

Bij Kabinetsmissive van 15 oktober 2020, no.2020002115, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van Wet tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met onder andere de uitbreiding van het bestuurlijk handhavingsinstrumentarium, met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel dient ertoe de handhavingsbevoegdheden van de minister ten aanzien van scholen en instellingen uit te breiden. Het voorstel bevat hiertoe zowel sectoroverstijgende als sectorspecifieke maatregelen. De gezamenlijke doelstelling van de maatregelen is om te voorzien in een passender toezichts- en handhavingsinstrumentarium in de gevallen waarin scholen of instellingen (ernstige) overtredingen begaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State acht het nut, de noodzaak en de proportionaliteit van het wetsvoorstel onvoldoende aangetoond, omdat een adequate probleemanalyse en een evaluatie van het huidige instrumentarium ontbreekt. In verband hiermee adviseert de Afdeling van indiening van het wetsvoorstel af te zien zolang nog niet is onderzocht en gemotiveerd of en in hoeverre uitbreiding van het instrumentarium noodzakelijk is.

Mocht de regering het voorstel op termijn toch willen indienen, dan adviseert de Afdeling om voor de (spoed)aanwijzing nadere eisen, specificaties en waarborgen op te nemen, mede in relatie tot de definitie van wanbeheer. Over de plicht tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het mbo merkt de Afdeling op dat de beperking van grondrechten nadere motivering behoeft, en dat mede in dat licht een duidelijker toetsingskader van belang is.

1. Achtergrond en inhoud van het wetsvoorstel

Zoals de toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt, is het uitgangspunt van de onderwijswetgeving dat het bevoegd gezag in beginsel zelf in staat en bereid is om overtredingen van de onderwijswetgeving te herstellen via procedures en processen die het daartoe zelf heeft ingericht. Als de Inspectie een overtreding constateert, wordt (doorgaans) niet direct overgegaan tot oplegging van een sanctie en heeft een herstelopdracht veelal het gewenste effect.¹ Volgens de regering kent het huidige sanctiestelsel echter tekortkomingen. Als gevolg daarvan moet het instrumentarium – en daarmee de bevoegdheid van de minister om in te grijpen – worden uitgebreid. Als directe aanleiding voor het wetsvoorstel worden twee incidenten genoemd.² Het eerste incident heeft betrekking op de onregelmatigheden in de schoolexamens bij VMBO Maastricht (LVO, Limburgs Voortgezet Onderwijs)³, het tweede op de aanwijzing van

¹ Artikel 21 van de Wet op het onderwijstoezicht. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1, 'Het huidige instrumentarium'.

² Memorie van toelichting, paragraaf 2, 'Aanleiding'.

³ Kamerstukken II 2018/19, 30079, nr. 92.

de minister aan het bevoegd gezag van het Cornelius Haga Lyceum vanwege wanbeheer.⁴

Naar aanleiding van deze gevallen wil de regering het sanctiestelsel uitbreiden. Voorgesteld wordt onder meer om de definitie van 'wanbeheer' in de onderwijswetgeving te verruimen, aangezien deze definitie ontoereikend zou zijn.⁵ Daarnaast voorziet het voorstel in de bevoegdheid van de minister om een spoedaanwijzing te geven. De reden daarvoor is dat zich soms crisissituaties voordoen waarin het betreffende bestuur minder of niet geneigd is tot het op korte termijn nemen van de benodigde maatregelen, en waarin een (regulier) aanwijzingstraject te lang duurt, omdat er dan eerst veel onderzoek gedaan moet worden.⁶

De termijnen voor openbaarmaking van inspectierapporten worden verkort en de mogelijkheden tot beëindiging van de bekostiging in het primair en voortgezet onderwijs worden uitgebreid. In het mbo wordt voorzien in de bevoegdheid van de minister tot schorsing van het recht tot diplomering of examinering van niet-bekostigde instellingen.

Daarnaast wordt een bestuurlijke boete ingevoerd voor het aanbieden in het mbo van opleidingen, verzorgen van examens of verstrekken van diploma's zonder daartoe gerechtigd te zijn. De regering acht het namelijk onwenselijk dat een niet-bekostigde mbo-instelling door kan gaan met het afgeven van diploma's of vrijstellingen, terwijl de geconstateerde gebreken niet zijn hersteld.⁷

Ten slotte stelt de regering dat het schenden van de zorgplicht sociale veiligheid en van de burgerschapsopdracht dermate zwaar is dat dat moet kunnen leiden tot het geven van een (spoed)aanwijzing en beëindiging van de bekostiging.⁸

2. Noodzaak en proportionaliteit

Het wetsvoorstel bouwt voort op eerdere wetgeving waarin aan de minister bevoegdheden zijn toegekend om in te grijpen op scholen en instellingen. Zo is in 2010 in het primair en voortgezet onderwijs de aanwijzingsbevoegdheid op grond van wanbeheer ingevoerd.⁹ In 2014 volgde invoering van deze bevoegdheid in het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs en werd tevens de definitie van de term 'wanbeheer' uitgebreid met ernstige nalatigheid inzake kwaliteitswaarborgen.¹⁰ Thans wordt voorzien in méér en nog ingrijpender instrumenten, die bovendien – door het laten vallen van de stelseis¹¹ en de uitbreiding van de definitie van wanbeheer – een breder bereik zullen hebben.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 29614, nrs. 115, 119, 123, 125, 127, 128.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.1. 'Definitie wanbeheer: stelseis te beperkend' en paragraaf 3.2.2. 'Definitie wanbeheer: afsluiting onderwijs'.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3. 'Interventiemogelijkheden in urgente situaties'.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3. 'Interventiemogelijkheden in urgente situaties'.

⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.5. 'Instrumenten met betrekking tot burgerschap, maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef en veiligheid'.

⁹ Wet van 4 februari 2010, Stb. 2010, 80.

¹⁰ Wet van 4 december 2013, Stb. 2013, 558.

¹¹ Deze eis stelt als voorwaarde om het niet voldoen aan kwaliteitseisen als wanbeleid aan te kunnen merken, dat daardoor de kwaliteit van het stelsel van de betreffende onderwijssector in gevaar komt. Overigens heeft de Afdeling begrip voor het laten vallen van de zware 'stelseis'.

a. *Motivering van noodzaak en proportionaliteit*

De Afdeling wijst erop dat voor zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs de bestuurlijke en pedagogisch-organisatorische inrichtingsvrijheid uitgangspunt in de wetgeving is. Voor het bijzonder onderwijs geldt voorts dat de vrijheid van richting en inrichting in artikel 23, vijfde en zesde lid van de Grondwet zijn gewaarborgd. Dit brengt met zich dat handhavingsbevoegdheden waarmee de reguliere governance-verhoudingen en de pedagogisch-bestuurlijke autonomie van scholen kunnen worden doorkruist, steeds noodzakelijk en proportioneel moeten zijn.¹²

Derhalve moet toereikend worden gemotiveerd in hoeverre een inbreuk op de inrichtingsvrijheid van scholen noodzakelijk is in het licht van het ermee te dienen doel, en waarom niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden volstaan. Om die afweging adequaat te kunnen verrichten, is essentieel dat in het kader van nieuw te introduceren bevoegdheden waarmee de minister op scholen en instellingen kan ingrijpen, een deugdelijk gemotiveerde probleemanalyse heeft plaatsgevonden.

Het is niet duidelijk waarom het huidige instrumentarium niet toereikend zou zijn om wanbeheer door scholen en instellingen aan te pakken. In de toelichting wordt ter motivering van de noodzaak van de uitbreiding van het instrumentarium naar twee casus verwezen. De eerste betreft de onregelmatigheden in de schoolexamens (VMBO Maastricht); de tweede de aanwijzing van de minister aan het bevoegd gezag van het Cornelius Haga Lyceum vanwege wanbeheer.

De vraag rijst in hoeverre beide gevallen er blijk van geven dat het huidige instrumentarium niet toereikend zou zijn. Suboptimaal toezicht van de Inspectie speelde daarbij namelijk een rol. De Afdeling wijst in dit verband op de evaluatie door de Auditdienst Rijk. Daaruit blijkt dat er door de Inspectie onvoldoende gebruik is gemaakt van het huidige instrumentarium om de problemen met de schoolexamens op het VMBO Maastricht tijdig te signaleren en op verbetering aan te dringen.¹³ Of de regering zich daar rekenschap van heeft gegeven, wordt echter niet duidelijk.

De beide genoemde gevallen zijn op basis van het bestaande instrumentarium aangepakt, maar het wordt niet duidelijk in hoeverre het nieuw voorgestelde instrumentarium tot een (andere) oplossing zou hebben kunnen leiden. Hoewel wordt voorzien in nieuwe, ingrijpende instrumenten, is de reden daarvoor de Afdeling vooralsnog niet helder.

In dit verband is tevens relevant dat – ondanks het geuite voornemen daartoe¹⁴ – een evaluatie van het huidige instrumentarium ontbreekt. Dat geldt met betrekking tot de aanwijzingsbevoegdheid, maar is ook relevant voor de onder punt 1 genoemde introductie van de bevoegdheid van de minister tot schorsing van het recht tot diplomering of examinering van niet-bekostigde instellingen in het mbo en de invoering

¹² Zie onder meer Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4; J.A. de Boer, De vaststelling en handhaving van deugdelijkheidseisen in het onderwijs, Den Haag 2021.

¹³ Kamerstukken II 2018/19, 30079, nr. 92, p. 7-10; ADR, Het handelen van de Inspectie van het Onderwijs bij het toezicht op het VMBO Maastricht, 2018.

¹⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33495, nr. 10, p. 24: “Wij zullen de maatregelen voorgesteld in deze brief afzonderlijk, maar ook in samenhang monitoren en evalueren. De wijziging van de aanwijzingsbevoegdheid en de ervaringen die daarmee opgedaan worden vormen daarvoor een goed aangrijpingspunt.”

van een bestuurlijke boete.¹⁵ De afgelopen tien jaar hebben zich nauwelijks situaties voorgedaan die noodzakten tot het geven van een aanwijzing. Overigens worden er in algemene zin in het onderwijs zelden sancties opgelegd.

Alvorens over te gaan tot voorstellen voor nieuwe wetgeving is het echter van belang om de effectiviteit van het huidige instrumentarium te evalueren. Dat geldt óók – te meer – als dat instrumentarium niet vaak wordt ingezet en is te meer relevant in het licht van het ontbreken van een adequate probleemanalyse, welke aan de invoering van het huidige instrumentarium ten grondslag had moeten liggen.¹⁶ Hoewel de regering aan het advies van de Onderwijsraad refereert om naar aanleiding van de Maastrichtse casus niet in een risico-regel-reflex te vervallen, rijst de vraag of met het voorliggende voorstel toch niet van een dergelijke reflex sprake is.¹⁷

De Afdeling merkt voorts op dat de voorgestelde maatregelen in verhouding tot de autonomie van de onderwijsinstellingen – waaronder de vrijheid van richting, en de inrichtingsvrijheid van openbaar en bijzonder onderwijs – summier worden gemotiveerd. De toelichting vermeldt slechts dat de inbreuk hierop zo beperkt mogelijk blijft, vanwege de waarborgen waarmee toepassing van de handhavingsbevoegdheden is omkleed.¹⁸

De Afdeling acht deze argumentatie onvoldoende en is bovendien kritisch op de geboden waarborgen (zie hierna, punten 3 en 4). Voorts blijkt uit de toelichting onvoldoende in hoeverre het doorkruisen van de reguliere governance-verhoudingen noodzakelijk is en waarom niet kan worden volstaan met de bestaande bekostigingsmaatregelen of minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld het investeren in versterking van de raden van toezicht en het verder professionaliseren van het interne toezicht en het leiderschap van schoolbestuurders en -management.¹⁹

b. *Conclusie*

De Afdeling constateert dat er in het onderwijs steeds steviger handhavingsbevoegdheden worden geïntroduceerd, overwegend naar aanleiding van incidenten. De Afdeling acht wijziging van wet- en regelgeving naar aanleiding van incidenten gerechtvaardigd wanneer deze overduidelijk bepaalde gebreken in het stelsel blootleggen. Daarvan is in dit geval echter geen sprake. Onduidelijk is in hoeverre de voorgestelde uitbreiding van het instrumentarium noodzakelijk is en evenmin blijkt waarom – zo er al sprake is van tekortkomingen in het systeem die aanpassing vergen – niet met minder vergaande oplossingen kan worden volstaan.

De Afdeling adviseert om van de invoering van de voorgestelde, nieuwe handhavingsbevoegdheden in het licht van het voorgaande af te zien, zolang niet

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.2, 'Schorsing van het recht tot diplomering of examinering van niet-bekostigde instellingen in het mbo'.

¹⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4; Kamerstukken II 2013/14, 33472, nr. 16. Omdat in beide toelichtingen werd verwezen naar slechts één concreet geval bleef volgens de Afdeling onduidelijk in hoeverre het bestaande instrumentarium in algemene zin tekortschoot, zodat de noodzaak van invoering van een aanwijzingsbevoegdheid niet was aangetoond.

¹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 30079, nr. 92, p. 10. Zie ook H.A.A. Berendsen & M.H. van Roekel, 'Wetsvoorstel Uitbreiding bestuurlijk handhavingsinstrumentarium. Symboolwetgeving of exit voor bestuurders en toezichthouders?', School en Wet september 2020.

¹⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 6.1 'Vrijheid van onderwijs'.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld het BMH-rapport 'Fundament op orde: kwalitatief goed onderwijs met kansen voor iedereen'.

onderzocht is of en in hoeverre uitbreiding van het instrumentarium noodzakelijk is. Omdat daarvoor thans onvoldoende gegevens beschikbaar zijn, adviseert de Afdeling om de effectiviteit van het huidige instrumentarium, waaronder de aanwijzing, alsnog te (laten) evalueren in het licht van de destijds geformuleerde doelstellingen. Daarbij moet ook worden gezien of het bestaande instrumentarium niet zou voldoen om de in de toelichting genoemde problemen op te lossen.

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling opmerkingen over de voorgestelde (uitbreiding van) instrumenten (paragraaf 3-5). Ten slotte maakt de Afdeling opmerkingen over de invoering van de plicht tot bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het mbo (paragraaf 6).

3. (Spoed)aanwijzing en definitie van 'wanbeheer'

a. *Overtreding deugdelijkheidseisen*

Aanwijzingen mogen de wettelijke voorschriften en deugdelijkheidseisen niet te buiten gaan, omdat het opleggen ervan anders in strijd komt met de vrijheid van richting en inrichting.²⁰ Het niet-naleven van deugdelijkheidseisen is derhalve een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen constateren dat er sprake is van wanbeheer, op grond waarvan een aanwijzing zou kunnen worden gegeven.²¹ Dit vloeit zowel voort uit de vrijheid van onderwijs als het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat een bestuurlijke sanctie alleen mag worden opgelegd als daartoe een bevoegdheid bestaat en de overtreding en de sanctie in een wettelijk voorschrift zijn omschreven.²² De toelichting maakt duidelijk dat dit in het onderhavige wetsvoorstel inderdaad het uitgangspunt is.²³ Dit blijkt echter niet uit de voorgestelde wettekst met betrekking tot de aanwijzing.

De Afdeling adviseert daarom om ook voor het opleggen van een reguliere aanwijzing het vereiste op te nemen dat het "bevoegd gezag tekortschiet in de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet", zoals in het voorstel reeds wordt bepaald ten aanzien van de spoedaanwijzing.²⁴

b. *Uitbreiding definitie wanbeheer met de burgerschapsopdracht en de zorgplicht sociale veiligheid*

De burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de sociale veiligheid zijn aan te merken als deugdelijkheidseisen zoals hiervoor bedoeld. Het voorstel bevat een uitbreiding van de definitie van wanbeheer, die het mogelijk maakt dat de minister een (spoed)aanwijzing geeft als sprake is van ernstig of langdurig tekortschieten in de naleving van de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de sociale veiligheid.²⁵

De Afdeling benadrukt dat de Inspectie terughoudendheid past bij het toezicht op de inhoudelijke invulling van de burgerschapsopdracht gezien de complexiteit van het burgerschapsbegrip, de vrijheid van onderwijs en de spanning tussen mogelijk

²⁰ Artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet.

²¹ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4.

²² Artikel 5:4 van de Awb.

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1 onder a ('Spoedaanwijzing') en paragraaf 6.1 'Vrijheid van onderwijs'. Zie aldus ook Kamerstukken II 2012/13, 33472, nr. 4, p. 19.

²⁴ Voorgesteld artikel 163b1, eerste lid, sub a van de Wpo, vergelijk Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1 onder a ('Spoedaanwijzing').

²⁵ Zie o.a. voorgesteld artikel 163b lid 2 sub f van de Wpo.

conflicterende grondrechten.²⁶ Het uitgangspunt dat de Inspectie vanwege de vrijheid van onderwijs terughoudend dient toe te zien op de burgerschapsopdracht is zowel door de regering als de Tweede Kamer aanvaard.²⁷ Dat is terecht, omdat 'burgerschap' een niet duidelijk afgebakend en complex begrip is met verschillende dimensies, aspecten en betekenissen, dat voor scholen vaak nauw verbonden is met hun grondwettelijk beschermde godsdienstige, levensbeschouwelijke of pedagogische grondslag.²⁸

De Afdeling acht het van belang dat de Inspectie zich eveneens terughoudend opstelt bij het toezicht op de zorgplicht voor sociale veiligheid – welke in toenemende mate verbonden wordt met de burgerschapsopdracht – wanneer deze raakt aan de vrijheid van inrichting van het onderwijs. De begrenzing van deze vrijheid is onder andere bepaald in de gelijkebehandelingswetgeving.

Het verreikende karakter van de bestuurlijke sancties (de aanwijzing en de spoedaanwijzing en de daaruit mogelijk voortvloeiende bekostigingssancties) die kunnen worden opgelegd als niet aan deze deugdelijkheidseisen wordt voldaan, is niet met dit uitgangspunt te verenigen. Het opleggen van een (spoed)aanwijzing in verband met deze thema's brengt grote risico's mee op een te vergaande beperking van de autonomie van scholen. Deze risico's gelden in nog sterkere mate voor de spoedaanwijzing aangezien deze is gebaseerd op een redelijk vermoeden van wanbeheer in een acute crisissituatie (zie ook punt 5.a.). Ten aanzien van de deugdelijkheidseisen met betrekking tot de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor sociale veiligheid zou de route van het reguliere toezicht en eventuele bekostigingssancties bij niet-naleving van deze eisen moeten worden gevolgd.

Gelet hierop adviseert de Afdeling om de aan de definitie van wanbeheer voorgestelde toevoeging van de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de sociale veiligheid, en de in dat kader voorgestelde mogelijkheid van een (spoed)aanwijzing te schrappen.

4. Omschrijving van maatregelen en gevallen in het kader van een (spoed)aanwijzing

In het wetsvoorstel is niet gespecificeerd tot welke maatregelen de (spoed)aanwijzing kan leiden. Dat dient alsnog te gebeuren, omdat er anders sprake is van een bevoegdheid die niet begrensd is door een koppeling met overtreding van wettelijke deugdelijkheidseisen.²⁹ Het legaliteitsbeginsel vereist deze specificatie van sancties in de wet.³⁰

De toelichting vermeldt evenwel dat de wet niet bepaalt tot welke maatregelen een (spoed)aanwijzing kan leiden. De specifieke kenmerken van het geval zullen daarvoor bepalend zijn en vragen om maatwerk. Voorbeelden van maatregelen in het kader van een aanwijzing worden wel genoemd: zo kan een aanwijzing ontslag of schorsing van een bestuurder of toezichthouder voorschrijven, of het aanstellen van een externe deskundige.³¹ Over de maatregelen die in het kader van een spoedaanwijzing kunnen

²⁶ Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 35352, nr. 4.

²⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35352, nr. 4; Kamerstukken II 2020/21, 35352, nr. 21.

²⁸ Kamerstukken II 2019/20, 35352, nr. 3.

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33472, nr. 16, p. 3.

³⁰ Artikel 5:4 lid 2 van de Awb.

³¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.2, 'De aanwijzing'.

worden genomen, vermeldt de toelichting dat zij kunnen worden onderscheiden in ordemaatregelen en maatregelen die actief handelen vereisen. Ook wordt benadrukt dat de maatregelen omkeerbaar moeten zijn. Van nadere concretisering is afgezien omdat dit er toe zou leiden dat de spoedaanwijzing aan effectiviteit en flexibiliteit inboet.³²

Vast staat dat de maatregelen die een (spoed)aanwijzing kan bevatten – mede als gevolg van de omstandigheden van het geval – zwaarwegend en voor schoolbesturen ingrijpend kunnen zijn. Om die reden is van belang dat helder wordt gemaakt in welke gevallen het opleggen van bepaalde maatregelen gerechtvaardigd is bij het niet naleven van wettelijke deugdelijkheidseisen en wordt voorzien in een omschrijving van de mogelijke maatregelen die de minister in dat geval zou kunnen nemen.³³

Inzake de omschrijving van het soort gevallen waarin de spoedaanwijzing kan worden opgelegd adviseert de Afdeling deze te beperken tot acute crisissituaties inzake examinering en diplomering of financieel wanbeheer. Verder zou bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de vraag in hoeverre niet alleen de op te leggen maatregelen omkeerbaar moeten zijn, maar ook de gevolgen daarvan (bijvoorbeeld in de vorm van reputatieschade en eventueel daaruit voortvloeiende financiële schade door teruglopende leerlingaantallen). Omdat de Inspectie het rapport dat aan het opleggen van de spoedaanwijzing ten grondslag ligt terstond openbaar kan maken, kunnen die gevolgen groot zijn.

De omschrijving van mogelijke maatregelen die kunnen worden opgelegd kan tevens bijdragen aan het inzichtelijker maken van de toegevoegde waarde van de spoedaanwijzing naast de aanwijzing, terwijl tegelijkertijd wordt voorkomen dat te snel naar het instrument van de spoedaanwijzing wordt gegrepen in situaties waarin een aanwijzing geschikter is.³⁴

De Afdeling adviseert daarom om de mogelijke omstandigheden waaronder een (spoed)aanwijzing kan worden opgelegd en maatregelen die een (spoed)aanwijzing kan voorschrijven in het wetsvoorstel te specificeren en ze – tezamen met een interventieladder – nader uit te werken in een algemene maatregel van bestuur (amvb). Daarbij moet aandacht worden besteed aan de omkeerbaarheid van de gevolgen van de op te leggen maatregelen.

5. Waarborgen bij het opleggen van een spoedaanwijzing

Het wetsvoorstel voorziet erin om in het bekostigde onderwijs het geven van een spoedaanwijzing mogelijk te maken in urgente gevallen waarin blijkbaar sprake is van een overtreding van een deugdelijkheidseis en (mede) naar aanleiding daarvan een redelijk vermoeden van wanbeheer bestaat.³⁵ Een redelijk vermoeden moet gebaseerd zijn op objectieve en verifieerbare feiten en omstandigheden, vastgesteld door de Inspectie.

³² Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1d, 'De spoedaanwijzing'.

³³ Vergelijk ook de gezamenlijke reactie van de profielorganisaties Verus, VOS/ABB, VGS, VBS, ISBO, Federatie Christelijk MBO, LVGS op de consultatieversie van het wetsvoorstel, 20 april 2020.

³⁴ De Inspectie van het Onderwijs waarschuwt hier ook voor in haar reactie op het wetsvoorstel zoals opgenomen in de Uitvoeringstoets DUO 19 juni 2019.

³⁵ Voorgesteld artikel 163b1 van de Wpo, artikel 145b van de Wec, artikel 103g1 van de Wvo, artikel 9.1.4b van de Web, artikel 9.9b van de Whw, artikel 10.3e1 van de Whw, artikel 11.7b van de Whw.

Op voorhand valt volgens de toelichting – als gezegd – niet uitputtend aan te geven welke feiten en omstandigheden daarbij een rol dienen te spelen. Voor het geven van een spoedaanwijzing is een inspectierapport vereist dat berust op een zorgvuldig onderzoek, waarin feiten en omstandigheden in kaart zijn gebracht.³⁶

De bevoegdheid tot het geven van een spoedaanwijzing richt zich, evenals de aanwijzing, niet alleen op het functioneren van onderwijsinstellingen, maar ook op het functioneren van natuurlijke personen (bestuurders en toezichthouders). Daarmee grijpt deze bevoegdheid direct in op de bestuurlijke autonomie en de interne governance.

Wanneer in het kader van een spoedaanwijzing wanbeheer (nog) niet is vastgesteld, maar er slechts sprake is van een vermoeden, behoeft de inzet van een dergelijk interventie-instrument reeds om die reden extra grote terughoudendheid, zorgvuldigheid en proportionaliteit.³⁷ Dat geldt temeer omdat onmiddellijke publicatie van het aan de spoedaanwijzing ten grondslag liggende inspectierapport tot onomkeerbare schade kan leiden. In dit verband maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

a. *Ernstig in plaats van redelijk vermoeden*

Vanwege het ingrijpende karakter van de spoedaanwijzing markeert de Afdeling het belang om in de wet voldoende waarborgen op te nemen met betrekking tot de vraag in welke situaties en op welke wijze dit instrument kan worden ingezet (zie ook punt 4). Daarbij moet voldoende rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Afdeling constateert dat de voorgestelde bepalingen daaraan niet voldoen.

Een spoedaanwijzing wordt gebaseerd op een redelijk vermoeden van wanbeheer, dat volgens de toelichting moet zijn gegrond op “objectieve en verifieerbare feiten en omstandigheden”.³⁸ De onderzoeks- en bewijslast verschilt echter wezenlijk ten opzichte van de reguliere aanwijzing, “die veel onderzoek vereist”.³⁹ Volgens de Afdeling is méér dan een redelijk vermoeden noodzakelijk om een dergelijk vergaand besluit te nemen. Om aan het zorgvuldigheidsbeginsel te kunnen voldoen is een ‘ernstig vermoeden’ een meer adequate term. Door de bewijslast te verzwaren kan worden voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan het motiveringsbeginsel,⁴⁰ het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van fair play.

De Afdeling adviseert om het geven van een spoedaanwijzing slechts mogelijk te maken bij een ernstig vermoeden in plaats van een redelijk vermoeden van wanbeheer, en het wetsvoorstel op deze wijze aan te passen.

b. *Rechterlijke spoedvoorziening*

³⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1. ‘Spoedaanwijzing’.

³⁷ Vergelijk ook de (gezamenlijke) reactie van de PO-Raad, de VO-raad, de MBO Raad, de Vereniging Hogescholen en de Vereniging van Universiteiten op de consultatieversie van het wetsvoorstel.

³⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1. ‘Spoedaanwijzing’.

³⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3. ‘Interventiemogelijkheden in urgente situaties.’

⁴⁰ Artikel 3:46 van de Awb: ‘Een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering’.

De voorgestelde bepaling maakt het mogelijk dat de minister een spoedaanwijzing geeft als nog niet vastgesteld is dat er werkelijk sprake is van wanbeheer. Juist omdat besluitvorming naar aanleiding van incidenten – en daarvoor is de spoedaanwijzing volgens de toelichting bedoeld – doorgaans onder grote maatschappelijke en politieke druk plaatsvindt, is het van belang dat verzekerd is dat de zorgvuldigheid en de rechtszekerheid niet in het gedrang komen.

De Afdeling merkt in dit verband op dat de regering in 2013 heeft aangegeven dat wanneer de “voorgestelde uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid onvoldoende oplevert en zeer dringend ingrijpen absoluut noodzakelijk is, de minister de rechter moet kunnen verzoeken om bestuurders of toezichthouders te schorsen of te ontslaan.”⁴¹ Een dergelijk voorstel is echter nooit ingediend.

Om bij de inzet van een spoedaanwijzing waarborgen in te bouwen voor de rechtsbescherming van schoolbesturen acht de Afdeling het van belang dat het schoolbestuur een voorlopige voorziening kan vragen voorafgaand aan de publicatie van het inspectierapport en de spoedaanwijzing, in welk geval de openbaarmaking uitgesteld wordt tot de uitspraak van de voorzieningenrechter.⁴²

Een vergelijking kan worden gemaakt met artikel 21, tweede lid, van de Wet op het onderwijstoezicht, op grond waarvan een inspectierapport met de kwalificatie ‘zeer zwakke school’ pas openbaar gemaakt wordt als de voorzieningenrechter – wanneer deze voor de wettelijk beoogde openbaarmakingsdatum wordt ingeschakeld – uitspraak heeft gedaan. Op deze wijze kunnen onomkeerbare gevolgen voor het schoolbestuur als gevolg van evidente fouten van de Inspectie worden voorkomen.⁴³

De Afdeling adviseert om in de wet de mogelijkheid vast te leggen om op deze wijze een spoedaanwijzing in een voorlopige voorzieningsprocedure bij de rechtbank te laten toetsen.

6. Verplichting bevordering maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef mbo

Het wetsvoorstel wil een plicht tot het bevorderen van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het mbo invoeren. Die verplichting, zo vermeldt de voorgestelde bepaling, houdt ten minste in dat instellingen en degenen die hen vertegenwoordigen zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitlatingen.⁴⁴

⁴¹ Kamerstukken II 2012/13, 33472, nr. 15, p. 9 (derde nota van wijziging Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs). Het betreft een opvolging op de volgende passage uit de genoemde brief (Kamerstukken II 2012/13, 33495, nr. 10, p. 23): “Als zo’n aanwijzing onvoldoende oplevert en acuut ingrijpen absoluut noodzakelijk is, dan moet de minister de rechter kunnen verzoeken om bestuurders of toezichthouders te schorsen of te ontslaan. De rechter kan dan op voorstel van de minister een tijdelijke voorziening voor het bestuur of toezicht treffen. De nadruk ligt daarbij op het tijdelijke aspect. Het is de bedoeling dat de instelling zo snel mogelijk de teugels zelf weer oppakt. Hoewel deze regeling ingrijpend zou zijn, is ze niet uniek. Parallellen kunnen worden gevonden in de Woningwet en in het enquêterecht geldt een vergelijkbare regeling.”

⁴² Zie ook P.W.A. Huisman, De casus LVO en Haga: relatie bestuurlijk handelen en onderwijskwaliteit getoetst, School en Wet september 2019, p. 9.

⁴³ De termijn die het schoolbestuur gegeven wordt om een voorlopige voorziening te vragen zou kort kunnen zijn, aangezien het schoolbestuur al eerder het concept-rapport heeft ontvangen.

⁴⁴ Voorgesteld artikel 1.3.10 van de Web.

Volgens de toelichting kan de minister op basis daarvan op instellingsniveau ingrijpen bij discriminatoire uitingen, maar ook bij andere uitingen die in strijd zijn met de principes van de democratische rechtsstaat.⁴⁵ Het gaat bij dit laatste aspect uitsluitend om uitingen buiten het kader van het onderwijs, want het onderwijs zelf valt onder het reguliere toezicht op de burgerschapsopdracht en de onderwijskwaliteit, ten aanzien waarvan de minister voldoende instrumenten heeft.⁴⁶

De Commissie maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef, die reeds werkzaam is op het terrein van het hoger onderwijs, zal de minister ook ten aanzien van het mbo gaan adviseren of bij gerezen twijfels voldaan is aan de betreffende verplichting om maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef te bevorderen.⁴⁷ Na ontvangst van het advies van deze commissie besluit de minister of hij vindt dat die plicht is geschonden en of de uiting aan de instelling is toe te schrijven. Als dat het geval is, zal de minister de instelling een waarschuwing geven.

Indien niet aan die waarschuwing wordt voldaan, kan de minister aan een bekostigde instelling een bekostigingssanctie opleggen, of de onderwijslicentie van een of alle beroepsopleidingen van die mbo-instelling intrekken. Bij een niet-bekostigde mbo-instelling kan de minister de diploma-erkenning van een of alle opleidingen intrekken.⁴⁸ De toelichting vermeldt voorts dat instellingen en representanten zich slechts hoeven te onthouden van uitlatingen en gedragingen die discriminatoir zijn, of anderszins flagrant in strijd met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat.⁴⁹

Er bestaat in het mbo voor wat betreft het onderwijs al een burgerschapsopdracht, die uitgebreid is geregeld op amvb-niveau.⁵⁰ Het in de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) opnemen van een opdracht tot bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef kan beschouwd worden als een herbevestiging daarvan, en is in zoverre niet onlogisch.

De Afdeling adviseert evenwel om deze opdracht niet uit te breiden tot een verplichting om te waarborgen dat vertegenwoordigers zich niet buiten de sfeer van het onderwijs schuldig maken aan discriminatoire gedragingen en uitlatingen. De norm vervat in de eerste volzin van het voorgestelde artikel⁵¹ inzake het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef kan immers alleen binnen de sfeer van het onderwijs gelding hebben: het gaat om het versterken van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef bij studenten, door het onderwijs. Overtreding van de norm kan dan ook slechts aan de orde zijn als leerlingen door de representanten van de instelling binnen het onderwijs in de ontwikkeling door hun gedrag en uitlatingen van dat besef worden afgehouden.

⁴⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5. 'Verplichting tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het mbo', en paragraaf 6.2. 'Vrijheid van meningsuiting'.

⁴⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.5. 'Instrumenten met betrekking tot burgerschap, maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef en veiligheid'.

⁴⁷ Voorgesteld artikel 11.1a van de Web.

⁴⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5. 'Verplichting tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het mbo'.

⁴⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 6.2. 'Vrijheid van meningsuiting'.

⁵⁰ Artikel 17a van het Examen- en kwalificatiebesluit beroepsopleidingen WEB en bijlage 1, onderdeel 2.

⁵¹ Eerste volzin van voorgesteld artikel 1.3.10 van de Web: 'De instellingen schenken aandacht aan de bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van hun studenten'.

Eerder adviseerde de Afdeling tot heroverweging van het wetsvoorstel tot uitbreiding van deze plicht tot bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het hoger onderwijs.⁵² Nu de voorgestelde bepalingen aansluiten bij de hiervoor bedoelde bepaling in het hoger onderwijs, en de argumentatie in de toelichting beperkt is, bestaat aanleiding ook nu te oordelen dat onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor de beperking van de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van meningsuiting. In dat verband wijst de Afdeling er ook op, dat onvoldoende rekening wordt gehouden met situaties waarin onduidelijk is of er sprake is van discriminatie, en met de botsing tussen grondrechten. Met name ontbreekt een afweging omtrent de vraag hoe om te gaan met botsingen tussen het recht op non-discriminatie en de vrijheden van onderwijs, godsdienst en meningsuiting.

Volgens de eerder genoemde ministeriële regeling moet de Commissie maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef niet alleen adviseren (1) of een uiting discriminatoir is in de zin van de bestaande wet- en regelgeving op basis van eerdere uitspraken van de (straf)rechter en het College voor de Rechten van de Mens, maar ook (2) of deze anderszins flagrant in strijd is met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat.⁵³ Het tweede criterium is ter uitwerking van de al eerder in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw) ingevoerde wetsbepaling over maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in de ministeriële regeling toegevoegd, maar zonder dat het tot die bepaling is terug te voeren.⁵⁴ De regeling gaat daarmee derhalve verder dan de bepaling in de Whw en de Web. De regeling is daarmee in strijd met het legaliteitsbeginsel, en de artikelen 6 en 7 van de Grondwet, die inhoudelijke beperkingen van de vrijheid van godsdienst en meningsuiting alleen toelaten als deze in een – specifieke – formele wet zijn opgenomen.

De Afdeling adviseert derhalve om de in de Web op te nemen plicht tot bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef niet te doen uitstrekken tot buiten de sfeer van het onderwijs. Wanneer de regering besluit de invoering toch in de voorgestelde vorm door te zetten, adviseert de Afdeling de toelichting op basis van het bovenstaande aan te vullen, en daarbij met name acht te slaan op het onderscheid tussen de inhoud en vormgeving van het onderwijs binnen de instelling, waarin de burgerschapsbepalingen een voldoende normering bieden, en het optreden van vertegenwoordigers van de instelling buiten de sfeer van het onderwijs. Daarnaast dient daarbij ingegaan te worden op de uitbreiding met een tweede criterium bij ministeriële regeling, buiten de wet om.

7. Slotconclusie

⁵² De Afdeling gaf aan dat de overheid grote terughoudendheid past bij het treffen van wettelijke maatregelen wanneer de deugdelijkheid van het onderwijs niet in geding is, en dat het beoordelen van het discriminatoire karakter van uitingen toekomt aan de strafrechter. De Afdeling oordeelde om die redenen dat het voorstel een te vergaande inperking opleverde van de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van meningsuiting. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34412, nr. 4.

⁵³ Stcrt. 2017, 61996. Regeling van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 20 oktober 2017, nr. HO&S/1180908, houdende instelling van de Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef (Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef).

⁵⁴ Dit criterium is pas in de loop van openbare behandeling in de Tweede Kamer opgekomen.

Vanwege het ontbreken van een adequate probleemanalyse en een evaluatie van het huidige instrumentarium, adviseert de Afdeling van indiening van het voorstel af te zien zolang nog niet is onderzocht en gemotiveerd of en in hoeverre uitbreiding van het instrumentarium noodzakelijk is. Mocht de regering het wetsvoorstel op termijn toch willen indienen, dan moet zij zich daarbij tevens rekenschap geven van hetgeen hiervoor, in de punten 3 tot en met 6, door de Afdeling is geadviseerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,