

Vergaderjaar 2013–2014

33 824

Evaluatie wet Versterking besturing

Nr. 3

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ONDERWIJS, CULTUUR EN WETENSCHAP

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 18 april 2014

Op 10 februari 2014 heb ik u het rapport aangeboden dat als titel draagt: «De juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de WEB en de WHW» (verder: het rapport)(Kamerstuk 33 824, nr. 2). Het rapport is opgesteld door prof. mr. P.W.A. Huisman, bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en mr. dr. C.H.C. Overes, universitair docent privaatrecht aan de Vrije Universiteit met een bijzondere expertise op het gebied van het rechtspersonenrecht. Het rapport is op mijn verzoek uitgebracht naar aanleiding van een door uw Kamer aanvaarde motie van het lid Bisschop van de SGP-fractie (Kamerstuk 33 472, nr. 29). In de motie wordt de regering verzocht «met het oog op een 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». Hierbij ontvangt u mijn beleidsreactie bij het rapport.

Korte inhoud van het rapport

De opstellers van het rapport schetsen in eerste instantie dat de bestuurlijke inrichting van het bijzonder onderwijs wordt beheerst door het privaatrecht en niet wordt geregeld bij wet maar door het eigen statuut, dit in tegenstelling tot het openbaar onderwijs dat wordt beheerst door het publiekrecht en wel wordt geregeld door de wet. Zij wijzen er daarbij op dat het strakker reguleren van de governance in alle onderwijssectoren sinds 2002 heeft gezorgd voor een intensievere bemoeienis van de wetgever met de bestuurlijke inrichting van rechtspersonen voor bijzonder onderwijs. De bestuurlijke inrichtingsvrijheid, in de zin van variëteit van bestuursvormen, is niettemin volgens de opstellers het uitgangspunt van wetgevingsbeleid gebleven. Instellingen voor bijzonder onderwijs worden in stand gehouden door private rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid. Zij merken verder op dat wat betreft de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen in de onderwijsrechte-

lijke literatuur onderscheid wordt gemaakt tussen het besturen van de onderwijsinstellingen en het in stand houden daarvan. Volgens diezelfde literatuur is voor het bijzonder onderwijs de privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere school in stand houdt tevens het bevoegd gezag. In de wetgeving voor het primair en voortgezet onderwijs is dat ook zo vastgelegd. Voor het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en het hoger onderwijs (ho) is dat niet het geval. Daar wijst de wet het college van bestuur als bevoegd gezag aan.

Aan de hand van een aantal argumenten, vooral ontleend aan het rechtspersonenrecht zoals dat is geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, komen de opstellers van het rapport tot de conclusie dat ook in het mbo en ho de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, moet worden aangewezen als bevoegd gezag. Zij merken op dat dit niet betekent dat de door de wetgever voorgeschreven scheiding tussen bestuur en intern toezicht weer zou moeten worden losgelaten.

Achtergrond bestaande situatie

De thans in de verschillende onderwijswetten voorgeschreven scheiding tussen bestuur en intern toezicht van een onderwijsinstelling is belangrijk voor het waarborgen van good governance. Het ligt zeker niet in mijn bedoeling om dat weer los te laten. De wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Stb. 2009, 151) en de wet Versterking besturing (Stb. 2010, 119) zijn tot stand gekomen in het licht van de toenemende maatschappelijke behoefte in de 90-er jaren van de vorige eeuw en het begin van deze eeuw aan good governance, tot uitdrukking komend in voldoende checks en balances in de bedrijfsvoering van een onderneming maar evenzeer van een onderwijsinstelling. Voor het mbo en ho kwam daar nog bij het rapport van de Algemene Rekenkamer «Onregelmatigheden bekostiging in het (hoger) onderwijs» (Kamerstuk 28 248, nr. 24). De Rekenkamer stelde dat een adequate opzet en een goede werking van het intern toezicht bij instellingen een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van bekostigingsregeling. Ook een zelfstandig functionerend bestuur achtte de Rekenkamer hiervoor van belang. Er was kortom een stevige investering nodig in de professionaliteit en de kwaliteit van de governance voor het mbo en ho. Daarbij is voor deze sectoren als uitgangspunt gekozen dat er voor bestuur en toezicht binnen de instelling twee organen zijn: het college van bestuur respectievelijk de raad van toezicht. Afwijking hiervan in de vorm van het zogenaamde one-tiermodel is mogelijk bij bijzondere instellingen in verband met hun eigen aard. In dat model zijn het bestuur van de instelling en het toezicht daarop in één orgaan ondergebracht. In de praktijk van mbo en ho komt dit model niet voor. Dit is anders in het primair en voortgezet onderwijs waarin beide modellen voorkomen en het one-tiermodel een volwaardig alternatief is voor de organieke scheiding van bestuur en toezicht.

Bestuur en toezicht in de praktijk

Later in deze beleidsreactie zal ik ingaan op de vraag of wetswijziging vanuit juridisch perspectief naar mijn mening wel of niet nodig is maar ik wil voorop stellen dat ik in de huidige praktijk binnen de instellingen voor ho en mbo positieve ontwikkelingen zie op het vlak van bestuur en toezicht. Ten aanzien van de wet Versterking besturing is recent een evaluatie uitgevoerd (Kamerstuk 33 824, nr. 1). Uit deze evaluatie blijkt onder andere dat het veld duidelijke stappen tot professionalisering zet om aan de toegenomen verwachtingen rond de kwaliteit van bestuur en toezicht te voldoen. Toch zijn er nog verbeteringen wenselijk zoals een meer actieve opstelling van de raad van toezicht op het gebied van

naleving door het college van bestuur van wet- en regelgeving. Om een rechtmatige en doelmatige besteding van de middelen en de kwaliteit van het onderwijs te kunnen waarborgen is het naar mijn mening noodzakelijk de kwaliteit van bestuur en intern toezicht op instellingsniveau voortdurend kritisch te beschouwen en blijvend te verbeteren.

Ik stel vast dat er in de praktijk gevallen zijn waarin het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt tevens optreedt als raad van toezicht van de instelling. Er is dan sprake van een personele unie. Er zijn ook instellingen waarbij het bestuur van de rechtspersoon en het college van bestuur van de instelling een personele unie vormen en er een aparte raad van toezicht is ingesteld. In theorie is ook nog een constructie mogelijk waarbij het bestuur van de instelling en het toezicht daarop in één orgaan zijn ondergebracht, het zogenaamde one-tiermodel. In de praktijk komt dit model, zoals eerder gemeld, in mbo en ho op dit moment overigens niet voor.

Als het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en de raad van toezicht een personele unie vormen, vormt daarnaast het college van bestuur in feite het bevoegd gezag van de instelling. Dat orgaan moet daarom krachtens de statuten van de rechtspersoon over alle bevoegdheden beschikken om de instelling te besturen en te beheren behoudens de bevoegdheden die door de wetgever zijn voorbehouden aan de raad van toezicht en aan (het bestuur van) de rechtspersoon. Zo is het nu ook in de WEB en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) geregeld. Dat leidt tot goed werkbare constructies en een voldoende heldere taakverdeling tussen de verschillende organen die met bestuur en toezicht binnen de instelling zijn belast.

Juridische waardering

Het rapport is voor mij aanleiding geweest nog eens kritisch te kijken naar de wijze waarop de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, het college van bestuur en de raad van toezicht in de WEB en de WHW is vastgelegd.

Ik stel met de opstellers van het rapport vast dat het formele onderscheid tussen de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en de organen die binnen de instelling verantwoordelijk zijn voor het goed functioneren daarvan, te weten het college van bestuur en de raad van toezicht, niet overal consequent is gehanteerd. De rechtspersoon die de instelling in stand houdt, moet gelet op Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) worden beschouwd als het bevoegd gezag. Uit bijvoorbeeld de parlementaire behandeling van de wijziging van de WEB inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Stb. 2009, 151) blijkt duidelijk dat Boek 2 van het BW het uitgangspunt is geweest van de wetgever (Kamerstuk 30 599, C, blz. 3). Het is ook de rechtspersoon die de bekostiging ontvangt. Wil de rechtspersoon het recht op bekostiging behouden dan zal, zoals de opstellers van het rapport terecht stellen, de bestuursstructuur statutair vormgegeven moeten worden in overeenstemming met de wettelijke voorschriften die daaraan in de WEB en WHW worden gesteld.

Voor de wel geopperde stelling dat de onderwijsregelgeving ten opzichte van het BW moet worden beschouwd als een *lex specialis* is weinig steun te vinden. Het volgen van die redenering zou overigens ook in strijd zijn met het beleid van achtereenvolgende kabinetten om vanuit een oogpunt van transparantie zoveel mogelijk met algemeen geldende wetgeving te werken.

Ik merk in dit verband nog op dat ook als er sprake is van een personele unie tussen het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en de raad van toezicht van de instelling, het maken van een formeel onderscheid nodig is omdat de formele bevoegdheden anders zijn wanneer iemand de functie van bestuurslid van de rechtspersoon of die van lid van de raad van toezicht uitoefent. Het is bijvoorbeeld de raad van toezicht die de leden van het college van bestuur of het instellingsbestuur benoemt maar het is de rechtspersoon die bevoegd is als het gaat om fusie of splitsing van de instelling.

Wetswijziging

Omdat de huidige wetgeving gelet op het voorgaande niet geheel correct is, zal ik een wijziging van de WEB en de WHW bevorderen waarbij het uitgangspunt is dat de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, wordt aangewezen als het bevoegd gezag van die instelling. Ik zal dat op zo'n manier doen dat de scheiding tussen bestuur en intern toezicht op instellingsniveau en de taakverdeling tussen beide organen zoals die nu in de WEB en de WHW zijn vastgelegd, overeind blijven. De praktijk zoals die op dit moment functioneert, geeft mij geen aanleiding daarin ingrijpende wijzigingen aan te brengen. De statuten van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, zullen hierin moeten voorzien. Aan beide organen moeten in de statuten zodanige bevoegdheden worden toegekend dat zij zoveel mogelijk de nu in de WEB en de WHW opgedragen taken kunnen blijven uitoefenen. Met het oog op de professionaliteit en de kwaliteit van de governance vind ik het daarbij van groot belang dat elke mbo- of ho-instelling onverkort een eigen college van bestuur en een eigen raad van toezicht kent.

Gevolgen van wetswijziging voor de praktijk

Er zal in de opzet als hiervoor geschetst slechts een geringe verschuiving behoeven plaats te vinden in bevoegdheden die nu door de WEB en de WHW zijn toegekend aan respectievelijk de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, het college van bestuur en de raad van toezicht van de instelling. Alleen daar waar er sprake is van instellingsoverstijgende bevoegdheden en van bevoegdheden die direct verbonden zijn met de identiteit van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, zal er op enkele plaatsen een verschuiving van bevoegdheden optreden.

Het meest sprekende voorbeeld daarvan is artikel 9.51, tweede lid, van de WHW waar niet zoals nu geregeld het college van bestuur maar de rechtspersoon aan zet zal zijn als het gaat om het vaststellen van de regels inzake bestuur en medezeggenschap die verband houden met de eigen aard van de universiteit. Ook in artikel 8a.5.1 van de WEB en artikel 10.38 van de WHW (afwijking van de algemene regels ten aanzien van medezeggenschap op gronden die verband houden met de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging die aan de instelling ten grondslag ligt) en de artikelen 7.37, vierde lid, (respecteren van grondslag en doelstellingen van de instelling als voorwaarde voor inschrijving) en 7.68 (het instellen van een college van beroep voor het bijzonder onderwijs) van de WHW is dat het geval. In de artikelen 2.1.8 tot en met 2.1.12 van de WEB en de artikelen 16.16 tot en met 16.19 van de WHW (artikelen die betrekking hebben op fusie en splitsing) is terecht de rechtspersoon, die de instelling in stand houdt, al in beeld en hoeft dus niets te worden gewijzigd.

In de taken van de raad van toezicht zoals die onder andere zijn neergelegd in artikel 9.1.4 van de WEB en artikel 9.8 van de WHW, behoeft niets te worden gewijzigd als voor de bijzondere instellingen de rechts-

persoon die de instelling in stand houdt, wordt aangewezen als het bevoegd gezag. Ik wil daarbij benadrukken dat ik het van groot belang vind dat het benoemen, schorsen, ontslaan en vaststellen van de beloning van de leden van het college van bestuur blijft behoren tot de taak van de raad van toezicht. Dat geldt a fortiori in situaties waarbij het bestuur van de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en het college van bestuur een personele unie vormen. In die situaties zou het uitermate ongewenst zijn dat het bestuur van de rechtspersoon de genoemde taken zou uitoefenen. Overigens geldt ook voor het primair en voortgezet onderwijs dat de raad van toezicht genoemde taken uitoefent tenzij er is gekozen voor een one-tiermodel.

Adressant van de aanwijzingsbevoegdheid

In lijn met hun conclusies bij de beantwoording van de vraag wie in de WEB en de WHW als bevoegd gezag zou moeten worden aangewezen, pleiten de opstellers van het rapport er ook voor in het bijzonder onderwijs de rechtspersoon die de instelling in stand houdt de juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid te laten zijn. Dat is in overeenstemming met de regeling zoals die geldt voor het primair en voortgezet onderwijs maar ook met regelingen in de zorg en in de volkshuisvesting. Zij wijzen erop dat het richten van de aanwijzingsbevoegdheid op de raad van toezicht zal mislukken in die gevallen waarin de raad van toezicht niet de wettelijke of statutaire bevoegdheid heeft om in te grijpen.

Hoewel er op het eerste gezicht veel te zeggen lijkt te zijn voor de consequentie die de opstellers van het rapport verbinden aan het antwoord op de vraag wie het bevoegd gezag vormt voor bijzondere instellingen in het mbo en het ho als het gaat om de aanwijzingsbevoegdheid, past daarbij naar mijn mening enige nuancering. Als het gaat om gevallen waarin de raad van toezicht niet de wettelijke of statutaire bevoegdheid heeft om in te grijpen, ligt de rechtspersoon die de instelling in stand houdt als adressant voor de hand. Tegelijkertijd zijn er gevallen waarin de raad van toezicht wel de wettelijke of statutaire bevoegdheid heeft om in te grijpen. Ik zie vooralsnog niet waarom ik in die gevallen niet de raad van toezicht zou adresseren zoals de WEB en de WHW nu voorschrijven. Het is daarom mijn voornemen de artikelen in de WEB en de WHW waarin de aanwijzingsbevoegdheid is geregeld te nuanceren in die zin dat de raad van toezicht aanspreekpunt blijft tenzij er sprake is van wanbeheer op terreinen waarop de raad van toezicht niet bevoegd is. In dat geval zal ik mij richten tot de rechtspersoon die de instelling in stand houdt.

Ik ben mij ervan bewust dat dit in het primair en voortgezet onderwijs anders is geregeld. De andere keuze voor mbo en ho is mijns inziens gerechtvaardigd omdat in het primair en voortgezet onderwijs het one-tiermodel, waarbij bestuur en toezicht in één orgaan zijn verenigd, veel voorkomt terwijl dit model zoals hiervoor gemeld in het mbo en ho ontbreekt. Verder is er in het primair en voortgezet onderwijs alleen bij de zogenaamde eenpitters sprake van bestuur en toezicht per instelling terwijl dat voor mbo en ho regel is.

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
M. Bussemaker