

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding

1.1	Probleemstelling	3
1.2	Onderzoeksvragen	5
1.3	Indeling van dit rapport	6

2. Algemene context van governance in het openbaar onderwijs

2.1	De constitutionele positie van het openbaar onderwijs	9
2.2	Belangen van vermogensrechtelijke verzelfstandiging	10
2.3	Interne scheiding van bestuur en toezicht	12

3. Delegatie van bevoegdheden van bestuur naar management

3.1	Uitgangspunten	15
3.2	De stand van zaken in de onderwijswetgeving	15
3.2.1	Hoger onderwijs	15
3.2.2	Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie	17
3.2.3	Primair en voortgezet onderwijs	17
3.2.4	Afwijkend régime in het bijzonder onderwijs	18

4. Scheiding bestuur en toezicht in verschillende bestuursvormen

4.1	Het integraal bestuur	23
4.2	De bestuurscommissie	24
4.3	De openbare rechtspersoon	26
4.3.1	Vermogensrechtelijke verzelfstandiging	26
4.3.2	De wettelijke regeling	27
4.3.3	Ruimte voor een Raad van Toezicht	28
4.3.4	Overheersende overheidsinvloed en de Raad van Toezicht	30
4.3.5	Raad van Toezicht en invloed van de ouders	32
4.4	De stichting openbaar onderwijs	33
4.4.1	Overeenkomsten en verschillen met openbare rechtspersoon	33
4.4.2	Bestuur, toezicht en Raad van Toezicht	34
4.5	De stichting samenwerkingsbestuur	35
4.5.1	Overeenkomsten en verschillen met voorgaande rechtsfiguren	35
4.5.2	Bestuur, toezicht en Raad van Toezicht	35

5. Samenvatting en conclusies

5.1	Algemeen	39
5.2	Deelvragen	40
5.3	Conclusies op deelvraag a	40
5.4	Conclusies op deelvraag b	41
5.5	Conclusies op deelvraag c	44

Lijst van geraadpleegde literatuur	45
---	----

Bijlage	47
----------------	----

Governance in het openbaar onderwijs

*Over de mogelijkheden van scheiding van bestuur
en toezicht en van delegatie van bevoegdheden in het
vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar
onderwijs in PO en VO*

EINDRAPPORT EERSTE DEEL

Prof.mr. P.J.J. Zoontjens
Mr.drs. H. Delnooz
Prof.mr.drs. B.P. Vermeulen



Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken
Tilburg, maart 2006

1. Inleiding

1.1 Probleemstelling

In de op 7 juli 2005 aan de Tweede Kamer toegezonden beleidsnotitie ‘Governance in het onderwijs’¹ heeft de minister van OCW haar visie ontvouwd op de toekomstige bestuurlijke verhoudingen in het door de overheid bekostigde onderwijs. Een belangrijk deel van deze notitie betreft de bestuurlijke inrichting van de instellingen. Een tweetal voorstellen trekt daarbij de aandacht:

- a. Er moet binnen het beheersregime over instellingen en scholen een scheiding worden aangebracht tussen bestuur en toezicht. In de sectoren HO en BVE zal een interne Raad van Toezicht verplicht worden voorgeschreven; in PO en VO wordt in verband met de positie van het openbaar onderwijs en de vrijheid van het bijzonder onderwijs een keuze mogelijk gemaakt: óf een Raad van Toezicht óf een scheiding van de bestuurlijke en toezichtfuncties.
- b. Er dient een regeling te komen die het bevoegd gezag in staat stelt bevoegdheden te delegeren aan het management van de school of instelling. Momenteel is deze mogelijkheid reeds in het HO en BVE aanwezig, maar lijkt deze zowel qua methode als effect uitgesloten in het openbaar onderwijs in PO en VO.²

De genoemde voorstellen zijn van groot belang voor een toekomstig gedereguleerd onderwijsbestel. Zij hebben ook grote consequenties voor het openbaar onderwijs in de sectoren PO en VO, waarop we ons in het vervolg zullen concentreren. De Onderwijsraad signaleerde eind 2004 in zijn advies ‘Degelijk onderwijsbestuur’ dat bij het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs krachtens de onderwijswet de gemeenteraad door de wet aangewezen is als raad van toezicht. Tegenover de gemeenteraad moet het bestuur van de stichting of openbare rechtspersoon die een openbare school (mede) in stand houdt zich verantwoorden, terwijl de gemeenteraad ook concrete toezichtbevoegdheden kan uitoefenen in het belang van de continuïteit van het openbaar onderwijs. “Deze bevoegdheden maken duidelijk dat de wetgever de gemeenteraad heeft aangewezen als toezichhoudende instantie. Hoewel het stichtingenrecht het instellen van een raad van toezicht voor de stichting voor openbaar onderwijs niet uitsluit, zou daarmee toch een orgaan ontstaan met vergelijkbare (overlappende) bevoegdheden als de gemeenteraad. Het is de vraag welke toezichtbevoegdheden een interne raad van toezicht nog kan uitoefenen.”³ Ook bij het klassiek, integraal bestuur van het openbaar onderwijs – met het college van burgemeester en wethouders als bevoegd gezag – kan de ‘interne’ scheiding van bestuur en toezicht of de instelling van een specifieke raad van toezicht problematisch

¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 183, nr. 1 (voortaan: notitie Governance).

² Door velen wordt aangenomen dat er in het bijzonder onderwijs reeds nu via statutaire toedeling van bevoegdheden aan ‘organen’ van de rechtspersonen een verschuiving van bevoegdheden kan plaatsvinden, die effectief gelijkwaardig is aan delegatie in het publiekrecht. Zie ook paragraaf 3.2, onderaan.

³ Advies 20040373/794, Den Haag, december 2004, p. 34.

genoemd worden. Uiteindelijk kan men hier ook weer niet makkelijk om de gemeenteraad heen, nu vooral vanwege zijn algemene taak het college te controleren, wat allerlei vormen van toezicht (raad) en verantwoording (college) impliceert.⁴ Ook hier zal dus snel van overlapping sprake kunnen zijn. Bij de mogelijkheid van delegatie van bevoegdheden van het bevoegd gezag naar het management kan men ten aanzien van alle vormen van bestuur van openbaar onderwijs, inclusief het integraal bestuur, evenzeer vraagtekens plaatsen. Als men al wettelijk delegatie zou willen mogelijk maken dan doemt wellicht de hindernis van artikel 10:14 Awb (Algemene wet bestuursrecht) op, dat bepaalt dat delegatie niet geschiedt aan ondergeschikten. Een volgend punt is voor welke bevoegdheden de onderwijswet een specifieke basis zou dienen te verschaffen (art. 10:15 Awb) en of er in dat kader geen bevoegdheden zijn die zich naar de aard niet voor delegatie lenen.⁵

In deze studie zal een verkenning plaatsvinden naar de uitwerking van de voornemens inzake governance voor de verschillende bestuursvormen in het openbaar onderwijs. Daarbij zullen we ons beperken tot de drie basisprincipes van:

- scheiding van bestuur en intern toezicht,
- de mogelijkheid van invoering van een Raad van Toezicht-model, en
- de mogelijkheid van delegatie van taken en bevoegdheden van bestuur naar management.

Krachtens de Wpo en Wvo – soms alleen in combinatie met andere wetgeving – kunnen er zes bestuursvormen worden onderscheiden: integraal bestuur, bestuur door een bestuurscommissie ingevolge de Gemeentewet, bestuur door een openbaar lichaam krachtens de Wet gemeenschappelijke regelingen, bestuur door een stichting openbaar onderwijs, bestuur door een openbare rechtspersoon, en tenslotte bestuur door een bestuurlijk gefuseerde stichting die mede het bestuur over bijzondere scholen vormt. Het ligt voor de hand om daarbij vooral aandacht te besteden aan de stichting openbaar onderwijs, de openbare rechtspersoon en de bestuurlijk gefuseerde stichting, omdat deze aan populariteit lijken te winnen en de belangrijke vragen inzake governance zich naar verwachting in de toekomst ook op deze vormen zullen concentreren.

In het algemeen houden de problemen inzake de afstemming van governance-principes op het openbaar onderwijs verband met drie aspecten: (1) de constitutionele positie van het openbaar onderwijs; (2) de organisatie en inrichting van het gemeentebestuur krachtens de Gemeentewet; (3) de beginselen en regels van de Awb. Van de zijde van de opdrachtgever wordt er nog een belangrijk aspect aan toegevoegd, namelijk de wens om (4) de regels ten aanzien van openbaar en bijzonder onderwijs zoveel mogelijk te harmoniseren, in het bijzonder wat betreft de mogelijkheden van publieke verantwoording voor het openbaar onderwijs. Dit laatste

⁴ Vgl. N.L.P. te Bos, De (on)mogelijkheden van de Raad van Toezicht in het openbaar onderwijs, in: F.H.J.G. Brekelmans e.a. (red.), Educational Governance, symposiumbundel NVOR 2004, Den Haag 2004, p. 77 e.v.

⁵ Zie bv. Pres.Rb. Amsterdam 31 augustus 1989, KG 1989, 337.

punt staat enigszins los van de voorgaande omdat hier uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan een algemenere optiek, welke in de notitie “Herijking positie openbaar onderwijs” van VOS/ABB is neergelegd. Die komt er op neer dat voor 2010 wordt voorzien dat het integraal bestuur van het openbaar onderwijs niet meer bestaat, en er alleen nog ruimte zal zijn voor de beide stichtingsvormen als bevoegd gezag. Ten behoeve van zo’n stelsel dient een duidelijk beeld te worden geschetst van de mogelijkheden om wettelijke uitgangspunten en regels voor het openbaar onderwijs in overeenstemming te brengen met die voor het bijzonder onderwijs. Het gaat hierbij over een reeks van verantwoordelijkheden en bevoegdheden van het (verzelfstandigd) openbaar onderwijs op onderwerpen als schoolstichting en –opheffing, de relatie tot het toezicht, begrotingsrecht, toepasselijk rechtspositierecht, rechtsbescherming, besluitvorming, samenwerking, etc.

1.2 Onderzoeksvragen

Een en ander leidt ons tot de volgende twee algemene onderzoeksvragen:

- 1. Wat zijn de juridische mogelijkheden tot scheiding van bestuur en toezicht en tot delegatie van bevoegdheden van bestuur aan management binnen de verschillende wettelijke bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO?*
- 2. Hoe zou verzelfstandigd openbaar onderwijs in stichtingen er anno 2010 uit kunnen zien in de relatie tot het gemeentebestuur, indien uitgegaan wordt van de wens het openbaar onderwijs wat betreft bevoegdheden en verantwoordelijkheden zoveel mogelijk gelijk te trekken met de positie van het bijzonder onderwijs?*

Bovengenoemde vraagstellingen kunnen worden uiteengelegd in de navolgende deelvragen:

- Welke zijn de mogelijkheden voor scheiding van bestuur en intern toezicht binnen de verschillende bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO, mede gezien de positie van de gemeenteraad?
- Welke zijn de mogelijkheden voor invoering van een Raad van Toezicht-model binnen de verschillende bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO, mede gezien de positie van de gemeenteraad?
- Welke zijn de mogelijkheden voor delegatie van bestuursbevoegdheden binnen het openbaar onderwijs in PO en VO, gezien de eisen van de Awb en de aard van de bevoegdheden?
- Hoe kan de positie van de stichting als bevoegd gezag van openbaar onderwijs anno 2010 zoveel mogelijk in overeenstemming worden gebracht met het bevoegd gezag van een bijzondere school? Wat betekent dat voor haar relatie tot het gemeentebestuur, de bevoegdheid tot schoolstichting en –opheffing, intern en bestuurlijk toezicht en de uitoefening van het begrotingsrecht?

- Hoe kan de positie van de stichting als bevoegd gezag van openbaar onderwijs anno 2010 op gelijke voet handelen als het bijzonder onderwijs wat betreft het toepasselijk rechtspositierecht, de rechtsbescherming, het kader voor besluitvorming en wat betreft samenwerking?

Het onderzoek valt uiteen in twee delen. In dit rapport zal de *eerste algemene onderzoeksvraag* worden behandeld. Meer specifiek zal worden gewerkt aan de hand van de eerste drie deelvragen die direct hierboven zijn geformuleerd. Van dit rapport is reeds op 2 maart 2006 een conceptversie met de opdrachtgever⁶ besproken. Uiterlijk 29 mei 2006 zal het eindrapport worden aangeboden van het onderzoek naar de *tweede algemene onderzoeksvraag*.

1.3 Indeling van dit rapport

In het onderstaande besteden we, zoals gezegd, aandacht aan de eerste drie hierboven geformuleerde deelvragen. Wat direct hierna volgt – paragraaf 2 – is een algemeen gedeelte, waarin nader aandacht wordt besteed aan openbaar onderwijs, de achtergronden van bestuurlijke verzelfstandiging van het openbaar onderwijs, en het belang van governance, respectievelijk een Raad van Toezicht in het openbaar onderwijs.

In paragraaf 3 zal de derde deelvraag tot uitgangspunt worden genomen. Hier treft men de beschouwingen aan omtrent de toelaatbaarheid en reikwijdte van delegatie van bevoegdheden van het bestuur aan het management in het openbaar onderwijs. In paragraaf 4 tenslotte, worden de eerste twee deelvragen tot uitgangspunt genomen. Daarbij zal aandacht worden besteed aan vijf bestuursvormen voor het openbaar onderwijs: het integraal bestuur, de bestuurscommissie, de openbare rechtspersoon,⁷ de stichting openbaar onderwijs⁸ en de stichting samenwerkingsbestuur.⁹ Er wordt hier van afgezien om een zesde bestuursvorm onder de loep te nemen, te weten het openbaar lichaam op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen.¹⁰ Dit heeft te maken met verschillende overwegingen. In de eerste plaats is deze figuur in de praktijk een uitzondering en is hij – naar verluidt – ook niet populair.¹¹ Een tweede punt is dat voor de gemeenschappelijke regeling inmiddels goede alternatieven zijn ontstaan. Een gemeenschappelijke regeling kan van oudsher berusten op de samenwerking tussen gemeenten en tussen gemeenten en privaatrechtelijke rechtspersonen. Voor de samenwerking tussen gemeenten is er echter sinds de jaren negentig ook de openbare

⁶ Zie inzake de gegevens van de onderzoekers en van de samenstelling van de commissie tot begeleiding van dit onderzoek de bijlage.

⁷ Geregeld in artikel 47 Wpo; artikel 42a Wvo en artikel 50 Wec.

⁸ Geregeld in artikel 48 Wpo; artikel 42b Wvo en artikel 51 Wec.

⁹ Geregeld in artikel 17 Wpo; artikel 53c Wvo en artikel 28 Wec.

¹⁰ Art. 8 Wgr. In de artikelen 1 van Wpo, Wec en Wvo wordt deze figuur vermeld als mogelijke rechtspersoon die de openbare school in stand houdt.

¹¹ Advies (zie noot 3), p. 32.

rechtspersoon. Voor de samenwerking tussen gemeenten, en tussen gemeenten en andere rechtspersonen, zijn er verder – ook sinds de jaren negentig – de stichting openbaar onderwijs en de stichting samenwerkingsbestuur. Het laatste punt is dat de (gemeenschappelijke) regeling van de bestuurlijke inrichting van het openbare lichaam, in ieder geval wat de belangen van het openbaar onderwijs betreft, praktisch vormvrij wordt gelaten.¹² Wettelijk is de bestuurlijke inrichting van een openbaar lichaam slechts op hoofdlijnen geregeld: er is een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur (art. 12 Wgr), verder geldt er een informatieplicht van het bestuur van het openbaar lichaam in de richting van de raden van de deelnemende gemeenten.¹³ Door deze vormvrijheid kan de gemeenschappelijke regeling van weinig nut zijn bij een onderzoek naar de mogelijkheden en grenzen van governance in het openbaar onderwijs. Het is eerder zo, dat de inzichten verkregen uit dit onderzoek relevant kunnen zijn bij het omgaan met de gemeenschappelijke regeling.

In paragraaf 5 tenslotte, volgen algemene conclusies.

¹² Ex art. 30 Wgr kunnen alle aan de besturen van de (aan de gemeenschappelijke regeling deelnemende) gemeenten toekomende bevoegdheden worden overgedragen aan het bestuur van het openbare lichaam, behalve de bevoegdheid tot het heffen van andere belastingen dan bedoeld in de Gemeentewet.

¹³ Art. 17 Wgr.

2. De algemene context van governance in het openbaar onderwijs

2.1 De constitutionele positie van het openbaar onderwijs

De aanwezigheid van openbare scholen is principieel de uitdrukking van de zorgplicht van de overheid tot het beschikbaar stellen van onderwijs in algemeen toegankelijke scholen, dat niet is gelieerd aan een bepaalde levensbeschouwelijke of religieuze opvatting. Deze zorgplicht is een rechtstreeks uitvloeisel van het in internationale verdragen beschermde recht op onderwijs¹⁴ en is ook verankerd in artikel 23 van onze Grondwet.

Het Nederlandse bestel van bekostigd onderwijs is dual, uit twee delen opgebouwd. Die dualiteit is het rechtstreekse gevolg van in artikel 23 van de Grondwet vastgelegde beginselen. Die zeggen dat er in elke gemeente van overheidswege openbaar algemeen vormend lager onderwijs wordt gegeven en dat men vrij is bijzondere scholen op te richten en deze naar dezelfde maatstaf als geldt voor het openbaar onderwijs door de overheid bekostigd te krijgen. Het gaat hier om beginselen die met name van belang zijn voor het primair en voortgezet onderwijs. In het duale bestel bezitten bijzondere scholen de vrijheid om in het onderwijs een eigen religieuze of levensbeschouwelijke visie op mens en maatschappij tot uitdrukking te brengen.¹⁵ Het openbaar onderwijs moet daarentegen neutraal zijn. In Nederland geldt overwegend positieve neutraliteit. Het openbaar onderwijs vindt plaats, zoals het derde lid van artikel 23 Grondwet zegt, 'met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging'. In lijn hiermee is in de wetgeving bepaald dat in het openbaar onderwijs aandacht moet worden besteed aan 'de verscheidenheid van levensbeschouwelijke en religieuze overtuigingen'.¹⁶

Het bijzonder onderwijs is grondwettelijk verankerd als een aangelegenheid van particulieren. De bijzondere school is op hoofdzaken, wat betreft haar organisatie en besluitvorming geordend in het privaatrecht. Het bevoegd gezag van een bijzondere instelling is, zoals de wet zegt, een "rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen."¹⁷ De school voor openbaar onderwijs is van de overheid. Zoals artikel 23 Grondwet zegt wordt openbaar onderwijs 'van overheidswege' gegeven, hetgeen ten minste betekent dat de overheid een overheersende invloed op het openbaar onderwijs in de school moet hebben.¹⁸ Het betekent ook dat het personeel voor de openbare school op gelijke voet benoembaar is in de zin van art. 3 Grondwet, en in aanleg, de uitzondering van het

¹⁴ Zie EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak), resp. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

¹⁵ B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier, Den Haag 1999, p. 51.

¹⁶ Zie art. 46, derde lid, Wpo en art. 42, eerste lid, Wvo.

¹⁷ Art. 55 Wpo. Zie verder art. 49 Wvo, 9.1.1 Web en 9.51 Whw.

¹⁸ P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier, Den Haag 2002, p. 34/35. Zie ook art. 17 Wpo en gelijklopende artikelen in Wec en Wvo.

samenwerkingsbestuur daargelaten, in een ambtelijke dienstverhouding wordt aangesteld.

De ‘overheersende overheidsinvloed’ markeert een principiële verschil met de organisatie van het bijzonder onderwijs, die steunt op het tweede lid van artikel 23 Grondwet, luidende: ‘het geven van onderwijs is vrij’. Het maakt dat de overheid geen directe bestuurlijke invloed mag uitoefenen ten aanzien van het bijzonder onderwijs, maar dat juist móet ten aanzien van het openbare onderwijs. Voor de uitwerking van het principe bestaat geen eenduidige norm. Met de mate van overheersendheid van de overheidsinvloed ten aanzien van openbaar onderwijs wordt reeds enige tijd geschoven. Die is 100% aanwezig bij het ‘oude’ integrale bestuur en de bestuurscommissie. Bij de introductie van de stichting openbaar onderwijs en de openbare rechtspersoon, en het daarbij op afstand stellen van de gemeentelijke overheid, heeft er een zekere materialisering van ‘overheersende overheidsinvloed’ plaatsgevonden, terwijl dit principe bij de wettelijke regeling van het samenwerkingsbestuur zelfs in haar reikwijdte werd beperkt tot het aandeel openbaar onderwijs in het schoolbestuur. Nu het voorstel in tweede lezing tot verandering van artikel 23 Grondwet is aangenomen¹⁹ staat de weg open om bij wet de ‘overheersende overheidsinvloed’ nog nader in te perken, namelijk voor zover het betreft openbaar onderwijs in de samenwerkings *school*. Een en ander vormt aanleiding om ons nader te verdiepen in de belangen die zijn gediend met vermogensrechtelijke verzelfstandiging van het openbaar onderwijs, omdat daarin naar verwachting ook een verandering in de kijk op het openbaar onderwijs als zodanig zichtbaar zal worden.

2.2 Belangen van vermogensrechtelijke verzelfstandiging

De vroegste bedenkingen tegen het integrale bestuur van de openbare school hadden tot doel de mate van betrokkenheid van direct-belanghebbenden bij de school te vergroten. Men kan hier spreken van het participatiebelang. Reeds in een rapport van de Vereniging voor volksonderwijs, dat na de Tweede Wereldoorlog verscheen, werd opgemerkt dat er bij het rechtstreekse bestuur een te grote afstand was tussen de school en het gemeentebestuur en dat er te weinig ruimte bestond voor invloed van deskundigen en ouders. Naar aanleiding van aanbevelingen in een advies over de bestuursvorm van het openbaar onderwijs van de in 1957 door de minister van Onderwijs ingestelde commissie-De Roos werd de zeggenschap van ouders in het openbaar onderwijs uitgebreid. De instelling van ouderraden werd verplicht en ouders kregen een initiatiefrecht tot het stichten van openbare scholen.²⁰ Ook niet onvermeld mag blijven dat met de inwerkingtreding van de eerste Wet medezeggenschap onderwijs in 1981 het algemene beginsel werd ingevoerd dat door het schoolbestuur geen besluiten behoren te worden genomen buiten de betrokkenen (ouders, leerlingen,

¹⁹ Zie Kamerstukken 28 726. Het voorstel is op 14 maart 2006 met de vereiste meerderheid in de Eerste Kamer aanvaard.

²⁰ Huisman, a.w., p. 35.

leraren) om.²¹ Hoewel niet dominant, klinkt uiteindelijk ook in de regeling van de nieuwe wettelijke bestuursvormen van het openbaar onderwijs het participatiebelang door. Zo merkt de regering tijdens de parlementaire behandeling op dat het wetsvoorstel een goede basis biedt voor versterking van de positie van de ouders.²² Met het aangenomen amendement Cornielje, dat regelt dat ‘de leden van het bestuur worden benoemd door de gemeenteraad of gemeenteraden en *dat ten minste een derde gedeelte, doch geen meerderheid, van die leden wordt benoemd op bindende voordracht van de ouders van de leerlingen die zijn ingeschreven op de betrokken school of scholen*’ (onze cursivering, PZ/HD/BV), heeft dit argument concreet handen en voeten gekregen.²³

Een tweede overweging tegen de integrale bestuursvorm is zonder twijfel het zelfstandigheidsbelang geweest. Dat komt erop neer dat er behoefte bestaat aan een bestuur voor de openbare school dat zich volledig op die taak kan concentreren en dat – niet belemmerd door de nauwe band met lokale politiek – kan samenwerken met (besturen van) andere instellingen en andere scholen. Het voortgaand proces van deregulering in het onderwijs en de daarmee toegenomen autonomie van de afzonderlijke scholen heeft de verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs gaandeweg verkleind. Met het belangrijker worden van de maatschappelijke context van scholen zijn meer dan de verschillen in denominatie de overeenkomsten tussen hen als onderwijsinstellingen relevant.²⁴

In de loop van de jaren negentig is er nog een ander, bestuurlijk belang bijgekomen, dat tot voorkoming van een dubbelrol van het gemeentebestuur. Door decentralisatie van onderwijsbeleid op verschillende terreinen heeft het gemeentebestuur bepaalde, algemene bestuurlijke bevoegdheden gekregen ten aanzien van het totale veld van scholen voor primair en voortgezet onderwijs in de gemeente. Hierbij past niet dat het gemeentebestuur zich als individueel belanghebbende kan presenteren door naast andere besturen op te treden als bestuur van de openbare school of scholen. Het belang van het tegengaan van dubbele petten lag zeer duidelijk ten grondslag aan de uiteindelijke regeling van bestuurlijke verzelfstandiging van het openbaar onderwijs.²⁵

Toch is het inmiddels de vraag of met de kabinetsplannen tot het schrappen van de meeste wettelijke onderwijsbeleidstaken van het gemeentebestuur het laatste belang nog zoveel gewicht in de schaal kan leggen.²⁶ Gewicht heeft het zeker, maar

²¹ P.J.J. Zoontjens, Medezeggenschap, in: H.W.G. Münstermann e.a., *Onderwijsrecht en –regelgeving*, deel I, Heerlen – Open Universiteit 1993, p. 238.

²² Kamerstukken II 1995/96, 24 138, nr. 5, p. 5.

²³ Kamerstukken II 1995/96, 24 138, nr. 26.

²⁴ Vgl. de notitie van staatssecretaris Wallage, Kamerstukken II 1992/93, 22 827, nr. 6.

²⁵ Memorie van toelichting wetsvoorstel Bestuursvorm van het openbaar onderwijs, Kamerstukken II 1995/96, 24 138, nr. 3, p. 2.

²⁶ Onderwijs in allochtone levende talen is afgeschaft, de rijksmiddelen voor achterstandenbestrijding worden aan de gemeentelijke besluitvorming onttrokken, en verder is er het voornemen om taken van vroegschoolse educatie aan de scholen toe te kennen en de gemeentelijke bemoeienis met

niet meer de dominantie van vroeger. Ook in de nieuwe verhoudingen kan een algemene bestuurlijke rol van het gemeentebestuur niet gemist worden; zij het nu niet zozeer als lokale overheid boven de scholen, maar als lokale partner van de scholen. Tegelijk zien we in recente discussies over verzelfstandiging van het openbaar onderwijs ook weer meer aandacht voor de andere twee belangen.²⁷

In 2002 waren de belangen waarop de navolgende passage uit het regeerakkoord van het kabinet Balkenende I doelde al op zijn minst onduidelijk: 'Binnen de grenzen die de grondwet ter zake stelt wordt openbaar onderwijs bestuurlijk zoveel mogelijk verzelfstandigd.'²⁸ Er is, zo kunnen we vaststellen, niet een eenduidig belang van verzelfstandiging. Welke belangen steeds per geval in concreto spelen weten we niet. Dat zou nader onderzocht moeten worden. We kunnen vermoedelijk wel zeggen dat de effecten van vermogensrechtelijke verzelfstandiging op de positie van de school en van de schoolgemeenschap van ouders, leerlingen en leraren zelden als een 'quantité négligeable' zullen worden beoordeeld. Immers, voor zover het het onderwijs aangaat, staan het individuele keuzerecht van onderwijsvragers en de aandacht voor de mogelijkheden van instellingen om daarop adequaat in te spelen momenteel in het centrum van de belangstelling van samenleving en politiek.²⁹

2.3 *Interne scheiding van bestuur en toezicht*

In de notitie 'Governance in het onderwijs' worden de bestuurlijke verhoudingen in het onderwijsstelsel als invalshoek genomen voor de bevordering van kwaliteit en diversiteit van het onderwijsaanbod. De kerntaak van het bestuur van de onderwijsinstelling in het geheel van veranderde bestuurlijke verhoudingen wordt tweeledig opgevat: 'de onderwijskundige professionals in staat stellen hun vak uit te oefenen én verantwoordelijkheid nemen, respectievelijk verantwoording afleggen over de genomen besluiten.'³⁰ Het bestuur is als bevoegd gezag de eerstverantwoordelijke voor de onderwijsinstelling, dus ook voor de te maken keuzen tussen de soms conflicterende belangen van de diverse spelers. Daarbij moeten de taken en verantwoordelijkheden van bestuur en toezicht helder gescheiden zijn. Verder moet de betrokkenheid van leerlingen en ouders en van de veelvormige maatschappelijke omgeving uitdrukkelijk zijn gewaarborgd.³¹

schoolbegeleiding te schrappen. Op langere termijn zullen wellicht ook de rijksmiddelen voor huisvesting naar de scholen gaan.

²⁷ Zie bv. H. Strietman, Voorbij de laatste 'zuil': alle onderwijs bijzonder, SBM – maandblad van de Besturenraad, januari 2006, nr. 5, p. 24-26. en Leo Lenssen, Hebben en Zijn; verschijnselen in het onderwijs gewogen, openbare les, uitgave ASA reeks, mei 2005.

²⁸ Zie hiervoor: <http://www.regering.nl/regeringsbeleid/bronnen/regeerakkoord/index.jsp>.

²⁹ B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Getuigend staatsrecht, liber amicorum A.K. Koekkoek*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, p. 431-468.

³⁰ Notitie Governance, p. 5.

³¹ Notitie Governance, p. 9.

Wat hier wordt bedoeld met toezicht is *intern* toezicht. Governance op instellingsniveau betekent met andere woorden een organisatie van het beheer van de instelling, waarvan de functies van bestuur en toezicht gezamenlijk – maar onderling gescheiden – deel uitmaken. Via een systeem van intern toezicht vindt, aldus de plannen, voortdurende communicatie met het bevoegd gezag plaats. De instantie van intern toezicht heeft ook instrumenten tot zijn beschikking om op bepaalde aspecten en onderdelen de keuzen van het bevoegd gezag te beïnvloeden. De notitie overziende wordt het intern karakter van het toezicht om een aantal redenen van belang geacht. Men wil daarmee:

- ruimte creëren voor eigen verantwoordelijkheid van de scholen, zowel intern, voor de te maken inhoudelijke keuzes, als extern, ten opzichte van de maatschappelijke omgeving;³²
- terugdringing bereiken van de intensiteit van het verticale (= overheids) toezicht, nu dat een belangrijke factor moet worden genoemd bij de vestiging van conformistisch gedrag van en bij het intensiveren van de regeldruk op scholen;³³
- vakinhoudelijke betrokkenheid en ondersteuning binnen de school stimuleren.³⁴

De nadruk op het belang van een systeem van intern toezicht is niet zonder betekenis. De Onderwijsraad constateert in zijn advies 'Degelijk onderwijsbestuur'³⁵ dat bij het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs krachtens de onderwijswet de gemeenteraad door de wet is aangewezen als toezichthoudende instantie.

Tegenover hem moet het bestuur van de openbare rechtspersoon of de stichting die een openbare school in stand houdt zich verantwoorden, terwijl de gemeenteraad ook concrete bevoegdheden van toezicht kan uitoefenen in het belang van de continuïteit van het openbaar onderwijs. Dat betekent, aldus de Onderwijsraad, dat de wetgever de gemeenteraad heeft aangewezen als toezichthoudende instantie. De conclusie lijkt dan al snel getrokken: er is een toezichthoudende instantie, aan een Raad van Toezicht is geen behoefte want dat zou dubbelop zijn. Toch zou dit in het licht van het voorgaande een eenzijdige en te makkelijke conclusie zijn. Met de Onderwijsraad kan worden ingestemd dat er als gevolg van vermogensrechtelijke verzelfstandiging, althans in formele zin, een adequate scheiding ontstaat tussen bestuur (bv. bestuur openbare rechtspersoon) en toezicht (de gemeenteraad). Er is bij toezicht door de gemeenteraad evenwel geen sprake van *intern* toezicht.

Het uitgangspunt dat het bij governance in het onderwijs om een interne scheiding tussen bestuur en toezicht moet gaan, lijkt ons wezenlijk. Het gemeentelijk toezicht is extern, staat buiten de schoolorganisatie en richt zich (slechts) op bepaalde aspecten, is met andere woorden niet integraal. Hoewel het minder ver weg van scholen staat dan het toezicht van de rijksoverheid zijn er wel mogelijke bezwaren aan verbonden

³² Notitie Governance, p. 8.

³³ Notitie Governance, p. 6.

³⁴ Notitie Governance, p. 6.

³⁵ Advies (zie noot 3), p. 34.

van formalisme, gebrek aan vakinhoudelijkheid en gebrek aan inhoudelijke ondersteuning van de professionals in de school of scholen. Voor het navolgende onderzoek is het denken over de gemeenteraad en de interne Raad van Toezicht als elkaar uitsluitende instanties derhalve geen optie. Het specifieke overheidsbelang dat is gemoeid met toezicht van de gemeenteraad op één van de wettelijke stichtingsvormen of op de openbare rechtspersoon staat niet voor altijd vast naar omvang of aard, maar verdient steeds afweging met het governance-belang van intern toezicht.

3. Delegatie van bevoegdheden van bestuur naar management

3.1 Uitgangspunten

In het bestuursrecht zijn er verschillende varianten ontwikkeld om bepaalde organen met publiekrechtelijke bevoegdheden uit te rusten. We onderscheiden attributie, delegatie en mandaat. Als het bestuur overgaat tot de aanstelling van een algemeen directeur van de openbare school moet aan de laatste in de huidige verhoudingen mandaat worden verleend om in naam van het bestuur besluiten te nemen.³⁶ Een besluit dat binnen de grenzen van het mandaat is genomen geldt als een besluit van de mandaatgever, aldus artikel 10:2 Awb.

Delegatie van bevoegdheden is niet zonder meer mogelijk. Artikel 10:15 Awb bepaalt dat delegatie alleen kan indien een wettelijk voorschrift daarin voorziet. Een dergelijke bepaling is in de Wpo, Wec of Wvo niet te vinden. De onderwijswet zou dan aangepast moeten worden. In het algemeen geldt dat bij bijzondere wet, zoals de onderwijswet, kan worden afgeweken van de Awb, mits dat afdoende wordt gemotiveerd.

Als een regeling van delegatie in de onderwijswet zou worden overwogen hoeft artikel 10:14 Awb voor deze motivering geen probleem te zijn. Dat artikel bepaalt dat delegatie aan ondergeschikten niet mogelijk is. Ambtenaarrechtelijk is een algemeen directeur in het openbaar onderwijs ondergeschikt aan het bevoegd gezag. Toch is ook een andere benadering mogelijk, waarbij wordt aangehaakt bij de feitelijke professionele zelfstandigheid van de directeur.³⁷ Bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Awb, derde tranche, in de Tweede Kamer stelde de regering zich op het standpunt dat het de keuze van de onderwijswetgever is in een bepaalde situatie al of niet een ondergeschiktheidsverhouding tussen bevoegd gezag en directie aan te nemen. Daarbij kan in het basisonderwijs een andere benadering worden gevolgd dan in het voortgezet, beroeps- of hoger onderwijs. Ook kan per bevoegdheid worden bezien of hier van een ondergeschiktheidsverhouding sprake is.³⁸

3.2 De stand van zaken in de onderwijswetgeving

3.2.1 Hoger onderwijs

In feite vertoont de huidige stand van de onderwijswetgeving de hele waaier aan juridische mogelijkheden van bevoegdheidstoekenning. Daarin komt naast delegatie en mandaat ook attributie voor. In de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw) gelden verschillende uitgangspunten voor de bestuurlijke inrichting

³⁶ Veelal worden mandaten vastgelegd in een mandaatbesluit. Daarin kan ook worden vastgesteld of de houder van het mandaat submandaten kan verstrekken, aan wie en in welke omvang.

³⁷ Zie 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*, preadviezen VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag 2000, p. 130.

³⁸ Zie E.J. Daalder e.a. (samenstelling), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*, Derde Tranche, Alphen aan den Rijn 1998, p. 458-459.

van universiteiten en hogescholen. In hoofdstuk 9, titel 2, paragraaf 1 is het bestuur van de openbare universiteit geregeld. De openbare instelling bezit als instelling rechtspersoonlijkheid (art. 1.8, tweede lid, Whw), er is met andere woorden geen rechtspersoon boven de instelling die haar in stand houdt. Artikel 9.2 wijst het college van bestuur als instellingsbestuur aan. Het college van bestuur is in het algemeen belast met taken van bestuur en beheer van de instelling. Naast het college van bestuur zijn bij wet ook rechtstreeks bevoegdheden toegekend aan decentrale instanties binnen de instelling, zoals de examencommissie (art. 7.12 Whw) en de decaan (art. 9.14 Whw). Geconstateerd kan worden dat de verdeling van bevoegdheden in de openbare universiteit vooral berust op *attributie*, dat wil zeggen op rechtstreekse toekenning ervan bij wet.

De regeling van de bijzondere universiteit geeft een afwijkend beeld te zien. Artikel 9.51 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 is een bekostigingsvoorwaarde voor de bijzondere universiteiten. In aanleg 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 grijpt hier evenwel in op die vrijheid. Afwijking van Titel 1 is alleen mogelijk als de aard van het bijzonder onderwijs zich tegen de voorgeschreven bestuurlijke inrichting van de instelling verzet. Het maakt dat het model van de openbare universiteit een bepalende rol speelt bij ook de inrichting van de bijzondere instelling. Die inrichting is op zichzelf niet het resultaat van (publiekrechtelijke) attributie of delegatie, maar van (privaatrechtelijke) toekenning bij statuten of bestuursreglement.

In het hoger beroepsonderwijs komt attributie van bevoegdheden alleen voor bij de openbare hogescholen, waarvan er zich overigens slechts één in de praktijk voordoet.³⁹ Artikel 10.9, tweede lid, Whw bepaalt dat een openbare hogeschool met rechtspersoonlijkheid twee bestuursorganen kent: het college van bestuur en de bestuursraad. Het college van bestuur is zoals de wet zegt het instellingsbestuur met alle daarbij behorende taken en bevoegdheden. Voor de bijzondere hogescholen geldt een afwijkende regeling, ook in vergelijking met de universiteiten. Een bijzondere hogeschool wordt naar de formulering van artikel 10.8 Whw in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. Dat is naar de terminologie van artikelen 10.2 e.v. Whw het instellingsbestuur. Volgens artikel 10.2 Whw kan het instellingsbestuur zelf als bevoegd gezag optreden en aan een centrale directie mandaat verlenen (derde lid) danwel ingevolge art. 10.3 Whw alle hem bij wet opgedragen taken en bevoegdheden delegeren (overdragen) aan een college van bestuur. Er is sprake van algemene delegatie, de onderwijswet maakt hier geen enkel

voorbehoud naar de aard van de bevoegdheid. Ook houdt de wet er geen rekening mee dat de figuur van delegatie, welke uit het publiekrecht stamt, aan de privaatrechtelijke organisatie die aan bijzondere hogescholen ten grondslag ligt feitelijk wezensvreemd is.⁴⁰ Het college van bestuur kan gedeelten van de hem toekomende taken en bevoegdheden weer subdelegeren aan het decentrale bestuur binnen de instelling. Voor een en ander is een bestuursreglement vereist ex art. 10.3b Whw. Daarnaast kunnen de statuten als basis dienen. Art. 10.8 Whw verwijst terecht naar die mogelijkheid, welke overigens wordt bepaald en ingevuld door het Burgerlijke Wetboek. Krachtens delegatie oefent het college van bestuur onder eigen verantwoordelijkheid de bevoegdheden en taken van het instellingsbestuur uit. Anders dan bij de bijzondere universiteiten is niet bepaald dat de bijzondere hogescholen de inrichting van het bestuur dienen te regelen met inachtneming van de inrichtingsvoorschriften voor het openbaar hoger beroepsonderwijs.

3.2.2 Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie

In de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) wordt het bestuur van de instellingen eveneens geregeld in een apart hoofdstuk 9. Openbaar beroepsonderwijs komt feitelijk niet voor, er bestaan alleen maar bijzondere instellingen. Artikel 9.1.5 Web bevat een wettelijke mogelijkheid tot delegatie binnen de regionale opleidingen centra (ROC's), die sterk lijkt op die voor de bijzondere hogescholen in de Whw. Het bevoegd gezag kan het geheel van de hem toegekende wettelijke bevoegdheden en taken overdragen aan een college van bestuur. Ook hier is sprake van algemene delegatie, zij dat ook hier deze term niet zo geschikt is voor de verhoudingen binnen de privaatrechtelijke rechtspersonen die de ROC's in stand houden. In het tweede lid van artikel 9.1.5 is bepaald dat het college van bestuur de aan hem overgedragen taken op zijn beurt weer kan overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid.⁴¹ Een en ander dient ingevolge art. 9.1.7 Web zijn beslag te krijgen in een door het bevoegd gezag vast te stellen bestuursreglement. De wetgever tornt niet aan de bevoegdheden van het bestuur om op grond van Boek 2 BW de inrichting van de rechtspersoon naar eigen inzicht te regelen, maar scheidt wel – net als bij de bijzondere hogescholen overigens – een mogelijkheid tot overdracht van bevoegdheden waarvoor privaatrechtelijk geen rechtsfiguur bestaat.

3.2.3 Primair en voortgezet onderwijs

Hebben we totnogtoe attributie en delegatie zien passeren als de grondprincipes van bestuurlijke inrichting van de instellingen, in het voortgezet en primair openbaar onderwijs geldt als uitgangspunt mandaat. Voor het voortgezet onderwijs geldt voor het geval een centrale directie voor een grote of complexe school wordt ingesteld door

³⁹ Zie Inspectie van het Onderwijs, *De waarde van intern toezicht; Raden van Toezicht in het hoger onderwijs*, Inspectierapport 2005-22, oktober 2005, p. 18.

⁴⁰ Zie ook het in noot 44 vermelde onderzoek van C.H.C. Overes.

⁴¹ In de BVE-instellingen vaak aangeduid als een unit, divisie of sector.

het bevoegd gezag (art. 32a Wvo) zogenaamd ‘versterkt’ mandaat (in wezen: vrij mandaat). In de andere gevallen geldt net als voor het primair onderwijs ‘gewoon’ mandaat. Strikt genomen is de regeling van mandaat in de onderwijswet overbodig. Mandaat kan op grond van artikelen 10:2 Awb en 3:60 e.v. BW (volmacht) immers altijd worden verleend binnen de onderwijsinstelling. Het duidelijkste effect is niettemin dat het voor de openbare scholen een verbod van delegatie impliceert.⁴² In het kader van het zogenaamd ‘versterkt mandaat’ kan volgens artikel 32a Wvo de centrale directie onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag ‘de leiding van de voorbereiding en de uitvoering van het beleid van de school, alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer van de school’ op zich nemen. In artikel 32b Wvo heet het vervolgens dat het bevoegd gezag de hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden in zijn naam kan laten uitvoeren door de centrale directie.⁴³ De mandaatregeling dient te worden opgenomen in een directiestatuut, artikel 32c Wvo. In het primair onderwijs is mandaat geregeld in artikel 31 Wpo. De regeling is minder ruim dan die voor het voortgezet onderwijs. De constatering die gelden voor het voortgezet onderwijs, zijn evenwel mutatis mutandis ook van toepassing op het primair onderwijs.

3.2.4 Afwijkend régime in het bijzonder onderwijs

De artikelen 32a tot en met 32c Wvo worden ook door de meeste bijzondere scholen in acht genomen, maar dat hoeft niet. Er zijn goede redenen om aan te nemen dat reeds onder de huidige omstandigheden de bestuurlijke verhoudingen in bijzondere scholen via een op delegatie gelijkende figuur kunnen worden bepaald. Indien we bijvoorbeeld kijken naar art. 24 Wvo, waaruit volgt dat het bevoegd gezag een schoolplan vaststelt, is nog niet duidelijk welke instantie daarmee feitelijk wordt belast. Als bevoegd gezag van een bijzondere school wijst de wet een rechtspersoon aan. De rechtspersoon is een ruim begrip, zij omvat een of meer organen die haar kunnen binden. In de onderwijswet wordt er daarentegen stilzwijgend van uitgegaan dat er slechts één orgaan bestaat, namelijk het algemene bestuur van de rechtspersoon. Toch heeft de onderwijswetgever dat niet in de hand.⁴⁴ Als in de statuten van de rechtspersoon wordt bepaald dat niet het algemene bestuur maar de directeur het schoolplan vaststelt, handelt de laatste als een orgaan van de rechtspersoon, en is deze technisch als het bevoegd gezag te beschouwen. Op deze wijze kan via een regeling in de statuten van de rechtspersoon die een bijzondere school in stand houdt het effect worden bereikt dat anders met delegatie bereikt zou kunnen worden, namelijk dat een

⁴² Zie B.P. Vermeulen/P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, a.w., p. 128.

⁴³ Hoewel de term als zodanig niet in de Wvo voorkomt, wordt de term ‘college van bestuur’ in het voortgezet onderwijs in toenemende mate gebezigd.

⁴⁴ Zie in het algemeen C.H.C. Overes, *Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs*, diss. VU, Lelystad 1994.

ander dan het beoogde orgaan onder eigen verantwoordelijkheid een eigen bevoegdheid uitoefent.⁴⁵

Ons inziens is er dus op basis van de huidige regelgeving, mede gezien het algemene rechtspersonenrecht, ‘delegatie’ mogelijk in het bijzonder primair en voortgezet onderwijs. Mentink is evenwel een andere opvatting toegedaan op grond van vooral systematische interpretatie van de onderwijswetgeving. Hij noemt drie argumenten die zich richten op de Wvo, maar evengoed betrekking kunnen hebben op het stelsel van de Wpo: (1) Uit het feit dat ‘delegatie’ wel expliciet voor het bestuur van de (bijzondere) ROC’s is geregeld, maar niet voor het bestuur van de bijzondere scholen krachtens de Wvo, leidt hij af dat de onderwijswetgever hierover een expliciete uitspraak moet doen. Dat is te meer aan de orde (2), omdat de artikelen 32a tot en met 32c Wvo zijn opgenomen in Titel II van hoofdstuk 1 van de Wvo, welke luidt: ‘regelen voor het openbaar schoolonderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’. Dat zou erop wijzen dat het om een pakket van gelijke of gelijkwaardige bekostigingsvoorwaarden moet gaan. Volgens Mentink zou een geheel anderssoortige regeling van de toedeling van bestuursbevoegdheden bij het bijzonder onderwijs het wettelijk evenwicht van gelijke of gelijkwaardige eisen doorkruisen. Tenslotte meent Mentink (3) dat de Wvo een stelsel kent waarin de wetgever onderscheiden taken en bevoegdheden aan enerzijds het bevoegd gezag en anderzijds de schoolleiding heeft toebedeeld. Zo bepaalt artikel 39 Wvo dat het bevoegd gezag onder meer de rector en directeur benoemt, schorst en ontslaat. Dit nadrukkelijke onderscheid biedt, aldus Mentink, geen steun voor de stelling dat de functies van bevoegd gezag en directeur in één hand gelegd kunnen worden.⁴⁶

Wij achten de argumenten van Mentink niet overtuigend. In feite komt zijn opvatting erop neer dat de wettelijke bepalingen omtrent het directiestatuut ook een impliciet verbod van bevoegdheidsoverdracht voor organisaties van bijzonder onderwijs inhouden. Toch heeft de wetgever dienaangaande een op zichzelf heldere regeling getroffen. Uit de definitie van bevoegd gezag van een school voor bijzonder onderwijs resulteert een ruime mate van bestuurlijke inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs, zoals boven aangegeven. Die vrijheid vindt haar basis in de specifieke autonome positie die rechtspersonen in het bijzonder onderwijs krachtens het Burgerlijk Wetboek en artikel 23 van de Grondwet innemen. Een via het directiestatuut of iets dergelijks *impliciet gesteld* verbod is in het licht hiervan een onvoldoende gelegitimeerde grondslag om als beperking op die vrijheid te dienen. De eventuele omstandigheid dat men in de Whw en de Web ten aanzien van bijzondere instellingen andere uitgangspunten hanteert, kan daaraan niets veranderen. In wezen is er de keuze gemaakt om de 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

⁴⁵ Zie Advies (zie noot 3), p. 65.

⁴⁶ D. Mentink, De actualiteit van het onderwijsrecht en de Raad van Toezicht in het voortgezet onderwijs, *School en Wet*, nr. 9, december 2004, p. 345-352; in het bijzonder p. 348 e.v.

mogelijk om voor verschillende sectoren verschillende keuzen te maken. De onderwijswetgeving laat daarvan vele voorbeelden zien. Ook Mentinks argument dat er systematische verschillen zijn tussen de bevoegdheidskring van bevoegd gezag en van directie is niet overtuigend. Hij noemt één voorbeeld, maar dat is dan ook ongeveer het enig denkbare. Het betekent slechts dat, als men tot delegatie wil overgaan, men nauwkeurig moet bekijken of de betreffende bevoegdheid zich daartoe leent.⁴⁷ Dat is een algemeen aanvaard gegeven.⁴⁸ Delegatie heeft in aanleg betrekking op bepaalde besluiten, is met andere woorden intrinsiek geclausuleerd. Ook binnen het rechtspersonenrecht dient men zich te hoeden voor situaties dat er feitelijk sprake is van blanco delegatie.

Betekent een en ander nu dat men voor de toekomst moet overwegen om de inrichtingseisen ten aanzien van bijzondere en openbare scholen zoveel mogelijk te uniformeren in de onderwijswetgeving? Daarvoor wordt niet gepleit. Ook de Onderwijsraad doet dat niet.⁴⁹ Op de basis van de inrichtingsvrijheid die besturen van bijzondere scholen thans hebben zou het gebouw van governance moeten kunnen verrijzen. Intussen maakt die inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs het wel moeilijk te verdedigen waarom het openbaar onderwijs effectief anders behandeld zou moeten worden, zeker als men daarbij redeneert vanuit de huidige centraalstelling van de rechten van onderwijsvragers in het constitutionele en wettelijke onderwijsrecht.⁵⁰ Wij pleiten er dan ook voor om delegatie van bestuursbevoegdheden binnen het openbaar onderwijs daadwerkelijk mogelijk te maken. Nu in het kader van governance in het onderwijs wordt aangesloten bij een reeds ingezette, feitelijke ontwikkeling van het ontstaan van professionele schoolbesturen in het primair en voortgezet onderwijs is delegatie een effectief instrument om daarop aan te sluiten.

Wat brengt ons een en ander? Op grond van het bovenstaande kan in antwoord op de derde deelvraag een aantal conclusies worden getrokken, die we hier aan de orde stellen.

Conclusies:

- ***Als principes van bevoegdheidstoekenning en –verdeling bij de bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen komen alle varianten van het publiekrechtelijk instrumentarium feitelijk voor in de onderwijswetgeving. Attributie in de openbare universiteiten, delegatie in de bijzondere hogescholen en regionale opleidingen centra, en mandaat in de openbare scholen voor primair en voortgezet onderwijs.***

⁴⁷ Zo zien we ook bij ‘delegatie’ binnen de bijzondere hogescholen en ROC’s dat de rechtspersoon die de instelling in stand houdt de leden van het college van bestuur benoemt en, zo mogen we aannemen, ontslaat. Voor de gevallen van art. 10.8 Whw is een specifieke regeling getroffen.

⁴⁸ Artikel 10:15 Awb geeft daar ook uitdrukking aan: het is de wetgever die de mogelijkheden en grenzen moet aangeven van delegatie.

⁴⁹ Zie Advies (zie noot 3), p. 64 e.v.

⁵⁰ Zie noot 29.

- *Reeds op basis van de huidige regelgeving is, mede gezien het algemene rechtspersonenrecht, ‘delegatie’ mogelijk in het bijzonder onderwijs. Dit maakt het moeilijk te verdedigen waarom het openbaar onderwijs effectief anders behandeld zou moeten worden.*
- *Het inhoudelijke uitgangspunt van artikel 10:14 Awb van een delegatieverbod aan ondergeschikten is in het verleden niet bepalend geweest voor de gang van zaken in het onderwijs en hoeft dat volgens de Awb-wetgever ook voor de toekomst niet te zijn. Nu in het kader van governance in het onderwijs wordt aangesloten bij een reeds ingezette ontwikkeling van het ontstaan van professionele schoolbesturen in het primair en voortgezet onderwijs is delegatie een effectief instrument om daarop aan te sluiten. Het type van algemene delegatie, zoals geregeld bij de bijzondere hogescholen en de ROC’s kan hierbij als uitgangspunt dienen. Voor de argumentatie bij invoering van delegatie kan worden aangehaakt bij de professionaliteit en zelfstandigheid van het management.*

4. Scheiding bestuur en toezicht in verschillende bestuursvormen

4.1 Het integraal bestuur

Het integrale bestuur van de openbare school heeft de oudste papieren in de onderwijswet.⁵¹ In de regel is hierbij het college van burgemeester en wethouders bevoegd gezag van de openbare school, voor zover de gemeenteraad niet anders bepaalt, en houdt de gemeente (als rechtspersoon) de school in stand. In plaats van het college kan ook de Raad zelf bevoegd gezag zijn. Dit laatste komt evenwel zelden voor en moet zeker als een uitzondering worden beschouwd. Van het integraal bestuur moet worden onderscheiden het bestuur door de bestuurscommissie, of de openbare rechtspersoon en stichting ingevolge de onderwijswet. Op deze laatste figuren wordt hieronder in aparte paragrafen ingegaan.

Bij integraal bestuur van de openbare school is er in het normale geval krachtens de Gemeentewet sprake van een algemene scheiding van bestuur en toezicht. Burgemeester en wethouders vormen het bestuur, de raad controleert. Als de raad het bestuur vormt, is er sprake van een cumulatie – geen scheiding – van bestuur en toezicht. Het is in ieder geval niet zo dat dan burgemeester en wethouders de toezichtsrol vervullen. In de huidige gedualiseerde gemeentelijke verhoudingen zijn burgemeester en wethouders het dagelijks bestuur en de raad het algemeen bestuur. De voorbereiding en uitvoering van beleid is zoveel mogelijk in handen gelegd van het college. De raad controleert en bestuurt op hoofdlijnen door middel van zijn bevoegdheden tot het vaststellen van algemene besluiten (krachtens medebewindswetgeving)⁵² en verordeningen (krachtens medebewindswetgeving of de Gemeentewet). De gemeentelijke dualiseringsoperatie had uitdrukkelijk tot doel de positie van het college als bestuurder en de raad als democratisch gelegitimeerd controleur en eindverantwoordelijke nader te accentueren en te versterken. Dat gebeurde door de ‘ontvlechting’ van bevoegdheden en van onderlinge juridische relaties.⁵³ Nog onlangs is de bevoegdheidsverdeling tussen burgemeester en wethouders, en raad in de medebewindswetgeving getoetst bij de Aanpassingswet dualisering gemeentelijke medebewindsbevoegdheden.⁵⁴ Naar blijkt, heeft de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de nieuwe gedualiseerde verhoudingen geen gevolgen gehad voor de positie van burgemeester en wethouders of raad als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs.

In antwoord op de eerste deelvraag kan daarom worden gesteld dat er bij integraal bestuur van het openbaar onderwijs, althans indien burgemeester en wethouders als bevoegd gezag optreden, een sterke scheiding aanwezig is tussen bestuur en (intern) toezicht, krachtens de Gemeentewet. In antwoord op de tweede

⁵¹ Bedoeld zijn hier Wpo, Wec en Wvo.

⁵² Zie bijvoorbeeld planvormen als het onderwijsachterstandenplan (art. 153 Wpo) of het bestemmingsplan (art. 10 WRO).

⁵³ Zie hieromtrent nader: A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, derde druk, Deventer 2004, p. 48 e.v.

deelvraag durven wij verder te stellen dat de introductie van een Raad van Toezicht hierbij niet aanbevelingswaardig is. Nu de organisatie van de school bij integraal bestuur niet los kan worden gezien van de gemeentelijke organisatie, zou een aparte (bij onderwijswet te regelen) Raad van Toezicht hierop verstorend kunnen werken, terwijl de bestuurlijke winst ervan niet aanstonds duidelijk is. Een belangrijk punt is ook dat integraal bestuur van het openbaar onderwijs in de huidige verhoudingen geen aanmoediging verdient, en ook statistisch in belang lijkt af te nemen.

Conclusies:

- ***Bij integraal bestuur is, in het normale geval dat burgemeester en wethouders het bevoegd gezag zijn, krachtens de Gemeentewet reeds een sterke scheiding aanwezig tussen bestuur en (intern) toezicht.***
- ***De introductie van een aparte Raad van Toezicht is bij integraal bestuur niet praktisch, omdat het de gemeenterechtelijke verhoudingen verstoort zonder dat daarvan de voordelen duidelijk zijn.***

4.2 De bestuurscommissie

De mogelijkheid van bestuur door een bestuurscommissie is opengesteld in de onderwijswet, doordat in de bepaling inzake het integraal bestuur is voorzien dat de raad kan besluiten om het bevoegd gezag anders vorm te geven “met inachtneming van door hem te stellen regelen.” De bestuurscommissie oefent bevoegdheden uit van bevoegd gezag. Ook hier houdt de gemeente (als rechtspersoon) de school in stand. De commissie als bevoegd gezag van een openbare school, welke institutioneel steunt op art. 83 Gemeentewet (Gem.w.) kan dus alleen – zoals de onderwijswet het wil – bij raadsbesluit, een verordening, worden ingesteld. Daarbij dragen burgemeester en wethouders niet hun eigen bevoegdheden over, zoals art. 165 Gem.w. dat mogelijk maakt, maar gebeurt dat door de raad (delegatie). Per geval kan door de raad worden bepaald tot hoever er bevoegdheden overgaan op de bestuurscommissie. De raad heeft daarbij de wijze van verantwoording door de bestuurscommissie aan andere gemeentelijke organen te regelen, alsmede het toezicht op de bestuurscommissie.⁵⁴ De raad bepaalt verder de personele samenstelling van de commissie.⁵⁵ In de praktijk worden vaak de bevoegdheden van het bevoegd gezag verdeeld over burgemeester en wethouders en de bestuurscommissie. In ieder geval kunnen aan de commissie niet de bevoegdheden worden overgedragen die in artikel 156, tweede lid, Gem.w. zijn opgesomd en blijven voorbehouden aan de raad. Een bestuurscommissie kan daarom als bevoegd gezag van de openbare school nooit een begroting of jaarrekening vaststellen, of een accountant aanwijzen. Verder kan de bestuurscommissie krachtens

⁵⁴ Stb. 2005, 530.

⁵⁵ Zie art. 85 Gem.w.

⁵⁶ Waarbij geldt (ingevolge art. 83, eerste lid, Gem.w.) dat leden van het college van burgemeester en wethouders geen lid kunnen zijn van de bestuurscommissie.

de onderwijswet niet het initiatief nemen tot opheffing van een bestaande⁵⁷ of de oprichting van een nieuwe openbare school.⁵⁸

Samenvattend is er bij (gedelegeerd) bestuur sprake van een duidelijke basis van invloed, toezicht en controle door de raad op de bestuurscommissie, voor wat betreft:

- de omvang en reikwijdte van haar bevoegdheden,
- de aard en instrumenten van bestuurlijk toezicht door raad en/of burgemeester en wethouders, voor zover bij raadsbesluit bepaald,
- de personele samenstelling, via het benoemingsrecht van de raad,
- de vaststelling van de jaarrekening en de begroting, en de aanwijzing van de accountants, welke immers alleen door de raad kunnen geschieden, en
- de bewaking van de behoefte aan en het karakter van openbaar onderwijs, waarvoor de (initiatief)bevoegdheden immers door de onderwijswetgever volledig bij de raad zijn neergelegd.

De eerste twee punten geven aangelegenheden weer, die in meer of mindere mate variabel kunnen worden ingevuld naar gelang de gemeentelijke voorkeuren en omstandigheden. De laatste drie punten betreffen vaststaande normen. Naar algemene opvatting kunnen bestuurscommissies nog niet worden gemist in de praktijk van het openbaar onderwijs. Zij bieden een mogelijkheid tot ‘snelle’ decentralisatie en het daarbij betrekken van burgers in het bestuur van het openbaar onderwijs. Zij vormen daarbij vaak een adequate opstap naar latere vermogensrechtelijke verzelfstandiging, doordat er een proces van ontvlechting van centrale (gemeentebestuur) en decentrale (commissie) taken en verantwoordelijkheden in gang wordt gezet.

Op grond van het direct bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er in de verhouding tussen de bestuurscommissie voor het openbaar onderwijs en de raad geen strikte institutionele scheiding tussen bestuur en toezicht bestaat. De raad oefent zowel bestuurlijke als toezichthoudende bevoegdheden uit. Verder kan die verhouding nog meer beperkingen voor de bestuurscommissie met zich brengen als bij de instellingsverordening ook nog eens bepaalde bevoegdheden van bevoegd gezag aan burgemeester en wethouders zijn voorbehouden, hetgeen niet uitzonderlijk is. Het antwoord op de eerste deelvraag kan dan ook luiden dat het stelsel van de Gemeentewet in de basis onvoldoende mogelijkheden biedt tot het scheiden van bestuur en toezicht bij het instellen en optuigen van een bestuurscommissie als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs. Door de bevoegdheden van bestuur en toezicht die de raad ten opzichte van de bestuurscommissie moet uitoefenen (begroting, jaarrekening, bestuurlijk toezicht, bewaking openbaar onderwijs) lijkt de introductie van een Raad van Toezicht-model naast de raad ook weinig meerwaarde te bieden. Als men hier sturend zou willen optreden, zou het via een algemene norm moeten zijn die de raad opdraagt om zijn verhouding tot de bestuurscommissie voor

⁵⁷ Art. 17, negende lid, 47, achtste lid, en 48, achtste lid, Wpo en gelijkkluidende artikelen in Wec en Wvo.

het openbaar onderwijs zoveel mogelijk via algemene uitgangspunten van degelijk bestuur vorm te geven. Dat kan in een op basis van onderling overleg in gemeentelijke kring totstandgekomen Protocol vastgelegd worden of in de onderwijswet.

Verder kan er evenwel niet worden ingegrepen. De erkenning van de mogelijkheid van de bestuurscommissie is wezenlijk een keus om aan te sluiten bij de gemeentelijke organisatie, waarbij het past om het gemeentebestuur ter zake een zekere inrichtingsvrijheid te laten. Dat is niet per se in strijd met de belangen van de onderwijswetgever. Een bepaalde mate van inrichtingsvrijheid per gemeente biedt ruimte voor experiment en voor aanpassing van de bestuurlijke verhoudingen. Dat kan goed van pas komen bij de pogingen om in geleidelijkheid toe te groeien naar vermogensrechtelijk verzelfstandigde verhoudingen.

Conclusies:

- *Er zijn onvoldoende mogelijkheden tot het scheiden van bestuur en toezicht bij de situatie van een bestuurscommissie als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs.*
- *De introductie van een Raad van Toezicht lijkt naast de raad weinig meerwaarde te bieden. Het is van belang dat er een zekere inrichtingsvrijheid per gemeente wordt gerespecteerd door de wetgever. Als men hier sturend zou willen optreden, zou het via een algemene norm moeten zijn die de raad opdraagt om zijn verhouding tot de bestuurscommissie zoveel mogelijk via algemene uitgangspunten van degelijk bestuur vorm te geven. Dat kan in een op basis van onderling overleg in gemeentelijke kring totstandgekomen Protocol vastgelegd worden of in de onderwijswet.*

4.3 De openbare rechtspersoon

4.3.1 Vermogensrechtelijke verzelfstandiging

De openbare rechtspersoon is net als de hierna te bespreken stichtingsvormen een middel tot vermogensrechtelijke verzelfstandiging van het schoolbestuur, doordat het in een aparte rechtspersoon wordt ondergebracht. De openbare rechtspersoon wordt bij verordening door een of meer gemeenteraden ingesteld. In vergelijking met de bestuurscommissie is op drie belangrijke verschillen te wijzen. De openbare rechtspersoon:

- Is ingesteld krachtens publiekrecht. De openbare rechtspersoon houdt de school in stand. Het bestuur van de rechtspersoon is een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, onderdeel a, Awb, een zg. a-orgaan. Daarmee is het bestuur van de openbare rechtspersoon het bevoegd gezag en niet de openbare rechtspersoon zoals de

⁵⁸ Art. 75 Wpo, het gelijkkluidende artikel in de Wec, en art. 66, eerste lid, Wvo.

wettekst vermeldt.⁵⁹ We zagen reeds dat wanneer burgemeester en wethouders (of de raad) of de bestuurscommissie het bevoegd gezag vormen, de gemeente in stand houdt.

Er is een belangrijk verschil tussen de onderwijsrechtelijke begrippen 'bevoegd gezag' en 'instandhouding'. Het gaat hier om verschillende functies die in dit geval zijn belegd bij verschillende instanties. Het bevoegd gezag oefent de bestuurlijke bevoegdheden uit ten aanzien van de school. Het stelt bijvoorbeeld het schoolplan vast, besluit over de toelating en verwijdering van leerlingen, is de werkgever van het ambtelijk personeel aan de school en is verantwoordelijk voor het overleg met de medezeggenschapsraad. Instandhouding duidt op de beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de openbare school. De instantie die in stand houdt is de eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde van de school en toebehoren, en van het van rijkswege verstrekte geld. Deze instantie is derhalve bevoegd privaatrechtelijk op te treden.

- Bezit wettelijk, krachtens zijn bestuur, alle bevoegdheden van een bevoegd gezag, behoudens die tot opheffing en oprichting⁶⁰ van de openbare school. De omvang van de bevoegdheden van de bestuurscommissie is daarentegen begrensd door het stelsel van de Gemeentewet en verder afhankelijk van de verordening per gemeente, zoals we zagen.
- Heeft, krachtens zijn bestuur, een zelfstandig begrotingsrecht. De inkomsten en uitgaven maken geen deel uit van de gemeentebegroting. We zagen dat dit bij de bestuurscommissie wel altijd het geval is.

4.3.2 De wettelijke regeling

Nemen we art. 47 Wpo als vertrekpunt dan is het doel van de openbare rechtspersoon het in stand houden van een of meer openbare scholen, al dan niet te zamen met openbare scholen als bedoeld in de Wvo en Wec.⁶¹ De verordening dient in ieder geval een regeling te treffen voor een aantal onderwerpen:⁶²

- a. De samenstelling, werkwijze en inrichting van het bestuur.
- b. De wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing en ontslag van de bestuursleden, met dien verstande dat de leden van het bestuur worden benoemd door de gemeenteraad⁶³ en dat ten minste een derde gedeelte, doch geen meerderheid, van die leden wordt benoemd op bindende

⁵⁹ Zie art. 47, derde lid, Wpo. Dit gaat overigens niet op voor de beide stichtingsfiguren, die immers geen rechtspersonen zijn 'krachtens publiekrecht ingesteld'.

⁶⁰ Volgens Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2003, *Gst.* 2004, 7205, nr. 65 m.n. PJJZ, gaat bij vermogensrechtelijke verzelfstandiging de bevoegdheid van de gemeenteraad tot het oprichten van nieuwe openbare scholen niet over.

⁶¹ In Wvo, resp. Wec wordt in lijn hiermee ook verwezen naar de twee andere wetten.

⁶² Indien bij besluit van meer gemeenteraden tegelijk een openbare rechtspersoon wordt ingesteld moeten hun onderscheiden verordeningen op deze onderdelen gelijk zijn.

voordracht van de ouders van de leerlingen die aan de school of scholen zijn ingeschreven.

- c. De termijn waarvoor de bestuursleden worden benoemd.
- d. De vaststelling van de begroting na goedkeuring door de gemeenteraad en de vaststelling van de jaarrekening na instemming van de gemeenteraad.
- e. De wijze waarop de gemeenteraad toezicht op het bestuur uitoefent.
- f. De gronden waarop het bestuur kan besluiten de vergaderingen besloten te houden.
- g. De periode waarvoor de rechtspersoon in het leven wordt geroepen. Die bedraagt ten minste vijf jaar.

In het algemeen geldt dat in de regeling ‘een overheersende invloed van de overheid in het bestuur’ moet zijn verzekerd. De goedkeuring van onderdeel d kan worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang, waaronder het financiële belang van de gemeente(n). Indien voor 1 februari van het jaar waarvoor de begroting geldt, de begroting nog niet is goedgekeurd, neemt de gemeenteraad de maatregelen die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te verzekeren.

De wet verplicht het bestuur van de openbare rechtspersoon jaarlijks aan de raad (of raden) een openbaar verslag uit te brengen over de werkzaamheden. In dat verslag moet in ieder geval aandacht worden geschonken aan de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs. De gemeenteraad kan zelf in het bestuur voorzien indien ernstige taakverwaarlozing is vastgesteld of het bestuur functioneert in strijd met de wet. Hij kan zonodig de rechtspersoon ontbinden. Het ‘zelf in het bestuur voorzien’ is een bevoegdheid die – in het geval er meer dan een gemeenteraad bij betrokken is – door de gemeenteraden bij gezamenlijk, unaniem besluit moet worden uitgeoefend. Aangenomen moet worden dat dat ook geldt voor de bevoegdheid om de openbare rechtspersoon te ontbinden.

4.3.3 Ruimte voor een Raad van Toezicht

Zoals we direct hierboven zagen, voorzien de wettelijke eisen inzake de regeling van de openbare rechtspersoon concreet in raadsbevoegdheden tot benoeming van de bestuursleden en toezicht op de financiën: goedkeuring van de begroting en voorafgaande instemming met de jaarrekening. Voor het overige dient er nog een jaarverslag te worden opgesteld en kan de gemeenteraad optreden ingeval van taakverwaarlozing. Het verslag moet worden gepubliceerd, maar of de gemeenteraad een oordeel moet geven over de werkzaamheden, dan wel of en wanneer er sprake is van taakverwaarlozing, behoort uiteraard tot de beleidsvrijheid van de gemeenteraad. Dit gemeentelijk toezicht is, zoals reeds aangegeven in paragraaf 2.3, extern, staat buiten de schoolorganisatie en richt zich op bepaalde aspecten. Hoewel het minder ver weg van scholen staat dan het toezicht van de rijksoverheid zijn er wel mogelijke

⁶³ Lees hier steeds bij: of gemeenteraden (meervoud).

bezwaren aan verbonden van formalisme, gebrek aan vakinhoudelijkheid en gebrek aan inhoudelijke ondersteuning van de professionals in de school of scholen. De conclusie moet dan ook zijn, dit in antwoord op de eerste deelvraag van paragraaf 1.2, dat er bij de openbare rechtspersoon sprake is van een functionele scheiding van bestuur en toezicht. Deze is echter onvoldoende toegespitst op de wenselijke ontwikkeling van governance in het openbaar onderwijs.

Conclusie:

Bij de openbare rechtspersoon is weliswaar sprake van een functionele scheiding van bestuur en toezicht, maar deze is onvoldoende toegespitst op de wenselijke ontwikkeling van governance in het openbaar onderwijs.

Bij de openbare rechtspersoon, zo mag uit de laatste conclusie worden afgeleid, moet ten minste worden onderzocht of een aparte Raad van Toezicht naast de gemeenteraad tot de mogelijkheden behoort. Immers, met een aparte Raad van Toezicht zou naar verwachting kunnen worden tegemoet gekomen aan de in de conclusie verwoorde bezwaren. Over de vraag welke taken aan een Raad van Toezicht moeten worden toevertrouwd zijn reeds verschillende modellen verschenen. Mede op basis van de onderwijswet en de Gemeentewet kunnen de volgende acht taken en bevoegdheden worden onderscheiden: (1) benoeming van bestuursleden, (2) schorsing en ontslag van bestuursleden, (3) bepalen van de rechtspositie van de bestuursleden, (4) keuze van de accountant, (5) goedkeuring van de begroting en de rekening, (6) vaststelling van een bestuursreglement, (7) wijziging van de statuten, en (8) ontbinding van de rechtspersoon.⁶⁴

In aanvulling daarop noemt Strikwerda⁶⁵ er nog de volgende vijf: (9) het stimuleren dat bestuurders denken en handelen in het licht van de ideologie van de instelling en van maatschappelijke ontwikkelingen, (10) het gevraagd en ongevraagd advies geven aan het bestuur, (11) het opeisen van verantwoording door de bestuurders. (12) het afleggen van verantwoording aan de maatschappelijke omgeving van de instelling respectievelijk de overheid, en (13) het goedkeuren van besluiten die voor de organisatie van cruciaal belang zijn, zoals omschreven in de statuten.

Indien slechts de wet zou worden aangepast met het oog op de invoering van een Raad van Toezicht binnen de openbare rechtspersoon zonder evenwel het bestaande bevoegdhedenpakket van de gemeenteraad te wijzigen zou de volgende situatie ontstaan. Het gemeentebestuur heeft de (grond)wettelijke plicht te zorgen voor voldoende openbaar onderwijs en voor het bewaken van het karakter ervan. Ook dient de gemeente een overheersende invloed op het bestuur te hebben. Krachtens de wet heeft de gemeenteraad bij de regeling van de openbare rechtspersoon de bevoegdheid

⁶⁴ Zie ook N.L.P. te Bos, a.w. (noot 4), p. 79.

⁶⁵ J. Strikwerda, *Goed bestuur, goed onderwijs. Uitgangspunten en overwegingen voor toezicht, bestuur en management in het onderwijs*, Voorburg 2003, blz. 66 e.v.

tot de benoeming⁶⁶ van de bestuursleden, (waarbij overigens het zittende bestuur op verschillende wijze kan worden betrokken), de vaststelling van de bestuursorganisatie, de goedkeuring van de begroting en jaarrekening, de wijziging van de statuten, de oprichting⁶⁷ en opheffing van de rechtspersoon en het ingrijpen bij ernstige taakverwaarlozing. De overige bevoegdheden zouden dan kunnen worden toebedeeld aan de Raad van Toezicht.

Dat leidt tot de conclusie dat er naar ons oordeel weliswaar ruimte is voor een Raad van Toezicht in een openbare rechtspersoon als hier bedoeld, maar dat zijn pakket aan taken en bevoegdheden niet bijzonder indrukwekkend en uitgebreid is. De Raad van Toezicht zou in aanvulling op de rol van de gemeenteraad met de volgende taken en bevoegdheden kunnen worden belast:

- goedkeuring van het besluit tot de vaststelling van onderwijsdoelen,
- goedkeuring/advies van het besluit tot vaststelling van de onderwijsinrichting,
- bepaling van de rechtspositie van de bestuursleden,
- (mede-)bewaking van de ideologie en identiteit van het onderwijs aan de instelling,
- algemene, gevraagde en ongevraagde advisering aan het bestuur,
- contact met de maatschappelijke omgeving.

4.3.4 Overheersende overheidsinvloed en de Raad van Toezicht

De rol van de gemeenteraad is van belang voor de verzekering van de ‘overheersende overheidsinvloed’ in het openbaar onderwijs. Wat precies onder ‘overheersende overheidsinvloed’ moet worden verstaan staat niet vast. Naar reeds is aangegeven aan het eind van paragraaf 2.1 is de opvatting over welke specifieke eisen uit dit beginsel voortvloeien in beweging. We merkten daarbij op dat met de mate van overheersendheid van de overheidsinvloed reeds enige tijd wordt geschoven.

Ons inziens zou het aan te bevelen zijn om ten behoeve van de invoering van een interne vorm van toezicht, via de introductie van een Raad van Toezicht, waarvoor in paragraaf 2.3 goede redenen zijn aangevoerd, de rol van de gemeenteraad te beperken tot financieel toezicht, taakverwaarlozing, oprichting en opheffing van openbare scholen, benoeming van de leden van de Raad van Toezicht⁶⁸ en de bewaking van het karakter van het openbaar onderwijs. De meeste van deze taken en bevoegdheden kunnen direct of indirect uit de Grondwet en de Gemeentewet worden afgeleid. Een en ander zou moeten betekenen dat de thans bij de onderwijswet aan de gemeenteraad toegekende bevoegdheden, die niet in het voorgaande rijtje voorkomen, naar de toekomstige Raad van Toezicht worden overgeheveld: benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden, de bepaling van de benoemingstermijn, de vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement en de goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten.

⁶⁶ Schorsing en ontslag zijn hierbij niet expliciet vermeld.

⁶⁷ Zie Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2003, *Gst. 2004, 7205*, nr. 65 m.n. PJJZ

Zo'n 'uitgeklede' rol van de gemeenteraad bestaat al bij het samenwerkingsbestuur, zie paragraaf 4.5.2 hieronder. Wij pleiten er in het algemeen voor om bij het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs in zijn verschillende vormen de regeling van het samenwerkingsbestuur als model te nemen voor de accommodering van bestuurlijke verhoudingen in het kader van governance. Ter nadere onderbouwing kunnen hiervoor twee argumenten worden aangevoerd. Ten eerste: met de regeling van het samenwerkingsbestuur wordt gepretendeerd een minimum vast te leggen omtrent wat in concreto verstaan moet worden onder 'overheersende overheidsinvloed' op het openbaar onderwijs. Het is positief recht dat dateert van een latere datum (1998) dan de regeling van de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs (1996). Als zodanig is het ook de meest recente opvatting van de wetgever waarbij wordt aangesloten. Ten tweede: de stichting samenwerkingsbestuur is een reguliere bestuursvorm waar scholen uit vrije wil deel van kunnen uitmaken. Indien inzake de regeling van good governance bij de andere twee bestuursvormen niet wordt gekozen voor een terughoudender rol van de gemeenteraad, en daarbij niet beter wordt aangesloten op de regeling van het samenwerkingsbestuur, zal de verleiding voor openbare scholen om in samenwerkingsbesturen op te gaan wel eens groot kunnen zijn. Dat lijkt ons een onwenselijke ontwikkeling.

Zoals beargumenteerd in paragraaf 4.5.2 stellen wij voor om het goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting en de jaarrekening van de openbare rechtspersoon bij de gemeenteraad te laten. Wij hechten ook aan zijn taakverwaarlozingsbevoegdheid.

Conclusies:

- ***Bij de wettelijke regeling van het samenwerkingsbestuur wordt een opvatting zichtbaar over de minimale rol en taken die de gemeenteraad moet hebben om de continuïteit in de aanwezigheid en het karakter van het openbaar onderwijs te waarborgen. Deze minimum-opvatting zou als inhoudelijk startpunt voor de regeling van nieuwe verhoudingen tussen gemeenteraad en het verzelfstandigde openbaar onderwijs kunnen dienen.***
- ***De regeling van een meer terughoudende rol van de gemeenteraad in het kader van governance levert geen strijd op met het principe van 'overheersende overheidsinvloed' op het openbaar onderwijs.***
- ***Er is behoefte aan intern toezicht, naast dat van de gemeenteraad, door een Raad van Toezicht. Zonder tevens wijziging van de rol van de gemeenteraad in de onderwijswet te regelen heeft zo'n Raad van Toezicht maar een beperkt taken- en bevoegdhedenpakket (zie par. 4.3.3). Het verdient aanbeveling om dit pakket uit te breiden met een aantal bevoegdheden die thans bij de gemeenteraad liggen: de benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden,***

⁶⁸ Zie daarover nader de volgende paragraaf.

de bepaling van de benoemingstermijn, de vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement en de goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten. Tezamen met de taken en bevoegdheden, waarvoor reeds nu in de onderwijswet ruimte geboden zou kunnen worden, geven zij substantiële invulling aan echt intern toezicht binnen de openbare rechtspersoon.

- *Voorgesteld wordt om het goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting en de jaarrekening van de openbare rechtspersoon bij de gemeenteraad te laten. Ook wordt gehecht ook aan zijn taakverwaarlozingsbevoegdheid.*

4.3.5 Raad van Toezicht en invloed van de ouders

Over wie de Raad van Toezicht instelt en de leden ervan benoemt zijn verschillende keuzen voor de onderwijswetgever mogelijk. Voor ons is uitgangspunt dat de gemeenteraad een doorslaggevende invloed heeft op de samenstelling van de Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht is normaliter belast met de benoeming van de bestuursleden en het toezicht en de controle op het bestuur. Vanuit zijn bijzondere verantwoordelijkheid voor het openbaar onderwijs heeft de gemeenteraad er groot belang bij dat de Raad van Toezicht past binnen het profiel dat hij voor ogen heeft.

Een sterke positie van de gemeenteraad hoeft de invloed van ouders op de samenstelling van de Raad van Toezicht niet onmogelijk te maken. Geregeld zou kunnen worden dat de ouders, zoals dat nu ook bij de samenstelling van het bestuur van de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs het geval is, een recht hebben tot bindende voordracht bij de benoeming van ten minste eenderde, maar geen meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht.

Om bovengenoemde redenen pleiten wij er uitdrukkelijk *niet* voor om in het openbaar onderwijs de ouders rechtstreeks bevoegd te maken tot benoeming van de leden van de Raad van Toezicht. Hier kan dan ook een verschil optreden met het bijzonder onderwijs. Daar kan bijvoorbeeld worden aangehaakt bij de mogelijkheid die rechtspersonen in het bijzonder onderwijs op grond van art. 2:37 BW reeds hebben. Deze bepaling is van toepassing op verenigingen, maar statutair kan die ook op de interne organisatie van stichtingen worden toegepast, als men dat zou willen. Volgens art. 2:37 BW zouden de ouders (lees: algemene vergadering van de leden) rechtstreeks (lees: onmiddellijk) de leden van de Raad van Toezicht kunnen kiezen, waarop de Raad van Toezicht dan (middellijk) tot benoeming van de leden van het bestuur overgaat.

Conclusie:

Uitgangspunt moet zijn dat de gemeenteraad een doorslaggevende invloed heeft op de samenstelling van de Raad van Toezicht. Het verdient aanbeveling daarbij de rol en belangen van ouders te betrekken. Geregeld zou kunnen worden dat de ouders een recht hebben tot bindende voordracht bij de benoeming van ten minste eenderde, maar geen meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht.

4.4 De stichting openbaar onderwijs

4.4.1 Overeenkomsten en verschillen met openbare rechtspersoon

De volgende overeenkomsten zijn relevant:

- Net als bij de openbare rechtspersoon is bij deze stichtingsvorm sprake van vermogensrechtelijke verzelfstandiging. De zelfstandige rechtspersoon, in dit geval de stichting, houdt de openbare school in stand.
- Net als bij de openbare rechtspersoon worden ook door de stichting alle bevoegdheden van het bevoegd gezag uitgeoefend, behoudens die tot oprichting en opheffing van de openbare school, en heeft zij evenzeer een zelfstandig begrotingsrecht. De inkomsten en uitgaven maken ook hier geen deel uit van de gemeentebegroting.
- De materiële en formele mogelijkheden voor bestuur en toezicht zijn identiek aan die met betrekking tot de openbare rechtspersoon.

Er zijn evenwel ook verschillen met de openbare rechtspersoon:

- De komst van de stichting wordt ingeleid met een besluit van de raad of raden. Zij wordt evenwel krachtens het privaatrecht, bij notariële akte, opgericht. Als privaatrechtelijke rechtsvorm is zij een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, onder b, Awb (b-orgaan). Dat wil zeggen dat de Awb slechts op haar van toepassing is, voor zover zij openbaar gezag uitoefent. Anders dan bij de openbare rechtspersoon vallen hier het zijn van bevoegd gezag en het instandhouden samen in één hand, de stichting.
- De stichting wordt opgericht door een of meer gemeenten, al dan niet te zamen met een privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. Het betekent derhalve dat een privaatrechtelijke rechtspersoon mede oprichter kan zijn van openbaar onderwijs. Een figuur die sterk doet denken aan het openbare lichaam ingevolge Wet gemeenschappelijke regelingen.
- De statuten van de stichting kunnen slechts worden gewijzigd na instemming van de desbetreffende gemeenteraad of gemeenteraden.
- Op de stichting zijn de algemene bepalingen van titel 6 van Boek 2 BW van toepassing. Dat betekent dat er binnen algemene dwingendrechtelijke kaders een grote mate van vrijheid bestaat voor de bestuurlijke inrichting (bij notariële akte) van de stichting.
- Het statutaire doel van de stichting is beperkt tot het geven van openbaar onderwijs, waarbij de kenmerken van het openbaar onderwijs bepalend zijn: het onderwijs draagt bij aan de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden in de Nederlandse samenleving, met onderkenning van de betekenis van de verscheidenheid van die waarden, er is een algehele

toelatingsplicht en het onderwijs dient te worden gegeven met eerbiediging van ieders godsdienst of levensbeschouwing.

4.4.2 Bestuur, toezicht en Raad van Toezicht

Hetgeen in paragraaf 4.3.3 is opgemerkt ten aanzien van de openbare rechtspersoon is mutatis mutandis van toepassing op de stichting openbaar onderwijs. Daar zij naar verwezen. De conclusie wordt hier nog eens herhaald.

Conclusie:

Bij de stichting openbaar onderwijs is weliswaar sprake van een functionele scheiding van bestuur en toezicht, maar deze is onvoldoende toegespitst op de wenselijke ontwikkeling van governance in het openbaar onderwijs.

Nu er ook verder geen reden is om de verhoudingen omtrent de stichting openbaar onderwijs anders te zien dan bij de openbare rechtspersoon lijken ook het betoog en de conclusies van paragrafen 4.3.4 en 4.3.5 hierboven op overeenkomstige wijze op de stichting openbaar onderwijs van toepassing.

Conclusies:

- ***Bij de wettelijke regeling van het samenwerkingsbestuur wordt een opvatting zichtbaar over de minimale rol en taken die de gemeenteraad moet hebben om de continuïteit in de aanwezigheid en het karakter van het openbaar onderwijs te waarborgen. Deze minimum-opvatting zou als inhoudelijk startpunt voor de regeling van nieuwe verhoudingen tussen gemeenteraad en het verzelfstandigde openbaar onderwijs kunnen dienen.***
- ***Er is behoefte aan intern toezicht, naast dat van de gemeenteraad, door een Raad van Toezicht. Zonder tevens wijziging van de rol van de gemeenteraad in de onderwijswet te regelen heeft zo'n Raad van Toezicht maar een beperkt taken- en bevoegdhedenpakket (zie par. 4.3.3). Het verdient aanbeveling om dit pakket uit te breiden met een aantal bevoegdheden die thans bij de gemeenteraad liggen: de benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden, de bepaling van de benoemingstermijn, de vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement en de goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten. Tezamen met de taken en bevoegdheden, waarvoor reeds nu in de onderwijswet ruimte geboden zou kunnen worden, geven zij substantiële invulling aan echt intern toezicht binnen de stichting openbaar onderwijs.***
- ***Voorgesteld wordt om het goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting en de jaarrekening van de openbare rechtspersoon bij de gemeenteraad te laten. Ook wordt gehecht ook aan zijn taakverwaarlozingsbevoegdheid.***
- ***Uitgangspunt moet zijn dat de gemeenteraad een doorslaggevende invloed heeft op de samenstelling van de Raad van Toezicht. Het verdient aanbeveling daarbij de rol en belangen van ouders te betrekken. Geregeld zou kunnen worden dat de***

ouders een recht hebben tot bindende voordracht bij de benoeming van ten minste eenderde, maar geen meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht.

4.5 De stichting samenwerkingsbestuur

4.5.1 Overeenkomsten en verschillen met voorgaande rechtsfiguren

Deze stichting is op een aantal punten te onderscheiden van de eerder besproken rechtsfiguren:

- Zij houdt zowel openbare als bijzondere scholen in stand.
- Haar statutaire doel is het geven van openbaar en bijzonder onderwijs, waarbij openbaar en bijzonder onderwijs van elke richting in afzonderlijke scholen zijn ondergebracht.
- Haar bestuur regelt zelf de samenstelling, de werkwijze en de inrichting van het bestuur.
- Haar bestuur regelt zelf de wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing, ontslag en de zittingstermijn van de bestuursleden.
- Het personeel aan de openbare school is aangesteld op arbeidsovereenkomst.
- Het bestuur kan de stichting ontbinden. Er dient voor gezorgd te worden dat, voor zover het gaat over openbaar onderwijs, er een overheersende invloed van de overheid binnen het bestuur is geregeld.
- De gemeenteraad (of –raden) heeft een beperkt goedkeuringsrecht ten aanzien van wijziging van de statuten. Deze kan slechts worden onthouden indien overheersende invloed van de overheid in het bestuur niet is verzekerd voor zover het openbaar onderwijs betreft.
- Er dient met de gemeente overleg te worden gevoerd over de vaststelling van de begroting en de jaarrekening.
- Er dient geregeld te worden de wijze waarop het gemeentebestuur toezicht uitoefent op de in gemeente gelegen openbare school respectievelijk scholen.
- De rechtspersoon moet, net als de stichting openbaar onderwijs overigens, als b- orgaan in de zin van de Awb worden aangemerkt.

4.5.2 Bestuur, toezicht en Raad van Toezicht

Opvallend is dat de rol van de gemeenteraad ten opzichte van de stichting hier veel sterker is teruggedrongen dan bij de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs. De raad heeft geen benoemingsrecht, geen bestuurlijk inrichtingsrecht, slechts een beperkt goedkeuringsrecht ten aanzien van wijziging van de statuten en geen sterke bevoegdheden op financieel terrein. Daar is natuurlijk een goede reden voor: vanwege respect voor de vrije positie van het bijzonder onderwijs kan de gemeentelijke overheid niet in dezelfde positie worden gebracht ten opzichte van het openbaar onderwijs als bij een bestuur dat onverdeeld scholen voor openbaar

onderwijs onder zich heeft. In de vrije ruimte die dat oplevert is er dus zeker plaats voor een Raad van Toezicht. Bij een simpele wetswijziging reeds, waarbij de Raad van Toezicht slechts wordt ingevoerd naast de gemeenteraad met zijn bestaande takenpakket zou de Raad van Toezicht binnen het samenwerkingsbestuur de bevoegdheden kunnen uitoefenen van benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden, de bepaling van de benoemingstermijn, de vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement en de goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten.

Er is al opgemerkt dat de regeling van de positie van de gemeenteraad ten opzichte van het samenwerkingsbestuur als een 'model' zou kunnen worden gehanteerd voor de situering van een en ander in de andere vermogensrechtelijk verzelfstandigde bestuursvormen. Gezien het feit dat de regeling van het samenwerkingsbestuur in de wet is terechtgekomen bestaat er onmiskenbaar een opvatting van de onderwijswetgever over de minimale rol en taken die de gemeenteraad moet hebben om de continuïteit in de aanwezigheid en het karakter van het openbaar onderwijs te waarborgen. Nu er vanuit de invalshoek van governance, zoals geschetst in paragraaf 2.3, duidelijk behoefte bestaat aan een vooral *afstandelijk* extern (overheids)toezicht, zou die minimum-opvatting als inhoudelijk startpunt voor de regeling van nieuwe verhoudingen tussen gemeenteraad en het verzelfstandigde openbaar onderwijs kunnen dienen. De daarmee gewonnen ruimte kan dan worden ingenomen door een Raad van Toezicht, die substantiële instrumenten van intern toezicht tot zijn beschikking heeft.

Zonder veel moeite zou de wetgever een Raad van Toezicht voor het samenwerkingsbestuur kunnen regelen. In feite hoeft de wetgever niet veel meer te doen dat daarvoor een simpele basis te creëren. De rol van de gemeenteraad kan goeddeels ongewijzigd blijven. Toch is er voor het samenwerkingsbestuur wat betreft die rol wel op een belangrijk verschil te wijzen. Het uitgangspunt dat de gemeenteraad een doorslaggevende invloed heeft op de samenstelling van de Raad van Toezicht kan bij het samenwerkingsbestuur uiteraard niet gehandhaafd blijven. Hier zou de gemeenteraad naar rato van het aandeel openbaar onderwijs in de rechtspersoon een aantal van de leden van de Raad van Toezicht kunnen benoemen. Voor de verzekering van de invloed van ouders op dat benoemingsrecht lijkt hier effectief alleen plaats als de wetgever bereid is om ook met verplichtende maatregelen ten aanzien van de bestuursinrichting van het bijzonder onderwijs te komen. Daarvoor zijn evenwel in het licht van de Grondwet maar beperkte mogelijkheden aanwezig, waarbij niet lichtvaardig de vrijheid van inrichting en van vereniging van het bijzondere schoolbestuur mag worden aangetast.⁶⁹

Wat betreft de voorbeeldfunctie van het samenwerkingsbestuur ten aanzien van de andere verzelfstandigde bestuursvormen ten slotte het volgende. Er wordt niet bepleit om de regeling van het ongedeeld, verzelfstandigd openbaar onderwijs precies hetzelfde vorm te geven als die van het huidige samenwerkingsbestuur. Wij stellen

voor om bij het ongedeeld, verzelfstandigd openbaar onderwijs het goedkeuringsrecht ten aanzien van begroting en rekening bij de raad te laten. Ook hechten wij hier aan de taakverwaarlozingsbevoegdheid van de gemeenteraad. Bovendien dient naar onze opvatting de gemeenteraad een doorslaggevende invloed op de samenstelling van de Raad van Toezicht te hebben, waarbij ouderinvloed niet is uitgesloten. Volstrekte gelijkschakeling met het samenwerkingsbestuur is niet wenselijk om een tweetal redenen. Een al te beperkt ingevulde bemoeienis van de raad zou wellicht het proces van verder gaande verzelfstandiging kunnen schaden, omdat er na de bestuurscommissie te weinig aansluiting komt. Wij gaan er verder van uit dat het openbaar onderwijs niet zomaar kiest voor of zegt te willen opgaan in een samenwerkingsbestuur.

Conclusies:

- ***Bij wet kan met de simpele invoering van een Raad van Toezicht worden volstaan. Op grond van de huidige wettelijke bevoegdheidsverdeling is voor een aparte Raad van Toezicht, belast met intern toezicht reeds substantiële ruimte beschikbaar binnen het samenwerkingsbestuur.***
- ***De gemeenteraad zou naar rato van het aandeel openbaar onderwijs in de rechtspersoon een aantal van de leden van de Raad van Toezicht kunnen benoemen. Voor de verzekering van de invloed van ouders op dat benoemingsrecht lijkt hier alleen plaats als de wetgever bereid is om ook met verplichtende maatregelen ten aanzien van de inrichting van het bijzonder onderwijs te komen. Daarvoor zijn evenwel in het licht van de Grondwet maar beperkte mogelijkheden aanwezig, waarbij niet lichtvaardig de vrijheid van inrichting en van vereniging van het bijzondere schoolbestuur mag worden aangetast.***
- ***Volstrekte gelijkschakeling van de regeling van governance in de andere bestuursvormen met die van het samenwerkingsbestuur is niet wenselijk om een tweetal redenen. Een al te beperkt ingevulde bemoeienis van de raad zou wellicht het proces van verder gaande verzelfstandiging kunnen schaden, omdat er na de bestuurscommissie te weinig aansluiting komt. Verder wordt ervan uitgegaan dat het openbaar onderwijs niet zomaar kiest voor of zegt te willen opgaan in een samenwerkingsbestuur.***

⁶⁹ Zie Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 van de Grondwet, adviesnr. 20020284/674, juli 2002, Den Haag 2002, p. 71/72.

5. Samenvatting en conclusies

5.1 Algemeen

Voor dit onderzoek was uitgangspunt de algemene vraag: wat zijn de juridische mogelijkheden tot scheiding van bestuur en toezicht en tot delegatie van bevoegdheden van bestuur aan management binnen de verschillende wettelijke bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO?

Deze vraag heeft als achtergrond het streven om ook het openbaar onderwijs in zijn verschillende bestuurlijke varianten aan te laten sluiten bij de voorstellen voor de governance van onderwijsinstellingen, welke door de minister in haar beleidsnotitie 'Governance in het onderwijs' van juli 2005 zijn ontvouwd. Voor het openbaar onderwijs zijn deze voorstellen evenwel niet zonder problemen. De daarmee beoogde vorm of instantie van toezicht binnen de rechtspersoon lijkt te botsen met de positie van de raad die met name in het vermogensrechtelijk verzelfstandigde openbaar onderwijs expliciet gestalte heeft gekregen. Tegenover de gemeenteraad moet het bestuur van de stichting of openbare rechtspersoon die een openbare school (mede) in stand houdt zich verantwoorden, terwijl de gemeenteraad ook concrete toezichtbevoegdheden kan uitoefenen in het belang van de continuïteit van het openbaar onderwijs. Volgens de Onderwijsraad, in zijn advies 'Degelijk onderwijsbestuur' van december 2004, maken deze bevoegdheden duidelijk dat de wetgever de gemeenteraad heeft aangewezen als toezichthoudende instantie. Ook bij het klassiek, integraal bestuur van het openbaar onderwijs kan de 'interne' scheiding van bestuur en toezicht of de instelling van een specifieke raad van toezicht problematisch genoemd worden. Uiteindelijk kan men hier ook weer niet makkelijk om de gemeenteraad heen, nu vooral vanwege zijn algemene taak het college te controleren, wat allerlei vormen van toezicht (raad) en verantwoording (college) impliceert.

Bij de mogelijkheid van delegatie van bevoegdheden van het bevoegd gezag naar het management kan men ten aanzien van alle vormen van bestuur van openbaar onderwijs, inclusief het integraal bestuur, evenzeer vraagtekens plaatsen. Als men al wettelijk delegatie zou willen mogelijk maken dan doemt wellicht de hindernis van artikel 10:14 Awb (Algemene wet bestuursrecht) op, dat bepaalt dat delegatie niet geschiedt aan ondergeschikten. Een volgend punt is voor welke bevoegdheden de onderwijswet een specifieke basis zou dienen te verschaffen (art. 10:15 Awb) en of er in dat kader geen bevoegdheden zijn die zich naar de aard niet voor delegatie lenen.

Aan de hand van drie deelvragen, die hieronder zullen worden aangegeven en die zijn afgeleid van deze algemene vraag, is het feitelijke onderzoek uitgevoerd.

Voordat we de conclusies daarvan weergeven, verdienen drie algemene conclusies reeds vermelding:

1. Scheiding van bestuur en toezicht met het oog op de instelling van een Raad van Toezicht heeft alleen betekenis bij de vermogensrechtelijk

verzelfstandigde bestuursvormen van het openbaar onderwijs. Bij het integraal bestuur en het bestuur via de bestuurscommissie is het stelsel van de Gemeentewet dermate dominant, dat een Raad-van-Toezicht – model geen meerwaarde oplevert.

2. Binnen de vermogensrechtelijk verzelfstandigde bestuursvormen van het openbaar onderwijs zijn er reële mogelijkheden tot scheiding van bestuur en toezicht, respectievelijk tot instelling van een Raad van Toezicht als toezichthouder naast de gemeenteraad, indien men aansluit bij het uitgangspunt van een tot het minimum beperkte toezichtsrol van de gemeenteraad zoals geregeld inzake het samenwerkingsbestuur. Daarmee wordt niet bepleit, om de regeling van het ongedeeld, verzelfstandigd openbaar onderwijs er precies hetzelfde uit te laten zien als die van het samenwerkingsbestuur. Een al te beperkt ingevulde bemoeienis van de raad zou wellicht het proces van verder gaande verzelfstandiging kunnen schaden. Verder wordt ervan uitgegaan dat het openbaar onderwijs niet zomaar kiest voor een samenwerkingsbestuur.
3. Delegatie van bevoegdheden van bestuur naar management in het openbaar onderwijs dient bij wet mogelijk te worden gemaakt. Daarvoor bestaan – vanuit Awb-oogpunt bezien – geen doorslaggevende beletselen. Het is reeds op behoorlijke schaal aan de orde in onderwijsland.

5.2 Deelvragen

Het feitelijke betoog heeft vorm gekregen aan de hand van drie deelvragen die uit de voorgaande algemene vraag werden afgeleid:

- a. Welke zijn de mogelijkheden voor scheiding van bestuur en intern toezicht binnen de verschillende bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO, mede gezien de positie van de gemeenteraad?
- b. Welke zijn de mogelijkheden voor invoering van een Raad van Toezicht-model binnen de verschillende bestuursvormen voor openbaar onderwijs in PO en VO, mede gezien de positie van de gemeenteraad?
- c. Welke zijn de mogelijkheden voor delegatie van bestuursbevoegdheden binnen het openbaar onderwijs in PO en VO, gezien de eisen van de Awb en de aard van de bevoegdheden?

In het navolgende zullen de conclusies kort, en geordend per deelvraag, de revue passeren.

5.3 Conclusies op deelvraag a

Onderzocht zijn vijf bestuursvormen voor het openbaar onderwijs: het integraal bestuur, de bestuurscommissie, de openbare rechtspersoon, de stichting openbaar onderwijs en de stichting samenwerkingsbestuur. Er is van afgezien om een zesde

bestuursvorm onder de loep te nemen, te weten het openbaar lichaam op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen. De belangrijkste reden daarvoor is wel dat de (gemeenschappelijke) regeling van de bestuurlijke inrichting van het openbare lichaam vormvrij wordt gelaten. Door deze vormvrijheid kan de gemeenschappelijke regeling van weinig nut zijn bij een onderzoek naar de mogelijkheden en grenzen van governance in het openbaar onderwijs. Het is eerder zo, dat de inzichten verkregen uit dit onderzoek relevant kunnen zijn bij het omgaan met de gemeenschappelijke regeling.

Het uitgangspunt dat het bij governance in het onderwijs om een *interne* scheiding tussen bestuur en toezicht moet gaan, is wezenlijk. Het gemeentelijk toezicht is extern, staat buiten de schoolorganisatie en richt zich (slechts) op bepaalde aspecten, is met andere woorden niet integraal. Het denken over de gemeenteraad en de interne Raad van Toezicht als elkaar uitsluitende instanties is derhalve geen optie. Het specifieke overheidsbelang dat is gemoeid met toezicht van de gemeenteraad op één van de wettelijke stichtingsvormen of op de openbare rechtspersoon staat niet voor altijd vast naar omvang of aard, maar verdient steeds afweging met het governance-belang van intern toezicht.

Bij *integraal bestuur* is in het normale geval dat burgemeester en wethouders het bevoegd gezag zijn krachtens de Gemeentewet reeds een sterke scheiding aanwezig tussen bestuur en (intern) toezicht. Daarentegen zijn er onvoldoende mogelijkheden tot het scheiden van bestuur en toezicht bij de situatie van een *bestuurscommissie* als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs.

Bij de *openbare rechtspersoon* en de *stichting openbaar onderwijs* is sprake van een functionele scheiding van bestuur en toezicht. Deze is evenwel onvoldoende toegespitst op de wenselijke ontwikkeling van governance in het openbaar onderwijs. Er is behoefte aan intern toezicht, naast dat van de gemeenteraad, door een Raad van Toezicht. Indien bij onderwijswet niet ook de bestuurlijke en toezichtsrol van de gemeenteraad zou worden teruggebracht, heeft zo'n Raad van Toezicht maar een beperkt taken- en bevoegdhedenpakket.

Bij de wettelijke regeling van het *samenwerkingsbestuur* wordt een opvatting zichtbaar over de minimale rol en taken die de gemeenteraad moet hebben om de continuïteit in de aanwezigheid en het karakter van het openbaar onderwijs te waarborgen. Deze minimum-opvatting zou als inhoudelijk startpunt voor de regeling van nieuwe verhoudingen tussen gemeenteraad en het verzelfstandigde openbaar onderwijs kunnen dienen.

5.4 Conclusies op deelvraag b

Integraal bestuur en bestuurscommissie

De introductie van een aparte Raad van Toezicht is bij *integraal bestuur* niet praktisch, omdat het de gemeenterechtelijke verhoudingen verstoort zonder dat

daarvan de voordelen duidelijk zijn. Ook bij de *bestuurscommissie* lijkt de introductie van een Raad van Toezicht naast de raad weinig meerwaarde te bieden. Het is van belang dat er een zekere inrichtingsvrijheid per gemeente wordt gerespecteerd door de wetgever. Als de onderwijswetgever hier sturend zou willen optreden, zou het via een algemene norm moeten zijn die de raad opdraagt om zijn verhouding tot de bestuurscommissie zoveel mogelijk via algemene uitgangspunten van degelijk bestuur vorm te geven.

Openbare rechtspersoon en stichting openbaar onderwijs

Wat betreft de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs is de instelling van een Raad van Toezicht mogelijk. Evenals bij de stichting samenwerkingsbestuur overigens (zie apart hieronder). In de bestaande bevoegdheidsverhoudingen, dus wanneer bij wet enkel de instelling van een Raad van Toezicht zou worden geregeld, zou hij kunnen worden belast met:

- goedkeuring van het besluit tot de vaststelling van onderwijsdoelen,
- goedkeuring/advies van het besluit tot vaststelling van de onderwijsinrichting,
- bepaling van de rechtspositie van de bestuursleden,
- (mede-)bewaking van de ideologie en identiteit van het onderwijs aan de instelling,
- algemene, gevraagde en ongevraagde advisering aan het bestuur, en
- contact met de maatschappelijke omgeving.

Het verdient evenwel aanbeveling om, op grond van het voorbeeld van de terughoudende rol van de gemeenteraad bij de wettelijke regeling van het samenwerkingsbestuur, het pakket van de Raad van Toezicht uit te breiden met een aantal bevoegdheden die thans nog bij de gemeenteraad liggen:

- de benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden,
- de bepaling van de benoemingstermijn,
- de vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement, en
- de goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten.

Alles tezamen geven zij substantiële invulling aan echt intern toezicht binnen de openbare rechtspersoon.

De regeling van een meer terughoudende rol van de gemeenteraad in het kader van governance levert geen strijd op met het principe van ‘overheersende overheidsinvloed’ op het openbaar onderwijs. Daarvoor zijn twee argumenten aan te voeren. Ten eerste gekdt dat met de regeling van het samenwerkingsbestuur wordt gepretendeerd een minimum vast te leggen omtrent wat in concreto verstaan moet worden onder ‘overheersende overheidsinvloed’ op het openbaar onderwijs. Sinds de jaren negentig is naar de mate dat de overheidsinvloed overheersend moet zijn, dit principe in beweging. De uitwerking van het principe bij de stichting samenwerkingsbestuur vormt positief recht dat dateert van een latere datum (1998) dan de regeling van de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs

(1996). Als zodanig wordt ook de meest recente opvatting van de wetgever aangesloten. Ten tweede moet worden vastgesteld dat de stichting samenwerkingsbestuur een reguliere bestuursvorm is waar scholen uit vrije wil deel van kunnen uitmaken. Indien inzake de regeling van good governance bij de andere twee bestuursvormen niet wordt gekozen voor een terughoudender rol van de gemeenteraad, en daarbij niet beter wordt aangesloten op de regeling van het samenwerkingsbestuur, zal de verleiding voor openbare scholen om in samenwerkingsbesturen op te gaan wel eens groot kunnen zijn. Dat lijkt ons een onwenselijke ontwikkeling.

Volstreekte gelijkenschakeling van de regeling van governance in openbare rechtspersoon en stichting openbaar onderwijs met die in het samenwerkingsbestuur is niet wenselijk om een tweetal redenen. Een al te beperkt ingevulde bemoeienis van de raad zou wellicht het proces van verder gaande verzelfstandiging kunnen schaden, omdat er na de bestuurscommissie te weinig aansluiting komt. Wij gaan er verder van uit dat het openbaar onderwijs niet zomaar kiest voor of zegt te willen opgaan in een samenwerkingsbestuur. In afwijking van de regeling van het samenwerkingsbestuur wordt daarom voorgesteld om bij de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs het goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting en de jaarrekening van de openbare rechtspersoon bij de gemeenteraad te laten. Ook wordt gehecht aan de bevoegdheid van de gemeenteraad op te treden bij taakverwaarlozing.

Uitgangspunt moet zijn dat de gemeenteraad een doorslaggevende invloed heeft op de samenstelling van de Raad van Toezicht. Het verdient aanbeveling daarbij de rol en belangen van ouders te betrekken. Geregeld zou kunnen worden dat de ouders een recht hebben tot bindende voordracht bij de benoeming van ten minste eenderde, maar geen meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht.

Stichting samenwerkingsbestuur

Bij wet kan met de simpele invoering van een Raad van Toezicht worden volstaan. Op grond van de huidige wettelijke bevoegdheidsverdeling is voor een aparte Raad van Toezicht, belast met intern toezicht reeds substantiële ruimte beschikbaar binnen het samenwerkingsbestuur. De terughoudende rol van de gemeenteraad bij het samenwerkingsbestuur blijft intact.

De Raad van Toezicht bezit dan de volgende bevoegdheden:

- goedkeuring van het besluit tot de vaststelling van onderwijsdoelen,
- goedkeuring/advies van het besluit tot vaststelling van de onderwijsinrichting,
- bepaling van de rechtspositie van de bestuursleden,
- benoeming, schorsing of ontslag van de bestuursleden,
- bepaling van de benoemingstermijn,
- vaststelling of goedkeuring van het bestuursreglement,
- goedkeuring van afzonderlijke delegatiebesluiten,

- (mede-)bewaking van de ideologie en identiteit van het onderwijs aan de instelling,
- algemene, gevraagde en ongevraagde advisering aan het bestuur, en
- contact met de maatschappelijke omgeving.

De gemeenteraad zou naar rato van het aandeel openbaar onderwijs in de rechtspersoon een aantal van de leden van de Raad van Toezicht kunnen benoemen. Voor de verzekering van de invloed van ouders op dat benoemingsrecht lijkt hier alleen plaats als de wetgever bereid is om ook met verplichtende maatregelen ten aanzien van de inrichting van het bijzonder onderwijs te komen. Daarvoor zijn evenwel in het licht van de Grondwet maar beperkte mogelijkheden aanwezig, waarbij niet lichtvaardig de vrijheid van inrichting en van vereniging van het bijzondere schoolbestuur mag worden aangetast.

5.5 Conclusies op deelvraag c

Als principes van bevoegdheidstoekenning en –verdeling bij de bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen komen alle varianten van het publiekrechtelijk instrumentarium feitelijk voor in de onderwijswetgeving. Attributie in de openbare universiteiten, delegatie in de bijzondere hogescholen en regionale opleidingen centra, en mandaat in de openbare scholen voor primair en voortgezet onderwijs.

Daarbij geldt dat reeds op basis van de huidige regelgeving, mede gezien het algemene rechtspersonenrecht, ‘delegatie’ mogelijk is in het bijzonder onderwijs. Zeker gezien vanuit de positie van onderwijsvragers die rechtstreeks gediend zijn met de doelstellingen van governance, maakt dit het moeilijk te verdedigen waarom het openbaar onderwijs effectief anders behandeld zou moeten worden.

Het inhoudelijke uitgangspunt van artikel 10:14 Awb van een delegatieverbod aan ondergeschikten is in het verleden niet bepalend geweest voor de gang van zaken in het onderwijs en hoeft dat volgens de Awb-wetgever ook voor de toekomst niet te zijn. Nu in het kader van governance in het onderwijs wordt aangesloten bij een reeds ingezette ontwikkeling van het ontstaan van professionele schoolbesturen in het primair en voortgezet onderwijs is delegatie een effectief instrument om daarop aan te sluiten. Het type van algemene delegatie, zoals geregeld bij de bijzondere hogescholen en de ROC's kan hierbij als uitgangspunt dienen. Voor de argumentatie bij invoering van delegatie kan worden aangehaakt bij de professionaliteit en zelfstandigheid van het management.

Lijst van geraadpleegde literatuur

- Bos, N.L.P. te, De (on)mogelijkheden van de Raad van Toezicht in het openbaar onderwijs, in: F.H.J.G. Brekelmans e.a. (red.), *Educational Governance*, symposiumbundel NVOR 2004, Den Haag 2004, p. 77 e.v.
- Daalder, E.J. e.a. (samenstelling), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*, Derde Tranche, Alphen aan den Rijn 1998.
- Dölle, A.H.M. en D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, derde druk, Deventer 2004.
- Huisman, P.W.A., *De samenwerkingschool. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier, Den Haag 2002.
- Inspectie van het Onderwijs, *De waarde van intern toezicht; Raden van Toezicht in het hoger onderwijs*, Inspectierapport 2005-22, oktober 2005.
- Lenssen, Leo, *Hebben en Zijn; verschijnselen in het onderwijs gewogen*, openbare les, uitgave ASA reeks, mei 2005.
- Kamerstukken II 2004/05, 30 183, nr. 1, Beleidsnotitie 'Governance in het onderwijs'.
- Mentink, D., De actualiteit van het onderwijsrecht en de Raad van Toezicht in het voortgezet onderwijs, *School en Wet*, nr. 9, december 2004, p. 345-352.
- Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 van de Grondwet*, adviesnr. 20020284/674, juli 2002, Den Haag 2002.
- Onderwijsraad, *Degelijk onderwijsbestuur*, advies 20040373/794, Den Haag, december 2004.
- Overes, C.H.C., *Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs*, diss. VU, Lelystad 1994.
- Strietman, H., Voorbij de laatste 'zuil': alle onderwijs bijzonder, *SBM – maandblad van de Besturenraad*, januari 2006, nr. 5, p. 24-26.

- Strikwerda, J., *Goed bestuur, goed onderwijs. Uitgangspunten en overwegingen voor toezicht, bestuur en management in het onderwijs*, Voorburg 2003, blz. 66 e.v.
- Vermeulen, B.P., *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier, Den Haag 1999.
- Vermeulen, B.P. en 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*, preadviezen VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag 2000, p. 45-186.
- Vermeulen, B.P. en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Getuigend staatsrecht, liber amicorum A.K. Koekkoek*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, p. 431-468.
- Zoontjens, P.J.J., Medezeggenschap, in: H.W.G. Münstermann e.a., *Onderwijsrecht en –regelgeving*, deel I, Heerlen – Open Universiteit 1993, p. 235-253.

BIJLAGE

GEGEVENS ONDERZOEKERS

Het onderzoek is uitgevoerd door:

- Paul Zoontjens, hoofddocent staats- en bestuursrecht en bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Universiteit van Tilburg,
- Ben Vermeulen, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU en bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de RU en VU, en
- Harry Delnooz, directeur van GW23 te Lottum, adviesbureau voor onderwijsrecht, arbeidsrecht en bestuursrecht.

LEDEN BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Dhr. B. Spoorenberg voorzitter (OCW)

Mevr. mr. J.J. van Borselen (OCW)

mr. G.A.J. Tijbosch (OCW)

Dhr. Th. Praamstra (OCW)

mr. J. Keijser (Besturenraad)

mr. A.E. Schilder (BZK)

mr. N.L.P. te Bos (VOS-ABB)

mr. ing. A.L. Esveld (VNG)