

Bij Kabinetsmissive van 17 juni 2013, no.13.001229, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de Wet op het onderwijstoezicht in verband met de versterking van de kwaliteitswaarborgen voor het hoger onderwijs alsmede tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de Wet educatie en beroepsonderwijs in verband met de introductie van een aanwijzingsbevoegdheid voor de minister (Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs), met toelichting.

In het wetsvoorstel Versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs (Kamerstukken 33 472) wordt voor het hoger onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs een aanwijzingsbevoegdheid van de minister geïntroduceerd in geval van met name financieel-bestuurlijk wanbeheer. Deze bevoegdheid bestaat al voor het primair en het voortgezet onderwijs. De nota van wijziging behelst een uitbreiding van deze aanwijzingsbevoegdheid en maakt het voor de minister mogelijk om ook te interveniëren indien (1) dat noodzakelijk is om de kwaliteit of goede voortgang van het onderwijs aan de school of instelling te waarborgen en (2) zonder aanwijzing de kwaliteit van het onderwijsstelsel in gevaar zou komen. De voorgenomen uitbreiding zal op alle onderwijssectoren van toepassing zijn.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van de nota van wijziging opmerkingen over het nut en de noodzaak van de voorgestelde uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid. Allereerst geven de tekst van de voorgestelde bepalingen en de toelichting onvoldoende houvast en helderheid ten aanzien van de omvang van de aanwijzingsbevoegdheid. Aan de minister wordt een nagenoeg ongenormeerde bevoegdheid toebedeeld, doordat de reikwijdte van de krachtens de aanwijzingsbevoegdheid te nemen maatregelen niet is aangegeven. Daar komt bij dat de Afdeling al eerder heeft benadrukt dat de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden pas aan de orde is indien niet kan worden volstaan met een optimale toepassing van bestaande wetgeving. Uit de toelichting bij dit wetsvoorstel blijkt niet dat is bezien of kan worden volstaan met de huidige toezichtsinstrumenten met betrekking tot de onderwijskwaliteit, de aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van financieel-bestuurlijk wanbeheer en de eventuele verdere aanscherping van het financiële toezicht. Tegen die achtergrond ontbreekt de noodzaak van de aanwijzing als onontbeerlijk en effectief middel om bij acute systeembedreigende kwaliteitsproblemen te kunnen optreden, mede gezien de huidige en de voorgestelde financiële toezichtsmechanismen.

De Afdeling is van oordeel dat de nota van wijziging in verband daarmee nader dient te worden overwogen.

1. Nut en noodzaak voorgestelde uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid
 - a. *De omvang van de aanwijzingsbevoegdheid*

De nota van wijziging breidt de oorspronkelijke reikwijdte van het begrip ‘wanbeheer’ uit, en daarmee de bevoegdheid van de minister om een aanwijzing te geven, welke opgevolgd moet worden op straffe van een bekostigings sanctie. Het oorspronkelijke begrip betrof alleen financieel-bestuurlijk disfunctioneren (en bestuurlijke intimidatie).¹ Met de voorgestelde uitbreiding van het begrip ‘wanbeheer’ wordt beoogd de minister ook de bevoegdheid te verschaffen om een aanwijzing te geven bij ernstige nalatigheid van het bestuur of de raad van toezicht om maatregelen te treffen, die noodzakelijk zijn om een (ernstige) bedreiging van de onderwijskwaliteit van de instelling en de daaruit voortvloeiende bedreiging van de kwaliteit van de betreffende onderwijssector af te wenden. Het begrip (bedreiging van de) ‘kwaliteit’ van het onderwijs als criterium voor de toepassing van de aanwijzingsbevoegdheid is niet nader omlijnd. Weliswaar stelt de toelichting dat de aanwijzingsbevoegdheid eerst gehanteerd mag worden wanneer sprake is van het – herhaaldelijk – niet naleven van een bekostigingsvoorwaarde, maar dit blijkt niet uit de wettekst. De toelichting geeft geen enkele indicatie om welke bekostigingsvoorwaarden het hierbij zou gaan. Gesteld wordt slechts, dat wat ernstige problemen voor de kwaliteit precies zijn moeilijk vooraf is aan te geven, en onder meer bepaald wordt door de inhoud (‘bijvoorbeeld een belangrijk stuk van het onderwijs voldoet in hoge mate niet’).

Zoals de Afdeling eerder met betrekking tot het oorspronkelijke wetsvoorstel heeft opgemerkt, komt de minister geen handhavingsbevoegdheid en derhalve ook geen aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van onderwijsinstellingen toe indien niet vaststaat dat een in de wet neergelegde bekostigingsvoorwaarde wordt overtreden.² Een instelling die zich aan de wettelijke voorwaarden houdt dient niet met overheidsingrijpen te worden geconfronteerd. Een aanwijzingsbevoegdheid kan dan ook niet preventief worden ingezet. De regering heeft deze uitgangspunten in het nader rapport onderschreven,³ en herhaalt dat in de nota van toelichting.⁴ Een aanwijzingsbevoegdheid wegens niet nader omschreven ‘onderwijskundig falen’⁵ – tot uiting komend in niet nader gedefinieerde problemen met betrekking tot de kwaliteit of de goede voortgang van het onderwijs – past dan ook niet in de visie van de wetgever op de inrichting en de rol van het toezicht op de kwaliteit van het onderwijs. Deze visie houdt in dat onderwijskwaliteitsmaatstaven neergelegd moeten worden in nauwkeurig omlijnde wettelijke deugdelijkheidseisen annex bekostigingsvoorwaarden, om te voorkomen dat de overheid zich te veel inlaat met de inrichting van het onderwijs.⁶ Het voorgaande klemt te meer, nu niet bepaald is tot hoever en waartoe de aanwijzingsbevoegdheid kan strekken. In de tekst en de toelichting wordt de reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid en de vanwege een aanwijzing te nemen maatregelen niet gedefinieerd. Aldus wordt de minister een nagenoeg ongenormeerde bevoegdheid gegeven, die niet begrensd is door een koppeling met de overtreding van in de wet neergelegde bekostigingsvoorwaarden, in de zin dat die bevoegdheid slechts ziet op het opheffen van die overtreding.⁷ Die bevoegdheid kan derhalve volgens het voorstel ook de opdracht inhouden om bepaalde voorgeschreven onderwijsinhoudelijke en

¹ Van wanbeheer is ingevolge Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 2 sprake in het geval van (a) wanbeleid, (b) ongerechtvaardigde verrijking, (c) handelen in strijd met wettelijke bepalingen waarmee financieel voordeel wordt behaald ten gunste van de instelling, bestuurders of toezichthouders en (d) intimidatie of bedreiging van personeel of studenten door een bestuurder of toezichthouder.

² Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 4, blz. 18.

³ Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 4, blz. 19.

⁴ Dienovereenkomstig worden door de Nota van wijziging verwijzingen in de WPO en de WVO naar de “kennelijke geest” van de wet geschrapt.

⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33 495, nr. 10, blz. 22.

⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 4, blz. 6-7.

⁷ Vgl. artikel 15.1 van de WHW.

onderwijsbeleidsmatige maatregelen te nemen. Daarmee wordt zonder adequate wettelijke grondslag in de autonomie van onderwijsinstellingen getreden.

b. *Aanleiding: financieel-bestuurlijke problemen bij Amarantis*

De nota van wijziging vindt haar oorsprong in de gebeurtenissen bij de Amarantis Onderwijsgroep, die in 2012 als gevolg van financiële problemen ten onderging.⁸ De toelichting vermeldt dat in het kader van de naar aanleiding daarvan gevoerde discussie over de versterking van de bestuurskracht in het onderwijs, die heeft geresulteerd in de ‘aprilbrief’ aan de Tweede Kamer, Versterking bestuurskracht onderwijs,⁹ een lacune in de interventiemogelijkheden is vastgesteld. Indien er vanwege bestuurlijk wanbeheer ernstige problemen zijn met de onderwijskwaliteit ontbeert de minister het – noodzakelijke – middel van de aanwijzing, aldus de toelichting. Naar het oordeel van de Afdeling is deze noodzaak evenwel niet aangetoond.

In december 2012 presenteerde de Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis (hierna: de commissie) haar rapport *Autonomie verplicht; rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis*. Het rapport concludeert onder meer dat het externe toezicht “niet voldoende was afgestemd op de aard en ernst van de problematiek bij Amarantis”.¹⁰ De commissie stelt vast dat het verscherpt of geïntensiveerd financieel toezicht weinig meer inhield dan dat de organisatie de Inspectie tweemaal per jaar de nodige financiële stukken moest toesturen en de Inspectie tussentijds diende te informeren over ontwikkelingen met ernstige of verstrekkende financiële gevolgen. Eerst eind 2011/begin 2012 werd duidelijk dat Amarantis in “zwaar weer” verkeerde. Uit het rapport blijkt verder dat de minister geen gebruik heeft gemaakt van de aanwijzingsbevoegdheid wegens financieel wanbeheer of dat op enig moment heeft overwogen, blijkbaar omdat de problemen vooral lagen in het mbo-deel.¹¹

In het rapport doet de commissie een dertigtal aanbevelingen, gericht op de versterking van het bestuurlijk handelen en het toezicht op de financiële positie van publiek bekostigde instellingen. De voorstellen hebben betrekking op het college van bestuur en de raad van toezicht, de medezeggenschap, de instellingsaccountant, het financiële toezicht en de informatievoorziening tussen de inspectie en het ministerie. In de eerder genoemde ‘aprilbrief’ zijn deze voorstellen nader uitgewerkt.¹² Daarnaast is de commissie van mening dat de minister, als stelselverantwoordelijke, voor de mbo-sector én de vo-sector over meer interventiemogelijkheden dient te beschikken waar het onderwijsbelang dit noodzakelijk maakt. Zij stelt onder meer voor de minister een bredere aanwijzingsbevoegdheid te geven in het geval een instelling onder verscherpt of intensief toezicht staat en niet alleen in het geval van slecht bestuur of wanbeleid.¹³ De nota van wijziging strekt kennelijk ter uitvoering van deze laatste aanbeveling. De Afdeling merkt in dit verband het volgende op.

In een situatie waarin financiële problemen leiden tot problemen met betrekking tot de onderwijskwaliteit, ligt de oorzaak bij die financiële problemen en het bestuurlijk-financieel falen voor zover dat aan die financiële problemen ten grondslag ligt. De

⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33 495.

⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33 495, nr. 10.

¹⁰ *Autonomie verplicht*, blz. 66.

¹¹ Voor welk deel eerst na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel ook een aanwijzingsbevoegdheid zal gelden.

¹² Kamerstukken II 2012/13, 33 495, nr. 10.

¹³ *Autonomie verplicht*, blz. 71. Op blz. 70 lijkt de commissie deze aanwijzingsbevoegdheid te willen reserveren voor intensief toezicht.

Afdeling wijst erop dat in die situatie de inspectie en de minister al over tal van mogelijkheden beschikken – of op grond van het oorspronkelijke wetsvoorstel 33 472 zullen gaan beschikken – om de rechtmatigheid en doelmatigheid van het financiële beleid van instellingen te onderzoeken, te corrigeren en zo nodig te doen wijzigen.¹⁴ Verder verzet geen enkele regel zich tegen de uitwisseling van informatie tussen de verschillende inspectieonderdelen, in die zin dat het financieel toezicht en het onderwijskundig toezicht informatie, kennis en ervaring delen. Daarnaast is de minister bevoegd de inspectie een aanwijzing te geven indien het toezicht niet doelmatig wordt uitgeoefend. Ook kan de minister onderzoek bij individuele instellingen gelasten naar aanleiding van signalen van buitenaf die mogelijk kunnen leiden tot gevolgen op stelselniveau.¹⁵ Ten slotte worden in de ‘aprilbrief’ nadere voorstellen gedaan om het financiële toezicht te versterken. Met de adequate inzet van deze middelen kan worden voorkomen dat het financiële probleem escaleert. Daarmee kan tevens worden voorkomen dat het onderwijsstelsel als geheel onder druk komt te staan.

Dat niet zozeer het toezicht op de onderwijskwaliteit maar het financiële toezicht beter toegepast en versterkt moet worden, blijkt ook uit de meer algemene analyse van de commissie waarin zij aandacht besteedt aan maatschappelijke wijzigingen van sociaal-economische aard. Nadat de commissie heeft geconcludeerd dat bestuur en toezicht niet waren opgewassen tegen de aard en ernst van de financiële problematiek bij Amarantis, wijst zij op de verantwoordelijkheid van de minister voor het onderwijsstelsel als geheel. De commissie onderstreept dit punt door te benadrukken dat de economische crisis, vastgoedproblemen en de afnemende bevolkingsgroei van grote invloed zijn op de financiële positie van onderwijsinstellingen.¹⁶ Een tweede ontwikkeling die de commissie beschrijft, is de schaalvergroting in het voortgezet onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs. Schoolbesturen zijn soms zo groot dat zij aanmerkelijke delen van ‘het bestel’ omvatten, waardoor grote aantallen leerlingen geen onderwijs meer zouden kunnen volgen indien de school gesloten zou worden. Beide ontwikkelingen leggen volgens de commissie de opdracht bij de minister om – gegeven zijn stelselverantwoordelijkheid – de ontwikkelingen bij schoolbesturen op de voet te volgen en “in die gevallen waar het onderwijsbelang dit noodzakelijk maakt”, te kunnen interveniëren. Daarmee duidt de commissie niet zozeer op de kwaliteit van het onderwijs, maar op het voortbestaan van een instelling als zodanig in combinatie met de schaal ervan. Ook de voorbeelden die in de Kamerbrief Versterking bestuurskracht onderwijs worden genoemd (krimpgebieden, risicovolle investeringen) hebben als zodanig niet met onderwijskwaliteit van doen.

Gelet hierop is uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid tot situaties van onderwijskundig en -beleidsmatig falen onnodig. Er zijn geen aanwijzingen dat minister en inspectie op dit terrein onvoldoende bevoegdheden hebben.¹⁷ Volstaan kan worden met verbetering van het financieel-bestuurlijk toezicht, waartoe de ‘aprilbrief’ voorstellen heeft gedaan.

¹⁴ Zo is er het accountantsonderzoek en het financiële toezicht, kunnen onrechtmatig bestede gelden worden teruggevorderd, kan de bekostiging bij overtreding van bekostigingsvoorwaarden worden opgeschort, ingehouden of teruggevorderd, kan de minister een aanwijzing geven (na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel ook in de mbo- en de ho-sector) en als belanghebbende bestuurders via de burgerlijke rechter laten ontslaan in geval financieel wanbeheer (ook al is de school financieel gezond), en is er de mogelijkheid aangifte te doen bij een redelijk vermoeden van strafbare feiten door een of meer bestuurders.

¹⁵ Artikel 2 juncto 11 van de Wet op het onderwijstoezicht.

¹⁶ Daarnaast kan ook worden gewezen op aanpassingen in het overheidsbeleid, zoals de verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd, die tot extra uitgaven voor de scholen leidt.

¹⁷ Illustratief is in dit verband dat de commissie opmerkt dat, waar een specifiek, uitgewerkt toezichtkader voor het financieel toezicht in 2012 nog ontbrak, “het toezicht op onderwijskwaliteit al sinds jaar en dag functioneert.”

c. *Effectiviteit van de aanwijzingsbevoegdheid*

Ondanks de verbeteringen die worden verwacht van de agenda versterking bestuurskracht, kan volgens de toelichting daarnaast de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid “hoe dan ook” niet worden gemist, omdat er “grote belangen in het geding kunnen zijn die *acute bescherming* behoeven”. Kennelijk is de veronderstelling dat met een aanwijzing tijdig en effectief kan worden ingegrepen om een tot dan niet gesignaleerde ernstige bedreiging van de onderwijskwaliteit op te heffen. Dit is echter niet waarschijnlijk, gezien de voorwaarden die gelden voor het geven van een aanwijzing.

De Afdeling stelt voorop dat de aanwijzingsbevoegdheid niet bedoeld kan zijn en niet bedoeld is om misstanden te voorkomen, maar om misstanden op te heffen. Er moet derhalve eerst geconstateerd zijn dat er serieuze kwaliteitsproblemen zijn die voortvloeien uit het niet naleven van bekostigingsvoorwaarden, en het moet duidelijk zijn dat het bestuur niet bereid of in staat is daaraan iets te doen. Daarnaast moeten andere interventiemogelijkheden zijn uitgeput; de aanwijzing is uitdrukkelijk bedoeld als ultimum remedium, het alternatief voor een bekostigingsmaatregel die een instelling verder in de problemen zou brengen dan wel niet de gewenste bestuurlijke gedragsverandering met zich brengt.¹⁸ Aan de mogelijkheid tot sanctionering gaat immers een intensief proces vooraf, waarin de instelling voortdurend wordt gevolgd om te zien of ze in staat is het kwaliteitstekort of de financiële problemen zelf op te heffen. In dat kader moet vast komen te staan dat andere, minder ingrijpende middelen dan de aanwijzing, zoals het inschakelen van een derde, een bestuurlijk gesprek of het (voorwaardelijk of gedeeltelijk) inhouden van de bekostiging geen resultaat hebben (gehad). De aanwijzing is immers bedoeld als laatste middel, voorafgaand aan de beëindiging van de bekostiging. Als voorwaarde om de aanwijzing op te leggen geldt daarnaast dat de inspectie een rapport heeft uitgebracht, dat voor hoor en wederhoor is voorgelegd aan het bestuur van de school. Er moet een termijn van vier weken in acht worden genomen, zodat het bestuur kan reageren op het voornemen tot aanwijzing; tegen de aanwijzing staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Hieruit volgt dat de aanwijzing niet geschikt is om snel te kunnen reageren op acuut optredende problemen, maar hooguit het laatste middel is in een al langer durend proces van kwaliteitsverval. Met adequaat financieel toezicht moet het uitgesloten zijn dat pas in het laatste stadium, waarbij sprake is van omvangrijke kwaliteitsproblemen die een hele onderwijssector bedreigen, die problemen gesignaleerd worden en acuut optreden door middel van een aanwijzing noodzakelijk is.

d. *Conclusie*

De tekst van de voorgestelde bepalingen en de toelichting geven onvoldoende houvast en helderheid ten aanzien van de omvang van de aanwijzingsbevoegdheid. Het begrip (bedreiging van de) ‘kwaliteit’ van het onderwijs wordt niet nader omschreven. De samenhang met het in de toelichting genoemde vereiste dat sprake moet zijn van overtreding van wettelijke bekostigingsvoorwaarden is onduidelijk. De minister wordt een nagenoeg ongenormeerde bevoegdheid toebedeeld, doordat de reikwijdte van de krachtens de aanwijzingsbevoegdheid te nemen maatregelen niet aangegeven is. Bovendien moet kritisch worden gekeken naar de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden, zolang niet vaststaat dat niet kan worden volstaan met een optimale toepassing van bestaande wetgeving. Ten onrechte is niet bezien of kan worden

¹⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 4, blz. 19: “De aanwijzingsbevoegdheid is nadrukkelijk bedoeld als ultimum remedium en is nevenschikkend aan de bekostigingssanctie.”

volstaan met de huidige toezichtsinstrumenten met betrekking tot de onderwijskwaliteit, de aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van financieel-bestuurlijk wanbeheer en de eventuele verdere aanscherping van het financiële toezicht. Relevant is daarbij dat de problematiek in de casus-Amarantis, welke de aanleiding is voor de nota van wijziging, primair een financieel-bestuurlijke was, zodat een dergelijke problematiek niet opgelost zou moeten worden met een aanwijzingsbevoegdheid op onderwijskundig vlak. Naar het oordeel van de Afdeling ontbreekt de noodzaak van de aanwijzing als onontbeerlijk en effectief middel om bij acute systeembedreigende kwaliteitsproblemen te kunnen optreden, mede gezien de huidige en de voorgestelde toezichtsmechanismen. Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling de nota van wijziging te heroverwegen.

2. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat de nota van wijziging niet wordt gezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
betreffende no.W05.13.0173/I

- In artikel I, onderdeel B, na “beroepsonderwijs” toevoegen: in gevaar.