

Vergaderjaar 2021–2022

35 920

Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met onder andere de uitbreiding van het bestuurlijk handhavinginstrumentarium (Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 februari 2021 en het nader rapport d.d. 27 september 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 oktober 2020, nr. 2020002115, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 25 februari 2021, nr. W05.20.0372/l, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

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 handhavinginstrumentarium, 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

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

voorzien in een passender toezichts- en handavingsinstrumentarium 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.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de onderbouwing van nut en noodzaak in de memorie van toelichting aangevuld. Daarnaast zijn de (nieuwe) gronden voor het geven van een aanwijzing en de spoedaanwijzing scherper afgebakend. De verplichting tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef is geschrapt.

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. 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. Het eerste incident heeft betrekking op de onregelmatigheden in de schoolexamens bij VMBO Maastricht (LVO, Limburgs Voortgezet Onderwijs), het tweede op de aanwijzing van de Minister aan het bevoegd gezag van het Cornelius Haga Lyceum vanwege wanbeheer.

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. 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.

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.

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.

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. 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. Thans wordt voorzien in méér en nog ingrijpender instrumenten, die bovendien – door het laten vallen van de stelseis en de uitbreiding van de definitie van wanbeheer – een breder bereik zullen hebben.

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.

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. 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 daartoe – 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 van een bestuurlijke boete. De afgelopen tien jaar hebben zich nauwelijks situaties voorgedaan die noodzaakten 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. 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.

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.

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.

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 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).

De Afdeling concludeert dat de noodzaak van de voorgestelde uitbreidingen van het handhavingsinstrumentarium onvoldoende is onderbouwd. Zij meent dat uit de twee casus die de directe aanleiding voor het wetsvoorstel vormden (VMBO Maastricht en Cornelius Haga Lyceum) niet kan worden afgeleid dat het handhavingsinstrumentarium gebreken vertoont en wijst erop dat een evaluatie van het instrumentarium ontbreekt. Ten slotte geeft zij aan dat ook suboptimaal toezicht een rol heeft gespeeld.

Het wetsvoorstel verruimt de definitie van wanbeheer. Een aanwijzing kan worden gegeven ingeval van ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen om de kwaliteit van (de voortgang en afsluiting) van het onderwijs te waarborgen; in dit verband zal niet langer worden vereist dat de kwaliteit van het stelsel in gevaar komt. Ook (kort gezegd) ernstige overtredingen met betrekking tot de zorgplicht voor de veiligheid en de burgerschapsopdracht zullen aanleiding kunnen zijn voor een aanwijzing. In zeer urgente situaties kan een spoedaanwijzing worden gegeven, indien een overtreding wordt geconstateerd waaruit een ernstig (zie hierna, onder 5a) vermoeden van wanbeheer ontstaat. De toegevoegde waarde van een (spoed)aanwijzing ten opzichte van bevestigings- en sancties is dat daarmee dwingend kan worden voorgeschreven welke concrete maatregelen een bevoegd gezag moet treffen: daarmee worden de gebruikelijke governance-verhoudingen dus doorbroken. De rechtvaardiging daarvoor is dat deze doorbreking alleen plaatsvindt in bijzonder ernstige en/of urgente situaties en vanuit het directe belang van de leerling of student.

Naast de casus VMBO Maastricht hebben zich in het verleden nog andere casus voorgedaan met betrekking tot de goede voortgang van het onderwijs, waarin sprake was van bestuurlijk falen of onvermogen (recentelijk nog de casus Avicenna²). Ook hebben zich verscheidene casus voorgedaan waarin de veiligheid van leerlingen ernstig in het geding was.

Hoewel deze zaken uiteindelijk zijn opgelost, mag daaruit niet worden afgeleid dat het bestaande instrumentarium voldoende effectief is. In sommige van deze zaken (zoals VMBO Maastricht en Avicenna) werd de oplossing alleen bereikt, doordat het bevoegd gezag bereid bleek om tijdens informeel overleg gegeven «aanwijzingen» vanuit het ministerie of de inspectie op te volgen. De regering meent dat het bereiken van een oplossing niet geheel afhankelijk mag zijn van de informele overtuigingskracht van de overheid of de bereidwilligheid van het bevoegd gezag, zeker niet in zaken waarin het recht op (kwalitatief goed) onderwijs van leerlingen of studenten ernstig in het geding is. De uitbreiding van de

² Kamerstukken II 2020/21, 31 289, nrs. 429, 431, 441.

aanwijzingsbevoegdheid en de introductie van de spoedaanwijzingsbevoegdheid zorgen er derhalve voor dat ook in gevallen waarin er geen bereidheid tot medewerking van het bevoegd gezag is, een oplossing kan worden geforceerd.

In andere casus werd een oplossing pas na aanzienlijk tijdsverloop bereikt. Juist in gevallen waarin het bestuur niet goed functioneert, blijkt het lastig te zijn om te bewerkstelligen dat het bestuur de juiste maatregelen treft. Daar is soms een langdurig traject van herstelonderzoeken en/of sancties voor nodig terwijl juist snelle actie vereist is vanuit het belang van de leerling of student. De uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid en introductie van de spoedaanwijzingsbevoegdheid zorgen ervoor dat in meer gevallen exact kan worden aangegeven welke maatregelen het bevoegd gezag dient te treffen, waar dat nu (bijvoorbeeld vanwege de zogenoemde «stelsel-eis», of omdat de zorgplicht voor de veiligheid niet in de definitie van wanbeheer is opgenomen) nog niet het geval is. In zulke gevallen zal dus ook, dankzij genoemde aanpassingen in het instrumentarium, sneller een oplossing worden bereikt.

Dat dergelijke zaken zich hoogst zelden zullen voordoen, ziet de regering, gegeven de ernst van dergelijke kwesties, niet als belemmering voor de voorgestelde uitbreidingen. Ook het feit dat in sommige gevallen het functioneren van de onderwijsinspectie mede debet is geweest aan het ontstaan van de betreffende crisissituatie, zoals de Auditdienst Rijk in het geval van VMBO Maastricht concludeerde³, is geen aanleiding om af te zien van een uitbreiding van het instrumentarium. Uiteraard moet worden gestreefd naar optimaal toezicht. Echter, scholen zijn niet voortdurend aan intensief toezicht onderworpen. Immers, het onderwijstoezicht is voor een belangrijk deel gebaseerd op periodiek uit te voeren risico-analyses, en moet dat ook zijn, gelet op het beginsel van selectief toezicht.⁴ Het is niet reëel te veronderstellen dat het toezicht altijd, iedere potentiële crisis tijdig zal kunnen bezweren. Dient een crisis zich aan, dan is het van belang dat kan worden ingegrepen, los van het feit of de oorzaak van de crisis mede kan worden gezocht in niet-tijdig dan wel niet-adequaat toezicht. In dergelijke – zeldzame – situaties prevaleert het belang van de leerlingen en studenten. Schade moet zoveel als mogelijk worden voorkomen, en onomkeerbare schade aan hun onderwijsloopbaan moet altijd worden voorkomen.

De regering acht het niet opportuun om een evaluatie van het instrumentarium uit te laten voeren. De afgelopen jaren heeft zich een aantal casus voorgedaan waarin is gebleken dat het huidig instrumentarium tekort schoot. Van belang is dat de Minister in een volgend geval adequaat kan ingrijpen, teneinde de belangen van leerlingen en studenten te beschermen. Nu eerst een evaluatie opzetten zou ertoe leiden dat de aankomende jaren alsnog niet effectief kan worden opgetreden als zich ernstige situaties voordoen. Daarbij komt dat een dergelijke evaluatie naar verwachting weinig nuttige informatie zal opleveren, nu de zaken die het betreft, zich (gelukkig) slechts zelden voordoen.

³ «De inspectie heeft in deze casus niet specifiek gekeken naar de uitvoering van het school-examen en heeft daardoor de onvolkomenheden in de uitvoering niet waargenomen. Achteraf gezien had de inspectie destijds wel aanleiding kunnen zien om de voortgang van het schoolexamen (het programma van toetsing en afsluiting) te onderzoeken. Daarmee had zij de onvolkomenheden eerder kunnen waarnemen en signaleren.»

⁴ Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr. 15.

De memorie van toelichting is wat betreft casuïstiek verduidelijkt. Ook is beter gemotiveerd welke gebreken het huidige instrumentarium (ook bij urgente/ernstige overtredingen te veel gestoeld op medewerkingsbereidheid of te traag) het wetsvoorstel beoogt op te lossen.

Wat betreft het mbo is in de memorie van toelichting aangegeven welke gebreken het huidige instrumentarium kent. Allereerst zijn er casus bekend waarin niet-bekostigde instellingen doorgaan met het afgeven van diploma's of vrijstellingen of het afnemen van examens, terwijl de inspectie al heeft vastgesteld dat dit proces ernstige gebreken bevat en de instelling reeds een waarschuwing heeft ontvangen met een opdracht om de gebreken te herstellen. Op dit moment kan de Minister pas na een herstelonderzoek waarin is vastgesteld dat onvoldoende herstel heeft plaatsgevonden, het recht tot het verzorgen van het onderwijs of de examinering intrekken. Daardoor bestaat nu de onwenselijke situatie dat een niet-bekostigde instelling gedurende de herstelperiode en het herstelonderzoek (een periode van 6 tot maximaal 18 maanden) door kan gaan met het afgeven van diploma's of vrijstellingen of het afnemen van examens, terwijl de geconstateerde gebreken niet zijn hersteld. Dit is niet alleen schadelijk voor studenten omdat zij mogelijk niet alle kennis beheersen die nodig is voor de uitoefening van het beroep waarvoor zij worden opgeleid, maar ook voor de civiele waarde van diploma's, en daarmee voor het vertrouwen van de samenleving en het bedrijfsleven in het mbo. Om dergelijke schade te voorkomen wordt met dit wetsvoorstel een snel inzetbare bevoegdheid geïntroduceerd tot schorsing van het recht om diploma's uit te reiken en examens af te nemen.

Daarnaast is gebleken dat het huidige artikel 11.2 van de WEB niet afdoende is om te kunnen optreden tegen organisaties die ten onrechte de indruk te wekken dat er sprake is van een beroepsopleiding zoals bedoeld in de WEB of dat een diploma, certificaat of mbo-verklaring uit wordt gereikt dat is gebaseerd op de WEB. De afgelopen jaren zijn er een aantal organisaties geweest die deze schijn wekten en waartegen de Minister niet kon optreden. Hoewel de organisaties in deze gevallen bereid waren gehoor te geven aan het verzoek van de inspectie om te stoppen met deze misleiding, is wel gebleken dat het instrumentarium om tegen dergelijke situaties adequaat op te treden ontbreekt. Om die reden wordt artikel 11.2 van de WEB met dit wetsvoorstel gewijzigd. Met deze wijziging wordt het tevens mogelijk dat de Minister kan optreden tegen een instelling die ondanks de hiervoor genoemde schorsing toch blijft examineren of diplomeren.

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. 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. 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. De toelichting maakt duidelijk dat dit in het onderhavige wetsvoorstel inderdaad het uitgangspunt is. 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.

Het begrip «wanbeheer» impliceert de overtreding van een wettelijk voorschrift. Dit is ook in de wetsgeschiedenis⁵ en jurisprudentie⁶ bevestigd. De regering acht het daarom niet noodzakelijk om het vereiste van overtreding van een wettelijk voorschrift in de bepaling omtrent de aanwijzingsbevoegdheid op te nemen. Dat ligt anders in het kader van de spoedaanwijzing. Daarvoor is immers niet vereist dat wanbeheer is vastgesteld; een ernstig vermoeden (zie ook onder 5a) is voldoende. Om te voorkomen dat een spoedaanwijzing ook zou kunnen worden opgelegd in gevallen waarin geen overtreding van een wettelijk voorschrift is vastgesteld (maar er alleen vermoedens in die richting zijn), is het dan ook nodig dat de wet expliciet bepaalt dat zulks niet is toegestaan.

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.

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 conflicterende grondrechten. 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. 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.

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 bekostigings-sancties) 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

⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33 472, nr. 4, p. 19.

⁶ Rb. Amsterdam 20 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:226.

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.

De regering deelt de opvatting van de Afdeling dat de zorgplicht voor de veiligheid en de burgerschapsopdracht, vanwege de raakvlakken daarvan met de vrijheid van richting en de inrichting van het onderwijs, aanzienlijke beperkingen van de onderwijsvrijheid kunnen betreffen. Het van toepassing verklaren van bijzondere sanctie-instrumenten, zoals de aanwijzing en de spoedaanwijzing, verzaamt die beperking. Dat vereist dan ook een bijzondere rechtvaardiging en afbakening van deze specifieke bevoegdheid.

Wat de rechtvaardiging betreft zij verwezen naar hetgeen onder 2. is opgemerkt. Tevens moet worden gewezen op hetgeen in de memorie van toelichting (3.3 en 5) is opgenomen over het bijzondere karakter van de genoemde deugdelijkheidseisen. Een veilige leeromgeving is een essentiële deugdelijkheidseis, mede gelet op het feit dat de school *in loco parentis* optreedt. Wat betreft de burgerschapsopdracht moet er in dit kader op worden gewezen dat deze bijdraagt aan het behoud van de sociale cohesie in onze samenleving en aan de versterking en bescherming van de democratische rechtsstaat.⁷

De bezwaren van de Afdeling hebben aanleiding gegeven om de (spoed)aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot deze deugdelijkheidseisen scherper af te bakenen teneinde de door de Afdeling gesignaleerde risico's op te vergaande inmenging in de autonomie van scholen weg te nemen.

In het wetsvoorstel is opgenomen dat alleen van wanbeheer met betrekking tot deze deugdelijkheidseisen kan worden gesproken, ingeval van *structurele* strijd met de zorgplicht voor de veiligheid of de burgerschapsopdracht. Een aanwijzing komt dus alleen in beeld als het bevoegd gezag langdurig en/of na meerdere signalen de overtreding niet tot een einde weet te brengen. Het bevoegd gezag is daar dan kennelijk niet toe bereid of in staat. In dergelijke situaties is er aanleiding voor doorbreking van de al eerder genoemde governance-verhoudingen, teneinde te komen tot beëindiging van de overtreding en het wanbeheer.

Het wetsvoorstel bevat nog een nadere afbakening. Niet iedere structurele overtreding van de genoemde deugdelijkheidseisen zal aanleiding kunnen zijn voor een aanwijzing. Er moet ook sprake zijn van een overtreding die ernstig genoeg is om zulk ingrijpen te rechtvaardigen. Er is slechts sprake van wanbeheer ingeval structurele strijd met de zorgplicht voor de veiligheid, die bovendien ernstige schade aan een of meerdere leerlingen tot gevolg heeft of tot gevolg dreigt te hebben. Ten aanzien van de burgerschapsopdracht is de eis opgenomen dat alleen van wanbeheer kan worden gesproken als de structurele overtreding leidt of dreigt te leiden tot ernstige aantasting van de basiswaarden van de democratische rechtsstaat.

⁷ Zie hierover ook P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69–70.

Verder wijst de regering er in dit verband op dat de voorgestelde bevoegdheden pas mogen worden ingezet als vast staat dat andere middelen, zoals het door de Afdeling genoemde reguliere toezicht en de bekostigings sancties, geen soelaas (kunnen) bieden. Dit volgt uit het subsidiariteitsbeginsel, dat besloten ligt in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht. Gelet op dit subsidiariteitsbeginsel en de scherpe(re) afbakening van de voorgestelde bevoegdheden, zal het instrumentarium slechts in hoogst uitzonderlijke situaties voor toepassing in aanmerking komen. Om dit ten aanzien van de beëindigingsbevoegdheid ingeval van wanbeheer met betrekking tot burgerschap of veiligheid te onderstrepen, is het wetsvoorstel aangepast. Van deze bevoegdheid kan alleen gebruik worden gemaakt indien aan een bevoegd gezag eerst een aanwijzing is gegeven, die aanwijzing niet of niet volledig is opgevolgd en het wanbeheer niet is beëindigd.

Het advies van de Afdeling om de betreffende uitbreidingen van de definitie van wanbeheer uit het wetsvoorstel te schrappen, is derhalve niet overgenomen. Wel zijn deze definities in het wetsvoorstel aangescherpt en is de memorie van toelichting in verband daarmee aangepast. Ook is in de toelichting meer aandacht besteed aan de werking van het subsidiariteitsbeginsel met betrekking tot de uitoefening van deze bevoegdheden. Naar het oordeel van de regering is hiermee gezorgd voor voldoende afbakening, zodat, samen met verbeterde onderbouwing van nut en noodzaak, sprake is van een proportionele inbreuk op de vrijheid van onderwijs.

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. Het legaliteitsbeginsel vereist deze specificatie van sancties in de wet.

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. Over de maatregelen die in het kader van een spoedaanwijzing kunnen 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.

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.

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.

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.

De Afdeling stelt dat het wetsvoorstel in strijd is met het legaliteitsbeginsel, omdat niet in de wet wordt omschreven welke mogelijke maatregelen een (spoed)aanwijzing kan voorschrijven.

De aanleiding voor een (spoed)aanwijzing is altijd een overtreding van de wettelijke deugdelijkheidseisen, die van zodanige ernst is dat kan worden gesproken van een (ernstig vermoeden van) wanbeheer. Voor de spoedaanwijzing geldt daarbij dat ingrijpen alleen aan de orde kan zijn als sprake is van onverwijlde spoed. Gesteld kan dus worden dat de aanleiding voor een (spoed)aanwijzing een gekwalificeerde overtreding is: een overtreding die door de omstandigheden waaronder die wordt gepleegd, van bijzonder gewicht is en om die reden bijzonder ingrijpen rechtvaardigt.

De regering meent, anders dan de Afdeling, dat het legaliteitsbeginsel er niet toe noopt om in de wet te omschrijven welke specifieke maatregelen door middel van een (spoed)aanwijzing kunnen worden opgelegd. Gezien het belang van de flexibiliteit en effectiviteit van deze instrumenten, wordt het advies van de Afdeling om de mogelijk voor te schrijven maatregelen in een amvb uit te werken, derhalve niet opgevolgd.

De maatregelen die een aanwijzing voorschrijft, zijn gericht op het beëindigen van het wanbeheer en daarmee, per definitie, op de overtreding. In gevallen waarin bijvoorbeeld duidelijk is dat een bestuurder eraan in de weg staat dat de overtreding wordt beëindigd, kan de aanwijzing inhouden dat deze bestuurder moet worden ontslagen. Alleen dan is immers te komen tot herstel van de rechtmatige situatie. Denkbaar is ook dat een andersoortige, minder vergaande maatregel nodig is om daartoe te komen. Ingeval van financieel wanbeleid kan bijvoorbeeld het inhuren van een financieel expert ertoe leiden dat de malversaties tot een einde worden gebracht. Vereist is dus dat de maatregel erop gericht en noodzakelijk dient te zijn om tot een rechtmatige situatie te kunnen komen. Is daarvan sprake, dan wordt voldaan aan het legaliteitsbeginsel, omdat de voorgeschreven maatregelen voldoende verband houden en zelfs noodzakelijk zijn om de overtreding te beëindigen. De (voorgestelde) vormgeving van de aanwijzingsbevoegdheid staat dus niet toe dat maatregelen worden voorgeschreven die de grenzen van de overtreding te buiten gaan.

Hetzelfde geldt voor de spoedaanwijzing. Deze kan worden gegeven ingeval van een overtreding, waaruit een ernstig vermoeden (zie hierna, onder 5a) van wanbeheer volgt en indien sprake is van onverwijlde spoed. De spoedaanwijzing is gericht op het voorkomen of beperken van nadelige gevolgen van het vermoede wanbeheer, gedurende beperkte tijd. In crisissituaties wordt het zodoende mogelijk om ernstige schade aan leerlingen of studenten te voorkomen en te zoeken naar een methode om te komen tot herstel van de rechtmatige situatie. Doel van de spoedaanwijzing is derhalve, anders dan bij de aanwijzing, niet primair het beëindigen van de overtreding, al is een overtreding wel een noodzakelijke voorwaarde voor de oplegging ervan en kan het zo zijn dat de spoedaanwijzing leidt tot herstel van de rechtmatige situatie. In de toelichting is de spoedaanwijzing daarom gekarakteriseerd als ordemaatregel, die een handelen of een nalaten kan betreffen. Vanwege de strikte normcondities die gelden voor de oplegging van de spoedaanwijzing (die zojuist werden genoemd), en de beperkingen aan de inhoud ervan (tijdelijke geldigheidsduur en tijdelijke aard), acht de regering deze bevoegdheid in voldoende mate afgebakend, zodat aan het legaliteitsbeginsel wordt voldaan.

Hoewel het advies van de Afdeling om de mogelijk op te leggen maatregelen in een amvb met interventieladder uit te werken, niet is overgenomen, is de toelichting wel aangepast om daarin duidelijker aan te geven wat is bedoeld met de omkeerbaarheid van de opgelegde maatregelen in een spoedaanwijzing. Daarmee is bedoeld dat de rechtsgevolgen van de voorgeschreven maatregel geen werking mogen hebben voorbij de geldigheidsduur van de spoedaanwijzing; het moet dus gaan om voorlopige maatregelen. Voorts is in de toelichting benadrukt dat de Minister bij het maken van een afweging over de vraag of een spoedaanwijzing op haar plaats is, rekening zal moeten houden met de belangen van het betreffende bevoegd gezag, die daardoor aanzienlijk zullen worden geraakt. Die belangen zullen ook worden geraakt door de enkele openbaarmaking van het onderliggende inspectierapport, zoals de Afdeling terecht opmerkt. Die opmerking heeft de regering aanleiding gegeven om het openbaarmakingsregime in dit verband te wijzigen: het rapport wordt de dag na de bekendmaking van de spoedaanwijzing (dus de toezending of uitreiking daarvan aan de geadresseerde, zie art. 3:41 Awb) openbaar gemaakt. Zodoende is de vervroegde openbaarmaking, anders dan in het aan de Afdeling voorgelegde wetsvoorstel, niet afhankelijk van een afweging door de inspectie, maar van de vraag of de situatie naar het oordeel van de Minister dermate ernstig is dat een spoedaanwijzing gerechtvaardigd is.

De kritiek van de Afdeling op de afbakening van de spoedaanwijzingsbevoegdheid, heeft, samen met hetgeen zij hieronder onder 5. opmerkt, de regering aanleiding gegeven deze bevoegdheid scherper af te bakenen. Op de wijze waarop dat is gebeurd, zal hierna worden ingegaan.

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. Een redelijk vermoeden moet gebaseerd zijn op objectieve en verifieerbare feiten en omstandigheden, vastgesteld door de Inspectie.

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.

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. 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». De onderzoeks- en bewijslast verschilt echter wezenlijk ten opzichte van de reguliere aanwijzing, «die veel onderzoek vereist». 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, 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.

De regering is met de Afdeling, bij nader inzien, van mening dat, gezien de vergaande inbreuk op de autonomie die een spoedaanwijzing kan maken, het noodzakelijk is deze bevoegdheid nog scherper af te bakenen. Het advies om de spoedaanwijzing alleen mogelijk te maken bij een ernstig vermoeden van wanbeheer in plaats van een redelijk vermoeden, is dan ook overgenomen.

b. Rechterlijke spoedvoorziening

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.» 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.

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.

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.

Tegen de spoedaanwijzing en de openbaarmaking van het onderliggende rapport staat bezwaar open. Zodra het bezwaar aanhangig is gemaakt, kan een voorlopige voorziening worden gevraagd bij de bestuursrechter en kan tevens gevraagd worden de openbaarmaking van het rapport op te schorten. Voor het instellen van deze rechtsmiddelen zal niet veel tijd zijn. Omdat het urgente zaken betreft, zal het bevoegd gezag de in de spoedaanwijzing opgenomen maatregelen op zeer korte termijn moeten treffen. Voor het tijdig vragen van een voorlopige voorziening (en het daarop beslissen door de rechter) is derhalve ook maar beperkt tijd. Nu het kwesies betreft die geen uitstel kunnen dulden, ziet de regering geen aanleiding om aan een verzoek voorlopige voorziening automatisch opschortende werking ten aanzien van de spoedaanwijzing toe te kennen. Ook ligt het niet voor de hand dat de Minister op verzoek van het betreffende bevoegd gezag zal overgaan tot het opschorten van het besluit, totdat op de voorlopige voorziening is beslist, zoals wel voorkomt in procedures met betrekking tot andersoortige besluiten, die minder spoedeisend zijn.

De bestuursrechter kan gelijktijdig met het bezwaar worden verzocht om de openbaarmaking van het rapport op te schorten.⁸ Hoewel de (vrijwel) directe openbaarmaking van de spoedaanwijzing belangrijk is om de samenleving te informeren over de achtergronden van de beslissing om de spoedaanwijzing op te leggen, is de regering met de Afdeling van oordeel dat zich geen grote belangen verzetten tegen het automatisch opschorten van de beslissing tot openbaarmaking tot het moment waarop een dergelijk verzoek voorlopige voorziening is beslist. Om die reden is in het wetsvoorstel opgenomen dat zulk een verzoek, indien dat is gedaan voorafgaand aan de openbaarmaking, in zoverre automatisch opschortende werking heeft.

⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 mei 2021, JB 2021, 120.

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.

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. 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.

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. 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. 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.

Er bestaat in het mbo voor wat betreft het onderwijs al een burgerschapsopdracht, die uitgebreid is geregeld op amvb-niveau. 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 artikel 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.

Eerder adviseerde de Afdeling tot heroverweging van het wetsvoorstel tot uitbreiding van deze plicht tot bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het hoger onderwijs. 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. 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. 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.

Het advies van de Afdeling heeft geleid tot een heroverweging van de invoering van een plicht tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef die zich uitstrekt tot buiten de sfeer van het onderwijs. De regering deelt de mening van de Afdeling dat een dergelijke regeling in het mbo niet opportuun is, nu het mbo reeds een burgerschapsopdracht kent die het ook mogelijk maakt om op te treden tegen uitlatingen die binnen een onderwijscontext zijn gedaan; bij nader inzien kan daarmee in voldoende mate worden opgetreden tegen uitingen die discriminatoir zijn of in flagrante strijd met de principes van de democratische rechtsstaat.

De regering wenst van de gelegenheid gebruikmaken om, naar aanleiding van opmerkingen van de Afdeling hieromtrent, in dit nader rapport bepaalde zaken te verhelderen.

In het hoger onderwijs is in 2017 de Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef (hierna: de Commissie) in het leven geroepen. Deze Commissie adviseert op verzoek van de Minister, wanneer hij, vanwege het door een instelling niet nakomen van de verplichting het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van studenten te bevorderen, overweegt een besluit te nemen op grond van artikel 6.5, eerste lid, 6.10 eerste lid, of 15.1, eerste lid, van de WHW, of

artikel 4:49 van de Awb. Dit advies ziet (onder meer) op de vraag of een uiting discriminatoir is in de zin van bestaande wet- en regelgeving volgens eerdere uitspraken van de (straf)rechter en het College voor de Rechten van de Mens, of anderszins flagrant in strijd is met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtstaat. De Commissie beoordeelt daarbij tevens of de uiting, gelet op de context waarin deze is gedaan, valt onder een grondrecht, de academische vrijheid of een ander fundamenteel recht en adviseert hoe de betrokken (grond)rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen.⁹ Anders dan de Afdeling stelt, wordt door de Commissie daarom wel degelijk rekening gehouden met situaties waarin onduidelijk is of er sprake is van discriminatie en met de botsing tussen grondrechten.

7. Slotconclusie

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,
Th. C. de Graaf*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de volgende aanpassingen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aan te brengen.

De regering is tot het inzicht gekomen dat de verplichte minimumzienswijzetermijn van vier weken, voorafgaand aan het opleggen van een aanwijzing, kan vervallen (zie onder andere artikel 163b, vijfde lid, onderdeel c, (oud) WPO). Deze is overbodig, omdat de Awb deze materie al voldoende regelt. Artikel 4:8 Awb regelt immers dat een belanghebbende de gelegenheid moet krijgen om een zienswijze op een voorgenomen besluit te geven. Voor die zienswijze moet een redelijke termijn worden geboden. Bij die algemene regeling wordt dus aangesloten.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was opgenomen dat de inspectie ertoe kon besluiten om inspectierapporten waarin wordt geconcludeerd dat sprake is van (een redelijk vermoeden van) wanbeheer, eerder openbaar te maken dan de voorgestelde reguliere termijn van twee weken. Bij nader inzien is het niet nodig om zulks te regelen ten aanzien van rapporten waarin wanbeheer wordt vastgesteld. Een aanwijzing die op een dergelijk rapport zal zijn gebaseerd, zal, mede gelet op de noodzaak om de gelegenheid voor het geven van een zienswijze aan het bevoegd gezag te bieden, meestal pas worden gegeven rond het tijdstip waarop het rapport toch al, op grond van het reguliere openbaarmakingsregime, openbaar zal worden gemaakt. Over het openbaarmakingsregime ten aanzien van rapporten die ten grondslag liggen aan een spoedaanwijzing zij verwezen naar hetgeen hierboven, onder 4., is opgemerkt.

⁹ Zie artikel 2, tweede lid, van de Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef (*Stcr.* 2017, 61996)

Voorts zijn de samenloopbepalingen geactualiseerd en zijn nog enige technische en taalkundige verbeteringen in het wetsvoorstel aangebracht. Voorts is de volgorde van de ondertekenaars aangepast. Door het vervallen van de verplichting tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef, is het belangrijkste deel van het wetsvoorstel op het beleidsterrein van de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media komen te liggen.

Ten slotte is van de gelegenheid gebruik gemaakt om redactionele verbeteringen in de memorie van toelichting door te voeren.

Ik verzoek U mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media,
A. Slob