin van de Algemene wet bestuursrecht”.

### *Afwijking (?)*

Hier is niet strikt van een afwijking sprake. Wel is het verwarrend, bijvoorbeeld in verband met rechtsbescherming, nu onderdelen van het accreditatierapport als “besluit” kunnen worden aangemerkt (zie ook art. 5a.9 waar meermalen in verband met het [niet] verlenen van accreditatie wordt gesproken over “besluiten”), maar ook het geheel van het accreditatierapport zelf.

### *Knelpunt*

Betekent dit nu dat instellingsbesturen nu alleen tegen het accreditatierapport de Awb-rechtsgang kunnen volgen of ook tegen onderdelen? Hoe is dan de verhouding tussen de ene en andere procedure?

### *Advies*

Schrap het tweede lid. Het is op zichzelf duidelijk dat de beslissing op aanvraag en het eindoordeel voldoende, etc. besluiten zijn. Desnoods zou dat nog expliciet kunnen worden aangegeven.

## **Artikel 5a.10, vierde lid Whw**

### *Inhoud*

De bepaling luidt: “Het accreditatieorgaan zendt het accreditatierapport na vaststelling onverwijld aan het instellingsbestuur en maakt het rapport tegelijkertijd openbaar.”

### *Afwijking (?)*

In artikelen 3:40 e.v. Awb is al geregeld dat het besluit moet worden bekendgemaakt. Volgens art. 3:40 Awb treedt het niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Volgens art. 3:41 Awb geschiedt de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.

### *Knelpunt*

Art. 5a.10, vierde lid, is in twee opzichten verwarrend ten opzichte van de Awb. In de eerste plaats regelt de Awb zelf al dat het accreditatierapport, als besluit, aan de aanvrager moet worden toegezonden. Dat dit volgens de Whw “onverwijld” moet gebeuren is niet zo onderscheidend. Het feit dat het besluit eerst door toezending in werking kan treden is al aansporing genoeg voor het accreditatieorgaan. In de tweede plaats spreekt art. 5a.10 van openbaarmaking van het rapport. Dit ligt in letterlijke zin erg dicht bij bekendmaking in de zin van de Awb, maar er wordt kennelijk iets anders mee bedoeld, nl. dat het rapport voor de hele Nederlandse bevolking *actief* bekend wordt gemaakt door publicatie op een voor iedereen kenbare wijze. Hoewel ... het vijfde lid van art. 5a.10 lijkt met het laatste in tegenspraak. Daarin is een regeling van openbaarheid van het accreditatierapport op aanvraag (*passieve* openbaarheid) vastgelegd, waarbij voor de aanvrager ook een vergoeding van de kosten in rekening kan worden gebracht. Aandacht verdient dat de regeling in art. 5a.10 ook van toepassing is op het besluit “toets nieuwe opleiding” als bedoeld in art. 5a.11, de instellingstoets als bedoeld in art. 5a.13 e.v. en de beperkte accreditatie als bedoeld in art. 5a.13f. Zie art. 5a.11, zevende lid, resp. art. 5a.13d, vierde lid en art. 5a.13f, tweede lid.

### *Advies*

Artikel soberder formuleren, voor zover het de Awb-artikelen inzake bekendmaking aan de aanvrager overlapt. Verder moet de term “openbaar” maken worden verduidelijkt, nu dit als onvoldoende onderscheidend moet worden aangemerkt ten opzichte van het bestuursrechtelijke “bekendmaken” en er kennelijk sprake is van een tegenstelling tussen actieve openbaarheid in het vierde en passieve openbaarheid in het vijfde lid.

## **Artikel 6.14 Whw**

### *Inhoud*

Het gaat hier over de procedure van de registratie van opleidingen in het CROHO. Een instellingsbestuur kan een opleiding na de verlening van accreditatie of na een positieve toets nieuwe opleiding aanmelden voor registratie. Bij de aanmelding dient volgens het tweede lid een aantal gegevens te worden “vermeld”, door bijvoeging van het accreditatierapport of het rapport inzake de toets nieuwe opleiding. De minister registreert vervolgens binnen redelijke termijn de opleiding in het CROHO overeenkomstig de door het instellingsbestuur verstrekte gegevens (derde lid). Volgens het vierde lid stelt de minister het instellingsbestuur in de gelegenheid, indien de gegevens niet volledig zijn of de indeling in het Centraal register opleidingen hoger onderwijs naar het oordeel van Onze minister in redelijkheid niet passend kan worden geacht voor de opleiding, om, binnen een door Onze Minister te bepalen termijn, te voorzien in de ontbrekende gegevens of de indeling te herzien. De gegevens kunnen zonedig door de minister worden aangepast (vijfde lid).

### *Afwijking*

Is de registratie in het CROHO een besluit? Op grond van art. 1.9, derde lid, onder d, is registratie een van de voorwaarden om voor bekostiging en voor de bevoegdheid tot wettelijke graadverlening in aanmerking te komen. Volgens art. 1.12, tweede lid, onder b, is registratie tevens een van de voorwaarden voor graadverlening door de niet bekostigde instelling voor hoger onderwijs. Registratie leidt derhalve tot een publiekrechtelijk rechtsgevolg. Hierbij doet ook de wijze van registratie ertoe, in het bijzonder de indeling in het register. Bij de indeling gaat het volgens art. 6.13, derde lid, om het onderscheiden van gebieden in onderwijs: onderwijs, landbouw en natuurlijke omgeving, techniek, recht, taal en cultuur, en gezondheidszorg. Volgens art. 6.14 heeft de minister een eigen beoordelingsvrijheid bij de indeling van een opleiding in het register en bij de aanvulling van gegevens.

Een en ander leidt ertoe aan te nemen dat er bij registratie sprake is van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.

### *Knelpunt*

Gegeven bovenstaand uitgangspunt, dient er in plaats van “aanmelding” van de opleiding sprake te zijn van een “aanvraag” door het instellingsbestuur, welke is gericht op de beschikking van registratie. Het derde lid van art. 6.14 kan dan worden geschrapt, nu art. 4:13 Awb reeds zulks regelt.

### *Advies*

De procedure van art. 6.14 dient te worden omgezet naar een aanvraagprocedure. Het derde lid van art. 6.14 kan worden geschrapt.

## **Artikel 7.61, tweede lid Whw**

### *Inhoud*

Volgens deze bepaling kan het beroep bij het college van beroep voor de examens, wat de openbare instellingen betreft, worden ingesteld terzake dat een “beslissing in strijd is met het recht”, zulks “in afwijking van hoofdstuk 7 van de Algemene wet bestuursrecht”.

### *Afwijking?*

Hoofdstuk 7 van de Awb bevat bijzondere procedurele bepalingen over bezwaar en administratief beroep. Het beroep op het college van beroep voor de examens aan openbare instellingen moet worden aangemerkt als administratief beroep.<sup>124</sup> Het is onduidelijk waarom de beroepsgrond dat een “beslissing in strijd is met het recht” afwijkt van hoofdstuk 7 Awb, nu dat niet daarover gaat en daaromtrent geen enkele bepaling bevat. Men kan wel indirect uit artikel 7:25 Awb afleiden dat er in het kader van administratief beroep behalve aan het recht ook aan doelmatigheid wordt getoetst, voor zover daarin is bepaald dat het orgaan in administratief beroep het aangevallen besluit kan vernietigen en “voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit” kan nemen, maar artikel 7:25 Awb is expliciet uitgesloten in de tweede volzin van het vijfde lid van art. 7.61 Whw. Het college van beroep voor de examens aan openbare en bijzondere instellingen is niet bevoegd een nieuwe beslissing te nemen in de plaats van de geheel of gedeeltelijk vernietigde beslissing.

### *Knelpunt*

Door de uitzondering op art. 7:25 is de beroepsgrond “strijd met het recht”, die oorspronkelijk stamt uit artikel 40 van de Wet Universitaire Bestuurshervorming van 1970, voor het openbaar onderwijs obsoleet geworden. Ook voor het bijzonder onderwijs mist zij betekenis. Gezien de aard en omvang van zijn uitspraakbevoegdheid dient het college van beroep voor de examens zich noodzakelijkerwijs te beperken tot de rechtmatigheidstoetsing van beslissingen van examinatoren en van de examencommissie.

### *Advies*

Bepaling schrappen.

---

<sup>124</sup> ABRvS 18 december 1997, JB 1998, 31, m.nt. JMED, AB 1998, 141, m.nt. BPV.

## **Artikelen 7.66 en 7.68 Whw**

### *Inhoud*

Tegen beslissingen van organen van zowel openbare als bijzondere instellingen die jegens een betrokkene zijn genomen, staat beroep open op het College van beroep voor het hoger onderwijs, als bedoeld in de art. 7.64 t/m 7.66 Whw. Op de procedure bij het college is hoofdstuk 8 van de Awb, met uitzondering van 8:1, eerste en tweede lid, en art. 8:13 Awb, van overeenkomstige toepassing. Volgens art. 7.68 Whw kan door bijzondere instellingen worden afgeweken van bovengenoemde rechtsgang en wel, als we het goed zien, op twee verschillende wijzen:

- a. Een bijzondere instelling kan in verband met de eigen levensbeschouwelijke aard, al dan niet in samenwerking met andere instellingen, een College van beroep bijzonder onderwijs instellen dat onder het zelfde wettelijke regime als het College van beroep hoger onderwijs functioneert.
- b. Een bijzondere instelling kan met een beroep op de eigen levensbeschouwelijke aard voor het functioneren van het College van beroep bijzonder onderwijs afwijking bedingen van het wettelijke regime dat voor het College van beroep hoger onderwijs geldt.

Voor a. volstaat een beslissing van de bijzondere instelling zelf, voor zover ministeriële toestemming op grond van het derde lid vereist is kan die niet geweigerd worden. Voor b. is toestemming vereist van de minister, dat geweigerd wordt als de minister tot de conclusie komt dat de instelling voor de afwijking in redelijkheid geen beroep kan doen op de eigen levensbeschouwelijke aard.

*De website van het College van beroep hoger onderwijs vermeldt dat er vooralsnog geen bericht is ontvangen dat instellingen van de uitzonderingsmogelijkheden van art. 7.68 Whw gebruik hebben gemaakt.<sup>125</sup>*

### *Afwijking / knelpunt*

De regeling biedt vanuit het standpunt van rechtsvragers – de studenten – mogelijkheden tot verwarring. Als bijzondere instellingen in de toekomst willen kiezen voor de instelling van een College van beroep bijzonder onderwijs, zal dit in aanleg dezelfde bevoegdheden bezitten en onder het zelfde juridische regime functioneren als het College van beroep hoger onderwijs. Van belang is vast te stellen dat ingevolge de eerste volzin van het eerste lid van art. 7.68 Whw ook op het functioneren van het College van beroep bijzonder onderwijs hoofdstuk 8 van de Awb van overeenkomstige toepassing is. Het meest praktisch zou het dan zijn dat een bijzondere instelling opteert voor een personele unie van het ene en het andere College, maar dat hoeft niet. Zowel de plaats van vestiging als de samenstelling van het College van beroep bijzonder onderwijs staan in principe ter discretie van de bijzondere instelling(en). De vraag is dan of dit wenselijk is, want studenten en in het algemeen de rechtspraktijk schieten hier weinig mee op. Daarmee ontvalt eigenlijk de zin aan afwijkingsmogelijkheid a en resteert mogelijkheid b. Bij de laatste wordt echt afgeweken al naar gelang de levensbeschouwelijke aard van de instelling daartoe noopt.

### *Advies*

---

<sup>125</sup> <http://www.cbho.nl/aangesloten-instellingen> (inzage 1 maart 2013).

Schrap het eerste en tweede lid van artikel 7.68, althans de mogelijkheid dat bijzondere instellingen een College van beroep bijzonder onderwijs kunnen instellen, dat onder het zelfde wettelijke regime als het College van beroep hoger onderwijs functioneert.

## **Artikel 10.3d Whw**

### *Inhoud*

Hoofdstuk 10 van de Whw heeft volgens art. 10.1 Whw betrekking op alle in de bijlage bij de wet vermelde hogescholen. In de praktijk zijn er alleen bijzondere hogescholen. Art. 10.3d Whw bevat een reeks van bepalingen voor de situatie dat de hogeschool een institutionele scheiding van bestuur en toezicht en dus een raad van toezicht kent. De wet somt een aantal bevoegdheden van de RvT op, waaronder het “goedkeuren” van het bestuurs- en beheersreglement en van de begroting, de jaarstukken, het instellingsplan en – indien van toepassing – de gemeenschappelijke regeling, bedoeld in art. 8.1 Whw.

### *Afwijking / knelpunt*

De term “goedkeuring” wordt hier (mede) gebruikt voor de scheiding van bestuur en toezicht in bijzondere, privaatrechtelijke hogeschoolorganisaties. In feite zijn er nauwelijks openbare hogescholen meer. In het licht van de Awb, die uitsluitend van toepassing is op organisaties waar besluiten worden genomen in de zin van art. 1:3 Awb en dat is vooral het openbaar onderwijs, heeft de term “goedkeuring” een specifieke betekenis, beschreven in art. 10:25 Awb. De term dient dus hier vervangen te worden door een die overkoepelend is voor goedkeuring binnen publiekrechtelijke en instemming binnen privaatrechtelijke verhoudingen. De term “toestemming” lijkt hiervoor het meest geschikt, ook vanwege het feit dat deze op meer plaatsen in de Whw voorkomt om een overkoepelende betekenis aan te geven. Zie bijvoorbeeld art. 6.7 en 18.54 Whw.

### *Advies*

“Goedkeuring” steeds vervangen door “toestemming”.

## **Artikel 10.5 Whw**

### *Inhoud*

Volgens deze bepaling treft het instellingsbestuur van een hogeschool voorzieningen voor de beslechting van geschillen over beslissingen van organen van de hogeschool die niet al krachtens deze wet vatbaar zijn voor beroep.

### *Afwijking en knelpunten*

Hier is niet zozeer een probleem in de afstemming met de Awb aan de orde, maar gaat het om een interne inconsistentie in de Whw. De vraag is namelijk of deze bepaling nog veel toevoegt nu er sinds 2010 een geschillenadviescommissie is geregeld voor de (ook bijzondere) instellingen in art. 7.63, die adviseert over bezwaar tegen “andere beslissingen dan wel het ontbreken ervan op grond van deze wet en daarop gebaseerde regeling dan die, bedoeld in art. 7.61”. Art. 7.61 Whw somt vervolgens de beslissingen op waartegen beroep kan ingesteld bij het college van beroep voor de examens. Art. 7.66 Whw tenslotte, opent de mogelijkheid van beroep op het College van beroep op het hoger onderwijs (of diens equivalent in art. 7.68 Whw) tegen “een beslissing van een orgaan van een instelling voor hoger onderwijs die jegens hem op grond van deze wet en daarop gebaseerde regelingen is genomen.” Art. 10.5 Whw is in het licht hiervan overbodig.

### *Advies*

Art. 10.5 Whw schrappen.



**Artikel 2 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, bijlage 2 (voorheen artikel 14.1)**

*Inhoud*

Tegen een aantal met name genoemde besluiten van de minister of het accreditatieorgaan staat beroep in eerste en enige aanleg open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

*Afwijking / knelpunt*

Zie hetgeen hierover bij de Wpo en andere wetten is besproken.



## 8. Wet op het onderwijstoezicht

### *Artikel 3, derde lid Wot*

#### *Inhoud*

Art. 3, derde lid Wot bepaalt dat de minister bevoegd is om de in dit artikellid omschreven bevoegdheden te mandateren aan de inspectie. Het betreft samengevat de volgende bevoegdheden:

- a. het voor 15 % inhouden van bekostiging of het geheel of ten dele opschorten daarvan;
- b. het lager vaststellen, wijzigen, of gedeeltelijk intrekken van subsidie op grond van afdelingen 4.2.5 t/m 4.2.7 Awb
- c. het aanbrengen van correcties op de bekostiging;
- d. het geven van een aantal in de Web omschreven waarschuwingen en het nemen van een aantal in de Web omschreven besluiten;
- e. het opleggen van een bestuurlijke boete, als bedoeld in art. 27 Lpw;
- f. te beslissen op een tegen een besluit als bedoeld onder a t/m e ingediend bezwaarschrift.

#### *Afwijking en knelpunten*

Art. 3, derde lid Wot wijkt op drie punten mogelijk af van de Awb:

1. de in art. 3, derde lid, onder a t/m e Wot neergelegde bevoegdheden vallen mogelijk onder het mandaatverbod van art. 10:3, eerste lid Awb (de aard van de bevoegdheid);
2. indien de aard van onder a t/m e genoemde bevoegdheden zich niet tegen mandatering verzet, lijkt art. 3, derde lid, onder a t/m e Wot overbodig, omdat voor mandaat geen wettelijke grondslag is vereist;
3. art. 3, derde lid, onder f Wot is in strijd met art. 10:3, derde lid Wot, dan wel de aard van de bevoegdheid verzet zich tegen mandatering.

Ad 1. In de voorbereiding van het wetsvoorstel, waarmee art. 3, derde lid is ingevoerd, is discussie gevoerd over de vraag of het mandaatverbod van art. 10:3, eerste lid Awb niet zou worden geschonden. Volgens de Raad van State kon daarvan sprake zijn, als de te mandateren bevoegdheden zware sancties zouden betreffen, zoals algehele inhouding.<sup>126</sup> De Raad van State is niet expliciet ingegaan op de bevoegdheden van art. 3, derde lid, aangezien art. 3, derde lid initieel nog slechts de mogelijkheid bood om bij amvb te bepalen welke bevoegdheden konden worden gemandateerd. In de (naar aanleiding van het advies van de Raad van State gewijzigde) memorie van toelichting, wordt hierover kort opgemerkt dat sancties als algehele inhouding en volledige intrekking niet aan de inspectie worden gemandateerd. Aangezien daarmee tegemoet werd gekomen aan het advies van de Raad van State, zou het mandaatverbod van art. 10:3, eerste lid Awb niet in beeld komen. De Onderwijsraad deelde die mening echter niet: ook partiële bekostigingssancties zijn volgens hem te ingrijpend om voor mandatering in aanmerking te komen.<sup>127</sup> De inspectie is namelijk niet democratisch

<sup>126</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 4, p. 4.

<sup>127</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 3, p. 10.

gelegitimeerd. Bovendien zou de onafhankelijkheid van de inspectie door het mandaat onder druk kunnen komen te staan.

Duidelijk is dat men over deze kwestie van mening kan verschillen. Of een bevoegdheid “te ingrijpend” is om voor mandaat in aanmerking te kunnen komen, is een vraag die van waardeoordelen afhankelijk is. Voor zover aan ons bekend, zijn er door de mandatering van de bevoegdheden tot op heden geen problemen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de inspectie, of diens gebrek aan democratische legitimatie gemeld. In dat verband moet er ook op worden gewezen dat mandaat van sanctiebevoegdheden niet ongebruikelijk is, dat een dergelijk mandaat (vrijwel) altijd wordt gegeven aan een niet democratisch gelegitimeerd orgaan, en dat – hoewel kan worden onderkend dat de inspectie een bijzondere positie heeft – de inspectie niet onafhankelijk van de minister is (zie art. 2 Wot). Onzes inziens verzet de aard van de bevoegdheid zich om deze redenen niet tegen mandatering.

Ad 2. Dan dringt de vraag zich op of art. 3, derde lid Wot overbodig is. Immers, mandaat aan ondergeschikten<sup>128</sup> is toegestaan, tenzij de aard van de te mandateren bevoegdheid of een wettelijk voorschrift zich daartegen verzet, zo bepaalt art. 10:3, eerste lid Awb. Art. 3, derde lid Wot is derhalve in beginsel niet nodig om de daarin neergelegde bevoegdheden aan de inspectie te mandateren.<sup>129</sup> De regering heeft zich dit gerealiseerd, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel “Wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht en enige andere wetten in verband met de invoering van geïntegreerd toezicht en de gewijzigde rol van de Inspectie van het onderwijs bij het toezichtproces”.<sup>130</sup>

Het wetsvoorstel is geamendeerd.<sup>131</sup> Oorspronkelijk bevatte het voorstel een grondslag voor het geven van een amvb, waarin de mandaatbevoegdheid zou worden neergelegd. Blijkens de wetsgeschiedenis was destijds al wel duidelijk hoe deze amvb er uit zou moeten zien – een concept daarvan was reeds aan de kamer toegezonden en de memorie van toelichting ging er uitgebreid op in. Het amendement strekte tot de regeling zoals deze thans in de wet is neergelegd: de wet bepaalt welke bevoegdheden de minister kan mandateren.

De toelichting bij het amendement maakt duidelijk wat de reden van deze regeling is. Er is niet bedoeld een bevoegdheid te creëren, maar om de mandaatbevoegdheid af te bakenen. Andere dan de in art. 3, derde lid opgesomde bevoegdheden kan de minister niet aan de inspectie mandateren:

“Wanneer de bevoegdheid tot het treffen van sancties aan de Inspectie wordt toegekend, is van wezenlijk belang dat de grenzen van die bevoegdheid in de wet zijn vastgelegd. Dit amendement voorziet daarin. Inhoudelijk wordt aangesloten bij het toegezonden concept van de algemene maatregel van bestuur. Door nu in de wet te bepalen welke sancties maximaal aan de inspectie

---

<sup>128</sup> De Inspectie van het onderwijs is ondergeschikt aan de Minister, zo volgt uit art. 2 Wot.

<sup>129</sup> Op basis van het advies van de Raad van State bij het hierna uitgebreid te bespreken wetsvoorstel zou men evenwel goed kunnen betogen dat de aard van de bevoegdheid zich verzet tegen het mandaat. Zie hierna. Zie Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 4, p. 4.

<sup>130</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 3, p. 16.

<sup>131</sup> Kamerstukken II 2010-2011, 32 193, nr. 26 (Amendement Dijkgraaf en Biskop).

kunnen worden gemandateerd, is de algemene maatregel van bestuur overbodig. De wetgever bepaalt nu immers de grenzen van het mandaat.”<sup>132</sup>

In zoverre is de bepaling dus niet overbodig.

Ad 3. Art. 3, derde lid, onder f Wot roept daarnaast de vraag op of hiermee niet wordt afgeweken van art. 10:3, derde lid Awb. In laatstgenoemde bepaling is neergelegd dat mandaat om in bezwaar te beslissen niet wordt verleend aan degene die het besluit waartegen bezwaar wordt ingesteld ook al in mandaat nam.

In art. 3, derde lid, onder f Wot kan worden gelezen dat er een bevoegdheid wordt geschapen om mandaat te verlenen aan de inspectie voor het beslissen op bezwaarschriften, voor zover deze zijn gericht tegen besluiten als bedoeld in art. 3, derde lid, onder a t/m e Wot en de inspectie deze besluiten in mandaat heeft genomen.

De memorie van toelichting bevestigt deze lezing: *“Er wordt een grondslag opgenomen voor een algemene maatregel van bestuur, waarin wordt geregeld in welke gevallen door de minister mandaat kan worden verleend aan de inspectie voor het opleggen van bestuurlijke sancties. Tevens wordt een grondslag opgenomen voor het mandateren aan de inspectie van andere besluiten, zoals het nemen van de beslissing op bezwaar, ingediend tegen een sanctiemaatregel opgelegd door de inspectie.”*<sup>133</sup>

Daarmee wordt niet afgeweken van de Awb. Art. 10:3, derde lid Awb verbiedt immers slechts het mandateren van de bevoegdheid te beslissen op bezwaren tegen in mandaat genomen besluiten, aan de *functionaris* die laatstgenoemd besluit ook nam. Mandaat van deze bevoegdheid aan hetzelfde *orgaan* is wel toegestaan, mits degenen die het besluit op bezwaar nemen maar andere functionarissen zijn dan degenen die het besluit in primo namen. Of art. 10:3, derde lid Awb in de praktijk van de onderwijsinspectie wordt nageleefd, valt overigens te bezien. Duidelijk is in ieder geval dat de inspecteur-generaal alle bevoegdheden van art. 3, derde lid Wot gemandateerd heeft gekregen.<sup>134</sup>

Hoewel er strikt genomen dus geen strijd bestaat met art. 10:3, derde lid Awb, kan men zich toch de vraag stellen of de aard van deze bevoegdheid zich in het concrete geval niet verzet tegen mandatering. Hoewel het formeel zo is dat de minister alle in art. 3, derde lid Wot bedoelde bevoegdheden uitoefent, beheerst in feite de inspectie ten aanzien van deze besluiten de gehele bestuurlijke fase, met dien verstande dat de minister wel een aanwijzingsbevoegdheid behoudt, zie art. 2 Wot. Dit doet de vraag opdringen of delegatie of attributie niet betere aansluiten bij de feitelijke situatie en daarmee beter passende instrumenten van bevoegdheidstoedeling zouden zijn geweest. Hierbij moet ook in ogenschouw worden genomen dat vanuit de Raad van State en vanuit de Onderwijsraad kritiek is geweest op de mandatering van de bevoegdheden van de minister. Het gaat dus om materie die gevoelig ligt. Men dient dan ook extra voorzichtigheid te

---

<sup>132</sup> Vgl. ook Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 4, p. 4.

<sup>133</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 3, p. 6.

<sup>134</sup> Aan de inspecteur-generaal zijn blijkens art. 7 Organisatie en mandaatbesluit OCW 2008 alle in art. 3, derde lid genoemde bevoegdheden gedelegeerd, zij het dat hij de “managementafspraken mandaat” in acht dient te nemen.

betrachten bij het mandateren van de bevoegdheid om te beslissen op bezwaarschriften tegen de uitoefening van deze bevoegdheden.

*Advies*

Bepaal duidelijk dat art. 3, derde lid Wot (ook) een mandaatverbod inhoudt.

Heroverweeg art. 3, derde lid, onder f Wot.

## **Artikel 21 Wot**

### *Inhoud*

Op grond van het eerste lid van deze bepaling maakt de inspectie de jaarlijkse kwaliteitsrapporten openbaar.

### *Afwijking*

Hoewel het hier geen afwijking betreft, kan zich hier wel een Awb-gerelateerd probleem voordoen. De vraag kan namelijk worden gesteld of de publicatie van de kwaliteitsrapporten besluiten in de zin van de Awb opleveren. Als deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord, staan er bestuurechtelijke rechtsmiddelen open tegen publicatie (bezwaar, beroep, voorlopige voorziening). Dat kan als onwenselijk worden ervaren, gezien het algemeen belang dat gediend wordt met publicatie – het informeren van het publiek omtrent de staat van het onderwijs en de kwaliteit van specifieke scholen (als onderdeel van de publieke verantwoording van scholen).<sup>135</sup> Hieronder wordt ingegaan op de vraag of genoemde publicaties besluiten in de zin van de Awb betreffen.

Het is vaste jurisprudentie van de ABRvS dat “spontane” openbaarmakingen, waarmee wordt getracht te voldoen aan de verplichting van art. 8 Wet openbaarheid van bestuur, appellabele besluiten opleveren.<sup>136</sup> De vraag is echter of deze jurisprudentie zich ook uitstrekt over openbaarmakingen die een specifieke wettelijke grondslag hebben, zoals bijvoorbeeld art. 21 Wot.

Daar valt veel voor te zeggen. Art. 8 Wob bevat de algemeen geformuleerde verplichting voor bestuursorganen om (kort gezegd) bestuurlijke informatie te openbaren zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering (de actieve openbaarmakingsverplichting). Art. 21 Wot kan worden gezien als een nadere uitwerking van deze verplichting. De wetgever spreekt ook van “actieve openbaarmaking” van inspectierapporten.<sup>137</sup> Diezelfde term wordt in doctrine en praktijk gebruikt om de verplichting van art. 8 Wob te omschrijven. Er valt niet direct een reden aan te wijzen waarom een openbaarmaking die is gegrond op deze specifieke grondslag buiten het besluitbegrip zou vallen, terwijl openbaarmakingen die zijn gegrond op de oorspronkelijke, algemene grondslag wel als besluit wordt gezien. Ondersteuning kan worden gevonden in jurisprudentie van het CBB omtrent de openbaarmaking van boetebesluiten (art. 1:97 Wet op het financieel toezicht). Deze openbaarmakingen worden gezien als besluiten en dus door de rechter beoordeeld.<sup>138</sup> Eenzelfde redenering kan worden gevolgd bij openbaarmakingen op grond van art. 21 Wot.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 27 783, nr. 3, p. 37.

<sup>136</sup> ABRS 2 februari 2011, LJN BP2849.

<sup>137</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 27 783, nr. 3, p. 19.

<sup>138</sup> CBB 24 april 2012, LJN BW3574, Rb. Rotterdam 21 juli 2008, *JOR* 2008, 273, alsook Daalder 2012.

<sup>139</sup> Verwezen zij ook naar het interview met R., waarin hij opmerkt dat de openbaarmakingen zijns inziens appellabele besluiten zijn. Hij verwees daarbij naar ABRS 2 februari 2011, LJN: BP2849. Zie ook Vermeulen en Poot 2010.

Het bovenstaande is niet onbetwist. Daalder is van mening dat openbaarmakingen die zijn gegrond op art. 21 Wot, geen besluiten zijn.<sup>140</sup> Hij baseert zich daarbij op een uitspraak van een civiele voorzieningenrechter, die oordeelt over een dergelijke openbaarmaking.<sup>141</sup> Deze rechter stelt zich echter niet expliciet de vraag of de openbaarmaking een besluit betreft of niet. De memorie van toelichting bij de Wot zou in dit verband ook nog kunnen worden aangehaald: de wetgever heeft daarin aangegeven dat inspectieoordelen geen besluiten zijn.<sup>142</sup> Daaraan kan het argument worden ontleend dat de (publieke) bekendmaking van deze oordelen ook geen besluit kan zijn.

Hoewel over dit alles dus nog steeds discussie bestaat, is er een reële kans dat de openbaarmaking van een rapport in de zin van art. 21 Wot door een rechter als besluit wordt gekwalificeerd.

#### *Knelpunten en advies*

Appellabiliteit van openbaarmakingen kan leiden tot laagdrempelige rechtsbescherming, waar dat wellicht onwenselijk is. Dat kan immers leiden tot verminderde handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van art. 21 Wot. Wel moet in dit verband worden opgemerkt dat – als de openbaarmakingen geen besluit zijn – de civiele rechter altijd rechtsbescherming biedt, zij het dat deze wat minder makkelijk toegankelijk is (verplichte procesvertegenwoordiging, griffierechten, procedurele voorschriften). Indien deze verminderde handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid als bijzonder knellend worden ervaren, kan de wetgever er zekerheidshalve voor kiezen om in art. 21 Wot aan te geven dat de openbaarmaking geen besluit is. Daarbij dient men zich wel te realiseren dat daaruit door velen, en wellicht ook de rechter, *a contrario* zal worden afgeleid dat alle openbaarmakingen die gegrond zijn op specifieke wettelijke grondslagen ook besluiten betreffen. Het betreft hier een bestuurlijke afweging.

---

<sup>140</sup> Daalder 2012.

<sup>141</sup> Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2012, LJN BX 2344.

<sup>142</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 27 783, nr. 3, p. 6.



## 9. Leerplichtwet 1969

### *Artikel 1a1, tweede, derde, vierde lid Lpw*

#### *Inhoud*

Op grond van art. 2 Lpw rust op (kort gezegd) de ouders van een jongere, alsook de jongere zelf indien hij de leeftijd van twaalf jaren heeft bereikt, de verplichting om de jongere in te schrijven op een school, en ervoor zorg te dragen dat de jongere deze school regelmatig bezoekt. Art. 1 onder b Lpw bepaalt wat een school is. Hieronder vallen ook de zogeheten “b3-scholen”. Dit zijn niet-bekostigde instanties, die voldoen aan een aantal criteria, waardoor zij als “school” in de zin van de Lpw kunnen worden gekwalificeerd. Indien niet wordt voldaan aan de criteria, kan de status van “school” derhalve verloren gaan. In dat geval kunnen de in art. 2 Lpw bedoelde personen niet langer voldoen aan de in deze bepaling vervatte verplichtingen door de jongere aan deze instantie lessen te laten volgen.

De Inspectie voor het onderwijs (en de Minister, ingevolge lid 3) brengen adviezen uit over de vraag of een instantie voldoet aan de criteria voor het zijn van een school in de zin van de Lpw. Bij de uitvoering van de Lpw zijn B&W verplicht deze adviezen te volgen. Ingevolge lid 4 maken burgemeester en wethouders het advies bekend.

#### *Afwijking*

Om de aangegeven reden is in de rechtspraak aangenomen dat de adviezen gekwalificeerd moeten worden als besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb.<sup>143</sup> Het advies is een op schrift gestelde beslissing inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling, afkomstig van een bestuursorgaan. Belanghebbenden kunnen daartegen bezwaar en beroep instellen. Om geen rechten te verspelen is dat in sommige gevallen ook noodzakelijk. Indien tegen het advies niet wordt geageerd, krijgt het formele rechtskracht, en wordt het geacht rechtmatig te zijn. De status van de instantie is daarmee (zonder medewerking van het betreffende bestuursorgaan) niet meer terug te draaien.

De Lpw sluit in zoverre niet aan bij de terminologie van de Awb. Ten onrechte wordt in de Lpw gesproken over “adviezen” terwijl eigenlijk de term “besluit” juist is.

#### *Knelpunten*

Juridisch geschoolden zullen er afdoende van de op de hoogte zijn dat de betreffende adviezen besluiten zijn. Zij zullen de noodzaak van het instellen van bezwaar en beroep tegen de adviezen dan ook inzien. Aan degenen met minder juridische scholing kan deze noodzaak wellicht ontgaan.

De gebezigde terminologie werkt ook overigens verwarrend. Feitelijk is het zo dat de Inspectie / de Minister de status van scholen bindend vastlegt. Waarom dan moet worden gesproken van adviezen, is niet duidelijk. Die noemer past eenvoudigweg niet bij het in het leven geroepen wettelijk kader.

---

<sup>143</sup> ABRS 20 juli 2011, AB 2012, 23 (m.nt. C.W. Noorlander)

*Advies*

Spreek in art. 1a1 leden 2, 3 en 4 niet van “adviezen”, maar van besluiten.

### **Artikelen 3a leden 1 t/m 5, 3b leden 1 t/m 4 Lpw**

#### *Inhoud*

Art. 3a en 3b Lpw betreffen de vervangende leerplicht. De in art. 2 lid 1 Lpw bedoelde personen kunnen B&W verzoeken om toe te staan dat de jongere die de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt dat deze vrijgesteld wordt van de reguliere leerplicht. Indien toegewezen, geldt de “vervangende leerplicht”, resp. de “vervangende leerplicht” voor het laatste schooljaar.

#### *Afwijking*

De toewijzing van genoemd verzoek is een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Voor de afwijzing geldt dat overigens ook, op grond van art. 1:3 lid 2 Awb. Het verzoek is derhalve een verzoek van een belanghebbende, een besluit (beschikking) te nemen. Dat is een aanvraag, in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb. De Lpw spreekt ten onrechte niet over aanvragen, maar over “verzoeken”.

#### *Knelpunt en advies*

Knelpunten zijn niet te verwachten. Aangezien er echter geen reden is om de term “verzoek” in plaats van “aanvraag” te handhaven, verdient het de voorkeur om aan te sluiten bij de Awb.

### **Artikelen 3a, derde lid, 3b, derde lid Lpw**

#### *Inhoud*

Voordat B&W op genoemde aanvraag besluiten, horen zij degene die het verzoek heeft ingediend, de jongere, alsook het hoofd van de school waar de jongere staat ingeschreven, zo bepaalt art. 3a lid 3 Lpw. Art. 3b, lid 3 bevat een soortgelijke bepaling.

#### *Afwijking*

Hiermee lijkt te worden afgeweken van het wettelijk kader van de Awb. De hoorplicht van artt. 4:7 en 4:8 Awb is immers beperkter. De aanvrager wordt gehoord indien de aanvraag wordt afgewezen, en de aanvraag steunt op gegevens over feiten en belangen die de aanvrager betreffen, en de gegevens afwijken van gegevens die de aanvrager ter zake zelf heeft verstrekt. Derdebelanghebbenden worden slechts gehoord indien zij naar verwachting bedenkingen hebben tegen het voorgenomen besluit, en de beschikking steunt op gegevens over feiten en belangen die deze derde betreffen en deze niet door deze belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

Mogelijkerwijs zou men nog kunnen betogen dat het horen van genoemde personen ook volgt uit het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb, zodat geen sprake is van een afwijking. Of dit inderdaad het geval is, wordt hier niet nader onderzocht, omdat – zo er sprake is van een afwijking – daarbij geen knelpunten te verwachten zijn.

#### *Knelpunten*

Ten behoeve van een zorgvuldige voorbereiding van het besluit over de vervangende leerplicht, ligt het in de rede genoemde personen te horen. Problemen als gevolg van deze afwijking zullen dan ook niet ontstaan.

#### *Advies*

Bepaling handhaven.

### **Artikelen 3a, vierde lid, art. 3b, vierde lid Lpw**

#### *Inhoud*

De beslistermijn is vier weken na ontvangst van de aanvraag. Binnen twee weken na het nemen van dit besluit, wordt het besluit gezonden naar de personen als bedoeld in art. 2 lid 1 Lpw (de aanvragers). Art. 3b lid 4 bevat een soortgelijke bepaling.

#### *Afwijking en knelpunten*

Art. 3a lid 4 Lpw splitst het besluitmoment af van de bekendmaking daarvan. Formeel gezien is dat niet in strijd met de Awb. Op grond van art. 3:40 Awb treedt een besluit niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Bekendmaking geschiedt in beginsel door toezending van het besluit aan degenen tot wie het besluit zich richt, onder wie begrepen de aanvrager, zo bepaalt art. 3:41 Awb. Ook in deze bepalingen wordt het besluitmoment onderscheiden van de bekendmaking.

Desalniettemin is art. 3a lid 4 Lpw wel atypisch. Doorgaans wordt, bij de bepaling van beslistermijnen, geen onderscheid gemaakt tussen besluit en verzending daarvan. Er wordt eenvoudigweg een beslistermijn gegeven, binnen welke termijn het besluit moet zijn bekendgemaakt (vgl. art. 4:13 Awb).

Aangezien de beschikking zich ook tot de jongere richt (het rechtsgevolg strekt zich ook tot hem uit), roept de bepaling de vraag op of de bepaling voor de personen als bedoeld in de zin van art. 2 lid 1 Lpw een andere beslistermijn hanteert dan ten aanzien van de jongere. Immers, om aan art. 4:13 Awb te voldoen, moeten B&W de beschikking binnen vier weken aan de jongere verzenden. Ten aanzien van de personen als bedoeld in art. 2 lid 1 Lpw geldt evenwel dat het besluit pas twee weken na het nemen daarvan aan hen moet worden toegezonden. Dat kan dus later zijn dan de datum van verzending aan de jongere (bijvoorbeeld pas zes weken na ontvangst van de aanvraag, indien het besluit na vier weken wordt genomen).

#### *Advies*

Neem een reguliere beslistermijn op in de bepaling, bijvoorbeeld “zes weken na ontvangst van de aanvraag”.

**Artikelen 10, 11a, 13a, 14 Lpw** (gelijksoortig: art. 9, 76, 77, 79, 80-84a, 87, 110, 123, 135, 138, 155, 157a, 183, 184 Wpo, art. 11e Wvo e.v., art. 12 e.v. Wec)

*Inhoud, afwijking, knelpunten, advies*

Hierin wordt ook gesproken van “verzoek”, terwijl het betreffende verzoek een aanvraag in de zin van de Awb is. Immers, de beslissingen die het hoofd van de openbare of bijzondere school hier “op verzoek” neemt betreffen besluiten in de zin van de Awb, nu het steeds gaat om handelingen die de werking van de Leerplichtwet ten aanzien van het voorliggende geval bepalen. Het verdient de voorkeur dat duidelijk te maken.

## **11. Enkele algemene kwesties, slotbeschouwing en conclusies**

### **1. Algemeen**

Het uitgevoerde onderzoek heeft de bedoeling alle afwijkingen van de Awb in de onderwijswetgeving in kaart te brengen. Het onderzoek concentreerde zich echter op drie aandachtspunten:

1. De bekostigingssystematiek. De vraag is in hoeverre deze systematiek dient te worden afgestemd op wat in de Awb over subsidies is bepaald, onder andere in afdeling 4.2.8 Awb (boekjaarsubsidies).
2. Handhaving. De vraag is in hoeverre er ruimte bestaat voor de invoering van een bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete in de onderwijswetgeving.
3. Rechtsbescherming. Vooral speelt hier de vraag in hoeverre de bestaande precontentieuze procedures een consistent geheel vormen.

De conclusies die wij ten aanzien van deze onderwerpen hebben bereikt, worden hieronder weergegeven. Afgesloten wordt met algemene opmerkingen, mede naar aanleiding van genoemde conclusies.

### **2. De bekostigingssystematiek**

#### *2.1 Introductie*

Hieronder wordt eerst de procedure van bekostiging besproken en haar verhouding tot de Awb. Daarna wordt ingegaan op de begrippen "bekostiging" en "subsidie". Afgesloten wordt met conclusies ten aanzien van het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden.

#### *2.2 Algemene procedurele kenmerken onderwijsbekostiging*

Iedere onderwijssector kent zijn eigen systematiek, wat betreft de bekostiging door het Rijk. De grote lijnen daarvan worden hieronder kort behandeld. Buiten beschouwing blijft de bekostiging voor huisvesting door het gemeentebestuur in de Wpo en de Wvo.

#### *Wpo en Wec*

Een school wordt op aanvraag van het bevoegd gezag of ambtshalve door de gemeenteraad geplaatst op het plan van nieuwe scholen (art. 75-77 Wpo) om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht (art. 81-82 Wpo). Het plan behoeft goedkeuring van de minister (art. 79 Wpo). De omvang van de bekostiging wordt vastgesteld op basis van in de wet en het Bekostigingsbesluit WPO (een amvb) neergelegde grondslagen (art. 115, 134 en 137 Wpo en art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO). Het betreft een lumpsumbekostiging, waarvan het bedrag jaarlijks, voorafgaand aan de periode waarop de bekostiging ziet, voor elke school wordt vastgesteld (art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO).

De Wec kent een soortgelijk systeem, zij het dat het plan van scholen door Provinciale Staten wordt vastgesteld, dan wel, in voorkomende gevallen, door de Minister.

#### *Wvo*

In het voortgezet onderwijs kent sinds enige tijd geen plansysteem meer. Aan het in aanmerking brengen voor bekostiging van scholen gaat een aanvraagprocedure vooraf (zie art. 66 Wvo). Ook hier betreft het lumpsumbekostiging, waarvan het bedrag jaarlijks, voorafgaand aan de periode waarop de bekostiging ziet, voor elke school wordt vastgesteld (art. 8 Bekostigingsbesluit WVO).

#### *Web*

Ook in het beroepsonderwijs vindt vaststelling van de bekostiging vooraf plaats. Telkens bij de start van een nieuwe beroepsopleiding vangt voor dat deel de bekostiging aan bij een verleningsbeschikking. Immers, zoals blijkt uit art. 2.1.1 Web is de bekostiging gekoppeld aan opleidingen. Een opleiding wordt alleen bekostigd, als die wordt aangeboden door een instelling die "bij wet voor bekostiging in aanmerking (is) gebracht" (art. 2.1.3, eerste lid, Web). Met deze laatste formulering wordt uitgedrukt dat slechts een beperkte kring van instellingen, namelijk voor zover die bij wet zijn aangewezen, bekostiging voor hun beroepsonderwijs ontvangt. Educatie wordt op andere wijze gefinancierd: gemeenten kopen educatie in, met het door het rijk aan gemeenten verstrekte participatiebudget. De inkoop van educatie moet worden aangemerkt als een subsidieovereenkomst. Voor dit systeem is expliciet in art. 2.3.4, eerste lid, Web een afwijking geregeld van de subsidietitel van de Awb. Sinds 1 januari 2013 is op het financieringssysteem voor educatie een uitzondering geregeld ten behoeve van het voortgezet algemeen volwassenenonderwijs [vavo] (art. 2.2a.1 – 2.2a.4 Web). De bekostiging van het laatste geschiedt rechtstreeks door het Rijk aan de instellingen volgens een in de wet vastgelegde berekeningsmaatstaf. De bedragen worden vooraf aan het jaar waarin het vavo plaatsvindt vastgesteld (art. 2.2a.4, eerste lid, Web).

#### *Whw*

Het systeem van bekostiging in het hoger onderwijs is goed vergelijkbaar met dat voor het beroepsonderwijs. Alleen de in een bijlage bij de Whw opgesomde instellingen hebben aanspraak op bekostiging (art. 1.8, eerste lid, Whw). Dan nog worden enkel opleidingen die de toets nieuwe opleiding door de NVAO hebben doorstaan of die van de NVAO accreditatie hebben verkregen bekostigd (zie art. 1.8 en 1.9 Whw). De bekostiging wordt voorafgaand aan de onderwijsactiviteiten vastgesteld en verstrekt (zie art. 2.5 Whw).

### *2.3 Kritische opmerkingen naar aanleiding van het voorgaande*

#### *2.3.1 Geen noodzaak meer voor de subsidieovereenkomst in de Web*

Volgens de onderzoekers bestaan er geen overtuigende argumenten om de subsidieovereenkomst ten aanzien van de financiering van educatie krachtens de Web langer te handhaven. Deze figuur is ooit ingevoerd met het oog op de flexibiliteit dat de beschikkingsvervangende overeenkomst zou bieden. De subsidie is, eventueel in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst ex art. 4:36 Awb, evenwel ook een zeer flexibel financieringsinstrument gebleken. De subsidieovereenkomst van art. 2.3.4 van de Web kan derhalve worden geschrapt.

#### *2.3.2 Onvoldoende duidelijkheid en rechtszekerheid omtrent het vaststellingsbesluit*



Hoewel steeds is bepaald in de verschillende onderwijswetten, dat wordt afgeweken van art. 4:32 Awb, dat bepaalt dat subsidies voor bepaalde tijd worden verleend, (zie daarover nader hieronder), treedt de bekostigingssystematiek van de onderwijswetgeving niet wezenlijk buiten de kaders van de subsidiëtitel van de Awb. Hoewel de Awb als standaard het systeem van verlening op aanvraag (art. 4:29 Awb), (eventueel: voorschot, art. 4:95 Awb), uitvoering activiteiten, vaststelling op aanvraag of ambtshalve vaststelling (art. 4:47 Awb) hanteert, biedt de regeling ruimte om subsidies te verstrekken door middel van een vaststellingsbeschikking die voorafgaat aan de te subsidiëren activiteit. Een verleningsbeschikking is dan niet noodzakelijk (vgl. art. 4:43 Awb).

In de onderwijswetgeving wordt, voor zover het de reguliere bekostiging betreft, steeds gebruik gemaakt van vaststellingen voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit. Deze vaststelling heeft in de praktijk vooral een voorlopig karakter. Wijzigingen van vaststellingsbesluiten, bijvoorbeeld als gevolg van onjuistheden in de verschaft gegevens ten aanzien van het aantal leerlingen of door mutaties in het leerlingenbestand, vinden veelvuldig plaats. Het voorlopige karakter volgt ook uit de wijze waarop wordt omgegaan met bijvoorbeeld onrechtmatige besteding van de bekostiging. Het onrechtmatig bestede deel van de bekostiging wordt teruggevorderd door middel van een correctie (bijvoorbeeld art. 34a Besluit bekostiging Wpo) of door toepassing van art. 4:49 Awb (wijziging vaststelling).

In de gebruikelijke subsidiesystematiek wordt een dergelijke “correctie” normaal gesproken uitgevoerd door de subsidie lager vast te stellen dan in de verleningsbeschikking was bepaald (art. 4:46 Awb, tweede lid). Met de al dan niet lagere vaststelling komt de subsidierelatie ten einde. Het bestuursorgaan kan daar in beginsel niet meer op terugkomen: de Awb gaat er van uit dat met de vaststellingsbeschikking de aanspraak op subsidie definitief is vastgesteld. De subsidieontvanger mag daar ook op vertrouwen, zo oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis.<sup>144</sup>

Art. 4:49 Awb biedt op deze regel een drietal uitzonderingen:

1. Op grond van bij de vaststelling onbekende feiten of omstandigheden die aanleiding zouden zijn geweest om de subsidie lager vast te stellen.

Het kan zijn dat de subsidiegever na de vaststelling iets ontdekt waarvan hij bij de vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en dat aanleiding zou zijn geweest om de subsidie lager vast te stellen. Dat kan zich bijvoorbeeld – maar niet uitsluitend – voordoen als de aanvrager bij de aanvraag tot vaststelling opzettelijk onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt. Dat soort bedrog mag in principe niet lonen.<sup>145</sup>

2. Indien de subsidievaststelling onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten.

Deze grond ziet, net als bij intrekking van de verlening, vooral op kennelijke vergissingen van het bestuursorgaan. Hoe definitief de vaststelling ook is, de ontvanger die door een typefout tien keer zoveel subsidie krijgt als hij redelijkerwijs mocht verwachten, kan er niet te goeder trouw op rekenen dat hij dat bedrag mag houden. De Afdeling neemt niet snel aan dat fouten kennelijk zijn.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> ABRvS 30 augustus 2006, LJN: AY7173.

<sup>145</sup> Zie ABRvS 12 juli 2006, AB 2008, 63, m.nt. NV, JB 2006, 253, m.nt. F.A.M. S. (HPG), ABRvS 2 augustus 2006, AB 2008, 65, m.nt. NV, JB 2006, 274, (HBO-fraude).

<sup>146</sup> Vgl. ABRvS 30 december 2009, AB 2010, 55, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 10 maart 2010, AB 2011, 68, m.nt. J.E. van den Brink en ABRvS 3 augustus 2011, LJN BR3986.

### 3. Wegens schending van na de vaststelling voortdurende verplichtingen.

Sommige verplichtingen van de ontvanger kunnen ook na de vaststelling voortduren. Derhalve moet er een sanctie staan op schending van die verplichtingen. Die sanctie is het intrekken van de vaststellingsbeschikking.

Ook in deze drie gevallen stelt de rechtszekerheid grenzen aan de bevoegdheid tot intrekking van een subsidievaststelling. Intrekking is in ieder geval niet meer mogelijk wanneer vijf jaren zijn verstreken sinds de bekendmaking van de vaststelling, dan wel sinds de schending van de na de vaststelling voortdurende verplichting (artikel 4:49, derde lid, Awb). Als de intrekkinggrond na vijf jaar nog altijd niet ontdekt of ingeroepen is, houdt de bevoegdheid tot intrekking dus op te bestaan.

De systematiek van de onderwijsbekostiging is derhalve vanuit Awb-perspectief atypisch vormgegeven. Het vaststellingsbesluit heeft daarin een geheel ander karakter dan op grond van de Awb als standaard kan worden aangenomen: zij is juist voorlopig van karakter, in plaats van definitief in die zin dat daarmee een subsidiërelatie in beginsel wordt afgerond. De vaststelling lijkt derhalve in de bekostigingspraktijk veel meer op een verleningsbeschikking binnen het reguliere subsidierecht,<sup>147</sup> terwijl de correctiebevoegdheid en art. 4:49 Awb vaak worden toegepast in situaties waarin andere subsidiënten gebruik maken van de mogelijkheid tot het lager vaststellen van de subsidie (ex art. 4:46 Awb, tweede lid).

Dit is onwenselijk vanwege het navolgende. De doelstelling van de invoering van de subsidietitel is geweest de veelheid aan verschillende subsidiëstelsels te harmoniseren.<sup>148</sup> Gezien het atypische karakter van de bekostigingsystematiek kan van harmonisatie op dit rechtsterrein niet worden gesproken. Met deze doelstelling is deze systematiek dan ook in strijd. Daarbij komt dat voorlopige vaststellingen, indien deze niet door de bijzondere wet zijn geregeld (wat in het onderwijsrecht wel het geval is), in het algemene subsidierecht niet zijn toegestaan.<sup>149</sup> Dit volgt onder meer uit de memorie van toelichting bij art. 4:49 Awb: "Omdat de beschikking tot subsidievaststelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt, dient zij in beperktere mate intrekbaar te zijn dan een beschikking tot subsidieverlening."<sup>150</sup> De vaststelling in de onderwijswetgeving heeft dus naar de aard een atypisch karakter en dat roept naast vragen van systematiek ook de vraag op naar spanning met het rechtszekerheidsbeginsel.

Een belangrijker bezwaar vinden de onderzoekers het feit dat het atypische karakter van de systematiek van bekostiging verwarring wekt in de praktijk. Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2012, zaaknr. 201113242/1.<sup>151</sup> Hierin werd onrechtmatig bestede bekostiging teruggevorderd, onder meer door art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb toe te passen. Volgens deze bepaling kan de subsidievaststelling worden ingetrokken of ten nadele van ontvanger worden gewijzigd, indien de subsidieontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen. Deze bepaling lijkt door de subsidiewetgever niet te zijn bedoeld een grondslag te bieden voor terugvordering van subsidiebedragen die zien op een hoofdverplichting die aan de subsidie is verbonden (de besteding van het subsidiebedrag). De memorie van toelichting bij art.

---

<sup>147</sup> Zoals ook bevestigd door A. (DUO) in het hem afgenomen interview.

<sup>148</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 18

<sup>149</sup> Vgl. ABRS 30 augustus 2006, LJN: AY7173: een subsidievaststelling met het voorbehoud van nadere controle verdraagt zich niet met het systeem van de subsidietitel van de Awb.

<sup>150</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 77.

<sup>151</sup> Vgl. ook ABRvS 27 juni 2012, AB 2012/378, m.nt Claessens.

4:49 Awb noemt slechts als voorbeelden van de bedoelde verplichtingen het betalen van rente of de aflossing van een vastgesteld krediet.<sup>152</sup> In deze zaak voerde appellante daarom (zonder succes) aan dat art. 4:49, eerste lid, onder c Awb niet geschreven kan zijn voor terugvordering van onrechtmatig bestede bekostiging, omdat deze bepaling zich slechts zou uitstrekken over nevenverplichtingen.

Met uitzondering van B., die in algemene zin opmerkte dat de rechtbanken mogelijk te weinig expertise op onderwijsrechtelijk gebied hebben, hebben de geïnterviewden geen melding gemaakt van praktische problemen als gevolg van de atypische aard van de bekostigingssystematiek. Daaraan kan evenwel niet het argument worden ontleend dat er dus geen probleem zou zijn. De geïnterviewden zijn alle "repeat players"; zij kennen het klappen van de onderwijsrechtelijke zweep. Voor de niet ingewijden, zoals appellanten in genoemde casus, ligt dit heel anders, te meer daar in de onderwijswetgeving de verschillende besluitmomenten vaak niet in Awb-termen worden aangeduid.

Het toepasselijk wettelijk kader is daardoor voor hen lastig te duiden. Opvallend is dat bij toepassing van art. 4:49 Awb door appellanten vaak wordt gesteld dat het vertrouwensbeginsel is geschonden.<sup>153</sup> Bovendien is het door de afwijkende terminologie en systematiek ook voor de ambtenaren die zijn betrokken bij de uitvoering van bekostigingssystemen niet altijd duidelijk in hoeverre bepalingen uit de subsidietitel van de Awb en jurisprudentie daarover voor hen relevant zijn. Een illustratief voorbeeld biedt de casus van ABRvS 10 oktober 2012,<sup>154</sup> Daarin benadrukt de Afdeling terecht dat ook binnen bekostigingsrelaties bij de toepassing van artikel 4:49, eerste lid, van de Awb het bestuursorgaan steeds een belangenafweging moet maken. "Deze bepaling geeft de subsidieverstrekker de bevoegdheid om ten nadele van de ontvanger terug te komen op een reeds vastgestelde subsidie. Bij toepassing van die bevoegdheid dient de minister, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, een afweging te maken tussen het belang van een juiste vaststelling van rijksbijdragen enerzijds en de gevolgen van het terugkomen op de vaststelling van de rijksbijdrage voor de stichting anderzijds." De minister meende daartoe als gevolg van de Web niet bevoegd te zijn.

### 2.3.3 *Alternatief voor de vigerende toepassing van de vaststellingsbeschikking*

Aanpassing van de onderwijswetgeving aan het standaardsubsidiesysteem van de Awb lijkt vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid wenselijk. Deze aanpassing dient verder te gaan dan het louter omzetten van bepaalde begrippen in de onderwijswetgeving in Awb-termen. Zoals hierboven aangegeven is er sprake van een systematisch probleem, dat ook tot praktische moeilijkheden kan leiden. De vraag is dan: in hoeverre kan de bekostigingssystematiek op de leest van titel 4.2 Awb worden geschoeid, zonder dat daarbij de grondwettelijke uitgangspunten van de bekostigingssystematiek geweld worden aangedaan? Onzes inziens is het goed mogelijk binnen die grens de bekostigingssystematiek aan te passen. Ons staat het volgende stelsel voor ogen.

Het in aanmerking brengen voor bekostiging van scholen wordt thans gezien als een verleningsbesluit voor onbepaalde tijd. In het door ons voorgestane systeem wordt dit anders. De figuur van het in aanmerking brengen voor bekostiging blijft bestaan, maar het karakter van dit

<sup>152</sup> Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 63.

<sup>153</sup> Vgl. bijv. ook ABRvS 16 februari 2011, zaaknr. 201004304/1/H2 en ABRvS 23 januari 2008, zaaknr. 200702332/1.

<sup>154</sup> Zaaknr. 201202619/1/A2.

besluit is anders: het gaat om een criterium om voor bekostiging in aanmerking te komen. Bovendien kan in de wet worden vastgelegd dat voor bekostiging in aanmerking gebrachte instellingen, zolang zij aan de voorwaarden blijven voldoen, jaarlijks een subsidie verleend zullen krijgen die qua continuïteit en hoogte uiteraard voldoet aan de maatstaven van art. 23 Grondwet. Dat jaarlijkse verleningsbesluit kan worden ingetrokken of ten nadele van de bekostigde instelling worden gewijzigd onder dezelfde voorwaarden als thans gelden, zoals de normconditie dat gedurende drie achtereenvolgende jaren niet wordt voldaan aan de opheffingsnormen (art. 153 Wpo). Ook kunnen onregelmatigheden leiden tot een lagere vaststelling ex art. 4:46, tweede lid Awb. De subsidieverlening vindt telkens voorafgaand aan het schooljaar plaats. Het verleende subsidiebedrag wordt voorgeschoten conform art. 4:95 Awb. Er is in dat geval geen afwijking van art. 4:32 Awb. Op enig moment na afloop van het schooljaar vindt een vaststelling plaats.

De vraag dringt zich op hoe een dergelijke periodieke verlening zich verhoudt met de eisen van art. 23 Grondwet. Art. 23 Grondwet eist immers dat de bekostiging voor onbepaalde duur geldt.<sup>155</sup> Aan deze eis wordt voldaan, door middel van de in de vorige alinea geschetste figuur van het besluit tot het in aanmerking brengen voor bekostiging, wat conform de wet leidt tot een recht op jaarlijkse subsidieverlening. Net zoals in het huidige systeem, zorgt het eerstgenoemde besluit ervoor dat een subsidierelatie voor (in beginsel) onbepaalde duur in het leven wordt geroepen. Het enige verschil is dat in verband met de bekostiging meerdere verleningsbeschikkingen moeten worden gegeven, namelijk jaarlijks. Deze beschikkingen kunnen echter niet worden geweigerd zolang de instelling voldoet aan de wettelijke eisen die nu ook gelden voor voortdurend van de subsidierelatie. De grondwettelijk vereiste garantie op subsidie voor onbepaalde tijd wordt daarmee gegeven. Het is in het subsidierecht niet ongebruikelijk om een plicht tot subsidiëren op te nemen in een formele wet, als voorbeelden wordt gewezen op art. 21 TNO-wet en art. 3a van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen. Voorts dringt de vraag zich op in hoeverre het voorgestelde systeem een handavingsprobleem doet ontstaan, doordat wijzigingen in de vaststelling zich minder makkelijk laten doorvoeren – de vaststelling krijgt immers conform de Awb een meer definitief karakter. In het huidige systeem is een wijziging van de vaststelling betrekkelijk eenvoudig te bereiken, terwijl daar ook nog ruime verjaringstermijnen voor gelden (5 jaar, zie art. 4:49 Awb). Aan dit bezwaar zou tegemoet kunnen worden gekomen door de termijn voor het nemen van een vaststellingsbesluit ruim te nemen, bijvoorbeeld tot een jaar na afloop van het schooljaar. Indien tegen die tijd blijkt van onrechtmatige besteding, kan het subsidiebedrag lager worden vastgesteld dan de verlening. Dit is geen afwijking van de Awb-systematiek; de Awb schrijft geen specifieke beslistermijn voor het nemen van vaststellingsbesluiten voor.

Verder zij opgemerkt dat mutaties in het leerlingenbestand en dergelijke, die nu nog aanleiding zijn de vaststelling te corrigeren, in het hierboven beschreven systeem kunnen worden verwerkt door middel van wijzigingen in de verleningsbeschikking dan wel bij de vaststellingsbeschikking (in de vorm van een lagere vaststelling). Er gaat dus niets verloren ten opzichte van de huidige bekostigingssystematiek en de daarin voorziene handavingsmogelijkheden.

Aan het voorgestane systeem zijn daarentegen belangrijke voordelen verbonden. In de eerste plaats wordt meer conformiteit met de Awb bereikt. Zodoende wordt aan de doelstellingen van

---

<sup>155</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3, p. 2.

de Awb-wetgever voldaan, en wordt de onderwijswetgeving beter ingepast in de overige publiekrechtelijke regelgeving.

In de tweede plaats, wordt het systeem hiermee duidelijker voor ontvangers van bekostiging en rechtsbeoefenaren. Zij zullen de bekostigingsystematiek en de relatie met ontwikkelingen in het algemene subsidierecht sneller doorzien en daar makkelijker mee kunnen werken.

In de derde plaats wordt hiermee de mogelijkheid geschapen om – binnen de Awb-systematiek, dus niet op basis van een bijzondere bevoegdheid – een instrument toe te passen dat sterk lijkt op de inhouding, waardoor het bestaansrecht van de inhouding komt te vervallen. Dit instrument – een specifieke toepassing van de lagere vaststelling – wordt besproken onder het kopje handhaving.

Hetzelfde geldt, in de vierde plaats, voor de opschorting. Art. 4:96 Awb biedt een instrument om de voorschotbeschikking te wijzigen “indien de voorschriften niet worden nageleefd”. Dit instrument wordt ook onder het kopje “handhaving” besproken.

In de vijfde en laatste plaats wordt ook het instrument van de correctie overbodig, zoals eveneens hieronder zal worden besproken.

Gezien het voorgaande is het niet langer noodzakelijk om op de boekjaarsubsidie in te gaan, zoals deze is neergelegd in afdeling 4.2.8 van de Awb. Afdeling 4.2.8 schrijft een bijzondere procedure voor. Deze biedt echter voor de onderwijsfinanciering geen voordelen ten opzichte van de overige subsidiebepalingen in afdelingen 4.2.1 t/m 4.2.7.

#### *2.3.4 Voorstel voor wijziging van “bekostiging” in “subsidie”*

Het verdient de voorkeur het begrip bekostiging te wijzigen in subsidie. Het begrip bekostiging is oorspronkelijk bedoeld om onderscheidend te werken: het gaat om een bijzondere verstrekking van overheidsmiddelen. Zij geldt namelijk voor onbepaalde tijd, de subsidievoorwaarden en -verplichtingen dienen wettelijk te zijn vastgelegd, en het bedrag van de subsidie dient van een bepaalde hoogte te zijn. Een juridische noodzaak voor het gebruik van deze term is er echter niet. Dit wordt hieronder toegelicht.

In de memorie van toelichting bij het voorstel van Wet Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb wordt het standpunt ingenomen dat de term “bekostiging” in de onderwijswet handhaving verdient en niet vervangen moet worden door de meer algemene en gangbare Awb-term “subsidie”. Daarbij wordt er de nadruk op gelegd dat “bekostiging” – die overigens louter op de relatie tussen overheid en scholen wordt betrokken – een heel specifieke subsidierelatie veronderstelt die zich op drie punten onderscheidt van het normale beeld van een subsidierelatie: bij bekostiging gaat het om een relatie van onbepaalde duur, bij bekostiging zijn naast de bevoegdheid ook de bekostigingsvoorwaarden (in Awb-terminologie: subsidieverplichtingen) in de wet vastgelegd en tenslotte, bekostiging veronderstelt een bepaalde hoogte van het geldbedrag omdat de bekostiging adequaat moet zijn voor het in stand houden van een onderwijsvoorziening.<sup>156</sup> Maar echt onderscheidende waarde heeft het begrip allang al niet meer. In de onderwijswetgeving wordt de term “bekostiging” ook gebruikt voor andere relaties dan tussen overheid en scholen. In de Wvo en Wpo is er te wijzen op de bepalingen inzake het leerlingenvervoer (art 4 Wpo, 4 Wvo), waar sprake is van een financiële relatie tussen het gemeentebestuur en ouders van leerlingen, in art. 10b5 Wvo gaat het om een financiële relatie tussen overheid en de kenniscentra beroepsonderwijs, verder wordt als bekostiging aangeduid

---

<sup>156</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27 265, nr. 3, p. 2-3.

de relatie met schoolbegeleidingsdiensten “voor activiteiten die worden verricht met betrekking tot de ondersteuning bij het onderwijs aan zieke leerlingen” als bedoeld in art. 18 Wvo en de relatie die er is door de financiering van huisvestingsvoorzieningen voor scholen door het gemeentebestuur (art.91 t/m 112 Wpo, 76a t/m 76w Wvo). In de Web en de Whw maakt de wetgever gebruik van zowel het begrip bekostiging als “rijksbijdrage”. Doordat bekostiging wettelijk niet is gedefinieerd en de wetgever – door het begrip op zoveel verschillende manieren te gebruiken – de betekenis van het begrip mogelijk heeft uitgebreid, kunnen ook andere verstrekkingen daaronder worden gebracht, zoals wellicht de overschrijdingsbijdrage. Daarmee werkt het begrip niet onderscheidend meer. Er is ook geen praktische en juridische noodzaak voor deze term. De specifieke aard van de relatie tussen de minister en de scholen is er niet gekomen doordat die wordt aangeduid met “bekostiging” maar omdat daaraan bepaalde bijkomende (grond)wettelijke waarborgen ten grondslag liggen. Met een naamsverandering worden die waarborgen niet afgeschaft.

### *2.3.5 Regels en bekostigingsvoorwaarden*

In de algemene inleiding is ingegaan op het onderscheid dat in elke sectorale onderwijswet wordt gemaakt tussen regels en bekostigingsvoorwaarden. Uit deze bespreking kwam naar voren dat regels gelden voor openbare instellingen. De school, het bestuur, en alle betrokkenen bij de school zijn rechtstreeks gebonden aan deze wettelijke voorschriften. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs gelden geen regels in vorenbedoelde zin. De (veelal inhoudelijk dezelfde) voorschriften zijn neergelegd in bekostigingsvoorwaarden. Deze gelden slechts voor het bevoegd gezag, en hebben dus geen doorwerking zoals genoemde regels.

De onderzoekers zijn van mening dat – zonder aan het essentiële verschil tussen een en ander te willen tornen – het onderscheid als uitgangspunt van wetgevingssystematiek kan vervallen door voor alle instellingen, openbaar en bijzonder, bekostigingsvoorwaarden te stellen. Op grond van de Awb is er geen reden om bij de bekostiging van publieke, openbare instellingen niet van subsidie te spreken met daarbij behorende verplichtingen. Vanuit de optiek van het algemene bestuursrecht kunnen daarom ook ten aanzien van het openbaar onderwijs wettelijke voorschriften als subsidieverplichtingen of “bekostigingsvoorwaarden” worden gezien. De belangrijkste reden voor dit voorstel is dat onder invloed van een decennialang beleidsproces van autonomiebevordering en deregulering in het onderwijs slechts nog een kleine minderheid van de huidige generatie wettelijke voorschriften verhoudingen bestrijkt op de werkvloer van de onderwijsinstelling. Waar specifieke bepalingen daarom vragen, zoals met betrekking tot bestuurlijk toezicht (benoeming en ontslag leden raad van toezicht openbare universiteiten, goedkeuring, schorsing, vernietiging of taakverwaarlozing), kan dan worden aangegeven dat die zich specifiek tot de openbare instellingen richten. In de jaren tachtig van de vorige eeuw werd een en ander al in een advies aan de regering aanbevolen.<sup>157</sup> Uiteraard blijven de ultieme gevolgen van overtreding van de wettelijke bepalingen voor het openbaar onderwijs en voor het bijzonder onderwijs ook verschillend. Hieraan wordt niet getornd. Een openbare

---

<sup>157</sup> Eindadvies van de Commissie voor toetsing van wetgevingsprojecten over het voorstel van een Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (2 juni 1988), Kamerstukken II 1988/89. 21 073, nr. 3, p. 178-183.

onderwijsinstelling kan uiteindelijk worden opgeheven, terwijl bij een bijzondere instelling niet verder kan worden gegaan dan stopzetting van de bekostiging.

### **3 Handhaving**

#### *3.1 Introductie*

Hieronder wordt ingegaan op een aantal onderwijsrechtelijke handhavingsinstrumenten, te weten: de correctie, de opschorting, en de inhouding. Ten slotte wordt besproken in hoeverre de invoering van een bestuurlijke boete van toegevoegde waarde zou kunnen zijn.

#### *3.2 Correctie*

Zoals uit het onderzoek gebleken is, geven de onderwijswetgever en de uitvoeringspraktijk regelmatig blijk van onvoldoende vertrouwdheid met de Awb. Dit geldt ook ten aanzien van een door de onderwijswetgever in het leven geroepen middel om onjuist vastgestelde bekostiging, onrechtmatig bestede bekostiging, of ondoelmatig bestede bekostiging, terug te vorderen: de correctie. Hieronder wordt de correctie besproken voor zover deze betrekking heeft op de reguliere bekostiging in het licht van art. 4:49 Awb.

De correctie overlapt met art. 4:49 Awb, dat immers ook de mogelijkheid biedt om onjuist vastgestelde subsidie (art. 4:49, eerste lid, onder a en b Awb) en onrechtmatig dan wel ondoelmatig bestede subsidie (art. 4:49, eerste lid onder c Awb) terug te vorderen door de vaststelling te wijzigen, zij het veelal onder meer stringente voorwaarden. Bij art. 4:49, eerste lid, onder a Awb dient er sprake te zijn van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan bij de subsidievaststelling niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan de verlening zou zijn vastgesteld. Bij art. 4:49, eerste lid, onder b Awb is het noodzakelijk dat de subsidieontvanger van de onjuiste vaststelling op de hoogte was of daarvan op de hoogte behoorde te zijn. Dergelijke meer stringente voorwaarden zijn evenwel afwezig bij art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb: zodra een subsidieontvanger na de vaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen (waaronder ook doelmatige besteding kan vallen),<sup>158</sup> kan een wijziging van het vaststellingsbesluit plaatsvinden.<sup>159</sup>

De vraag is wat de correctiebevoegdheid nog toevoegt ten opzichte van art. 4:49 Awb. Als een instelling per abuis onjuiste gegevens verschaft, waardoor het vastgestelde bedrag te hoog is, is dat een omstandigheid die voor de rekening van de instelling komt. Ofwel: van de onjuiste verschaffing had de instelling moeten weten, zodat art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kan worden toegepast. Als sprake is van fraude, geldt hetzelfde. Een voorbeeld van een geval waarin de correctie wel iets zou kunnen toevoegen, kan worden ontleend aan de feiten van Rb. Rotterdam 21 april 2006.<sup>160</sup> In deze zaak had een hogeschool naar achteraf werd gesteld ten onrechte een bepaalde categorie studenten voor bekostiging in aanmerking gebracht. De rechtbank oordeelde dat de staatssecretaris reeds bekend was met de relevante feiten en omstandigheden terwijl de ontvangende instelling gelet op de onduidelijke kaders niet wist of behoorde te weten dat de

---

<sup>158</sup> Zie art. 148, vierde lid, Wpo, art. 24e1, eerste lid, onder c, Wvo, art. 253, tweede lid, Web, art. 2.9, derde lid, Whw.

<sup>159</sup> Zie ABRvS 29 augustus 2012, 201113242/1/A2, r.o. 2.6.1.

<sup>160</sup> LJN: AW5604.

eerdere subsidievaststelling onjuist was... Art. 4:49, eerste lid, onder a Awb kon derhalve niet worden toegepast. Ook art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kon niet als bevoegdheidsgrondslag worden gebruikt omdat de toepasselijke regelgeving onduidelijk was.<sup>161</sup> In zo'n geval zou de correctie feitelijk wel uitkomst kunnen bieden, maar de vraag is of dit gerechtvaardigd is nu het bestuursorgaan zo duidelijk in de fout gaat door én onduidelijke regels te hanteren én de indruk te geven dat het later bekritiseerde handelen aanvankelijk werd gedoogd. Wij vinden de correctiebevoegdheid in dit soort gevallen niet gerechtvaardigd. De correctie kan daarom in de ogen van onderzoekers geheel worden geschrapt. Voor wat betreft terugvorderingen vanwege onrechtmatige en ondoelmatige besteding voegt het instrument niets toe ten aanzien van art. 4:49 Awb. Voor wat betreft onjuiste vaststellingen, zal in veel gevallen art. 4:49 Awb ook uitkomst bieden. Voor zover dat niet het geval is, zoals in de hierboven geschetste casus, is dat met goede reden: de overheid is dan in de fout gegaan door niet voortvarend genoeg te handelen, dan wel door onduidelijkheid in stand te laten.

De onderzoekers wensen wel nog het volgende in overweging te geven. De correctie lijkt ooit te zijn bedoeld als een zelfstandige terugvorderingsbevoegdheid, omdat art. 4:49 Awb niet van toepassing zou kunnen zijn. Uit de wetsgeschiedenis wordt dit niet duidelijk, maar een andere verklaring valt moeilijk te geven. Daarbij is gekozen voor een korte verjaringstermijn (van één jaar, met mogelijkheid van verlenging van een jaar). Sinds is uitgemaakt dat art. 4:49 Awb van toepassing is bij terugvordering, is veel onduidelijkheid ontstaan over het toepassingsbereik van beide bepalingen (was de correctiebevoegdheid exclusief?). De eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 18 april 2007 is in dat verband illustratief. Daarin is geoordeeld dat beide instrumenten naast elkaar kunnen worden toegepast. Daardoor is de toegevoegde waarde van het instrument van de correctie wel grotendeels komen te vervallen. Dit is een reden te meer voor onderzoekers om voor te stellen de correctie te schrappen.

Art. 4:46 Awb (lagere vaststelling) biedt voldoende grondslag om te reageren op onregelmatigheden en in uitzonderlijke gevallen biedt art. 4:49 Awb de bevoegdheid de vaststellingsbeschikking in te trekken. Dit systeem geldt thans al voor wat betreft de subsidies uit de onderwijswetgeving voor zover deze wel volgens het gebruikelijke stelsel van titel 4.2 Awb worden verstrekt, zoals de aanvullende en de bijzondere bekostiging (die ook onder het toepassingsbereik van de correctie vallen ingevolge art. 34a Besluit bekostiging Wpo).

Volledigheidshalve merken wij nog op dat het bestaan van de correctiemogelijkheid niet tot gevolg heeft dat art. 4:49 Awb niet kan worden toegepast. Zulks is in het kader van de WHW en de Web al door de hoogste bestuursrechter bepaald. Het is zeer waarschijnlijk dat deze rechtspraak zich ook zal uitstrekken over het primair en voortgezet onderwijs.

### *3.3 Opschorting*

In artikel 4:56 Awb staat dat de verplichting tot betaling van een voorschot mag worden opgeschort zodra het bestuursorgaan schriftelijk laat weten aan de subsidieontvanger dat er een ernstig vermoeden bestaat dat er grond is om toepassing te geven aan artikel 4:48 of 4:49 Awb. Het bestuursorgaan kan met andere woorden het verstrekken van een voorschot opschorten als het overweegt over te gaan tot intrekking of wijziging van de verleningsbeschikking of tot

---

<sup>161</sup> De Afdeling heeft de uitspraak overigens vernietigd, doch niet omdat de rechtbank een onjuiste uitleg aan art. 4:49 Awb zou hebben gegeven. Zie ABRvS 18 april 2007, 20060422/1.



intrekking of wijziging van de vaststellingsbeschikking. In de onderwijswetgeving zou kunnen worden volstaan met verwijzing naar art. 4:56 Awb.

### 3.4 Inhouding

De vraag kan nog worden gesteld in hoeverre het instrument van inhouding (art. 164 Wpo, art. 146 Wec, art. 104 Wvo, art. 11.1 Web, art. 15.1 WHW) iets toevoegt ten opzichte van bestaande handhavingsmiddelen. Indien een bij of krachtens de wet geldend voorschrift of een aanwijzing (bijv. op grond van art. 163b Wpo) niet wordt nageleefd, kan de minister bepalen dat de bekostiging geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden (zie bijv. art. 164, eerste lid Awb). Deze inhouding eindigt op het moment dat de overtreding van het bij of krachtens de wet gestelde dan wel de aanwijzing is beëindigd. Zie bijv. art. 164, derde lid Awb.

Noch de wet, noch lagere regelgeving maakt exact duidelijk op welke wijze de inhouding juridisch zijn beslag krijgt. Het meest voor de hand ligt dat de inhouding binnen het huidige systeem leidt tot een wijziging van het vaststellingsbesluit. Een dergelijke wijziging leidt direct tot een beperkter aanspraak en dus ook tot een beperkter maandelijkse uitbetaling van de subsidie. Zie bijvoorbeeld art. 13 Besluit bekostiging Wpo, dat bepaalt dat maandelijks 1/12 van het vastgestelde bedrag wordt uitbetaald.

In de literatuur wordt de parallel getrokken met de last onder dwangsom.<sup>162</sup> Dat is verklaarbaar: beide instrumenten zijn bedoeld om een overtreding te beëindigen, terwijl het niet tijdig beëindigen van de overtreding leidt tot het ontstaan van een vordering van het bestuursorgaan op de justitiabele. Deze vordering kan oplopen, naarmate de overtreding langer voortduurt. Toch is de vergelijking niet helemaal treffend. Verbeurde dwangsommen moeten binnen zes weken na het moment van verbeuring worden betaald (art. 5:33 Awb). Aanmaning geschiedt slechts nadat een beschikking omtrent de invordering van de dwangsom is genomen (art. 5:37 Awb).

Verrekening van de dwangsommen is mogelijk, indien de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is toegekend (art. 4:93 Awb). De verrekening is een beschikking. Verrekening van deze verbintenis is eerst mogelijk na het nemen van een verrekeningsbeschikking. De inhouding, daarentegen, wijzigt een bestaande verbintenis: de aanspraak op bekostiging van de betreffende overtreder door middel van een wijziging van de vaststelling. Alles bijeen kent de last onder dwangsom enkele complicaties in de vorm van extra beschikkingen, terwijl het doel niet direct beter wordt bereikt dan met een inhouding. Om deze reden zouden wij niet willen voorstellen de last onder dwangsom als extra sanctie in te voeren. Het gebruik van de last onder dwangsom is eventueel weer wel relevant ten aanzien van de niet-bekostigde instellingen.

Een ander Awb-instrument vertoont meer overeenkomsten met de inhouding dan de last onder dwangsom. Dit instrument is een specifieke toepassing van art. 4:46 Awb (de lagere vaststelling). Indien de subsidieverlener een overtreding van de subsidievoorschriften constateert, kan hij de subsidieontvanger daarvan mededeling doen, en aankondigen dat, indien de subsidieontvanger deze overtreding niet beëindigt, dit leidt tot een in de mededeling (of een beleidsregel) specifiek aangegeven lagere vaststelling. In deze mededeling (of in beleidsregels) kan ook een tijdsbepaling zijn opgenomen: hoe langer de overtreding voortduurt, hoe lager de vaststelling. Wordt de overtreding niet (tijdig) beëindigd, dan leidt dit bij de vaststelling tot de in de mededeling genoemde consequenties. In zoverre lijkt dit instrument op de huidige inhouding. Evenals de inhouding grijpt dit Awb-instrument ook in een bestaande subsidieverhouding in

---

<sup>162</sup> Vgl. W. Tijbosch "De verhouding tussen de onderwijswetgeving en de subsidietitel van de Awb", *NTOR* 2011, p. 122-123.

(anders dan de last onder dwangsom). Kortom: dit instrument werkt op nagenoeg dezelfde wijze als de inhouding.<sup>163</sup>

In het huidige systeem kan dit instrument van art. 4:46 Awb niet worden toegepast. Er wordt immers niet gewerkt met voorafgaande verleningen en vaststellingen achteraf. Daarom is een specifiek instrument zoals de inhouding ook nodig. Indien, zoals hierboven betoogd, echter de subsidiesystematiek op de Awb subsidietitel wordt toegesneden, wordt deze bepaling overbodig, omdat art. 4:46 Awb dan wel kan worden toegepast. Ook in het licht van deregulering is dat dus wenselijk.

### *3.5 Bekostigingssancties*

Wanneer een bestuursorgaan fraude of andere onregelmatigheden ontdekt bij een gesubsidieerde (of bekostigde) instelling, biedt de subsidietitel verschillende handhavingsmogelijkheden. De belangrijkste mogelijkheden bestaan, zoals hiervoor reeds besproken, uit het met terugwerkende kracht intrekken van de subsidieverlening (artikel 4:48 Awb), het lager dan overeenkomstig de verlening vaststellen van de subsidie (artikel 4:46 Awb), of het met terugwerkende kracht intrekken van de subsidievaststelling (artikel 4:49 Awb). In veel gevallen zal daarop ook een terugvorderingsbesluit volgen (artikel 4:57 Awb). Het is belangrijk om op te merken dat deze besluiten, hierna tezamen voor het gemak aangeduid als intrekkingbesluiten, niet altijd zijn aan te merken als bestuurlijke sancties. Slechts wanneer het bestuursorgaan met zo'n besluit reageert op een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is er sprake van een sanctie. Het besluit tot intrekking van een subsidieverlening is dus wel een sanctie als het bestuursorgaan dat besluit neemt omdat het ontdekt dat de ontvanger zich niet aan zijn verplichtingen houdt, maar niet als het intrekkingbesluit wordt genomen omdat er dringend moet worden bezuinigd. Intrekkingbesluiten kunnen uiterst effectieve en ingrijpende sancties zijn, nu ontvangers van subsidie (en bekostigde instellingen) in de praktijk vaak niet zonder subsidie en bekostigingsgelden kunnen voortbestaan.

Alle sanctiebevoegdheden in titel 4.2 Awb zijn discretionair geformuleerd; het bestuursorgaan kan bij geconstateerde onregelmatigheden overgaan tot het nemen van een sanctiebesluit en zal daartoe een belangenafweging moeten maken. Dat is ook logisch; het gaat om een bevoegdheid tot het nemen van een ingrijpend besluit waarbij de omstandigheden van het geval moeten worden gewogen. In de praktijk wordt deze discretionaire bevoegdheid vaak nader ingevuld met een beleidsregel, zodat die belangenafweging nader wordt ingekaderd,<sup>164</sup> waarbij natuurlijk wel steeds de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb een rol speelt. Ook de plicht tot een belangenafweging geldt onverkort binnen bekostigingsrelaties.<sup>165</sup>

#### *Bestraffende of herstelsancties in het bekostigingsrecht?*

Zoals bij alle bestuurlijke sancties kunnen ook subsidie- en bekostigingsbesluiten die een reactie vormen op een overtreding van de subsidieontvanger in theorie worden gekwalificeerd als herstelsanctie (ook wel reparatoire sanctie genoemd) of als bestraffende sanctie (ook vaak punitieve sanctie genoemd). Die kwalificatie hangt af van de strekking van de sanctie. Is de

<sup>163</sup> Zie bijv. ABRvS 7 december 2011, LJV BU7072, AB 2012, 126, m.nt. Van der Grinten.

<sup>164</sup> Zie bijv. Rb. Den Bosch 20 februari 2009, LJV BH7012.

<sup>165</sup> ABRvS 10 oktober 2012, LJV: BX9681.

sanctie gericht op 'het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding', dan is er sprake van een herstelsanctie (artikel 5:2 Awb, eerste lid, sub b). Beoogt het bestuursorgaan met de sanctie de subsidie- of bekostigingsontvanger leed toe te voegen, dan is er sprake van een bestraffende sanctie (artikel 5:2 Awb, eerste lid, sub c). In een enkel geval spreekt de Afdeling bestuursrechtspraak in bekostigingsgeschillen expliciet uit dat het lager vaststellen en terugvorderen van gelden als reactie op onregelmatigheden geen sanctie is,<sup>166</sup> of dat sprake is van correcties.<sup>167</sup> Wij houden het erop dat hier is bedoeld dat het geen bestraffende sanctie betreft.<sup>168</sup>

Op grond van de jurisprudentie kunnen wij in het algemeen vaststellen dat sanctiebesluiten in het subsidierecht vrijwel nooit als punitief worden gekwalificeerd. Klassieker op dit punt is de zogenaamde Triplewoodzaak,<sup>169</sup> waarin het bestuursorgaan een 'subsidieboete' had opgelegd aan de ontvanger wegens het niet voldoen aan een meldplicht. De Afdeling oordeelde dat deze sanctie een reparatoir karakter had omdat het doel van de gehanteerde bevoegdheid zou zijn te bewerkstelligen dat de gesubsidieerde zich houdt aan de subsidievoorwaarden die zijn gesteld met het oog op de doelstellingen van de subsidieregeling. Artikel 6 EVRM werd in casu niet van toepassing geacht, voor zover duidelijk was dat de bepaling criminal charges ontbeerde. De Afdeling voegde aan deze kwalificatie als herstelsanctie nog toe dat het terugvorderingsbesluit zijn grond vindt in het feit dat niet is voldaan aan de voor het toekennen aan de subsidie verbonden voorwaarde dat de gesubsidieerde die gegevens verstrekt, die nodig zijn voor een juiste toepassing van de regeling.<sup>170</sup> Langs deze redeneerlijn is iedere subsidiesanctie terug te brengen tot een 'constitutieve vaststelling door het bestuur van wat rechtmatig is en waarop aanspraak bestaat' en valt de subsidiesanctie altijd te kwalificeren als een herstelsanctie omdat deze slechts een situatie zou scheppen die strookt met het recht.<sup>171</sup>

Nu ook het Hof van Justitie van de EU onlangs uitdrukkelijk heeft gesteld dat subsidiesancties geen punitieve sancties zijn,<sup>172</sup> lijken we veilig te kunnen aannemen dat deze lijn zal worden voortgezet.

### *Evenredigheidstoets*

Beroepsgronden tegen intrekingsbesluiten hebben vaak betrekking op de vraag hoeveel minder subsidie of bekostiging redelijk is in verhouding tot de onregelmatigheid die aanleiding gaf tot het opleggen van de sanctie. De bestuursrechter toetst in dat geval of de opgelegde sanctie voldoet aan de eis van proportionaliteit die geldt voor overheidshandelingen. Wanneer een sanctiebesluit onevenredige gevolgen meebrengt, is het in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 Awb, tweede lid. Nu subsidiesancties in beginsel herstelsancties zijn, toetst de bestuursrechter het besluit op dit punt marginaal. Met name de Afdeling bestuursrechtspraak vernietigt slechts in uitzonderingsgevallen het bestreden besluit op grond van het evenredigheidsbeginsel. Zij neemt aan dat subsidies ook op nihil mogen worden gesteld als onomstreden is dat de gesubsidieerde

---

<sup>166</sup> Zie bijv. ABRvS 23 januari 2008, LJN BC2502.

<sup>167</sup> ABRvS 5 maart 2008, ROT 2008, 23.

<sup>168</sup> Vgl. Den Ouden, Jacobs en Verheij, *Subsidierecht*, Kluwer 2012, paragraaf 13.3.2.

<sup>169</sup> ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 349, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden.

<sup>170</sup> Zie in die zin bijv. ook ABRvS 26 januari 2011, LJN BP2121.

<sup>171</sup> In die zin ook: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 55.

<sup>172</sup> HvJ EU 5 juni 2012, AB, 2012/315, m.nt. Widdershoven (Bonda).

activiteit heeft plaatsgevonden, maar niet aan andere (subsidie)verplichtingen is voldaan.<sup>173</sup> Er is een voorbeeld waarin de bekostigingsgelden wel waren aangewend voor onderwijs, maar deze desalniettemin werden teruggevorderd wegens onregelmatigheden.<sup>174</sup> Als de Afdeling wel komt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel, dan is dat doorgaans omdat het bestuursorgaan medeverantwoordelijk wordt geacht voor het ontstaan of voortbestaan van een onregelmatigheid. Met andere woorden: het bestuursorgaan heeft zelf 'boter op het hoofd.'

Als relevant voorbeeld kan worden genoemd de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 mei 2008.<sup>175</sup> Het gaat om een geval waarin de subsidiënt medeverantwoordelijk werd geacht voor de verkeerde handelwijze van de subsidieontvanger. Die had gedurende de looptijd van de subsidie uitleg gevraagd over de juiste manier van heffen van les- en cursusgelden, maar op zijn vragen geen adequaat antwoord gekregen van de staatssecretaris van OC&W. Had de staatssecretaris wel de juiste informatie verschaft dan zou de ontvanger maatregelen hebben kunnen treffen waardoor de terugvordering minder omvangrijk zou zijn geweest; in dat licht moet de staatssecretaris bezien of er reden is om het terug te vorderen bedrag te matigen aldus de Afdeling.

In enkele bekostigingszaken wordt (anders dan in subsidiezaken gebruikelijk is) geen verband gelegd met de medeverantwoordelijkheid van de subsidiënt, maar komt de Afdeling bestuursrechtspraak toch tot het oordeel dat de meer dan rekenkundige verlaging na geconstateerde onregelmatigheden beter moet worden gemotiveerd, wanneer niet in geschil is dat er bekostigde activiteiten hebben plaatsgevonden. Zo stelt de Afdeling bijvoorbeeld: 'Aan de studenten werd door de HAN daadwerkelijk initieel onderwijs aangeboden. Het is de Afdeling niet zonder nadere motivering duidelijk waarom de staatssecretaris niet heeft volstaan met het wijzigen van de vaststelling van de rijksbijdrage in een bedrag waarop de HAN recht zou hebben gehad wanneer zij de beweerdelijke administratieve fout niet zou hebben gemaakt en alle studenten die de opleiding Bedrijfskundige Informatica wilden volgen ook voor die opleiding had ingeschreven. De staatssecretaris heeft in dat kader slechts gesteld dat onaannemelijk is dat sprake is van een administratieve fout, maar deze stelling niet nader onderbouwd. De stelling van de staatssecretaris dat het niet vaststellen op nihil van de bekostiging voor de desbetreffende studenten zou leiden tot strategisch gedrag, kan niet dienen als voldoende onderbouwing voor de vaststelling op nihil (...).'<sup>176</sup> Een andere casus is goed vergelijkbaar. In haar uitspraak daarover stelt de Afdeling: 'Zoals hiervoor is overwogen onder 2.4.1 voldeden de hier bedoelde inschrijvingen niet aan alle vereisten voor inschrijving maar is niet in geschil dat aan de betrokken deelnemers daadwerkelijk onderwijs is gegeven, dan wel daadwerkelijk praktijkvorming heeft plaatsgevonden. Voor zover een schriftelijke overeenkomst ontbrak, of daarop de handtekening ontbrak van de betrokken deelnemer, maar uit overige gegevens is gebleken dat sprake was van overeenstemming gericht op het volgen van onderwijs of praktijkvorming, de onderwijskaart dan wel het betalingsbewijs van het cursusgeld aanwezig was en daadwerkelijk dat onderwijs of die praktijkvorming is genoten, is sprake van het niet-naleven van vormvoorschriften, hetgeen gelet op alle betrokken belangen de terugvordering van het volledige bedrag aan teveel betaalde bekostiging niet rechtvaardigt. In zoverre is het besluit van 26 april 2007 genomen in strijd met artikel 3:4 Awb.'<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 27 maart 2013, LJN: BZ7478.

<sup>174</sup> ABRvS 10 oktober 2012, LJN BX9681.

<sup>175</sup> JB 2008, 155.

<sup>176</sup> ABRvS 23 januari 2008, LJN BC2502.

<sup>177</sup> ABRvS 26 augustus 2009, LJN BJ6097.

Overigens moet worden benadrukt dat in dit soort zaken, doorgaans wordt vernietigd wegens een motiveringsgebrek: indien de Minister goed uitlegt waarom in bepaalde gevallen wordt gekozen voor een meer dan rekenkundige verlaging van de subsidie of bekostiging kan dat zeer goed passen binnen de evenredigheidseis.

### 3.5 Bestuurlijke boete

De onderzochte onderwijswetgeving kent slechts op twee plaatsen het instrument van de bestuurlijke boete. Volgens art. 27 Lpw kan de minister een bestuurlijke boete opleggen aan de schooldirecteur vanwege een specifiek omschreven onjuist gebruik van zijn bevoegdheden tot het verlenen van vrijstelling aan leerlingen, vanwege het in gebreke blijven bij de verplichting tot kennisgeving van verzuim of vanwege het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen aan de minister of het gemeentebestuur. Verder bevat art. 5a.12, vierde lid, Whw een bestuurlijke boete die de minister aan een bekostigde of onbekostigde instelling kan opleggen bij de te late bekendmaking (dat wil zeggen met overschrijding van de termijn van 6 weken) van het verlies van accreditatie.

De vraag is of de bestuurlijke boete een instrument kan zijn dat bredere toepassing verdient in de onderwijswetgeving en of het zelfs een alternatief kan vormen voor het bestaande sanctie-instrumentarium. Door mr. G.A.J. Tijbosch van de directie van WJZ van het ministerie van OCW is een jaar geleden geanalyseerd welke voor- en nadelen zijn verbonden aan het op een grotere schaal invoeren van de bestuurlijke boete in de onderwijswetgeving. Met gebruikmaking van die analyse, maar tegelijk met een eigen benadering van dit vraagstuk, komen wij tot de volgende gedachtegang.

Toekenning van de boetebevoegdheid voor meer feiten dan nu het geval is, kán voordelen hebben uit een oogpunt van effectieve handhaving. Omdat de boete bestraffend van aard is, moet echter steeds de vraag worden gesteld of de bestuurlijke boete aantrekkelijker is dan handhaving door middel van het strafrecht, al dan niet in de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking. De voordelen (en ook de nadelen trouwens) van een boetestelsel hangen voorts samen met het 'model' dat men kiest: gaat het om veel voorkomende, makkelijk vaststelbare feiten, waarvoor bij of krachtens de wet een tariefstelsel is vastgesteld (model A; met als voorbeeld de Wet Mulder), dan wel om minder vaak voorkomende feiten, die niet makkelijk zijn vast te stellen en waarvoor de wet slechts een maximum bedrag noemt (model B) dan wel een tussenvorm?<sup>178</sup> Bij al wat hierna wordt opgemerkt, moet men dit in acht nemen.

Er zijn argumenten van uiteenlopende aard om een bestuurlijke boetebevoegdheid op meer plaatsen in de onderwijswetgeving in te voeren.

1a. De sanctiemogelijkheden bij niet-bekostigde instellingen worden daardoor enorm verbeterd. Een financiële sanctie is daar nu immers in het geheel niet mogelijk en het niet langer kwalificeren van de instelling als school in de zin van art. 1, onderdeel b, subonderdeel 3 Lpw, op grond van art. 1a1 Lpw is een uiterste middel dat niet snel kan worden ingezet.

1b. In het verlengde daarvan kunnen bekostigde en niet-bekostigde instellingen op een vergelijkbare manier handhavend tegemoet worden getreden. Aldus kunnen de belangen van leerlingen/studenten van beide typen instellingen op meer gelijke wijze worden behartigd.

---

<sup>178</sup> De termen model A en model B komen uit het rapport van de Commissie Kortmann Handhaving door bestuurlijke boeten, dat begin 1994 werd uitgebracht.

2. Het handhavinginstrumentarium wordt vergroot; de handhavende instanties zullen beter in staat zijn maatwerk te leveren. Naast de sancties van opschorting, inhouding en terugvordering (door middel van een correctie of gewijzigde vaststelling) van de bekostiging, die primair en doorgaans<sup>179</sup> zo niet steeds het karakter van herstel hebben, is er met de boete ook de mogelijkheid van een bestraffende sanctie. NB: boeten kunnen naast bekostigings sancties worden opgelegd en komen dus niet in de plaats daarvan. Nu een boetebevoegdheid ontbreekt, hebben instellingen wellicht te weinig reden om (bijvoorbeeld) aan hun administratieve verplichtingen te voldoen (zoals het doorgeven van de juiste leerlingenaantallen). De minister repareert hun fout toch wel.<sup>180</sup>
3. Een argument vóór de boete in vergelijking met het reguliere strafrecht is dat de boete zonder rechterlijke tussenkomst kan worden opgelegd. Dit geldt echter evenzeer voor de bestuurlijke strafbeschikking. De inning van de boete kan op grond van art. 5:10 lid 2 Awb zo nodig met een dwangbevel geschieden.
4. Een psychologisch argument (voor wat het waard is) is dat een boete vanwege haar aard mogelijk afschrikwekkender en daarmee preventiever werkt dan de inhouding van een deel van de bekostiging.
5. Bij de keuze voor een tariefstelsel voor gemakkelijk vast te stellen en niet erg zware overtredingen heeft de boetebevoegdheid als voordeel boven inhouding van bekostiging dat toepassing ervan gemakkelijk is. Dit voordeel is er niet bij model B.
6. Een boete kan ten laste komen van het eigen vermogen van een instelling. Een bekostigings sanctie gaat (in theorie) altijd ten koste van de gesubsidieerde activiteiten (het onderwijs).

Daar staat het volgende tegenover:

1. De bestuurlijke boete heeft evenals de bekostigings sancties een financieel karakter en heeft in die zin dus maar een beperkte toegevoegde waarde.
2. Toepassing van de boetebevoegdheid moet (terecht) met veel waarborgen worden omgeven (gelet op de eisen die het EHRM stelt en op de regeling in de Awb). Dit vereist onder meer dat nauwkeurig wordt omschreven voor welke overtreding een boete kan worden opgelegd. Ook komt de overtreder een zwijgrecht toe. Dit brengt mee dat in gevallen waarin de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb belangrijker wordt gevonden dan eventuele bestraffing, geen cautie wordt gegeven en als gevolg daarvan de boete niet (rechtmatig) kan worden opgelegd.
3. Vanwege de zware eisen die aan het bewijs van een bestraffende sanctie worden gesteld, is de boete met name geschikt voor feiten waarbij niet alleen het feit zelf eenvoudig is vast te stellen, maar is ook niet in geschil dát er een overtreding is gepleegd. Dit brengt mee dat boeten zich minder goed lenen voor overtredingen van zorgplichtbepalingen en andere kwalitatieve verplichtingen.

---

<sup>179</sup> Waar slechts sprake is van opschorting en nadat de overtreding is beëindigd, alsnog het volle bedrag wordt betaald, is sprake van een dwangmiddel om herstel te bevorderen. Ook intrekking en terugvordering hebben in beginsel het karakter van herstel, althans als de reden is dat niet is gehandeld op de wijze waarvoor de bekostiging is bedoeld. Dan had men immers op die bekostiging ook geen recht.

<sup>180</sup> Vgl. de opmerkingen van A. op dit punt in het door ons afgenomen interview.

Onze conclusie is daarom dat er in een beperkt aantal situaties reden is over te gaan tot invoering van de bestuurlijke boete. In elk geval kan de boete een belangrijke aanwinst zijn voor de handhaving ten opzichte van de *niet-bekostigde onderwijsinstellingen*, bijvoorbeeld ten aanzien van bekendmakings-, registratie- of inlichtingenplichten, zoals nu ook in de bestaande gevallen is geregeld. Een boete kan voorts nuttig zijn in gevallen waarin van niet naleven van voorschriften met een administratief karakter, zoals de verplichting om een schoolgids of een ander wettelijk voorgeschreven document te hebben of de verplichting om het jaarverslag, de jaarrekening, of de accountantsverklaring (het assurance-rapport) met betrekking tot de bekostigingsgegevens tijdig in te dienen. Het gaat bij deze categorie om overtredingen die eenvoudig door het bestuur kunnen worden vastgesteld. In deze gevallen kan een bestuurlijke boete effectiever zijn en praktisch beter toepasbaar dan het opschorten en/of inhouden van bekostiging. De bestuurlijke boete kan dus voor een aantal categorieën gevallen het sanctiepalet vergroten, maar is tegelijk zeker geen panacee. De boete zou vooral een aanvulling op het bestaande instrumentarium zijn.

#### **4. Rechtsbescherming**

##### *4.1 Beroep in één instantie of in twee instanties?*

Het systeem van rechtsbescherming is aan herziening toe. Consistentie is hier het sleutelwoord. In de eerste plaats adviseren wij te bezien in hoeverre het de voorkeur verdient over de gehele linie van de onderwijswetgeving beroep in twee instanties open te stellen. De reden daarvoor zou zijn aansluiting te bewerkstelligen bij wat de Awb-wetgever als normale situatie voor ogen heeft gehad. Een dergelijke herziening heeft inderdaad onze voorkeur. Er zijn weliswaar diverse uitzonderingen op het uitgangspunt dat rechtspraak in twee instanties dient plaats te vinden, doch er lijkt geen consequente gedachtegang aan deze uitzonderingen ten grondslag te liggen. Het systeem is daarmee verbrokken. Als er geen steekhoudende en doorslaggevende argumenten zijn voor beroep in één instantie, moet daaraan in de onderwijswetgeving niet worden vastgehouden.

Een veel gehoord bezwaar tegen beroep in twee instanties is dat dit vertragend zou werken. Dat is echter niet aangetoond. Tegenover de vertraging die optreedt in de gevallen waarin inderdaad beide instanties worden gebruikt, staat een mogelijke versnelling doordat in de eerste instantie meer rechtbanken voor een gegeven omvang van zaken beschikbaar zullen zijn. Zij kunnen door hun aantal sneller zaken afhandelen dan die ene Afdeling bestuursrechtspraak. In de gevallen waarin niet in hoger beroep wordt gegaan, kan aldus versnelling worden bereikt. In concrete gevallen kan, als de zaak zich daarvoor leent, bovendien toepassing worden gegeven aan art. 8:52 Awb (versnelde behandeling).

Een ander mogelijk bezwaar betreft de geringe zeefwerking. Hoeveel zeefwerking er van de eerste instantie zou uitgaan, is onbekend. Wij zouden ons niet aan een voorspelling willen wagen over de omvang van de zeefwerking op het gebied van het onderwijsrecht, maar er is geen aanleiding te veronderstellen dat die hier (nagenoeg) afwezig zou zijn. We zien immers dat er op andere beleidsterreinen van een zekere zeefwerking sprake is

Een mogelijk bezwaar zou voorts kunnen zijn gelegen in een verondersteld gebrek aan deskundigheid bij de rechtbanken.<sup>181</sup> Wij maken hierbij drie opmerkingen. Ten eerste zou dit bezwaar niet of nauwelijks opgaan ingeval het bekostigingsrecht zou worden aangepast aan het Awb-subsidierecht. Rechtbanken doen immers al veel subsidiezaken. Ten tweede zou dit eventuele gebrek na verloop van tijd hoe dan ook worden opgeheven. De rechtbanken zullen uiteraard wel enige inwerktijd nodig hebben, maar dat geldt altijd als er een verschuiving van rechtsmacht plaatsvindt. Ten derde kan, ingeval het verwachte aantal zaken te gering zou zijn om alle rechtbanken hierop adequaat te laten inwerken, worden gekozen voor het bij wet aanwijzen van een of enkele rechtbanken waarbij het beroep in eerste aanleg kan worden ingesteld. Dat is een figuur die we ook op andere beleidsterreinen tegenkomen. Wij menen dat de extra rechtsbescherming die uitgaat van beroep in twee instanties (die niet alleen gelegen is in de juridische beoordeling, maar ook in de beoordeling van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan) zwaarder dient te wegen dan de hierboven geformuleerde *mogelijke* bezwaren.

#### *4.2 Verbrokkeld systeem van precontentieuze procedures*

Van verbrokking moet in de tweede plaats worden gesproken wanneer men het systeem van rechtsbescherming in de precontentieuze fase beschouwt. Daarbij wordt bedoeld op procedures waarbij geschillen worden beslecht. Klachtenprocedures, zoals we die kennen in de onderwijswetgeving, worden daarbij niet meegerekend. Instanties die in de precontentieuze fase geschillen beslechten zijn noodzakelijk in het onderwijssysteem. Het zorgt ervoor dat betrokkenen in zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs in eerste instantie dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden hebben. Daarmee dient het in feite hetzelfde doel als de Awb: uniformering van rechtsgang. Het voorkomt ook langdurige juridische procedures. Gezien het grote belang van deze procedures verbaast het dat de wetgever geen duidelijke visie op dit onderwerp heeft ontwikkeld. De onderwijswetgeving kenmerkt zich in plaats daarvan door een caleidoscopisch geheel van verschillende procedures van geschilbeslechting in de precontentieuze fases, met evenzoveel instanties (soms bestuursorgaan, soms niet) die dan weer uitspraken doen, dan weer adviezen geven (al dan niet bindend), dan weer besluiten nemen. De wetgever doet er goed aan tot een eenduidige visie op dit stelsel te komen. Als uitgangspunt kan daarbij de "één loketgedachte" worden genomen, zoals die ten grondslag lag aan de totstandkoming van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.<sup>182</sup>

### **5. Overige algemene conclusies**

Met het uitgebrachte advies hebben wij de afwijkingen van de Awb in de onderwijswetgeving in kaart gebracht. Ook hebben wij waar mogelijk afgewogen in hoeverre deze afwijkingen nog bestaansrecht hebben. Soms vereist dat een in (te) hoge mate bestuurlijke afweging. In die gevallen hebben wij de afwijkingen in juridisch perspectief geplaatst, zodat deze afweging in het juiste kader kan plaatsvinden. Tevens zijn wij op specifieke vragen van de begeleidingscommissie ingegaan, zoals de vraag naar de inpassing van de bestuurlijke boete in

---

<sup>181</sup> Vgl. het interview met B.

<sup>182</sup> Kamerstukken II 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 3.



het onderwijsrecht. Hoewel daarmee de gegeven onderzoeksopdracht is vervuld; menen wij er goed aan te doen in het onderstaande een aantal aanbevelingen van meer algemene aard te geven.

De onderwijswetgeving laat zich lastig lezen en nog lastiger doorgronden. Veel valt wat dat betreft te bereiken op het gebied van consistentie en systematiek.

Qua consistentie kwamen hierboven al de nodige voorbeelden naar voren. Het systeem van rechtsbescherming is verbrokken. De bekostigingssystematiek verschilt per wet (hoewel daarvoor goede beleidsmatige overwegingen kunnen bestaan). De aparte aard van de bekostigingssystematiek leidt er daarnaast toe dat zij die incidenteel met de onderwijswetgeving in aanraking komen, daar moeilijk mee uit de voeten kunnen. Daarnaast heeft deze aparte aard geleid tot het creëren van nieuwe handhavingsinstrumenten, zoals de inhouding, die niet nodig zouden zijn geweest als de systematiek meer de Awb had gevolgd. Het leidt ertoe dat betrokkenen weinig houvast hebben wanneer zij zich willen vergewissen van hun rechtspositie. Er is veel te winnen bij het op consequente wijze aanpakken van deze systemen binnen de wetgeving.

Aan systematiek ontbreekt het ook meer dan eens. Als voorbeeld wijzen we op de algemene bepalingen van de Wpo. Deze lijken veeleer het karakter van “overige bepalingen” te hebben. Uitkeringen voor leerlingenvervoer, aangifte van zedenmisdrijven, en onderwijsondersteunende werkzaamheden worden erin geregeld, terwijl dat eigenlijk niet voor de hand ligt. Een ander voorbeeld: zij-instroom wordt geregeld in de titel over bekostiging. In dezelfde titel vinden we ook een uitgebreide regeling over het onderwijsachterstandenbeleid.

Mogelijkerwijs kan een kaderwet onderwijs ten dele uitkomst bieden. In hoeverre dit het geval is dient te worden onderzocht.

## Bronnen

### Literatuur

Beurskens 1984

W.J.J. Beurskens, "Medezeggenschap in het onderwijs en de terughoudendheid van de wetgever", R.M. Themis 1984.

De Boer 2011

J.A. de Boer, "Commentaar art. 4:5 Awb" in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Sdu Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Sdu: Den Haag 2011.

Daalder 2012

E.J. Daalder, "Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb", *NTB* 2012, 24.

Drop 1985

H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, H.D. Tjeenk Willink: Zwolle 1985.

Heerma Van Voss 2012

G. Heerma van Voss, "De Commissie van beroep in het bijzonder onderwijs in een zich wijzigende arbeidsrechtelijke omgeving", in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!, Opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht aangeboden aan Frans Brekelmans*, uitgave Aob: Utrecht 2012.

Kerncijfers 2007-2011

OCW, Kerncijfers 2007-2011, Den Haag, mei 2012.

Leune 1999

H. Leune, *Onderwijs in beweging. Enige opmerkingen over veranderingen in het Nederlandse onderwijs gedurende het laatste kwart van de twintigste eeuw*, uitgave t.g.v. 25 jaar Sociaal en Cultureel Planbureau, Den Haag 1999.

Mentink 1993

D. Mentink, "Algemene aspecten van onderwijswetgeving", in: H.G.W. Münstermann e.a., *Onderwijsrecht en – regelgeving*, Open Universiteit: Heerlen 1993.

Michiels en Jacobs 2000

F.C.M.A. Michiels en M.J. Jacobs, "Bestuursrechtelijke aspecten van de vrijheid van onderwijs", in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht 2000.

Noorlander 2007

C.W. Noorlander, "Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs. Over de problematiek van het besluitbegrip in het onderwijsrecht", *JBPlus* 2007.

Onderwijsraad 2012

Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs*, Den Haag april 2012.

Den Ouden, Jacobs, Verheij 2011

W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, *Subsidierecht*, tweede herziene druk, Kluwer: Deventer 2011.

PG Awb I

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste Tranche*, Alphen aan den Rijn 1993.

Polak 2004

J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Bju 2004.

Schuurmans en Voermans 2010

Y.E. Schuurmans en W. Voermans, "Artikel 8:2 Awb: weg ermee!" in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Bju: Den Haag 2010, p. 813.

Vermeulen en Zoontjens 2000

B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, "Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht", preadvies VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag 2000.

Vermeulen en Poot 2010

B.P. Vermeulen en M.R. Poot, "De Algemene wet bestuursrecht en het onderwijsrecht", in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2010.

Zoontjens 1993

P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van wetenschap. Juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en hoger onderwijs*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 80.

Zoontjens 2007

P.J.J. Zoontjens, "Nieuwe contouren van onderwijsachterstandenbeleid", *School en Wet*, september 2007, nr. 4, p. 6-17.

Zoontjens 2009

P.J.J. Zoontjens, "Toelating en verwijdering van zorgleerlingen", in: P.W.A. Huisman, P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs. een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Kluwer: Deventer 2009.

Zoontjens en Frissen 2005

P.J.J. Zoontjens en P.H.A. Frissen, *Kansen voor harmonisatie van de onderwijswetgeving. Naar een voorzieningenwet voor het onderwijs. Eindrapport uitgebracht aan het ministerie van OCW*, Tilburg: Schoordijk Instituut UvT, 2005.

## **Kamerstukken**

### *Tweede Kamer*

Kamerstukken II 1970-1971, 11 279 nr. 3.  
Kamerstukken II 1988-1989, 21 073, nr. 3.  
Kamerstukken II 1988-1989, 21 221, nr. 3.  
Kamerstukken II 1991-1992, 22 061, nr. 3.  
Kamerstukken II 1993-1994, 23 700 nr. 3.  
Kamerstukken II 1993-1994, 23 778, nr. 3.  
Kamerstukken II 1994-1995, 24 137 nr. A.  
Kamerstukken II 1995-1996, 24 455 nr. 3.  
Kamerstukken II 1995-1996, 24 645 nr. 6.  
Kamerstukken II 1996-1997, 25 410 nr. 3.  
Kamerstukken II 1999-2000, 27 265, nr. 3.  
Kamerstukken II 2000-2001, 27 783, nr. 3.  
Kamerstukken II 2003-2004, 25 425 nr. 7.  
Kamerstukken II 2004-2005, 29 934 nr. 3.  
Kamerstukken II 2006-2007, 30 844 nr. 3.  
Kamerstukken II 2008-2009, 31 751 nr. 3.  
Kamerstukken II 2009-2010, 32 132 nr. 3.  
Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 3.  
Kamerstukken II 2009-2010, 32 193, nr. 4.  
Kamerstukken II 2010-2011, 32 193, nr. 26.  
Kamerstukken II 2011-2012, 33 000, nr. 12.  
Kamerstukken II 2011-2012, 33 336 nr. 3, p. 2.

### *Eerste Kamer*

Kamerstukken I 2006-2007, 21 109, nr. D.

## ***Jurisprudentie***

### *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*

ABRS 18 december 1997, JB 1998, 31, m.nt. JMED, AB 1998, 141, m.nt. BPV.  
ABRS 19 maart 1998, M&R 1998, 83.  
ABRS 17 mei 2001, zaaknr. 200003409/1.  
ABRS 19 april 2006, AB 2006, 296.  
ABRS 12 juli 2006, AB 2008, 63, m.nt. NV, JB 2006, 253, m.nt. F.A.M. S.  
ABRS 19 juli 2006, AB 2007, 41 m.n. B.P. Vermeulen.  
ABRS 2 augustus 2006, AB 2008, 65, m.nt. NV, JB 2006, 274  
ABRS 30 augustus 2006, LJN: AY7173.  
ABRS 14 februari 2007, LJN: AZ8496  
ABRS 18 april 2007, zaaknr. 20060422/1.  
ABRS 21 november 2007, LJN: BB8404  
ABRS 23 januari 2008, zaaknr. 200702332/1  
ABRS 21 mei 2008, LJN: BD2138  
ABRS 30 december 2009, AB 2010, 55, m.nt. W. den Ouden  
ABRS 10 maart 2010, AB 2011, 68, m.nt. J.E. van den Brink  
ABRS 2 februari 2011, LJN BP2849  
ABRS 16 februari 2011, zaaknr. 201004304/1.  
ABRvS 20 juli 2011, AB 2012, 23 m.nt. C.W. Noorlander  
ABRS 3 augustus 2011, LJN BR3986.  
ABRS 7 december 2011, LJN BU7072, AB 2012, 126, m.nt. Van der Grinten  
ABRS 27 juni 2012, AB 2012/378, m.nt. Claessens.  
ABRS 29 augustus 2012, zaaknr. 201113242/1.  
ABRS 10 oktober 2012, zaaknr. 201202619/1

### *College van Beroep voor het bedrijfsleven*

CBb 24 februari 2005, AB 2005, 165.  
CBb 24 april 2012, LJN BW3574

### *Centrale Raad van Beroep*

CRvB 5 januari 2009, AB 2009, 120.

### *Rechtbanken*

Pres. Rb. 's-Gravenhage 4 september 1996, Awb-katern 1996, nr. 110.  
Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000/104, m.n. B.P. Vermeulen (Schaapman).  
Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999, AB 2000, 106, m.n. BPV (Diemen).  
Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2012, LJN BX 2344  
Rb. Rotterdam 21 juli 2008, JOR 2008, 273.

## **Bijlage: gespreksverslagen interviews**

### ***Gespreksverslag interview R, lid van de Raad van State, d.d. 11 januari 2013.***

R. geeft aan dat (het gebrek aan) afstemming tussen de onderwijswetgeving en de Algemene wet bestuursrecht nauwelijks problemen oplevert. Als voorbeeld noemt hij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (een bestuursrechter) die zowel over geschillen van studenten met openbare instellingen als met bijzondere instellingen oordeelt. Met die afwijking van de Awb kan het veld echter goed leven, aangezien geen van de bijzondere instellingen gebruik heeft gemaakt van de aan hen geboden mogelijkheid om een eigen rechtsgang open te stellen. De problemen van enige omvang zien op vragen van materieelrechtelijke aard, zoals, in zaken over gewijzigde vaststellingen van bekostiging, de vraag of een overtreding is begaan en hoe de bewijslast moet worden verdeeld.

Ten aanzien van de precontentieuze geschillenbeslechting stelt R. dat praktische problemen ook te dien aanzien meestal ontbreken. Wel verdient het de consistentie van precontentieuze geschillenbeslechting speciale aandacht, omdat de versnippering van de verschillende procedures groot is. Zo kan gedacht worden aan de invoering van een bezwaarprocedure in zowel het openbaar onderwijs (waarin de procedure dan verloopt via hoofdstukken 6 en 7 van de Awb) als in het bijzonder onderwijs (waarin de procedure van hoofdstukken 6 en 7 van overeenkomstige toepassing zou kunnen worden verklaard).

Daarbij maakt hij wel de kanttekening dat een dergelijke bezwaarprocedure zijn voorkeur niet heeft indien voor het nemen van de ter discussie staande beslissing een bijzondere expertise is vereist, zoals een oordeel over de toelaatbaarheid tot het praktijkonderwijs. In dat soort situaties dient een instantie die over dergelijke expertise beschikt over het geschil te oordelen. R. plaatst hierbij ook nog de opmerking dat hij, wanneer het zaken betreft waarin specialistische kennis is vereist, de toegevoegde waarde van dergelijke precontentieuze procedures groot acht. De rechter heeft, wegens een gebrek aan deskundigheid op dergelijke vlakken, namelijk weinig toe te voegen. Een gerechtelijke procedure zal daardoor meestal afgedaan worden door een deskundigenadvies, dat de rechter, wegens eerdergenoemd gebrek aan deskundigheid, zal volgen. Een gerechtelijke procedure voegt dan niet veel toe, ten opzichte van een precontentieuze procedure bij een instantie die over de vereiste deskundigheid beschikt.

R. merkt verder nog op dat de onderwijswetgever er soms onvoldoende van op de hoogte lijkt te zijn geweest dat bepaalde beslissingen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb opleveren. Hij noemt als voorbeeld de geschillencommissie als bedoeld in art. 167a Wpo. Dit is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder a Awb. De bindende adviezen die dit orgaan uitbrengt, zijn besluiten. Zij brengen immers een verandering aan in de rechtspositie van de betrokken partijen en zijn gebaseerd op een wettelijke, exclusief aan dit orgaan toebedeelde bevoegdheid (een publiekrechtelijke rechtshandeling derhalve). Een ander voorbeeld, waarin de praktijk er nog onvoldoende lijkt doordrongen dat sprake is van een besluit, betreft de openbaarmaking van de rapporten van de onderwijsinspectie. Dit levert volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS een besluit op, aangezien hier sprake is van actieve openbaarmaking in de zin van de Wob. Praktische problemen levert dit alles echter niet op.

***Gespreksverslag interview A. en H., werkzaam bij DUO, d.d. 14 januari 2013.***

A. en H. merken op dat (het gebrek aan) afstemming tussen onderwijswetgeving en de Awb in hun ervaring nauwelijks praktische problemen oplevert.

Twee voorbeelden die zij wel kunnen bedenken zien op de verhouding tussen de correctie van (bijvoorbeeld) art. 34a Besluit bekostiging Wpo en art. 4:49 Awb, alsook de groeibekostiging.

De verhouding tussen art. 34a Besluit bekostiging Wpo en art. 4:49 Awb is problematisch, omdat beide bepalingen van een andere verjaringstermijn uitgaan. Art. 4:49 Awb kent een termijn van vijf jaar, terwijl art. 34a uitgaat van één jaar (met de mogelijkheid van verlenging van één jaar). Hoe deze bepalingen zich precies tot elkaar verhouden, moet nog uitkristalliseren.

Ten aanzien van de groeibekostiging speelt het probleem dat deze tegenwoordig automatisch wordt toegekend. Voldoet een school aan de voorwaarden, dan krijgt deze school extra middelen toegekend. Voldoet een school echter niet, dan gebeurt er niets. De vraag is of en onder welke voorwaarden er bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat tegen het niet toekennen van groeibekostiging. Er is immers geen op schrift gesteld besluit. Men gaat hier op praktische wijze mee om – een school die klaagt krijgt kort gezegd een beslissing toegestuurd, waartegen bezwaar kan worden gemaakt. Maar daarbij speelt onder andere de vraag binnen welke termijn er dan moet worden geklaagd en wanneer de bezwaartermijn eigenlijk een aanvang neemt.

Over het systeem van de verstrekking van bekostiging, en de vraag in hoeverre de vaststelling vooraf zich nog wel verhoudt met het (in beginsel) definitieve karakter van de vaststelling dat de Awb daaraan toekent, stelt A. dat de vaststelling veelvuldig wordt bijgesteld in de loop van het schooljaar, bijvoorbeeld omdat een leerling verkeerd is “gewogen”. Eigenlijk heeft de vaststelling daarmee meer weg van een verlening.

Over het sanctiestelsel merken A. en H. op dat zij weinig zien in een bestuurlijke boete. Hoewel gesteld kan worden dat (bijvoorbeeld) het verkeerd aanleveren van leerlingenaantallen daardoor in beginsel zonder consequenties kan blijven gebeuren (de minister zal de fout repareren), meent A. dat de voordelen van een bestuurlijke boete niet opwegen tegen de nadelen daarvan. In de eerste plaats worden de leerlingen altijd de dupe van een dergelijke sanctie. In de tweede plaats speelt daarbij nog dat de mogelijkheid van het opleggen van een punitieve sanctie een onderzoek naar een overtreding op een zeker moment kan doen “verkleuren”. Een onderzoek kan zijn gericht op het repareren van een in strijd met de bekostigingsregels of –voorwaarden ontstane situatie. Het doel van een dergelijk onderzoek kan, als bepaalde aanwijzingen aan het licht komen, echter ook bestraffing worden. Alsdan zal er een cautie moeten worden gegeven. Dat vertraagt het onderzoek, juridificeert het, en verhindert mogelijk waarheidsvinding en reparatie. Dat is niet in het belang van de leerlingen. A. merkt verder nog op dat bij voortdurende of herhaalde overtredingen kan worden overgegaan tot vervanging van het bestuur. Daarmee wordt verdere overtreding in de toekomst hopelijk voorkomen en van deze sanctie gaat ook genoeg dreiging uit.

Over de handhaving merken de geïnterviewden verder nog op dat zij niet met lasten onder dwangsom werken. De opschorting en inhouding worden op zodanige wijze gebruikt, dat deze veel weg lijken te hebben van een last onder dwangsom.



Ten aanzien van de rechtsbescherming wordt nog opgemerkt dat het enigszins opmerkelijk is dat de ABRvS in eerste en enige instantie oordeelt omtrent de aanvang en de beëindiging van de bekostiging, terwijl dit toch de belangrijkste momenten in de subsidierelatie zijn en ten aanzien van minder belangrijke momenten sprake is van rechtspraak in twee instanties. De ratio hierachter is de geïnterviewden niet duidelijk.

### ***Gespreksverslag interview B., werkzaam als advocaat, d.d. 22 januari 2013***

B. geeft aan weinig praktische problemen in de afstemming tussen onderwijswetgeving en Awb te herkennen. Het eerste voorbeeld wat zich van deze afstemming aandringt, is uiteraard de HBO fraude. Daarin was aan de orde of art. 4:49 Awb nog kon worden benut voor het wijzigen van vaststellingen, naast de mogelijkheden voor correctie die de onderwijswetgeving al bood. Die vraag is door de ABRvS bevestigend beantwoord. Hoewel de jurisprudentie van de ABRvS dienaangaande niet ziet op het primair en voortgezet onderwijs, ziet B. geen enkele reden waarom deze jurisprudentie zich niet ook voor die sectoren zal gelden.

Wel merkt zij op dat de verjaringstermijnen van de correctiebevoegdheden en die van art. 4:49 Awb van elkaar afwijken. Hoewel dat tot nog toe niet tot problemen heeft geleid, sluit zij niet uit dat dat onder omstandigheden wel zou kunnen gebeuren. Bijvoorbeeld wanneer een terugvordering geschiedt op basis van de controle van de jaarrekening (bijv. art. 171 WPO). Men kan zich dan de vraag stellen of het niet vereist is om terugvorderingen te baseren op de correctiemogelijkheden uit het Besluit Bekostiging WPO (art. 34a), en of, indien terugvordering toch geschiedt langs de weg van art. 4:49 Awb, de verjaringstermijnen uit die bepaling door de rechtspraak worden verkort, en dusdoende gelijk worden getrokken met de termijnen uit art. 34a.

Het conceptrapport, dat B. heeft ingezien, geeft haar aanleiding voor een aantal opmerkingen.

In de eerste plaats stelt B. dat zij beperkte toegevoegde waarde ziet in het wijzigen van het systeem van bekostiging naar een systeem waarin de vaststelling na de gesubsidieerde activiteit plaatsvindt. Wel merkt zij op dat zij zich afvraagt of art. 4:49 Awb niet soms te beperkte mogelijkheden biedt voor gewijzigde vaststelling. Uit de jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat, wanneer de Minister op de hoogte is van mogelijk verkeerde bestedingen van bekostiging, dat al bepaalde consequenties moet hebben in de vaststellingsbeschikkingen, ook voordat het onderzoek naar die bestedingen is afgerond. Men mag in zo'n geval dus niet "blind" vaststellen in afwachting van de resultaten van het onderzoek, om pas na afronding van genoemd onderzoek de vaststellingen te wijzigen op grond van art. 4:49 Awb.

In de tweede plaats merkt B. op dat zij niet direct inziet waarom een systeem van vaststelling achteraf de mogelijkheden van terugvordering beperkter zouden maken, aangezien art. 4:48 Awb daar ook een optie voor biedt.

Ten aanzien van de vraag of rechtspraak in twee instanties over de gehele linie aangewezen is, stelt B. in de eerste plaats dat de deskundigheid bij de rechtbanken op het gebied van onderwijsrecht niet altijd even groot is, eenvoudigweg omdat het aantal zaken op dit gebied beperkt is. Zij stelt zich in de tweede plaats op het standpunt dat het feit dat soms rechtsbescherming in één, en soms in twee instanties openstaat, sporadisch tot praktische problemen kan leiden. Zij behandelt een zaak waarin zowel discussie wordt gevoerd over de beëindiging van de bekostiging van een school voor primair onderwijs, als over huisvestingsvraagstukken als bedoeld in art. 110 Wpo. Voor het eerste geschil dient zij de Raad van State te adiëren, voor het tweede geschil moet ze bij de rechtbank zijn. Dat is vreemd omdat de twee procedures over dezelfde (rechts)vragen handelen. In de derde plaats merkt B. nog op dat bij geschillen over de beëindiging van de bekostiging snelheid geboden is. Je kunt een school niet lang in onzekerheid laten over diens voortbestaan. Dat kan een argument zijn om beroep in één instantie te handhaven.

Ten aanzien van de rechtsbescherming geeft B. nog het volgende aan omtrent de administratief beroepsprocedure van art. 110 lid 2 Wpo (waarin GS een geschil omtrent huisvesting beslechten). In voornoemde zaak heeft zij van deze procedure gebruik moeten maken. Zij heeft niet de indruk dat deze rechtsgang veel toegevoegde waarde heeft. Ook GS waren er overigens niet van op de hoogte dat zij hierin überhaupt een rol hadden te vervullen. Historisch gezien is dit administratieve beroep overigens wel te verklaren. Ten tijde van de invoering hiervan, bestond bestuursrechtelijke rechtsbescherming nauwelijks en op deze manier werd toch een vorm van rechtsbescherming geboden.

Over sancties stelt B. dat in het onderwijsrecht niet is gekozen voor lasten onder dwangsom / bestuursdwang, maar voor de aanwijzing in combinatie met inhouding en opschorting van bekostiging. Daar heeft zij als enige probleem mee dat onduidelijk is wanneer een dergelijke aanwijzing kan worden gegeven, en wat de aanwijzing dan precies moet inhouden. De wet geeft daar geen duidelijke criteria voor. Desalniettemin is het een nuttig instrument. Eens in de zoveel tijd zal er een zaak voorbijkomen waarin hiervan gebruik zal moeten worden gemaakt. In beginsel ziet B. geen problemen om de aanwijzingsbevoegdheid ook te gebruiken voor scholen die langere tijd gebrekkige kwaliteit leveren.

Over de mogelijkheid van de invoering van een boetebevoegdheid geeft B. aan daar geen principiële bezwaren tegen te hebben. Wel moet de overtreding, waarvoor een boete kan worden gegeven, duidelijk zijn omschreven. Een geval als de HBO-fraude vindt B. een geval waarin zij meent dat boetes gepast zouden kunnen zijn. Het argument dat door boetes de voorziening wordt aangetast, vindt zij niet direct overtuigend. Of, en in welke mate dat het geval is, is een vraag die bij de oplegging van de boete aan de orde kan komen. Voordat men overgaat tot invoering van een boetebevoegdheid dient wel te worden gekeken of dit wat toevoegt ten opzichte van de bestaande instrumenten van opschorting en inhouding.