

DE JURIDISCHE ADRESSANT VAN DE AANWIJZINGSBEVOEGDHEID IN DE WEB EN WHW

Onderzoeksrapport voor het ministerie van O,C en W

17 januari 2014

Prof. mr. P.W.A. Huisman, Erasmus School of Law/ De Haagse Hogeschool
Mr. dr. C.H.C. Overes, Faculteit rechtsgeleerdheid VU Amsterdam

Inhoudsopgave

1. Inleiding, context en onderzoeksvragen

- 1.1 Aanleiding onderzoeksvraag: de motie Bisschop (SGP) bij wetsvoorstel Kwaliteitswaarborgen HO
- 1.2 Adviescontext en onderzoeksvragen
- 1.3 Afbakening, methodologie en leeswijzer

2. De grondwettelijke en wettelijke inkleuring van het begrip bevoegd gezag en mogelijke noodzaak tot wijziging

- 2.1 Grondwettelijke context
 - 2.1.1 Drie deelvrijheden en duale karakter
 - 2.1.2 Toenemende ingrepen in de bestuurlijke inrichting
- 2.2 Terminologie en definitie bevoegd gezag in verschillende onderwijswetten
 - 2.2.1 Grondpatroon: onderscheid tussen publiek- en privaatrecht
 - 2.2.2 Wetgeschiedenis WEB: college van bestuur
 - 2.2.3 Wetgeschiedenis WHW: instellingsbestuur
- 2.3 Uitgangspunten en toetsing aan het rechtspersonenrecht
 - 2.3.1 Bekostigingsrelatie met de rechtspersoon en taken bestuur volgens boek 2 BW
 - 2.3.2 Het stellen van eisen aan het besturen van onderwijsinstellingen in WEB en WHW
- 2.4 Conclusies en antwoorden deelvragen 1 en 2
 - 2.4.1 Waardering typering/definitie college van bestuur/instellingsbestuur als bevoegd gezag in WEB en WHW
 - 2.4.2 Noodzaak tot harmonisatie van de term 'bevoegd gezag' voortvloeiende uit het rechtspersonenrecht

3. Adressant van de aanwijzingsbevoegdheid

- 3.1 Wetsgeschiedenis en waardering
 - 3.1.1 De adressant van de aanwijzing in andere wetten en eerdere wetsvoorstellen
 - 3.1.2 De adressant van de aanwijzing in de wet Kwaliteitswaarborgen ho
- 3.2 Toetsing aan het rechtspersonenrecht
 - 3.2.1 Bevoegdheden raad van toezicht
 - 3.2.2 De instructiebevoegdheid in het rechtspersonenrecht
- 3.3 Conclusies en antwoord deelvraag 3

4. Antwoorden en wetgevingsconsequenties

- 4.1 Antwoorden

4.2 Wetgevingsconsequenties en antwoord vierde deelvraag

Literatuurlijst

1 Inleiding, context en onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk is een algemene inleiding, een omschrijving van de context en de specifieke onderzoeksvragen. De slotparagraaf gaat in op de afbakening en methodologie van het onderzoek en bevat een leeswijzer.

1.1 Aanleiding onderzoeksvraag: de motie Bisschop (SGP) bij wetsvoorstel Kwaliteitswaarborgen HO

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs¹ is door de Tweede Kamer een motie² aangenomen, ingediend door het lid Bisschop van de SGP-fractie die luidt als volgt:

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid vergaand kan ingrijpen in de inrichting van rechtspersonen, maar dat onduidelijkheid bestaat over de vraag aan wie de aanwijzingsbevoegdheid in het middelbaar beroepsonderwijs en in het hoger onderwijs gericht moet worden wanneer het bijzondere instellingen betreft;

constaterende dat de vormgeving van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid er ten aanzien van het bijzonder onderwijs toe kan leiden dat de rechtspersoon uiteindelijk met bekostigings sancties kan worden geconfronteerd, terwijl het bestuur van de rechtspersoon volgens de regering geen mogelijkheden bezit om geconstateerde problemen aan te pakken en ingrijpende sancties te voorkomen;

verzoekt de regering, met het oog op de deugdelijke en adequate werking van de aanwijzingsbevoegdheid spoedig een tweetal hoogleraren onderwijsrecht te consulteren over de vraag wie in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs het bevoegd gezag vormt wanneer het bijzondere instellingen betreft, en de Kamer over de uitkomst te rapporteren,

en gaat over tot de orde van de dag.

¹ Inmiddels aangenomen en gepubliceerd in Stb. 2013,558.

² Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 29.

Uit de discussie die in de Tweede Kamer voorafgaand aan het indienen van de motie is gevoerd, is duidelijk geworden dat de indiener van de motie vraagtekens stelt bij de keuze van de wetgever voor het college van bestuur als bevoegd gezag en als aanspreekpunt voor de minister. Het introduceren van de aanwijzingsbevoegdheid was daarvoor de aanleiding. In het wetsvoorstel Versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs is daarbij voor het mbo en ho gekozen voor de raad van toezicht als aanspreekpunt.³ Volgens de indiener van de motie zou dat, evenals bij het po en vo, “de rechtspersoon die de instelling in stand houdt” moeten zijn⁴. De rechtspersoon vormt naar zijn mening ook het bevoegd gezag. Hij beroept zich daarbij op het rechtspersonenrecht, zoals geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

1.2 Adviescontext en onderzoeksvragen

Gelet op het voorgaande liggen de volgende vragen ter beantwoording voor:

1. Hoe is de door de wetgever gemaakte keuze voor het college van bestuur als bevoegd gezag van bijzondere instellingen te waarderen in het licht van de systematiek en de geschiedenis van de onderwijswetgeving in het algemeen en die van het mbo en ho in het bijzonder, mede tegen de achtergrond van het rechtspersonenrecht zoals geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek?
2. Is er, afhankelijk van het antwoord op de eerste vraag, mede gelet op de wijze waarop de huidige wettelijke regeling in de praktijk wordt gehanteerd, noodzaak tot aanpassing van de WEB en de WHW?
3. In het po en vo is de aanwijzingsbevoegdheid gericht tot de rechtspersoon die de school in stand houdt, in mbo en ho is dat volgens het wetsvoorstel Versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs de raad van toezicht. Het is thans in de WEB en WHW geregeld dat het de raad van toezicht is die de leden van het college van bestuur benoemt, schorst en ontslaat en ook in ander opzicht van het college van bestuur verantwoording vraagt. Hoe is deze keuze te waarderen in het licht van de systematiek en de geschiedenis van de onderwijswetgeving in het algemeen en die van het mbo en ho in het bijzonder, mede tegen de achtergrond van het rechtspersonenrecht zoals geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek? Is in dit verband nog van belang of een rechtspersoon één instelling in stand houdt of dat dit er meer zijn?
4. Mochten de antwoorden op de vorige vragen ertoe leiden dat de rechtspersoon die de instelling in stand houdt op meer plaatsen in de wet zou moeten worden genoemd, hoe

³ Als het gaat om een zogenoemde ‘one-tier-constructie’ geldt een iets afwijkende constructie.

⁴ In lijn met het funderend onderwijs dient de aanwijzingsbevoegdheid zich bij bijzondere instellingen overigens te richten op de rechtspersoon, en niet op een orgaan van de rechtspersoon.”, Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 25, p. 15.

is dan wat de WHW betreft verwarring met de daarin ook voorkomende terminologie van de “rechtspersoon voor hoger onderwijs” te voorkomen?

Als context dient daarbij meegenomen te worden dat volgens de WEB (expliciet) en de WHW (impliciet) het bevoegd gezag gevormd wordt door het college van bestuur van de instelling, ook als het bijzondere instellingen betreft. Hiervoor is door de wetgever bewust gekozen bij respectievelijk de wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Stb. 2009, 151; Kamerstukken 30 599) en de Wet versterking besturing (Stb. 2010, 119; Kamerstukken 31 821)⁵.

1.3 Afbakening, methodologie en leeswijzer

Dit onderzoek spitst zich toe op het aanspreekpunt van de aanwijzingsbevoegdheid in de WEB en WHW, voor zover het bijzonder onderwijs betreft. Daarbij zal een analyse plaatsvinden van het ‘bevoegd gezag’ begrip zoals dat is vertaald in de diverse onderwijswetten en de verhouding van de onderwijswetgeving ten opzichte van het rechtspersonenrecht, met name boek 2 BW. Aan de hand van een beknopte wetshistorische analyse wordt nagegaan welke verklaring er is voor de afwijkende terminologie en in hoeverre dit door de wetgever en (onderwijsjuridische) dogmatiek is gewaardeerd. Tevens is een belangrijk te onderzoeken aspect of de aanwijzingsbevoegdheid gericht dient te zijn aan de rechtspersoon, dan wel een specifiek orgaan. De al dan niet (grond)wettelijke toelaatbaarheid van de aanwijzingsbevoegdheid als zodanig is geen onderdeel van dit onderzoek.

Dit onderzoek is verricht met behulp van desk-research, raadpleging van literatuur, Kamerstukken en mogelijk relevante jurisprudentie.

In hoofdstuk 2 worden vraag 1 en 2 behandeld, vraag 3 komt aan bod in hoofdstuk 3. Hoofdstuk 4 bevat beknopt de antwoorden op de vragen, waarbij we op hoofdlijnen door enkele voorbeelden consequenties voor de wetgeving schetsen op basis van de antwoorden in hoofdstuk 2 en 3. Daarbij zal ook de vierde deelvraag aan de orde komen.

⁵ Zo is in de memorie van toelichting bij de bedoelde wijziging van de WEB het volgende te lezen: “De begripsbepaling van bevoegd gezag is gewijzigd voor zover het een bijzondere instelling betreft. Het college van bestuur is voortaan bevoegd gezag van deze instelling en daarmee aanspreekpunt voor de minister. Voorts is een begripsbepaling opgenomen voor het college van bestuur van een bijzondere instelling. Daarin is bepaald dat het orgaan dat als zodanig optreedt wordt aangewezen in de statuten.” Kamerstukken II 2005/06, 30 599, nr. 3 p. 6.

2 De grondwettelijke en wettelijke inkleuring van het begrip bevoegd gezag en mogelijke noodzaak tot wijziging

Dit hoofdstuk gaat in op de grondwettelijke context, meer bepaald de reikwijdte van de vrijheid van inrichting. Voorts wordt ingegaan op de (afwijkende) wetgeschiedenis inzake de definitiebepaling van bevoegd gezag in WEB en WHW. De rechtspersonenrechtelijke analyse komt aan bod in derde paragraaf, en geeft ook het antwoord op de vraag of vanuit het rechtspersonenrecht het aan te bevelen zou zijn om bij bijzondere instellingen de rechtspersoon als bevoegd gezag aan te merken in de WEB en WHW. De slotparagraaf bevat de antwoorden op de eerste en tweede deelvraag.

2.1 Grondwettelijke context

2.1.1 Drie deelvrijheden en duale karakter

De vrijheid van het bijzonder onderwijs, zoals vastgelegd in artikel 23 Grondwet, is te onderscheiden in drie deelvrijheden, de vrijheid van stichting (de vrijheid om een school op te richten), de vrijheid van richting (de vrijheid om de eigen godsdienstige- of levensbeschouwelijke grondslag in het onderwijs tot uitdrukking te brengen, en op deze grond personeel en leerlingen te selecteren) en de vrijheid van inrichting, door de Onderwijsraad omschreven als “ de vrijheid van het schoolbestuur te kiezen voor een bepaalde onderwijskundig-pedagogische visie, de vrijheid om de eigen huishouding en de bijbehorende organisatie te regelen, en de vrijheid om het beheer en het bestuur van de school naar eigen inzichten vorm te geven”⁶. Deze vrijheid omvat volgens de Raad ook aspecten die niet direct te maken hebben met de richting van de school, zoals technische eisen aan de organisatie van het bestuur. In die gevallen vormt de vrijheid van inrichting minder een belemmering voor de wetgever om regels te stellen.

De mate waarin de wetgever de grondwettelijke vrijheid van inrichting kan beperken hangt aldus samen met de vraag in welke mate de wijziging indringender raakt aan de vrijheid van richting. De vrijheid van onderwijs en de bestuurlijke inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs vloeit daarnaast historisch (mede) voort uit de vrijheid van vereniging.⁷

⁶ Onderwijsraad, Artikel 23 in maatschappelijk perspectief, Den Haag: Onderwijsraad 2012, p. 19.

⁷ Aldus ook Handelingen II 1847/48, p. 821: ‘Nu eenmaal dat regt van vereeniging is aangenomen, [...] is inderdaad de vrijheid van onderwijs een bloot gevolg daarvan’.

In dit kader is eveneens relevant de wetgeschiedenis van de Awb, waarin ook te lezen is dat voor wat betreft de wijze van bevoegdheidsverdeling (mogelijkheid of onmogelijkheid van delegatie bijvoorbeeld) voor het bijzonder onderwijs het privaatrechtelijke karakter overeind moet blijven: "[...] de Grondwet (dualiteit van het onderwijsbestel) en als uitvloeisel daarvan het privaatrecht [verzet zich] tegen een zekere suprematie van de Awb op het terrein van het onderwijsrecht. Een al te sterke doorwerking van het bestuursrecht in de privaatrechtelijke structuur van het bijzonder onderwijs zou de eigen aard van dat onderwijs aantasten"⁸.

Ten aanzien van de toepassing van de wetgeving, welke verband houdt met het duale karakter van het Nederlandse onderwijsbestel is voorts in aanmerking te nemen dat voor de openbare instellingen de deugdelijkheidseisen functioneren als rechtstreeks werkende, algemeen verbindende voorschriften (het openbaar onderwijs wordt immers 'bij wet' geregeld volgens artikel 23 lid 3 GW). Het bijzonder onderwijs wordt niet geregeld bij wet, maar door het eigen statuut. Voor de bijzondere instellingen zijn de bepalingen van de wet ingekleed in de vorm van bekostigingsvoorwaarden die bij het niet in acht nemen daarvan kunnen leiden tot de ontneming van rechten zoals in het hoger onderwijs ten aanzien van de graadverlening of bekostiging. Het bevoegd gezag is voor wat betreft het openbaar onderwijs en openbare instellingen volledig onderworpen aan de wettelijke regels; deze hebben ook in de interne verhouding rechtstreekse werking. De bekostigingsvoorwaarden regelen slechts de relatie tussen bekostigende overheid en de juridische instantie die de bekostiging ontvangt: de rechtspersoon.⁹ In par. 2.2.1 wordt dit aspect nader uitgewerkt.

2.1.2 Toenemende ingrepen in de bestuurlijke inrichting

Tot circa 2002 was de lijn van de wetgever, ondersteund door adviescolleges zoals de Onderwijsraad¹⁰ en de literatuur¹¹, dat de wetgever, in de geest van de grondwetgever, in principe niet of uiterst terughoudend zou mogen treden in de eigen regelingen van de rechtspersoon. De statuten, reglementen en besluiten zouden moeten bepalen wie binnen de rechtspersoon eindverantwoordelijk is, dan wel hoe bevoegdheden verdeeld worden.¹² Het is niet aan de wetgever om op dat punt nadere voorschriften te stellen. Het bijzonder onderwijs is grondwettelijk

⁸ Kamerstukken II 2000/01, 27 265, nr. 6 p.4

⁹ Vgl. P.J.J. Zoontjens en B.P. Vermeulen, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJU 2000, p. 63. Zij geven aan dat sommige bepalingen evenwel ook de interne relatie treffen tussen bevoegd gezag en betrokkenen zoals personeel en ouders, p. 67.

¹⁰ Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten, Den Haag: Onderwijsraad 2002.

¹¹ Zie b.v. B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag: Elsevier 1999, p. 65.

¹² De RvS was uiterst kritisch om bevoegdheden binnen rechtspersonen te regelen, zie Kamerstukken II 1993/94, 23 134 a, p. 7.

verankerd vanuit het particulier initiatief en is op hoofdzaken, wat betreft haar organisatie en besluitvorming, geordend in het privaatrecht. Een bijzondere instelling wordt, zoals de diverse onderwijswetten aangeven, in stand gehouden door 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."¹³

Het strakker reguleren van de governance in alle onderwijssectoren heeft sinds 2002 gezorgd voor een intensievere bemoeienis van de wetgever met de bestuurlijke inrichting van rechtspersonen voor bijzonder onderwijs.

De wetgever heeft in de ontwikkeling naar nieuwe bestuursmodellen en deugdelijkheidseisen aan het bestuur (de scheiding tussen bestuur en intern toezicht) tot nu toe echter geen dwingend model willen opleggen. Er is in het po, vo en mbo een keuze tussen verschillende bestuursmodellen, bijvoorbeeld een zogenaamde 'one tier' board met een scheiding tussen algemeen en dagelijks bestuur, of een raad van toezicht, met aparte organen. De wet bepaalt wel welke minimale bevoegdheden een interne toezichthouder¹⁴ of intern toezichthoudend orgaan moet hebben, maar legt bijvoorbeeld niet expliciet vast welke organen binnen de rechtspersoon zijn belast met gemandateerde of gedelegeerde/overgedragen bevoegdheden. De wet stelt alleen dat er een managementstatuut moet zijn waarin de verdeling van bevoegdheden transparant en kenbaar zijn vastgelegd, maar doet geen uitspraken over de wijze waarop die bevoegdheden zijn verdeeld. In die zin wordt in alle onderwijssectoren de bestuurlijke inrichtingsvrijheid, in de zin van variëteit van bestuursvormen, nog steeds gezien als een uitgangspunt van wetgevingsbeleid.

De Raad van State betoogde bij het wetsvoorstel fusietoets dat ook de vrijheid van bestuurlijke inrichting een zekere bescherming verdient:" Uitgangspunt blijft niettemin dat de organisatie van een school overgelaten dient te worden aan het bevoegd gezag van die school, op grond van de eigen regelingen van de betreffende rechtspersoon, en dat terughoudendheid moet worden betracht ter zake van het opleggen van inhoudelijke onderwijsnormen. Voor het inperken van deze eigen ruimte dienen zwaarwegende gronden te bestaan, terwijl de begrenzingen dienen te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit" .¹⁵ De vrijheid van inrichting kan dus beperkt worden, maar dit moet door de wetgever gemotiveerd worden. Bovendien moeten de hoofdzaken, de deugdelijkheidseisen

¹³ Zie b.v. art. 55 WPO.

¹⁴ Termen uit de WPO en WVO. Daarbij worden zaken genoemd als goedkeuring van de begroting. Wanneer er een raad van toezicht als toezichthoudend orgaan in de statuten is opgenomen heeft deze ook minimaal de benoemings-, schorsings- en ontslagbevoegdheid; art. 17c lid 3 WPO.

¹⁵ Kamerstukken II 2008/09, 32 040, nr. 4 p. 13.

die aan het bestuur of beperkingen die aan de acties van het bestuur worden opgelegd (zoals een toets van fusies) bij wet worden vastgelegd.

Voor het primair en voortgezet onderwijs zijn voorschriften met betrekking tot de bestuurlijke inrichting vastgelegd in de wet tot Invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van het intern toezicht (Goed onderwijs, goed bestuur). In de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) zijn voor het middelbaar beroepsonderwijs voorschriften omtrent de Colleges van bestuur en raden van toezicht geregeld via een apart wetsvoorstel (kamerstuk 30 599). Voor het hoger onderwijs zijn deze voorschriften vastgelegd in het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek inzake Versterking besturing (kamerstuk 31 821).

De volgende paragrafen gaan in op totstandkoming van de definitiebepaling van het bevoegd gezag in de WEB, en voor wat het betreft het hoger onderwijs, de term instellingsbestuur in de WHW.

2.2 Terminologie en definitie bevoegd gezag in verschillende onderwijswetten

2.2.1 Grondpatroon: onderscheid tussen publiek- en privaatrecht

Op grond van de onderwijswetgeving worden instellingen voor bijzonder onderwijs in stand gehouden door verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid of stichtingen. De eis van rechtspersoonlijkheid werd reeds aan bijzondere scholen gesteld bij de Wet Mackay, welke wet in een zekere bekostiging van overheidswege aan bijzondere scholen voorzag. Vereist voor subsidiering is dat de school 'staat onder het bestuur van eene instelling of vereeniging die rechtspersoonlijkheid bezit'. Deze eis geldt als waarborg voor de overheid dat zij steeds met een formeel aan te spreken instantie van doen heeft, waar het gaat om het verstrekken van subsidie en om het controleren van een doelmatige besteding van de middelen.¹⁶

Bij de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen wordt in onderwijsrechtelijke literatuur onderscheid gemaakt tussen het besturen van de onderwijsinstellingen en het instandhouden daarvan.¹⁷ De bevoegdheid tot het besturen van de instellingen berust bij het bevoegd gezag. Instandhouding duidt op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de onderwijsinstelling. De instantie die

¹⁶ D. Mentink, Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem, Deventer: Kluwer 1989, p. 56.

¹⁷ B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen. P.J.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJU 2000, p. 75.

instandhoudt is de 'eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde' van de school en toebehoren alsmede van het van rijkswege verstrekte geld.¹⁸ In het bijzonder onderwijs zijn de instandhouder en het bevoegd gezag een en dezelfde: het institutioneel samenvallen van de instandhoudingsverantwoordelijkheid en het zijn van bevoegd gezag van een bijzondere school is een rechtstreekse consequentie van het privaatrechtelijk karakter waarin het bijzonder onderwijs is geordend.¹⁹ Zo is de privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere school in stand houdt tevens het bevoegd gezag.²⁰ Er is geen scheiding tussen de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en de instelling. Vermeulen en Zoontjens schetsen een helder grondpatroon: publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen houden onderwijsinstellingen in stand. Het bestuur van de onderwijsinstellingen is in handen van bestuursorganen (openbaar onderwijs) dan wel privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens instandhouder zijn (bijzonder onderwijs).²¹²²

Een uitgangspunt is voorts dat de rechtspersoon als drager van rechten en plichten kan worden aangesproken in de bekostigingsrelatie met de overheid²³. Het bevoegd gezag is de instantie die volgens de onderwijswetten is belast met de uitoefening van bevoegdheden, zoals het vaststellen van het schoolplan, het aannemen of ontslaan van personeel en het verwijderen van leerlingen²⁴. In de WPO, WVO en Wec is het bevoegd gezag de rechtspersoon die de onderwijsinstelling in stand houdt. In de WEB evenwel wordt het college van bestuur dan wel indien art. 9.1.8. is toegepast (one tier model) het bestuur van de rechtspersoon aangewezen (art. 1.1.1 sub w2). De WHW kent het begrip bevoegd gezag niet maar wel het begrip 'instellingsbestuur' dat voor de bijzondere instelling wordt omschreven als 'het college van bestuur'. Voor de bijzondere instelling is dit 'het orgaan dat als zodanig in de statuten is aangewezen' (art. 1.1 sub j jo 1.1 sub y WHW).

Voor het bijzonder onderwijs in het po en vo geldt de rechtspersoon als bevoegd gezag van de school. In de WEB en WHW wordt een orgaan, het college van bestuur

¹⁸ Idem.

¹⁹ P.J.J. Zoontjens, Inleiding tot de onderwijswetgeving, Den Haag: Elsevier 1999, p. 43

²⁰ Zoals ook neergelegd in art. 1 WPO, WVO, WEC.

²¹ Vermeulen en Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen. P.J.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJU 2000, p. 77.

²² Anders dan Vermeulen en Zoontjens (Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen. P.J.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJU 2000, p. 81-82) menen wij overigens dat ook indien het openbaar onderwijs uitgaat van een stichting (art. 48 WPO) het de rechtspersoon is die het bevoegd gezag van de openbare school vormt. Dit is de consequentie van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid. Het feit dat het hier om openbaar onderwijs gaat heeft wel invloed op de invulling van het belang van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Het verandert het privaatrechtelijke karakter van de verhoudingen binnen de rechtspersoon niet.

²³ Zie ook staatssecretaris Dijkema bij behandeling van de wet Goed onderwijs goed bestuur: "De rechtspersoon is het aanspreekpunt. Voor aanwijzingen, uitvoering van functiescheiding of opdrachten van de kwalitatieve kant, rekenen, taal – zoals genoemd – spreken wij de rechtspersoon aan", Handelingen I 2009/10, p. 17-734.

²⁴ Op sommige punten wordt in de WPO en de WVO de rechtspersoon geadresseerd; zo is de verplichting tot het opstellen van een fusie effectrapportage een opdracht van de rechtspersoon, zie artikel 64a lid 3 WPO.

dan wel het bestuur van de rechtspersoon aangewezen. De WEB en WHW kennen aldus een afwijkende terminologie. Op de herkomst en waardering daarvan gaan we in de navolgende paragrafen in.

2.2.2 Wetgeschiedenis WEB: college van bestuur

Opvallend is dat al bij de indiening van het wetsvoorstel WEB als bevoegd gezag werd omschreven: “voor wat betreft een bijzondere instelling het bestuur van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat”.²⁵ Deze term is vermoedelijk overgenomen van (één van) de voorlopers van de WEB, de Wet op het cursorisch beroepsonderwijs waarin het bevoegd gezag ook al werd omschreven als bestuur van de school.²⁶

Een hier relevant onderdeel van de parlementaire behandeling van de WEB was de discussie in hoeverre het mogelijk was dat het bevoegd gezag (hier dus het bestuur van de rechtspersoon) zijn bevoegdheden kon delegeren. De fracties van PvdA en VVD gebruikten de publiekrechtelijke term delegatie van bevoegdheden. Het bevoegd gezag zou zijn bevoegdheden over moeten kunnen overdragen aan het ‘bestuur’ van de instelling, zoals dat in het wetsvoorstel was omschreven. De regering was echter van oordeel dat dit ‘bestuur’ geen eigen bestuurlijke bevoegdheden kon hebben, maar opereerde onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag en alleen namens het bevoegd gezag, dus in een mandaatverhouding, taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag kon uitoefenen. Om de verwarring tussen ‘bestuur van de rechtspersoon’ en ‘bestuur van de instelling’ te voorkomen werd bij nota van wijziging, de term ‘bestuur’, waar niet werd bedoeld bestuur van de rechtspersoon vervangen door ‘centrale directie’.²⁷

De regering stelde daarbij, naar aanleiding van een vraag van de SGP-fractie of bevoegd gezag/bestuur van de instelling en College van Bestuur/centrale directie konden samenvallen dat dit expliciet niet de bedoeling was: “Het bestuur [later dus aangeduid als ‘centrale directie’ ph/ho] is in dienst van het bevoegd gezag en heeft een voorbereidende en uitvoerende taak”.²⁸

Het feit dat expliciet een orgaan werd aangeduid als bevoegd gezag is expliciet aan de orde gesteld door Kamerlid Schutte van de GPV. Hij vroeg minister Ritzen waarom niet de rechtspersoon als bevoegd gezag was aangeduid: “Waarom

²⁵ Kamerstukken II 1993/94, 23 778, nrs. 1-2 p. 2.

²⁶ Stb. 1992, 337. Artikel 1.1 van de wet definieerde als bevoegd gezag van een bijzondere school: het bestuur van de school.

²⁷ Kamerstukken II 1994/95, 23 778, nr. 8 p. 91.

²⁸ Kamerstukken II 1994/95, 23 778, nr. 8 p. 121.

ontleent de wetgever de bevoegdheid dit bindend voor te schrijven? Waarom dit niet overgelaten aan de rechtspersoon ROC zelf om dat te regelen? Was dit ook niet een punt van kritiek van de Raad van State in zijn advies over het initiatiefvoorstel-Nuis inzake verruiming van bestuursvormen van openbaar onderwijs?"²⁹

De minister antwoordde dat inderdaad in de wet "bestuur" werd gedefinieerd als het orgaan van het bevoegd gezag. "Dit is voor sommigen iets vanzelfsprekends maar inderdaad is dit niet in alle onderwijswetten op dezelfde manier geregeld. Er zijn vele onderwijswetten waarin dit echter wel zo is geregeld. Ik noem de WHW en een van de voorgangers van dit wetsvoorstel, de WCBO. In dat opzicht is er geen enkele reden om het nu op een andere wijze te doen", aldus Ritzen.³⁰

In de latere behandeling (ook niet in de Eerste Kamer) wordt dit punt niet meer aangeroerd. Een echt principiële discussie is hier dus niet over gevoerd; een kennelijke verwijzing naar precedënten in andere wetgeving over het mbo en ho waren kennelijk voldoende om de discussie over dit punt te beslechten.

De scheiding tussen bestuur en intern toezicht kreeg voor wat betreft de WEB zijn beslag in de wetswijziging van de WEB 'inzake colleges van bestuur en raden van toezicht'. Een belangrijke aanleiding was het wettelijk toedelen van bevoegdheden van het bevoegd gezag aan het college van bestuur, in plaats van het bestuur van de rechtspersoon: "Ook al treedt het bestuur van de rechtspersoon feitelijk op als RvT, een CvB kan, gelet op de huidige wettelijke systematiek, niet volledig in de plaats treden van het bevoegd gezag. Met dit wetsvoorstel wordt beoogd deze belemmeringen weg te nemen".³¹

Er werden dus bij wet bepaalde kaders gesteld aan de bestuursstructuur van de rechtspersoon, echter, door de regering werd er ook op gewezen dat het rechtspersonenrecht in Boek 2 BW onverkort van toepassing zou blijven, zoals bij de vraag wie bij ontstentenis zou kunnen voorzien in het bestuur. "Het is niet de bedoeling van dit wetsvoorstel om de verhoudingen binnen een rechtspersoon te regelen. Het gaat slechts om het in het leven roepen van een verplichting om bij een instelling een college van bestuur en een raad van toezicht te hebben. Als het bestuur van een vereniging aftreedt, zijn er altijd nog de leden die in de benoeming van een nieuw bestuur kunnen voorzien."³²

²⁹ Handelingen II 1994/95, p. 77-4647.

³⁰ Handelingen II 1994/95, p. 78-4704.

³¹ Kamerstukken II 2005/06, 30599, nr. 4, p. 1.

³² Kamerstukken II 2006/07, 30 599, nr. 6 p.6.

Aanvankelijk was de bedoeling dat slechts een organieke scheiding mogelijk zou zijn (CvB en RvT), later werd, door aanneming van het amendement Biskop, ook de mogelijkheid van het zgn. 'one tier' bestuur opgenomen³³.

In de MvA in de Eerste Kamer werd nog eens door de regering verwoord dat de nieuwe regeling er op gericht was een scheiding aan te brengen tussen CvB (aangewezen als bevoegd gezag) en de Raad van Toezicht. De functie van de Raad van Toezicht konden echter ook worden uitgeoefend door het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand hield, of CvB en bestuur van de rechtspersoon konden samenvallen:" [...] in de statuten moet worden geregeld dat de taken en bevoegdheden die bij of krachtens de WEB aan het bevoegd gezag zijn toegekend, berusten bij het college van bestuur en dat de taken die bij of krachtens de WEB aan de raad van toezicht zijn toegekend, berusten bij de raad van toezicht. De resterende taken en bevoegdheden (vooral met betrekking tot de rechtspersoon, zoals statutenwijziging en fusie van rechtspersonen) komen toe aan het bestuur van de rechtspersoon. [...] het bestuur van de rechtspersoon kan – als een rechtspersoon slechts één instelling in stand houdt – ook samenvallen met het college van bestuur. Ook is het mogelijk dat het bestuur van de rechtspersoon samenvalt met de raad van toezicht. In dat geval oefent het bestuur van de rechtspersoon ook de taken en bevoegdheden uit die [...] worden toebedeeld aan de raad van toezicht (benoemen, schorsen, ontslaan en vaststellen van de beloning van de leden van het college van bestuur enz.).[...] Als het bestuur van de rechtspersoon niet samenvalt met de raad van toezicht of het college van bestuur, dan bepalen de statuten van de rechtspersoon hoe de relatie tussen de drie organen wordt vormgegeven".³⁴ Met andere woorden: de bestuurlijke inrichtingsvrijheid is zodanig dat een bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, zowel kan samenvallen met– afhankelijk van de statuten- het CvB of de RvT, dan wel dat er drie afzonderlijke organen zijn. Het is echter nog steeds de rechtspersoon, en het bestuur van de rechtspersoon, welke de eindverantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de instandhouding.

CDA-fractielid Dölle van het CDA vroeg in de Eerste Kamer in hoeverre de bevoegdheden van het bestuur van de rechtspersoon konden worden ingeperkt, door de andere organen die nu in het leven werden geroepen, het CvB en de RvT.³⁵ Minister Van Bijsterveldt antwoordde dat "dit wetsvoorstel niets [heeft] willen

³³ Amendement Biskop, Kamerstukken II 2007/08, 30 599, nr. 17 "Hiermee wordt meer recht gedaan aan het principe dat de primaire verantwoordelijkheid voor goed bestuur ligt bij het bestuur van de rechtspersoon".

³⁴ Kamerstukken II 2008/09, 30 599, C 3.

³⁵ Hij dacht daarbij met name aan kernbevoegdheden die toezien op besluitvorming over grondslag, fuseren of defuseren, opheffing van de rechtspersoon, begrotingsvaststelling van de rechtspersoon, start of beëindiging van de hoofdopleidingen binnen de instelling, verhuizing en dergelijke. Handelingen I 2008/09 p. 24-1195.

regelen voor het bestuur van de rechtspersoon op zich. Hiervoor geldt gewoon het Burgerlijk Wetboek, waarin de zaken rondom de rechtspersoon zijn geregeld. In die hoedanigheid kan een bestuur van een rechtspersoon dat heel goed doet, mits men de taken van de raad van toezicht ook daadwerkelijk beschouwt als de eigen taken en zichzelf als raad van toezicht ziet. Als het college van bestuur samenvalt met het bestuur van de rechtspersoon kan een lid van het college per definitie niet tevens lid van de raad van toezicht zijn”.³⁶

De conclusie is tweeërlei:

1) De wetgever heeft welbewust bij de totstandkoming van de WEB *het bestuur* van de rechtspersoon aangewezen als bevoegd gezag (en niet zoals in de sectoren po en vo de rechtspersoon als zodanig).

2) De vrijheid van inrichting en het burgerlijk wetboek (boek 2 BW) zijn uitgangspunten bij de bestuurlijk-juridische inrichting van de WEB. De keuze om specifiek twee organen te benoemen in het kader van de scheiding tussen bestuur en intern toezicht, en de mogelijkheid deze ook los te koppelen van het bestuur van de rechtspersoon wekt evenwel verwarring. Zo roept de constructie waarbij het bestuur van de rechtspersoon ook als Raad van Toezicht kan functioneren vragen op in de sfeer van het rechtspersonenrecht, waarover nader in par. 2.3.

2.2.3 Wetgeschiedenis WHW: instellingsbestuur

Zoals hierboven aangegeven werd tijdens de behandeling van de WEB door minister Ritzen, ter verdediging dat het bevoegd gezag niet altijd als de rechtspersoon hoeft te worden gedefinieerd, gewezen op de WHW.

De bijzondere instellingen zijn - tegenstelling tot de openbare instellingen - zelf geen rechtspersoon. Zij gaan uit van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. Dit kan zijn een vereniging (met volledige rechtsbevoegdheid) of een stichting. Het bestuur van deze rechtspersoon is tevens het instellingsbestuur. Volgens de definitiebepalingen in de WHW (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek) is een bijzondere instelling: een instelling die uitgaat van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. Het instellingsbestuur van een bekostigde instelling is het college van bestuur, ‘tenzij anders is bepaald’. Het college van bestuur is dat orgaan dat als zodanig in de statuten is aangewezen (bij een bijzondere instelling) of het orgaan dat op grond van de WHW bevoegd is.

³⁶ Handelingen I 2008/09, p.24-1200.

Centrale term in de WHW is niet bevoegd gezag, maar instellingsbestuur.

In de WHBO werd ook de term bevoegd gezag gebruikt. Als bevoegd gezag van een bijzondere instelling werd aangeduid het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt³⁷. De term werd later in de WHW vervangen door instellingsbestuur.

In het wetsvoorstel Wet op het hoger onderwijs en onderzoek (WHOO), welke de WHW beoogde te vervangen, werd ook voorgesteld de term van het college van bestuur van de instelling te gebruiken. “Op deze manier sluiten we aan bij de terminologie in de praktijk. In de begripsbepaling van het college van bestuur wordt geen uitspraak gedaan over de relatie met het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt (het vroegere instellingsbestuur). De bepaling beperkt zich tot de verantwoordelijkheid van het college van bestuur voor zover het gaat om taken en bevoegdheden die betrekking hebben op de instelling en die voortvloeien uit dit wetsvoorstel en de daarop rustende bepalingen”.³⁸

De verdeling van bevoegdheden in de openbare universiteit berust op attributie, dat wil zeggen op rechtstreekse toekenning ervan bij wet. De regeling van de bijzondere universiteit is op een andere wijze geregeld. Artikel 9.51 WHW bepaalt dat besturen van verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid of stichtingen waarvan deze universiteiten uitgaan regels dienen vast te stellen met betrekking tot bestuur en beheer van de universiteit. Daarbij moeten de bepalingen van titel 1 en 2 van de WHW in acht worden genomen, voor zover de aard van de bijzondere instelling zich daartegen niet verzet. Artikel 9.51 WHW is een bekostigingsvoorwaarde voor de bijzondere universiteiten. In beginsel kunnen de in artikel 9.51 genoemde rechtspersonen op grond van Boek 2 BW het bestuur en de inrichting naar eigen inzicht regelen. De WHW beperkt evenwel de vrijheid, gezien dat afwijking van Titel 1 alleen mogelijk is als *de aard van de bijzondere universiteit* zich tegen de voorgeschreven bestuurlijke inrichting van de instelling verzet. Het model van de openbare universiteit is aldus het model voor de inrichting van de bijzondere instelling. Die inrichting is echter niet direct terug te voeren op (publiekrechtelijke) attributie of delegatie, maar het gevolg van (privaatrechtelijke) toekenning bij statuten of bestuursreglement.

Ook hier kan de conclusie luiden dat het hoger onderwijs van oudsher een afwijkende terminologie hanteert, waarbij wel aan bijzondere universiteiten (niet

³⁷ ‘Het bestuur van de rechtspersoon, bedoeld in artikel 85’. In dit artikel stond genoemd dat de instandhoudingsverantwoordelijkheid berustte bij een rechtspersoon zonder winstoogmerk.

³⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 3, p. 140.

bijzondere hogescholen) een zekere marge tot vrijheid van bestuurlijke inrichting is gegeven. Een erg principiële discussie over de terminologie is niet gevoerd.

De literatuur stelt zich enigszins kritisch op ten aanzien met name de keuze van de bevoegdhedenverdeling. Zo stelt Louw dat de bevoegdheid tot vaststelling structuurregeling door het CvB een onjuiste keuze is van de wetgever; deze zou de verantwoordelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon toebehoren.³⁹ Ook in het licht van het rechtspersonenrecht kunnen ook hier kanttekeningen worden geplaatst, waarover meer in de volgende paragraaf.

2.3 Uitgangspunten en toetsing aan het rechtspersonenrecht

2.3.1 Bekostigingsrelatie met de rechtspersoon en taken bestuur volgens boek 2 BW

De privaatrechtelijke rechtspersonen die een of meer onderwijsinstellingen in stand houden verrichten een belangrijke publieke taak. Door de uitvoering van de onderwijstaak oefent de privaatrechtelijke rechtspersoon geen publiekrechtelijke bevoegdheid uit. De regels die de overheid aan de uitoefening van de taak stelt gelden niet rechtstreeks voor de privaatrechtelijke rechtspersonen (als algemeen verbindende voorschriften) maar op grond van een bekostigingsbeschikking (zie eerder par. 2.2.1). De taakuitoefening door de privaatrechtelijke rechtspersonen, het in stand houden en besturen van onderwijsinstellingen wordt door het privaatrecht beheerst.

De bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon wordt beheerst door Boek 2 BW, de statuten, reglementen en besluiten van de rechtspersoon. Het bestuur van de rechtspersoon heeft tot taak 'het besturen van de rechtspersoon'.⁴⁰ Houdt de rechtspersoon een onderneming of instelling in stand dan houdt het besturen tevens in het besturen van de instelling die aan de rechtspersoon is verbonden. Wat het besturen inhoudt, is niet in de wet omschreven maar blijkt de literatuur omvat het besturen alles wat gezien de activiteiten en het doel van de rechtspersoon nodig is om de rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer te doen functioneren.⁴¹ Dit omvat zowel het leiding geven, zorgen voor een goede taakvervulling van de rechtspersoon, voor haar deelneming aan het maatschappelijk verkeer en voor het functioneren van haar apparaat.⁴² Het bestuur

³⁹R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, (diss ULeiden) Leiden: Leiden University Press 2011, p. 371.

⁴⁰ Art. 2:44, 291 BW.

⁴¹ Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 185.

⁴² Asser/Rensen 2-III* 2012/125/334 (G.J.C. Rensen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen, Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen. Deventer: Kluwer 2012), Hof 's-Gravenhage 1 juni 2010, RO 2010/61.

is binnen de rechtspersoon het orgaan dat jegens de rechtspersoon verantwoordelijk is voor het goed functioneren van de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden ondernemingen/instellingen. Het bestuur is tegenover de rechtspersoon naar privaatrechtelijke normen verantwoordelijk en aansprakelijk voor zijn functioneren. De rechtspersoon is tegenover de overheid verantwoordelijk voor het goed functioneren van de onderwijsinstelling en de naleving van de wettelijke voorschriften die als voorwaarden voor de bekostiging zijn gesteld. Handelingen, besluiten en gedragingen van het bestuur worden aan de rechtspersoon toegerekend en de rechtspersoon kan daarvoor in en buiten rechte worden aangesproken. Het bestuur van de rechtspersoon is als orgaan van de rechtspersoon geen rechtssubject en als zodanig niet in rechte aanspreekbaar.

Kortom, het is de rechtspersoon zelf en niet een orgaan van de rechtspersoon met wie de overheid een formele juridische band heeft en ten opzichte van wie zij publiekrechtelijk toezicht en sancties kan uitoefenen. Het is de rechtspersoon die de bevoegdheid toekomt de onderwijsinstelling in stand te houden en te besturen en op wie de verplichting rust de voorschriften die in de onderwijswetgeving aan het besturen van de onderwijsinstelling als voorwaarden voor de bekostiging worden gesteld, na te leven.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs wordt door de minister gesteld dat de positie van het bevoegd gezag een andere is dan in het primair en voortgezet onderwijs omdat de overheid geen bekostigingsrelatie heeft met het bevoegd gezag maar met de instelling.⁴³ Dit is, voor zover het bijzondere instellingen betreft, onjuist. Volgens het privaatrecht is de instelling die de rechtspersoon in stand houdt geen rechtssubject. De instelling is derhalve geen drager van rechten en verplichtingen en kan geen rechthebbende zijn van een vermogen. In haar brief van 10 oktober 2013 komt de minister hierop terug en meent dat in tegenstelling tot hetgeen in de Nota naar aanleiding van het verslag is gemeld, dat het bestuur van de rechtspersoon een bekostigingsrelatie heeft met de overheid.⁴⁴ Maar ook dit is onjuist. Ook het bestuur, als orgaan van de rechtspersoon, is volgens het privaatrecht geen rechtssubject en kan geen rechthebbende zijn van de middelen die van overheidswege ter beschikking worden gesteld voor de instandhouding van de onderwijsinstelling. Voor het middelbaar en hoger onderwijs geldt evenzeer dat de overheid een bekostigingsrelatie onderhoudt met de rechtspersoon die de instelling in stand houdt. In zoverre is er - anders dan de minister stelt - voor wat betreft het middelbaar en hoger onderwijs geen wezenlijk verschil met het primair en voortgezet onderwijs.

⁴³ Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 10, p. 50.

⁴⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 26, p. 2.

2.3.2 Het stellen van eisen aan het besturen van onderwijsinstellingen in WEB en WHW

Het feit dat de instandhouding en het besturen van de onderwijsinstelling toekomt aan de privaatrechtelijke rechtspersoon en de verhoudingen binnen de rechtspersoon door het privaatrecht worden beheerst, betekent niet dat via wetgeving geen eisen zouden kunnen worden gesteld aan het besturen van de onderwijsinstelling. De wetgever is vanuit haar verantwoordelijkheid voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van het onderwijs bevoegd eisen te stellen aan de bekostiging van de onderwijsinstellingen. Hoewel eisen die de bestuursstructuur betreffen wellicht minder vanzelfsprekend⁴⁵ zijn, gezien het feit dat de inrichting van de bestuursstructuur primair de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zelf is, kunnen deze eisen niettemin gerechtvaardigd zijn voor zover deze erop gericht zijn een rechtmatige en doelmatige besteding van de middelen en de kwaliteit van de voorzieningen te waarborgen. Ook op andere terreinen in de semipublieke sector als zorg en huisvesting worden als eis voor toelating regels gesteld aan de inrichting van de bestuursstructuur. Vanwege de misstanden die zich de afgelopen jaren op deze terreinen hebben voorgedaan, zijn verdergaande maatregelen in voorbereiding.⁴⁶ Het wetsvoorstel versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs is daar mede een uitvloeisel van.

Met de wijziging van de Wet Educatie en Beroepsonderwijs inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Stb 2009, 151) beoogde men de invoering van een bestuursmodel met op topniveau een orgaan dat verantwoordelijk is voor het bestuur en daarnaast een zelfstandig toezichthoudend orgaan. Daarvoor was in de ogen van de wetgever noodzakelijk dat het bevoegd gezag werd aangeduid als het college van bestuur.⁴⁷ Dit berust echter op een misverstand. Het stellen van eisen aan de bestuursstructuur noodzaken op zichzelf niet tot de aanwijzing van het college van bestuur als het bevoegd gezag. Gezien de bekostigingsrelatie die de overheid heeft met de rechtspersoon die de onderwijsinstelling in stand houdt, is het aan de rechtspersoon om aan de eisen die aan de bestuursstructuur worden gesteld in haar regelgeving (die door het privaatrecht wordt beheerst) vorm te geven. Wil de rechtspersoon het recht op bekostiging behouden dan zal de bestuursstructuur statutair vorm gegeven moeten worden in overeenstemming met de wettelijke voorschriften die daaraan in de WEB en WHW worden gesteld.

Door de aanwijzing van het college van bestuur als bevoegd gezag van de bijzondere instelling ontstaat er een tweedeling in de bestuurlijke bevoegdheden:

⁴⁵R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, (diss ULeiden) Leiden: Leiden University Press 2011, p. 370

⁴⁶ Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 12 november 2013, Kamerstukken II 2013/14, 33 750 VI, nr. 31.

⁴⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 599, nr. 3, p. 3.

een college van bestuur dat de instelling bestuurt en het bestuur van de rechtspersoon dat de rechtspersoon bestuurt. Het kan volgens de memorie van toelichting zo zijn dat het college van bestuur het bestuur van de rechtspersoon vormt maar dat hoeft niet. Het kan ook zijn dat het bestuur van de rechtspersoon samenvalt met de raad van toezicht, maar ook het bestaan van drie afzonderlijke organen; een college van bestuur, raad van toezicht en bestuur van de rechtspersoon, is denkbaar.⁴⁸ Het is echter de vraag wat de bestuurstaak van de rechtspersoon inhoudt indien dit niet het besturen van de door de rechtspersoon in stand gehouden instelling omvat.⁴⁹ Krachtens het rechtspersonenrecht wordt het bestuur van de rechtspersoon gevormd door het orgaan dat belast is met het besturen van de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden instelling. Het orgaan dat in de rechtspersoon het beleid bepaalt, leiding geeft aan de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden instelling, het beheer heeft over het vermogen van de rechtspersoon en de rechtspersoon in en buiten rechte vertegenwoordigt, vormt aldus het bestuur. Komen deze bestuurlijke bevoegdheden, ook wel de kernbevoegdheden⁵⁰ genoemd, aan het college van bestuur toe dan vormt dit orgaan het bestuur van de rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW.

Ook in de WHW komen we een tweedeling tegen tussen het bestuur van de onderwijsinstelling, het college van bestuur, en het bestuur van de rechtspersoon dat de rechtspersoon bestuurt (art. 9.51 lid 1 WHW). Dit leidt tot de nodige spraakverwarring en roept spanning op met het rechtspersonenrecht.

In haar brief van 10 oktober 2013⁵¹ stelt de minister dat 'het bestuur van de rechtspersoon geen bevoegdheden heeft ten aanzien van hetgeen binnen de instelling gebeurt bijvoorbeeld op het gebied van het personeelsbeleid of het kwaliteitsbeleid'. Dat het bestuur geen bevoegdheden heeft ten aanzien van hetgeen in de instelling gebeurt is onverenigbaar met het rechtspersonenrecht. Het is volgens het rechtspersonenrecht juist de taak en de plicht⁵² van het bestuur om de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden instelling te besturen. Voor de behoorlijke vervulling van die taak is het bestuur jegens de rechtspersoon verantwoordelijk en kunnen de individuele bestuurders door de rechtspersoon

⁴⁸ Zie eerder de opmerkingen in par. 2.2.2, en Kamerstukken II 2005/06, 30 599, nr. 3, p. 8, Kamerstukken I 2008/09, 30 599, C, p. 3.

⁴⁹ zie de discussie daarover bij de behandeling van wetsvoorstel 30 599 (Wijziging WEB inzake colleges van bestuur en raden van toezicht, Kamerstukken I, 2008/09, 30599, C, p. 3 en Handelingen I, p. 24-1195, 1200.

⁵⁰ G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, diss VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 116-117.

⁵¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 26 p. 2.

⁵² Het bestuur dient de rechtspersoon daadwerkelijk te besturen en mag deze taak niet onvervuld laten. Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 187. Zo kan het bestuur niet aanvoeren dat hij in feite slechts uitvoert wat hem door een derde wordt opgedragen (Hof 's Gravenhage 1 juni 2010, RO 2010/61).

aansprakelijk worden gesteld indien zij daarin tekortschieten. Gezien de tekst van de wet art. 2:44/291 lid 1 BW ('Behoudens beperkingen volgens de statuten') kunnen sommige taken statutair aan andere organen dan het bestuur worden opgedragen. Deze toegestane beperkingen kunnen er echter niet toe leiden dat de bestuurszaak statutair geheel aan het bestuur wordt ontnomen en wordt toebedeeld aan een ander orgaan. In het geval dat de bestuurszaak geheel aan het bestuur wordt onttrokken ten gunste van een ander orgaan dan geldt het andere orgaan als het bestuur van de rechtspersoon.⁵³

Dat de minister bij het bestuur van de rechtspersoon een ander orgaan voor ogen heeft dan het bestuur in de zin van boek 2 BW blijkt ook uit de zinsnede in dezelfde brief dat 'in een aantal gevallen leden van het bestuur van de rechtspersoon tevens lid zijn van de raad van toezicht'. Dat leden van het bestuur van de rechtspersoon tevens lid zouden kunnen zijn van de raad van toezicht staat op gespannen voet met het rechtspersonenrecht waarin iemand niet tegelijk lid kan zijn van het besturend en het toezichthoudend orgaan (in een two tier model). Wanneer het intern toezicht op het bestuur van de rechtspersoon is opgedragen aan een raad van toezicht dan heeft de raad van toezicht tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daarmee verbonden instelling. Om die taak te kunnen uitoefenen zijn aan de raad van toezicht statutair bevoegdheden toegekend die ook inhouden dat de raad kan ingrijpen indien het bestuur zijn taak niet naar behoren vervult (denk bijvoorbeeld aan de bevoegdheid tot schorsing/ontslag, goedkeuringsbevoegdheden). Deze taak kan niet worden uitgeoefend indien de leden van de raad van toezicht tevens lid zijn van het bestuur. Wellicht is bedoeld dat daar waar het college van bestuur het bestuur van de rechtspersoon vormt, het (voormalige) bestuur van de rechtspersoon als raad van toezicht kan gaan fungeren. Statutair zal hier door de rechtspersoon invulling aan moeten worden gegeven.

Samengevat is de gekozen route om het CvB aan te wijzen als bevoegd gezag niet gelukkig, omdat daarmee verwarring ontstaat ten aanzien van de eindverantwoordelijkheid voor de rechtspersoon; de mogelijkheid het bestuur van de rechtspersoon tegelijkertijd raad van toezicht te laten zijn betekent dat rechtspersonenrechtelijk een onnavolgbare en tegenstrijdige constructie ontstaat. Het voorgaande kan ons inziens voorkomen worden door uit te gaan van een eenduidige definitie.

⁵³ Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 187.

2.4 Conclusies en antwoorden deelvragen 1 en 2

2.4.1 Waardering typering/definitie college van bestuur/instellingsbestuur als bevoegd gezag in WEB en WHW

Een centrale vraag in dit onderzoek betreft de vraag naar de definitie van bevoegd gezag in de verschillende onderwijswetten.

De WPO en WVO definieert het bevoegd gezag als de rechtspersoon. Bij de WVO is dit overigens pas vrij recentelijk, daarvoor werd in art. 1 WVO het bevoegd gezag aangeduid met de term 'schoolbestuur'.⁵⁴ Art. 49 WVO (oud) bepaalde echter dat de bijzondere school onder het bestuur van een rechtspersoon staat. Ook hier werd aldus de rechtspersoon als het bevoegd gezag gezien.⁵⁵

Bij het eerste conceptwetsvoorstel Goed onderwijs, goed bestuur was de regering ook van plan het begrip 'bevoegd gezag' nader in te vullen. De Raad van State had hierop kritiek: "In het voorgestelde [...] artikel 1 WPO [is] de begripsbepaling van «bevoegd gezag» van een bijzondere school aan te duiden als «het krachtens de wet of de statuten bevoegde orgaan van de rechtspersoon, bedoeld in artikel 55». De reden voor de voorgestelde wijziging was, blijkens de toelichting, dat door de voorgestelde keuze voor een bestuursmodel van een raad van toezicht en bestuur met de geldende begripsbepaling onduidelijk was welk orgaan aangesproken zou moeten worden. De Raad merkt op dat in de bestuursrechtelijke verhouding met de bijzondere scholen de privaatrechtelijke rechtspersoon het bevoegd gezag vormt en niet de onderdelen of organen daarvan. In het openbaar onderwijs is het bevoegd gezag daarentegen juist een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld"⁵⁶. In de reactie van de regering is deze kritiek overgenomen, getuige het feit dat de definitiebepaling niet werd aangepast.

In de sectoren die geregeld worden in de WEB en de WHW is een andere keuze gemaakt. Daar is historisch gezien al sinds geruime tijd sprake van het aanwijzen van een specifiek orgaan als bevoegd gezag, en sinds de 'governancediscussie' over scheiding tussen bestuur en toezicht, ook het toedelen van bepaalde (minimale) bevoegdheden aan organen zoals een Raad van Toezicht.

Zoontjens c.s. stellen ten aanzien van de wettelijke regeling van bevoegdheden van het bevoegd gezag in WHW en WEB:" In wezen is er de keuze gemaakt om de

⁵⁴ De wijziging geschiedde bij de invoering van de wet Goed onderwijs, goed bestuur, Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 2, artikel III onder a (zonder nadere toelichting).

⁵⁵ C.H.C. Overes, Bestuur en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs, diss VU, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 34-35, B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag: Elsevier 1999, p. 70.

⁵⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 4 p. 12.

bijzondere BVE- en HBO- instellingen een publiekrechtelijke organisatie op te leggen. Een dergelijke keus is ten aanzien van het primair en voortgezet onderwijs nog niet aan de orde geweest. Bovendien is het goed mogelijk om voor verschillende sectoren verschillende keuzen te maken".⁵⁷

Zoontjens en Vermeulen stellen voorts dat de aanduiding van een bepaald orgaan als bevoegd gezag van een bijzondere instelling voortvloeit uit een foutieve vermenging van publiekrecht en privaatrecht.⁵⁸ In het publiekrecht berusten publiekrechtelijke bevoegdheden niet bij de publiekrechtelijke rechtspersonen maar bij de betreffende organen (ambten).⁵⁹ Privaatrechtelijk berust de bevoegdheid tot het besturen van de onderwijsinstelling daarentegen niet bij de organen van de rechtspersoon maar bij de rechtspersoon zelf.⁶⁰

Het opleggen van een publiekrechtelijke organisatie aan bijzondere BVE en HBO instellingen door het aanwijzen van een orgaan als het bevoegd gezag roept evenwel spanning op met het rechtspersonenrecht. Een orgaan heeft in het privaatrecht uitsluitend betekenis in relatie tot de rechtspersoon, terwijl in het publiekrecht de publiekrechtelijke bevoegdheden niet betrokken zijn op de publiekrechtelijke rechtspersoon waar het bestuursorgaan deel van uitmaakt maar rechtstreeks naar buiten werken.⁶¹ Anders dan de bestuursorganen in het publiekrecht zijn organen van rechtspersonen geen rechtssubject. Besluiten van organen van de rechtspersoon betreffende de uitoefening van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden worden toegerekend aan de rechtspersoon en gelden als besluit van de rechtspersoon. De interne bevoegdheidsverdeling binnen een rechtspersoon gaat in beginsel 'buitenstaanders' niet aan. De waarborgen die met de bevoegdheidsverdeling binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon samenhangen hebben primair een intern karakter.⁶²

⁵⁷ P.J.J. Zoontjens, H. Delnooz, B.P. Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs*, Tilburg: Tilburg University, 2006, p.19.

⁵⁸ Dit laat overigens onverlet dat binnen de organisatie van de rechtspersoon een persoon, orgaan of instantie met een publiekrechtelijke bevoegdheid kan zijn bekleed. Voor zover het de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft zullen de regels van de Awb van toepassing zijn (B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht*, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag: BJU 2000, p. 87). Dit doet aan het privaatrechtelijk karakter van de verhoudingen binnen de rechtspersoon niet af.

⁵⁹ B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht*, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag: BJU 2000, p. 78.

⁶⁰ B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 70-71.

⁶¹ J.B.J.M. Ten Berge, S.E. Zijlstra, *De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling*. In: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Preadviezen voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 15.

⁶² J.B.J.M. Ten Berge, S.E. Zijlstra, *De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling*. In: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Preadviezen voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 80-81.

Door bepaalde organen aan te wijzen begeeft de wetgever zich in de bestuurlijke inrichting van privaatrechtelijke rechtspersonen. Door het bestuur van de instelling en bestuur van de rechtspersoon uiteen te rafelen, komen de voorschriften in de onderwijswetgeving op gespannen voet te staan met de bevoegdheidsverdeling (en daaruit voortvloeiend de verdeling van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid) zoals die in Boek 2 BW en de statuten van de rechtspersoon is neergelegd (zie hierna). Zoals de wetgeschiedenis laat zien dient ten aanzien van het bijzonder onderwijs, in verband met de vrijheid van inrichting die ook van toepassing is op de sectoren bestreken door de WEB en WHW, het rechtspersonenrecht zoveel mogelijk gerespecteerd te worden. In verband met de bekostigingsvoorwaarden die in het bijzonder onderwijs alleen werken in de relatie tussen overheid en rechtspersoon is het van belang dat de wettelijke terminologie helder is en in het geval van handhaving geen verwarring ontstaat welke instantie kan worden aangesproken.

2.4.2 Noodzaak tot harmonisatie van de term 'bevoegd gezag' voortvloeiende uit het rechtspersonenrecht

Hoewel onderwijsrechtelijk gezien er wellicht geen dwingende redenen zijn de terminologie omtrent het begrip bevoegd gezag te harmoniseren, zijn deze vanuit het rechtspersonenrecht wel degelijk aan te voeren.

Door de aanwijzing van een orgaan van de rechtspersoon als het bevoegd gezag/instellingsbestuur treedt de onderwijswetgever in de verdeling van de bevoegdheden binnen de rechtspersoon die primair door het privaatrecht worden beheerst. Hierdoor komt de onderwijswetgeving op gespannen voet te staan met het rechtspersonenrecht. Het is aan de rechtspersoon om gevolg te geven aan de scheiding van het bestuur en toezicht in de statuten van de rechtspersoon. Zo kan in de statuten het college van bestuur van de universiteit als het bestuur van de rechtspersoon optreden maar de bestuursstructuur kan ook anders worden vormgegeven in het geval de rechtspersoon niet alleen een universiteit maar ook een academisch ziekenhuis of hogeschool in stand houdt. Het is aan de minister om vast te stellen of in de uiteindelijke vormgeving van de bestuursstructuur zoals die is neergelegd in de statuten van de rechtspersoon aan de wettelijke voorschriften van de WEB en WHW wordt voldaan.

Het feit dat de privaatrechtelijke rechtspersonen die de onderwijsinstellingen in standhouden bij wijze van bekostigingsvoorwaarde worden verplicht tot een scheiding van bestuur en toezicht en dat voor de nadere vormgeving daarvan regels worden opgenomen in de WEB en WHW noodzaakt niet tot een definiëring van het college van bestuur als bevoegd gezag c.q. instellingsbestuur. Met andere woorden:

wanneer de rechtspersoon wordt aangewezen als bevoegd gezag, betekent dit niet dat de door de wetgever gewenste scheiding tussen bestuur en toezicht wordt losgelaten.

Om te kunnen voldoen aan grondwettelijke uitgangspunten waarbij voor bijzondere instellingen het rechtspersonenrecht wordt gerespecteerd is het ons inziens noodzakelijk om te komen tot een eenduidige heldere definitie van het bevoegd gezag. De opdracht om een duidelijke definitie te formuleren vloeit mede voort uit aanwijzing voor de regelgeving nr. 58: ‘Hetzelfde begrip wordt niet met verschillende termen aangeduid’, waarbij “dezelfde term [...] niet voor verschillende begrippen[wordt] gebruikt”. De toelichting stelt dat een eenduidige term vooral van belang is binnen één regeling, maar ook ‘bij verwante regelgeving is zij echter van belang’.

Aldus pleiten wij voor een geharmoniseerde term bevoegd gezag in alle onderwijssectoren, waarbij voor wat betreft de bijzondere instellingen de ‘rechtspersoon’ wordt aangewezen. In het slothoofdstuk schetsen we enkele consequenties.

3 Adressant van de aanwijzingsbevoegdheid

In dit hoofdstuk staat de derde deelvraag centraal of het juist is dat de wet de Raad van Toezicht als adressant betiteld van de aanwijzingsbevoegdheid, en hoe dat zich verhoudt met de overwegingen bij andere wetgeving en wetsvoorstellen in het onderwijs. Tevens is te bezien of en hoe dit past binnen de systematiek van het rechtspersonenrecht.

3.1 Wetsgeschiedenis en waardering

In de – inmiddels aangenomen wet- Kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs⁶³ wordt in art. 9.1.4a WEB en art. 9.9a, 10.3e WHW de aanwijzingsbevoegdheid van de minister geïntroduceerd. Onduidelijkheid is ontstaan over de vraag tot wie de aanwijzing moet zijn gericht. Voor het primair- en voortgezet onderwijs is een aanwijzingsbevoegdheid van de minister ook geregeld.⁶⁴

3.1.1 De adressant van de aanwijzing in andere wetten en eerdere wetsvoorstellen

In het primair en voortgezet onderwijs is de aanwijzingsbevoegdheid geregeld door de wet Goed onderwijs goed bestuur. De MvT stelde over het aanspreekpunt van de aanwijzing: "Met deze aanwijzing kan de minister van de betrokken rechtspersoon verlangen dat de nodige maatregelen worden getroffen om de overtreding van de geschonden norm te herstellen. Indien de situatie daarom vraagt kan de aanwijzing inhouden dat de rechtspersoon wordt aangesproken om te besluiten tot vervanging van één of meer bestuurders of toezichthouders. Indien een aanwijzing niet wordt opgevolgd dan kan een bekostigingssanctie worden getroffen"⁶⁵. De MvT verwijst consequent naar de rechtspersoon aan als adressant," waarbij de rechtspersoon en niet de minister gaat over het ontslag of de aanstelling van bestuurders of toezichthouders."

De wet Versterking kwaliteitswaarborgen HO is niet de eerste wet in het hoger onderwijs waarin een aanwijzingsbevoegdheid is voorgesteld. Eerder, in het wetsvoorstel WHOO (wet op het hoger onderwijs en onderzoek) stond ook al aanwijzingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid was opgenomen in ontwerp- artikel 8.15 WHW waarbij twee organen werden genoemd als adressant: het college van bestuur of de raad van toezicht van een instelling zou een aanwijzing gegeven kunnen worden. In eerste instantie zou de aanwijzing zich "in principe [richten] op het college van bestuur. Dit wetsvoorstel legt echter een aantal taken en

⁶³ Stb. 2013, 558.

⁶⁴ Zie art. 163b WPO, art. 145 WVO.

⁶⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 3 p. 3.

bevoegdheden expliciet bij de raad van toezicht. Daar waar de aanwijzing betrekking heeft op deze bevoegdheden en taken zal deze zich (mede) richten op de raad van toezicht. Het doel van deze bevoegdheid is niet het overnemen van de bestuursverantwoordelijkheid van de instelling, maar wordt alleen ingezet als de stelselverantwoordelijkheid van de minister in het geding is.⁶⁶ De memorie van toelichting stelde het volgende voor: "De minister kan aan het college van bestuur (of de raad van toezicht voor zover het gaat om taken die aan deze raad zijn toebedeeld) een aanwijzing geven als hij ernstige tekortkomingen constateert in de rechtmatige uitvoering van deze wet. [...] Bij een aanwijzingsbevoegdheid gaat het uitdrukkelijk niet om ingrijpen met als oogmerk het overnemen van de bestuurs- en toezichtsverantwoordelijkheid van het college van bestuur en raad van toezicht van de instelling."⁶⁷

Er wordt in de MvT ook verwezen naar voorbeelden van aanwijzingsbevoegdheden van de overheid in andere sectoren, zoals de Kwaliteitswet zorginstellingen waar ook een aanwijzingsbevoegdheid is geregeld, thans in artikel 8. Daarin staat: "Indien Onze Minister van oordeel is dat artikel [...] niet of in onvoldoende mate of op onjuiste wijze wordt nageleefd, kan hij de zorgaanbieder een schriftelijke aanwijzing geven". De zorgaanbieder wordt in artikel 1 van de Kwaliteitswet gedefinieerd als: "de natuurlijke persoon of de rechtspersoon, die een instelling in stand houdt; dan wel "de natuurlijke personen of rechtspersonen, die gezamenlijk een instelling vormen". Hier wordt dus geen specifiek orgaan benoemd, immers, de zorgaanbieders zijn ook allen privaatrechtelijke rechtspersonen. Een ander voorbeeld van de regeling van een aanwijzingsbevoegdheid betreft de wet werk en bijstand (WWB). Deze regelt in artikel 76, derde lid, dat de minister, indien er ernstige tekortkomingen met betrekking tot de rechtmatige uitvoering van de wet zijn geconstateerd, een aanwijzing kan geven aan een college van B&W, maar hier betreft het dus uitvoering door publiekrechtelijke organen.

3.1.2 De adressant van de aanwijzing in de wet Kwaliteitswaarborgen ho

Het wetsvoorstel WHOO is op een later moment ingetrokken.⁶⁸ Opvallend is dat de Raad van State in zijn advies over de Wet Kwaliteitswaarborgen consequent veronderstelt dat het de rechtspersoon is, aan wie de aanwijzing gericht zou zijn: "Een aanwijzing kan bijvoorbeeld inhouden dat de rechtspersoon wordt aangesproken om een of meer bestuurders of toezichthouders te vervangen, een instelling of opleiding over te dragen aan een wel competent bestuur of de opdracht zich te laten bijstaan door een deskundige. Wordt een aanwijzing niet

⁶⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 3. p. 241.

⁶⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 3 p. 91.

⁶⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30 588, nr. 9.

opgevolgd, dan is dat een overtreding van de bekostigingsvoorwaarden⁶⁹. Er werd op het punt van het aanwijzen van een specifiek orgaan in het wetsvoorstel evenwel door de Raad geen opmerkingen gemaakt. In een later advies spreekt de Raad overigens conform het wetsvoorstel over aanwijzing gericht aan “het bestuur”.⁷⁰

Noch de memorie van toelichting noch de nota naar aanleiding van het verslag lichten heel expliciet toe waarom met name de Raad van Toezicht aangewezen is als adressant van de aanwijzingsbevoegdheid. De keuze voor de raad van toezicht als geadresseerde van de aanwijzing is ingegeven door het feit dat de aanwijzing kan inhouden dat de raad van toezicht wordt gevraagd stappen te ondernemen om te bereiken dat een of meer leden van de raad van toezicht opstappen⁷¹ of een of meer leden van het college van bestuur worden ontslagen.⁷² Het orgaan 'college van bestuur' is volgens de minister niet de juiste geadresseerde van de aanwijzing omdat volgens de WEB en WHW de raad van toezicht het orgaan is dat bevoegd is tot schorsing en ontslag van de leden van het college van bestuur.⁷³ De veronderstelling is kennelijk dat de Raad van Toezicht die instantie is die het CvB specifieke instructies kan geven of met wie de minister afspraken moet maken: “In de meeste gevallen zullen afspraken worden gemaakt met de raad van toezicht om binnen een vastgestelde termijn de situatie te herstellen”.⁷⁴ Ook het voorkomen van direct ingrijpen in de bestuurlijke verantwoordelijkheid door de minister wordt als motief aangegeven om de Raad van Toezicht aan te wijzen als adressant.⁷⁵

Ten aanzien van de inhoud van de aanwijzing is de wetsgeschiedenis niet helder. Enerzijds wordt gesteld dat de aanwijzing die de raad van toezicht wordt gegeven, moet liggen binnen het kader van de wettelijke taken en bevoegdheden van de raad.⁷⁶ Anderzijds kan een aanwijzing ook betreffen “de opdracht om de instelling of een onderdeel daarvan te reorganiseren of om bepaalde voorzieningen in te richten, bijvoorbeeld indien uit het inspectierapport blijkt dat een zeer slecht systeem van interne kwaliteitszorg of het feitelijk ontbreken daarvan de oorzaak is van ernstige risico’s voor de kwaliteit. Ook is mogelijk de tijdelijke aanstelling van

⁶⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 4 p. 17.

⁷⁰ “Dat het bestuur niet bereid of in staat is daaraan iets te doen.” Kamerstukken II 2013/14 nr. 16 p. 6.

⁷¹ Hoe dat in zijn werk gaat ‘het ondernemen van stappen om te bereiken dat een of meer leden van de raad van toezicht opstappen’ is overigens de vraag.

⁷² Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 10, p. 47.

⁷³ Daarbij zij opgemerkt dat voor zover de rechtspersoon bij de scheiding van functies bestuur en toezicht gekozen heeft voor invulling van de bestuursstructuur volgens het zgn. one tier model de bevoegdheid tot ontslag zal toekomen aan de niet uitvoerende (toezichthoudende) bestuurders.

⁷⁴ Zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II 33 472, nr. 3, p. 14.

⁷⁵ “ De keuze om de aanwijzingsbevoegdheid te richten op de raad van toezicht is bewust gemaakt om zo min mogelijk op de stoel van het bestuur van de instelling te gaan zitten”. Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 10, p. 50.

⁷⁶ Zie Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 10, p. 47; het gaat dan om zaken die de wet expliciet bij de raad van toezicht heeft belegd zoals ontslag van bestuursleden.

een externe materiedeskundige als adviseur van het college van bestuur als aanwijzing te geven, met de opdracht om een bepaald onderdeel van de instelling op de schop te nemen of om de financiën op orde te brengen".⁷⁷ Deze aanwijzingen lijken voorshands moeilijk te rijmen met de eerder genoemde beperking tot de (wettelijke) taken en opdrachten van een raad van toezicht.

De vraag is vervolgens waarom de aanwijzing gericht zou moeten zijn aan een specifiek orgaan (te weten hier de Raad van Toezicht) en niet de rechtspersoon (zoals in de WPO en WVO). Bovendien kan de effectiviteit van het instrument nu beperkt zijn, omdat alleen die aanwijzingen kunnen worden gegeven die vallen binnen de (wettelijke en statutaire) bevoegdheden van de raad van toezicht. De minister van OC&W die op grond van de onderwijswetgeving een aanwijzing kan geven, kan de naleving van de instructie niet in rechte afdwingen.⁷⁸ In de verhouding tussen de overheid en privaatrechtelijke rechtspersoon, kan de minister de rechtspersoon aanspreken die zorg moet dragen dat de aanwijzing wordt gevolgd. De (enige) sanctie is een (gedeeltelijke) intrekking van de bekostiging⁷⁹. Kortom: de aanwijzingsbevoegdheid kan gezien de verhouding tot de onderwijsinstellingen in het MBO en HO alleen gericht zijn op de rechtspersoon die de onderwijsinstelling in stand houdt en bestuurt. De rechtspersoon is gehouden de aanwijzing na te leven voor zover de naleving niet in strijd is met het belang van de rechtspersoon. Een en ander blijkt wanneer we de gekozen constructie toetsen aan het rechtspersonenrecht.

3.2 Toetsing aan het rechtspersonenrecht

3.2.1 Bevoegdheden raad van toezicht

Volgens de minister moet de aanwijzing worden gericht aan het gremium dat daaraan binnen de wetgeving zoals die nu geldt voor het HO en MBO uitvoering kan geven.⁸⁰ Dat orgaan is volgens de minister de raad van toezicht omdat deze tot taak heeft toe te zien op de naleving door het college van bestuur van wettelijke verplichtingen en op de vormgeving van het systeem van kwaliteitszorg.⁸¹

Het is echter de vraag of de raad van toezicht krachtens de statuten van de rechtspersoon de bevoegdheid toekomt om leden van de raad van toezicht te ontslaan. Zo dit niet het geval is zal de raad van toezicht geen uitvoering kunnen

⁷⁷ Minister Bussemaker in Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 25 40-41.

⁷⁸ Een taakverwaarlozingsregeling zoals we die in publiekrechtelijke verhoudingen kennen is niet mogelijk daar waar privaatrechtelijke rechtspersonen belast zijn met een publieke taak.

⁷⁹ Zie ook Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 15, p. 9.

⁸⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 26, p. 2.

⁸¹ Idem.

geven aan de aanwijzing. Daarbij komt – zoals hierboven reeds geschetst- dat de aanwijzingsbevoegdheid een ruimer bereik heeft en niet slechts de concrete aanwijzing tot ontslag van de bestuurders hoeft te omvatten. De aanwijzingsbevoegdheid is er blijkens de memorie van toelichting op gericht misstanden binnen de instelling te herstellen. De aanwijzing kan betrekking hebben op zowel het handelen van bestuurders als van toezichthouders.⁸² Herstel van misstanden kan in bepaalde situaties noodzaken tot andere maatregelen dan het laten opstappen van toezichthouders en het ontslag van bestuurders. Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven kan een herstel van misstanden wellicht enkel worden bereikt door een reorganisatie. Hieraan zal niet de raad van toezicht maar het bestuurlijke orgaan uitvoering kunnen geven. Daarbij zij opgemerkt dat -anders dan de minister doet voor komen- de mogelijkheid om via een aanwijzing rechtstreeks in te grijpen in het besturen van de onderwijsinstelling beperkt zal zijn

3.2.2 De instructiebevoegdheid in het rechtspersonenrecht

Het bestuur van de rechtspersoon is steeds zelfstandig in de uitoefening van de taak en bevoegdheden die aan het bestuur door de wet en statuten zijn toegekend. De autonomie van het bestuur hangt samen met de norm dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak heeft te richten naar het belang van de rechtspersoon waarbij het rekening houdt met gerechtvaardigde en zo nodig te ontziene belangen van andere betrokkenen.⁸³ De instructiebevoegdheid wordt altijd begrensd door het belang van de rechtspersoon (dit geldt zowel voor de NV/BV als ook voor de vereniging/stichting).⁸⁴ Een statutaire instructiebevoegdheid ten aanzien van het bestuur hoeft volgens Rensen niet in strijd te zijn met de autonomie van het bestuur zolang het bestuur in de gelegenheid wordt gesteld om de afweging te maken of het opvolgen van de instructie ingaat tegen het belang van de rechtspersoon. Als dat het geval is kan het bestuur de instructie naast zich neer leggen ongeacht de instructiebevoegdheid.⁸⁵ Weigert het bestuur overeenkomstig de instructie te besluiten dan treedt de instructie niet in de plaats van het besluit.⁸⁶ Wel kan het zo zijn dat indien het bestuur een bevoegd gegeven instructie weigert op te volgen dit het ontslag van de bestuurders tot gevolg kan hebben.

In de literatuur wordt verschillend gedacht of een statutaire of wettelijke instructiebevoegdheid van derden (instanties buiten de rechtspersoon bijvoorbeeld een overkoepelende vereniging of overheidsinstantie) waarbij de autonomie van

⁸² Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 3, p. 14.

⁸³ Asser/Rensen 2-III* 2012/127.

⁸⁴ HR 12 mei 2000, NJ 2000/439, JOR 2000/145.

⁸⁵ Asser/Rensen 2-III* 2012/308, 334, Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, diss VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 322, 324.

⁸⁶ Asser/Rensen 2-III* 2012/127.

het bestuur wordt beperkt in overeenstemming is met het recht.⁸⁷ Wat men hier overigens van vindt ook in geval van een instructiebevoegdheid van derden zal het bestuur –ongeacht de instructie- het belang van de rechtspersoon als richtsnoer van zijn handelen dienen te nemen en moeten afwegen of de aanwijzing niet in strijd is met het belang van de rechtspersoon.⁸⁸ Deze belangenafweging is bepalend voor het al dan niet opvolgen van een gegeven instructie. Dit geldt ook indien een instructie is gericht aan de raad van toezicht. Een raad van toezicht heeft op grond van het rechtspersonenrecht tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming.⁸⁹ De raad van toezicht heeft zich evenals het bestuur te richten naar het belang van de rechtspersoon. In het geval dat de Minister de raad van toezicht een aanwijzing geeft om een of meer leden van het bestuur te ontslaan, zal de raad van toezicht derhalve zelf de afweging moeten maken of het ontslag van de bestuurder in het belang is van de rechtspersoon. Gegeven het feit dat de raad van toezicht tot ontslag van de bestuurder bevoegd is en zonder de aanwijzing van de minister geen aanleiding heeft gezien de bestuurder te ontslaan, zal de raad van toezicht gezien zijn verantwoordelijkheid jegens de rechtspersoon voor een behoorlijke vervulling van zijn taak deze aanwijzing niet blindelings moeten volgen. Een ontslag van een bestuurder dat kennelijk in strijd is met het belang van de rechtspersoon, kan leiden tot schadelijke gevolgen voor de rechtspersoon (in verband met een kostbare financiële afwikkeling van het ontslag van de bestuurder). Deze schade zal niet op de overheid kunnen worden verhaald.⁹⁰ De raad van toezicht is immers zelf jegens de rechtspersoon verantwoordelijk en aansprakelijk voor een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen toezichthoudende taak.⁹¹

Kortom: de keuze van de wetgever om de aanwijzing te adresseren aan de raad van toezicht is problematisch omdat de raad van toezicht niet steeds het orgaan hoeft te zijn dat op grond van de statuten van de rechtspersoon bevoegd is om aan de aanwijzing gevolg te geven. Dit probleem ontstaat niet in het geval de aanwijzing

⁸⁷ Asser/Rensen 2-III* 2012/128.

⁸⁸ F.K. Buin, *Privaatrechtelijke instrumenten bij privatisering*, in : Zbo's, verzelfstandiging en privatisering, preadviezen VAR, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1997, p. 253.

⁸⁹ Zie art. 2:57/140/250 lid 2 BW voor de coöperatie, NV en BV. Hoewel de taak van de raad van toezicht bij een vereniging en stichting niet wettelijk is geregeld ligt een analoge toepassing van art. 2:57 BW voor de hand (Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013., p. 259, Asser/Rensen 2-III* 2012/171, 345.

⁹⁰ Zie Handelingen II, 9 september 2009, p. 108-8667, Handelingen I, 2 februari 1990, p. 17-735 waar zich een soortgelijke discussie heeft voorgedaan bij de invoering van de aanwijzingsbevoegdheid in het primair en voortgezet onderwijs.

⁹¹ C.H.C. Overes, *Worstelen met governance van semipublieke instellingen en pensioenfondsen*, WPNR 6996 (2013), p. 1042-1043, Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 18 waar wordt erkend dat het mogelijke gebruik van het ultieme instrument van een aanwijzing de verantwoordelijkheid van bestuurders en in voorkomende gevallen interne toezichthouders niet wegneemt.

wordt gericht aan de rechtspersoon die de instelling in stand houdt. De rechtspersoon is, op basis van de bekostigingsrelatie die zij met de overheid heeft, gehouden de bekostigingsvoorwaarden na te leven. Dit betekent dat indien de minister gebruik maakt van haar aanwijzingsbevoegdheid deze kan worden gericht tot de rechtspersoon en in beginsel zal moeten worden opgevolgd door het orgaan dat daartoe gezien de statuten van de rechtspersoon bevoegd is.

3.3 Conclusies en antwoorden deelvraag 3

De keuze om de aanwijzingsbevoegdheid specifiek te richten aan de raad van toezicht achten wij niet juist, gelet op het rechtspersonenrecht, maar ook vanuit de systematiek in het onderwijsrecht waarbij de rechtspersoon in het bijzonder onderwijs de bekostigingsrelatie heeft met de overheid.

Af te vragen is waarom in de WEB en WHW ook niet de rechtspersoon als aanspreekpunt voor de aanwijzing zou moeten gelden. Niet alleen zou dit sporen met de WPO en WVO, ook op andere terreinen zoals de zorg en huisvesting wordt in wettelijke voorschriften, welke voor de privaatrechtelijke rechtspersonen als eis voor toelating gelden, in een aanwijzingsbevoegdheid van de minister voorzien.⁹² In al deze gevallen is de aanwijzing gericht op de rechtspersoon die de instelling in stand houdt. De sanctie op het niet naleven van de aanwijzing is jegens de rechtspersoon gericht met wie de overheid een formele band heeft op basis van een bekostigingsbeschikking of toelatingsbesluit.

Ten overvloede; ook het (ingetrokken) amendement Bisschop⁹³ achten wij vanuit rechtspersonenrechtelijk-systematische optiek onjuist: niet het bestuur van de rechtspersoon zou aangesproken moeten worden, maar de rechtspersoon zou adressant moeten zijn.

Het belasten van de rechtspersoon met de aanwijzingsbevoegdheid voorkomt voorts dat aanwijzingen 'in het niet' vallen, bijvoorbeeld omdat de raad van toezicht niet de wettelijke of statutaire bevoegdheid heeft om in te grijpen. In voorkomende gevallen kan het namelijk ook het CvB zijn – zoals ook eerder in de WHOO was omschreven- dat in actie moet komen. In aansluiting met de antwoorden op de eerste en tweede deelvraag zou de aanwijzing jegens de bijzondere instellingen in de WEB en WHW daarom gericht moeten zijn op de rechtspersoon.

⁹² Zie nogmaals art. 8 Kwaliteitswet zorginstellingen, art. 70d Woningwet.

⁹³ Kamerstukken II, 2013/14, 33 472, nr. 24.

4 Antwoorden en wetgevingsconsequenties

In dit hoofdstuk vatten we de antwoorden op de deelvragen uit de vorige hoofdstukken kort samen, en geven daarbij op hoofdlijnen aan welke consequenties deze conclusies hebben ten aanzien van de huidige wetgeving. Specifiek gaan we daarbij in op de vierde deelvraag, inzake de huidige omschrijving van ‘rechtspersonen voor hoger onderwijs’ in de WHW.

4.1 Antwoorden

Eerste en tweede deelvraag: keuze voor college van bestuur als bevoegd gezag en noodzaak tot aanpassing wetgeving

Ons inziens is de keuze van de wetgever om in de WEB en de WHW een specifiek orgaan te definiëren vanuit rechtspersonenrechtelijk, maar ook vanuit onderwijsrechtelijk systematisch oogpunt ongelukkig en niet juist.

Het is de privaatrechtelijke rechtspersoon met wie de overheid een bekostigingsrelatie heeft en die door de overheid kan worden aangesproken voor de naleving van de voorschriften die als voorwaarden voor de bekostiging zijn gesteld. Door de aanwijzing van een orgaan van de rechtspersoon als bevoegd gezag van de onderwijsinstelling treedt de wetgever in de bevoegdheidsverdeling van de rechtspersoon en dit leidt tot spanning in de verhouding tussen het rechtspersonenrecht en de onderwijswetgeving.

De wetgever heeft, ook voor wat betreft de WEB en WHW, blijkens de wetsgeschiedenis de inrichtingsvrijheid en het respect voor het rechtspersonenrecht uitgesproken. De keuze om een specifiek orgaan te adresseren is niet van principiële aard geweest en is – zo menen wij – weinig doordacht op wat betreft hun consequenties en de beoogde aansluiting bij het rechtspersonenrecht. Dat rechtspersonenrecht dient – zo blijkt uit de wetsgeschiedenis – gerespecteerd te worden.

Meer dan in de principiële kant van de zaak, ligt volgens ons een noodzaak om de terminologie zoals gehanteerd in de WPO en WVO te volgen met name op het praktische vlak; de juridisch juiste verantwoordelijkheidstoedeling van de overheid jegens privaatrechtelijke rechtspersonen. In het conceptwetsvoorstel Goed onderwijs, goed bestuur was aanvankelijk ook een verdere uitwerking (orgaanaanduiding) opgenomen, maar na advies van de Raad van State kwam de regering daarop terug; dat inzicht zou wat ons betreft ook moeten doordringen voor de WEB en WHW.

Een eenduidig begrip voorkomt tevens dat de wetgever zich – zoals nu lijkt- in ingewikkelde constructies begeeft waarin besturen van rechtspersoon, tevens lid van de raad van toezicht kunnen zijn. Dit soort contradicties dragen niet bij aan de uiteindelijke doelstelling; scheiding van bestuur en (intern toezicht), en helder extern toezicht op mogelijk bestuurlijk falen.

We benadrukken nogmaals dat het benoemen van de rechtspersoon als bevoegd gezag in alle sectoren de bevoegdheden van de wetgever onverlet laat om aan de rechtspersoon deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden te stellen m.b.t . goed intern toezicht. Echter, wil de overheid deze ook op een effectieve manier kunnen handhaven, dan is het aan te bevelen een heldere structuur en definitie te kiezen (zie ook het antwoord op de derde deelvraag) en terminologische verwarring te voorkomen, conform ook de Aanwijzingen voor de Regelgeving.

Derde deelvraag: raad van toezicht belast met aanwijzing

Gezien het feit dat de niet naleving van de aanwijzing leidt tot sancties in de sfeer van de bekostiging moet de aanwijzing gericht zijn tot de rechtspersoon met wie de overheid de bekostigingsrelatie onderhoudt. Afgezien van dit formele argument is de keuze van de wetgever voor de raad van toezicht als geadresseerde van de aanwijzing onjuist omdat de raad van toezicht niet steeds het gremium zal zijn dat op grond van zijn bevoegdheden krachtens de statuten van de rechtspersoon bevoegd zal zijn de aanwijzing te kunnen opvolgen. De rechtspersoon dient er zorg voor te dragen dat de aanwijzing door het orgaan dat in de organisatie de bevoegdheden heeft om de maatregelen waarin de aanwijzing voorziet te treffen, worden gevolgd. Het is de rechtspersoon die juridisch aan te spreken is op het naleven van de aanwijzing. Zulks is ook geregeld in de WPO, WVO en andere wetgeving waar de minister een aanwijzing kan geven richting privaatrechtelijke rechtspersonen. In een toelichting op de vraag waarom de raad van toezicht wordt geadresseerd bij een aanwijzing werd door de regering gesteld:” Door inschakeling van de raad van toezicht blijft het een interne aangelegenheid van de instelling om orde op zaken te stellen.”⁹⁴ Als de wetgever dit principe van terughoudendheid en het primaat van de interne regeling zou willen doortrekken, dan zou dit een a fortiori argument zijn om de rechtspersoon te adresseren; dan is het inderdaad zuiver aan de interne regelingen/statuten van de rechtspersoon om orde op zaken te stellen.

Niet van belang daarbij is dat de rechtspersoon meer instellingen in stand houdt. De rechtspersoon, als geadresseerde van de aanwijzing, zal conform de statuten van de rechtspersoon orde op zaken moeten stellen daar waar dit nodig is, binnen het bestuur dan wel binnen de instelling waarop de aanwijzing betrekking heeft.

⁹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 472, nr. 10, p. 49.

4.2 Consequenties en antwoord vierde deelvraag

Gezien de wijze waarop de huidige wettelijke regeling in de praktijk wordt gehanteerd zal het begrip bevoegd gezag in de WEB moeten worden gherdefinieerd.

Als bevoegd gezag van een bijzondere instelling (art. 1.1.1 w2 WEB) kan worden aangeduid de rechtspersoon als bedoeld in art. 9.1.1 WEB. Door de wijziging van de definitie van het begrip bevoegd gezag behoeven de art. 9.1.4 lid 1 en art. 9.1.8 WEB niet te worden gewijzigd. Het is aan de rechtspersoon om de statuten in overeenstemming te brengen met de voorschriften van titel 2 van hoofdstuk 9 WEB.

In art. 9.1.4a lid 1 zal de aanwijzing moeten worden gericht aan 'het bevoegd gezag'. In art. 9.1.4a lid 4 en lid 5 sub c zal 'raad van toezicht' dienen te worden vervangen door 'het bevoegd gezag'.

Wijziging van de definities in de WHW is lastiger omdat in deze wet anders dan in de WEB niet van 'het bevoegd gezag' wordt gesproken maar van 'het instellingsbestuur' (van een bekostigde instelling het college van bestuur, tenzij anders bepaald) en het 'college van bestuur' van een bijzondere instelling (als het orgaan dat als zodanig in de statuten is aangewezen).

Ons voorstel zou zijn ook in de WHW het begrip 'bevoegd gezag' op te nemen (ter vervanging van het begrip 'instellingsbestuur' (art. 1.1j WHW). Voor de bijzondere bekostigde instellingen zou de privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid als het bevoegd gezag moeten worden aangewezen. In art. 9.51 WHW zal tot uitdrukking moeten komen dat het aan het bevoegd gezag is de regels vast te stellen omtrent het college van bestuur en raad van toezicht overeenkomstig de bepalingen van titel 1 en titel 2. Het is aan het bevoegd gezag om te beoordelen of het -gezien de eigen aard van de universiteit- wenselijk is om te komen tot een functionele scheiding van bestuur en toezicht. Het bevoegd gezag zal voorts iedere wijziging van de statuten aan de minister moeten doen toekomen. Het is aan de minister om te beoordelen of de regeling van de bestuursstructuur voldoet aan de bepalingen van de WHW.

In de artikelen 9.9a lid 1, lid 4 en lid 5 sub c en art. 10.3e lid 1, lid 4 en lid 5 sub c WHW zal 'raad van toezicht' moeten worden vervangen door 'het bevoegd gezag'.

In de WHW wordt ook de terminologie 'de rechtspersoon voor hoger onderwijs' gehanteerd en deze rechtspersoon voor hoger onderwijs moet niet worden verward met de rechtspersoon die als bevoegd gezag van de bijzondere instelling heeft te gelden. Bij de 'rechtspersoon voor hoger onderwijs' als bedoeld in art. 1.1 onder aa WHW gaat het om niet-bekostigde instellingen. In de definiëring van de begrip-

pen in art. 1.1 WHW zal een duidelijk onderscheid kunnen worden gemaakt met de bijzondere bekostigde instellingen. Door voor de rechtspersonen die het bevoegd gezag vormen van de bijzondere bekostigde instellingen consequent het begrip 'bevoegd gezag' in de wet op te nemen kan verwarring met andere rechtspersonen voor hoger onderwijs worden voorkomen.

Literatuurlijst

Asser/Rensen 2-III* 2012/125/334 G.J.C. Rensen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen, Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen. Deventer: Kluwer 2012

J.B.J.M Ten Berge, S.E. Zijlstra, De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling. In: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Preadviezen voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

F.K. Buin, Privaatrechtelijke instrumenten bij privatisering, in : Zbo's, verzelfstandiging en privatisering, preadviezen VAR, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1997

P.L van Dijk en T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013

G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, diss VU, Deventer: Kluwer 2004

R.G. Louw, Het Nederlands hoger onderwijsrecht, (diss U Leiden) Leiden: Leiden University Press

D. Mentink, Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem, Deventer: Kluwer 1989

Onderwijsraad, Artikel 23 in maatschappelijk perspectief, Den Haag: Onderwijsraad 2012

C.H.C. Overes, Worstelen met governance van semipublieke instellingen en pensioenfondsen, WPNR 6996 (2013), p. 1038-1048

C.H.C. Overes, Bestuur en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs, diss VU, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994

B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag: Elsevier 1999

P.J.J. Zoontjens en B.P. Vermeulen, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht. In: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: BJU 2000

P.J.J. Zoontjens, Inleiding tot de onderwijswetgeving, Den Haag: Elsevier 1999

P.J.J. Zoontjens. H. Delnooz B.P. Vermeulen, Governance in het openbaar onderwijs, Tilburg: Tilburg University, 2006