

VAR-reeks

124

De Awb en de bijzondere wetgeving

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann

Prof. mr. B.P. Vermeulen

Mr. P.J.J. Zoontjens

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 12 mei 2000

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2000

© 2000 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 417 1

NUGI 693

Inhoud

Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?	7
Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann	
Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht	45
Prof. mr. B.P. Vermeulen en mr. P.J.J. Zoontjens	
Bestuur en ereleden	187
Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR	188

Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?

Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann

1. Inleiding	9
2. Algemeen en bijzonder in het recht	11
3. Het doel van algemene wetten	17
4. De algemene wet en de algemene wet	20
5. De algemene wet en de bijzondere wet	23
6. Concrete kwesties inzake de algemene wet	26
7. Slot	41
8. Vraagpunten/stellingen	43

‘Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d’un père de famille.’

(Montesquieu, De l’Esprit des Lois, livre XXIX, chapitre XVI)

1. Inleiding

‘Zeg, dat is een bijzondere wet, die ze daar hebben gemaakt!’

‘Is dat zo? Ik dacht dat het een publieke was.’

De eerste spreker blijkt echter te doelen op een opmerkelijke, een vreemde wet, die zijn gespreksgenoot op zijn beurt als gewoon beschouwt. Taal, woorden kunnen zeer misleidend zijn. In het gewone spraakgebruik kan algemeen doelen op: alle personen betreffend; op openbaar, gemeenschappelijk, publiek. Algemeen kan betekenen: universeel, voor alle gevallen geldend, maar ook: het geheel betreffend, niet in bijzonderheden afdalend. En ten slotte kan algemeen – óók bij bepaalde wetten – betekenen: onbepaald, vaag. Een voorbeeld van zo’n wet is de Wet Vage Bepalingen van 1829,¹ meestal echter aangeduid als de Wet AB. Ook het woord bijzonder bezit uiteenlopende betekenissen: afzonderlijk, niet gemeenschappelijk, niet algemeen, dat wil zeggen: speciaal, niet van de overheid, zéér groot, zonderling. ‘U bent een bijzonder jurist’, zei ik laatst tegen een bestuurder, die zich zeer vereerd voelde, en – kennelijk – zijn Nederlands matig beheerst.

Zoals bij vele materiële en immateriële zaken vaak het geval is, krijgen woorden een specifieke betekenis als zij in een bepaalde, vaak technische, context of omgeving worden gebruikt. Het recht is zo’n omgeving. Als de jurist spreekt van bijzonder onderwijs en vlak daarop van speciaal onderwijs, weet hij dat bijzonder hier niet speciaal en speciaal niet bijzonder is. En als hij het heeft over een algemene regel, doet hij waarschijnlijk niet op een publieke of een openbare, dan wel een onbepaalde, vage regel. Het zou bijzonder zijn, als hij die wel op het oog zou hebben. In het recht hebben de uitdrukkingen algemene wet en bijzondere wet, algemene regel en bijzondere regel, *lex specialis* en *lex generalis* een eigen, specifiek-juridische betekenis. Laten we eens bezien welke die is of kan zijn (par. 2). Na deze bezichtiging ga ik na wat de wetgever

1. Ik kom daar nog op terug.

zoal met wetten die de kwalificatie algemeen bezitten beoogt (par. 3). Wij zullen zien dat de doeleinden van deze wetten deels overeenkomen, deels uiteenlopen. Paragraaf 4 behandelt de verhouding tussen wetten die beide als algemeen zijn te beschouwen. Paragraaf 5 bevat een vergelijkbare exercitie met de algemene en de bijzondere wet. De paragrafen 1 tot en met 5 zijn betrekkelijk abstract van aard. Mede om de lezer wat te troosten, komt in paragraaf 6 jurisprudentie aan de orde. Beoefenaren van het bestuursrecht kunnen niet zonder. Paragraaf 7 rondt het geheel af.

2. Algemeen en bijzonder in het recht

Het koppel algemeen en bijzonder komt zowel in het positieve recht als in de doctrine voor. We kennen de algemene wet en de bijzondere wet, de algemene en de bijzondere regel, algemene wetboeken en afzonderlijke (d.i. bijzondere) wetten, algemene en bijzondere delen van wet- en handboeken, algemeen contractenrecht en bijzondere contracten, algemene en bijzondere bepalingen van een wet of andere regeling. Sommige wetten spreken met zoveel woorden van ‘algemeen’: algemene regels van bestuursrecht (artikel 107 lid 2 Gw), en – hoewel vastgesteld ter uitvoering van artikel 107 lid 2 – de Algemene wet bestuursrecht in plaats van de Wet algemene regels van bestuursrecht, de Wet algemene bepalingen, de Algemene wet op het binnentreden, de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de – zeer specifieke! – Algemene wet gelijke behandeling. Het is maar een greep. Het is verrassend dat er geen² wetten zijn met titels als: Bijzondere wet strafrecht, Wet bijzondere regels waterstaat of iets van dien aard. Wat niet algemeen is, beschouwt men kennelijk zonder meer als bijzonder. Een probleem hierbij is echter dat wetten die niet algemeen héten, naar hun aard toch algemeen zijn of kunnen zijn. Hét voorbeeld daarvan is de Grondwet, althans binnen de nationale rechtsorde. Doch andere ‘algemene wetten’ zijn er ook. Ik kom daarop terug. Voordat de vraag aan de orde komt welke wetten als algemene of bijzondere wetten zijn te beschouwen, moet eerst worden vastgesteld wat wordt bedoeld met algemene wetten of algemene regels.³ Het antwoord daarop is niet zo eenvoudig. Aan de hand van een aantal wetten is misschien een begin van een antwoord te vinden.

Zoals bekend, dateert de Wet algemene bepalingen van 15 mei 1829 (Stb. 28). De daarin vervatte bepalingen waren voor die datum opgenomen in het Burgerlijk Wet-

2. Ik controleerde dit niet in de computer.

3. Hopelijk is duidelijk dat met de term algemene regel hierna nooit bedoeld wordt op het abstracte, voor herhaalde toepassing vatbare besluit. Dit preadvies gaat niet over een materieel wetsbegrip.

boek.⁴ Zij werden daar uitgelicht en in een afzonderlijke (een bijzondere?) wet ondergebracht, omdat, aldus de considerans, die bepalingen ‘niet *bij uitsluiting* toepasselijk zijn op het burgerlijk wetboek (...)’. Algemene bepalingen van de Wet AB zijn dus (merendeels) van ruimere reikwijdte dan het burgerlijk recht en, zoals Donker Curtius van Tienhoven stelde,⁵ van toepassing op de wetgeving van het koninkrijk in het algemeen. Waarschijnlijk heet de wet daarom ook simpel Wet algemene bepalingen, zonder nadere aanduiding van een rechtsgebied of onderwerp. De bepalingen van de Wet AB lijken op algemene rechtsbeginselen. Algemeen betekent hier: universeel in het – Nederlandse – recht. Men zou kunnen zeggen dat op de schaal van algemeenheid in de zin van reikwijdte, reach, scope de Wet AB bijzonder algemeen is. De overige wetten die zich als algemeen betitelen of van zichzelf zeggen dat zij ‘algemene regels’ inhouden, zijn in dit opzicht minder algemeen.

De term algemeen kan een geheel andere betekenis hebben. Dit is het geval in artikel 107 lid 1 Grondwet, dat spreekt van algemene wetboeken. Algemeen doelt daar op codificatie, bijeenvegen, eenheid: alle wettenrecht inzake dezelfde materie, hoe bijzonder of gedetailleerd dit recht op onderdelen ook is, moet ondergebracht worden in één (dik) boek, een soort wettenbijbel.

Overigens en enigszins als ‘Exkurs’: een van de voorgangers van artikel 107 lid 1, te weten artikel 146 van de Grondwet, zoals dit luidde ten tijde van J.T. Buijs,⁶ sprak niet van algemene wetboeken, maar bepaalde dat er een algemeen wetboek is van burgerlijk recht, van koophandel, van strafrecht, et cetera. De uitdrukking algemeen wetboek duidde ook toen op codificatie, maar het woord algemeen had daarnaast een specifieke betekenis, te weten: geldend voor het gehele Koninkrijk. De eenheidsstaat kwam er in tot uitdrukking, zoals dat ook het geval was en is met bepalingen als ‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk’.⁷

In artikel 107 lid 2 Gw heeft de term ‘algemene regels van bestuursrecht’ dezelfde betekenis als ‘algemene bepalingen’ in de Wet AB. Maar de reikwijdte ervan is beperkter. Het ‘universele’ ervan houdt op waar het besturen eindigt. Blijkens de wetgeschiedenis sluit artikel 107 lid 2 Gw bovendien niet uit dat ook anderen dan de wetgever van artikel 81 Gw algemene regels van bestuursrecht vaststellen. Dit kan niet alleen krachtens delegatie gebeuren, maar ook op grondslag van autonome

4. In Frankrijk is dat nog steeds zo.

5. Hand. II 1828-1829, p. 259. Donker Curtius merkte overigens terecht op dat de ontwerp-wetgever bepaald niet consequent te werk was gegaan.

6. Voor de jongeren, zappers en netsurfers: Buijs was in de tweede helft van de 19e eeuw hoogleraar te Leiden en schreef een dik, artikelsgewijs grondwetscommentaar.

7. Dat deze zin vooral op de eenheidsstaat betrekking heeft, blijken beleidswetenschappers, politicologen en veel juristen niet meer te weten.

regelstellende bevoegdheid.⁸ Er kunnen aldus provinciale en gemeentelijke algemene regels van bestuursrecht zijn. Codificatie stond bij de grondwetgever niet voorop, ook al codificeert de Algemene wet bestuursrecht steeds meer.

Veel verder ben ik met de term ‘algemeen’ nog niet gekomen. Iets over de betekenis ervan is wel duidelijk geworden, maar welke wetten zijn nu algemeen, welke bijzonder, en in welke zin zijn ze dat? Om het antwoord op deze vraag te vereenvoudigen, kwalificeer ik alle wetten die niet algemeen zijn als bijzonder. Daarna blijft de vraag over welke wetten algemeen zijn. De jurist, althans deze, is geneigd een formeel antwoord te geven. Dat is vaak het meest nauwkeurig. In dit geval kan zo’n antwoord luiden dat alle wetten algemene wetten zijn als zij zich als zodanig betitelen, zoals de Algemene wet bestuursrecht of de Wet algemene bepalingen. Dit antwoord is echter niet bevredigend, omdat men, gelet op de inhoud van diverse wetten, moeilijk anders kan dan deze als algemeen te betitelen. Zo is (voor mij) de Grondwet een algemene wet die grote delen van het publiekrecht beheerst. Ook de Provinciewet en de Gemeentewet zijn, mede gezien artikel 113 Provinciewet,⁹ artikel 115 Gemeentewet en hun geschiedenis, te beschouwen als algemene wetten. Voor deze wetten is ook wel de term structurerende wetten¹⁰ gebezigd, wat dat ook precies moge zijn.¹¹ Aan de Provinciewet en de Gemeentewet kan men – mijns inziens zonder veel problemen op te roepen – toevoegen, het BW, het Wetboek van strafrecht en de bij beide horende procesrechtelijke wetboeken. Waarom zijn deze wetten algemene wetten? Zij zijn het, althans delen ervan zijn het, omdat zij geraamtes, hoofdstructuren inhouden voor grote delen van het recht en (daarmee) vaak dicht liggen tegen algemene rechtsprincipes: goede trouw, fair play, gelijkheid, rechtszekerheid, verbod van misbruik van recht en bevoegdheid, evenredigheid, audi et alteram partem, openbaarheid et cetera. In het publiekrecht beschouwt men de Provinciewet en de Gemeentewet wel als de ‘grote’ organieke wetten. Men kan ze zien als een soort gedelegeerd grondwettelijk recht en zij delen – materieel – in de ‘algemeenheid’ van dat recht.

8. TK 1977-1978, 15 046, nr. 3, p. 6; TK 1981-1982, 16 905-16 938, nr. 5, p. 33; C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 299, Deventer 1987.

9. Het artikel luidt: ‘1. Een wet waarbij van provinciale besturen regeling of bestuur wordt gevorderd of waarbij in betekende mate wijziging wordt gebracht in taken en bevoegdheden van provinciale besturen, wijkt van het bepaalde in deze wet niet af dan wanneer dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. 2. Het voorstel voor een wet als bedoeld in het eerste lid bevat in de bijbehorende toelichting de gronden voor de voorgestelde afwijking.’ Artikel 115 Gemeentewet is een gelijksoortige bepaling.

10. W. Konijnenbelt in zijn advies voor de Raad voor het binnenlands bestuur, getiteld: *De Gemeentewet als ‘bijzondere wet’*, Den Haag 1987; dezelfde, *System in the madness?*, NTB 1988, p. 1 e.v.

11. Konijnenbelt omschrijft deze als wetten die de roeping, de pretentie hebben om als algemene kaders te dienen ten opzichte van bijzondere wetten. Zij zijn ‘belangrijker’ dan niet-algemene of niet-structurende wetten. De regering kwalificeerde de Gemeentewet als ‘materieel richtinggevend’ voor de bijzondere wetten, TK 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 8.

Zojuist werd het BW als algemene wet opgevoerd. Men houde echter in het oog dat deze wet als algemene wet van andere aard is dan de overige genoemde algemene wetten. Twee verschillen springen in het oog. Ten eerste gaat het BW over rechtsbetrekkingen tussen natuurlijke personen en rechtspersonen, de overige wetten handelen in beginsel over ambten en ambtsdragers. Theoretisch hebben beide wettenstelsels (dus) niet met elkaar van doen. Wij zullen nog zien dat dat echter wel het geval is. In de tweede plaats is het BW, anders dan wetten als de Awb en diverse andere publiekrechtelijke wetten, geen overkoepelende wet.¹² Voorzover ik kan nagaan, is er 'onder' het BW geen burgerlijk recht, hoogstens 'ernaast', dit afgezien van ongeschreven burgerlijk recht en een enkele lokale verordening van oude datum.¹³ De ene algemene wet – het BW – is de andere – de Awb en andere publiekrechtelijke, 'algemene' regelingen – niet.

Zou iemand mij na de voorgaande uiteenzetting vragen of bijvoorbeeld de Wet RO, de Beroepswet, de Wet op de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie of de Wet gemeenschappelijke regelingen als algemene wetten zijn te beschouwen, dan zou ik aarzelen. Ik kan niet exact bepalen waar de algemene wet, in welke betekenis dan ook, ophoudt en de bijzondere begint. Vermoedelijk zou ik in deze wetten gaan zoeken naar positivering en verbijzondering van algemene rechtsbeginselen en vervolgens tot de conclusie komen dat de genoemde wetten of delen ervan te weinig tekenen van die beginselen tonen om ze als 'algemeen' te betitelen. Zo acht ik het onderdeel van de Algemene wet bestuursrecht dat over subsidies handelt bepaald geen algemene wet. Het is een technisch-juridisch geheel, waarin weinig universeels valt te ontdekken en dat dan ook niet in een 'echte' algemene wet thuishoort. Ook van de bepalingen van de Awb inzake de beleidsregels kan men zich afvragen of zij echte 'algemene bepalingen' inhouden. Er zijn vele interne instructies die inhoudelijk gezien beleidsregels of pseudo-wetgeving zijn, maar die niet voldoen aan de omschrijving van de beleidsregel in de Awb, bijvoorbeeld omdat zij niet bij besluit zijn vastgesteld, niet zijn bekendgemaakt, niet extern werken of niet van een bestuursorgaan afkomstig zijn. Regels die geen beleidsregels volgens de Awb zijn, kunnen wel recht in de zin van artikel 99 van de Wet RO vormen. En zelfs als zij geen recht zijn volgens dat artikel, kunnen zij via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de overheid worden tegengeworpen. Kortom, zij hebben dezelfde functie als de Awb-beleidsregels. Het ziet ernaar uit dat vele wetten zowel 'algemeen' als 'bijzonder' zijn, zowel gezien hun bepalingen als gelet op het standpunt van waaruit men de wet beziet. De algemene wet blijkt niet

12. Hoewel de grondwetgever in 1999 artikel 34 Gw aan het BW heeft aangepast, kennelijk volgens een omgekeerde *lex superior*-regel of *lex generalis*-regel.

13. Hetzelfde geldt voor het strafrecht, ook al zijn op dat terrein tevens de besturen van de gedecentraliseerde overheidsverbanden bevoegd, althans voorzover het gaat om overtredingenstrafrecht.

alleen te kunnen doelen op onderscheiden 'soorten' algemeenheid, maar blijkt ook algemene én bijzondere bepalingen in te kunnen houden. Het is zelfs zo dat een en dezelfde bepaling ten opzichte van een bepaling A algemeen en in relatie tot een bepaling B bijzonder kan zijn. Dit alles maakt het onderwerp van dit preadvies zo lastig, voor de auteur en waarschijnlijk ook voor de lezer.

Het vraagstuk van de algemene wet en de bijzondere wet, of dat van de algemene bepaling en de bijzondere bepaling, wordt nog extra complex als men het vanuit logisch-mathematisch standpunt benadert. De bijzondere wet of bepaling is dan die, welke naast de elementen van de algemene wet of bepaling (bijvoorbeeld a en b) een of meer extra elementen bevat (bijvoorbeeld c). Men kan echter ook van een ander logisch standpunt uitgaan en stellen dat een bijzondere wet die is, welke juist minder elementen dan de algemene bevat, omdat het aantal elementen bepalend is voor de mate van algemeenheid: hoe meer elementen, des te algemener. In deze zin is een letterreeks van a t/m z algemener dan een van b t/m y. Het positieve recht is echter vaak niet logisch, noch in zijn terminologie, noch in zijn regels, laat staan in de samenhang ervan. Ik moet het daarom, knarsetandend, maar doen met de termen die de wetgever, de rechter en de doctrine vaak bezigen, ook al dekken deze niet steeds dezelfde verschijnselen. Zo is in het koppel *lex generalis-lex specialis*, de *lex generalis* veelal geen algemene wet in de zin van het BW, de Grondwet of de Awb. De *lex generalis* is in het koppel slechts 'algemener' dan de *lex specialis*. Is er dan geheel geen hoop? Jawel.

Bij één 'soort' juridische constructies, die overigens niet zo vaak voorkomen, is het eenvoudig de bijzondere wet te onderscheiden van de algemene. Het zijn de gevallen¹⁴ waarin een wet met als inhoud een regeling normatief is of beoogt te zijn voor een wet die naar haar inhoud een beschikking is. Voorbeelden van deze verhouding tussen wetten zijn de Comptabiliteitswet en een begrotingswet, de Onteigeningswet en de zogeheten nutswet, de Uitleveringswet (art. 3) en de goedkeuringswet van een uitleveringsverdrag en, vroeger, de Rijkswet op het Nederlanderschap en een naturalisatiewet. De genoemde wetten, houdende een beschikking, zijn materieel te beschouwen als uitvoeringsbesluiten van de algemene regels die voor die besluiten gelden. Maar zij zijn (waren) evenals de regelende wetten, wetten in formele zin en zo gezien kunnen zij van andere formele wetten afwijken. Het is ook wel eens voorgekomen dat in een begrotingswet werd afgeweken van financiële verplichtingen die voortvloeiden uit een algemene regel en die in de begrotingswet als uitvoeringswet hadden moeten worden verwerkt. Staatsrechtelijk was dat onjuist, maar er was, ook gezien artikel 120 Gw, niets aan te doen. Ik laat deze kwestie verder rusten. Zij is zeer specifiek van aard en de overige preadviseurs hebben andere zorgen aan hun hoofd.

14. Met dank aan Wim, mijn wijze raadsman.

Het is duidelijk dat ik, afgezien van de zojuist besproken constructies, niet in staat ben een nauwkeurige en tevens ‘universele’ omschrijving te geven van de ‘algemene wet’ en ik heb dat bij anderen ook niet zien lukken.¹⁵ Dat laatste doet me genoeg, want wat een ander op juridisch terrein kan, wil ik meestal ook kunnen. Toch bestaat er wel een, zij het vaag, idee bij de wetgever en sommige auteurs van wat een algemene wet of een bepaald type algemene wet is. Zoals gezegd, kan de naam van de wet daarop wijzen, maar ook de inhoud kan dat doen. Die inhoud moet iets van doen hebben met rechtsbeginselen, met universaliteit.¹⁶ Doch ook andere overwegingen kunnen ten grondslag liggen aan de opstelling van een ‘algemene wet’. Laten we eens bezien wat de wetgever zoal met algemene wetten op het oog heeft.

-
15. Zo schrijft de regering in de memorie van toelichting (p. 7) op de Awb dat de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en de Algemene wet inzake rijksbelastingen algemene wetten ‘op een bepaald deel-terrein’ zijn, terwijl het in de Awb zou gaan om ‘het uniform regelen van al die onderwerpen die op ieder terrein weerkeren.’ Zoals wij weten, is dat laatste in de Awb bepaald niet steeds het geval (o.a. de subsidiëtitel). En waar houdt een wet ‘op een bepaald deel-terrein’ op een algemene wet te zijn? Met de toelichting op Aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waar vele wetten als algemene wetten worden opgevoerd, komt men – dogmatisch – niet verder.
 16. Met rechtsbeginselen is het trouwens ook niet eenvoudig gesteld. Franck Moderne, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA 1999, p. 723, schrijft: ‘Généraux?’ Les principes de droit sont qualifiés ainsi sans que soit clairement précisé à partir de quel degré de généralité un principe mérite la dénomination de ‘principe général’. Norberto Bobbio rappelle avec raison qu’il y a plusieurs manières de concevoir la ‘généralité’ d’un principe: au niveau d’une institution, d’une matière, d’une branche du droit, de l’ordre juridique tout entier (...)’ Bij René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, p. 94 e.v., 13e éd., Parijs 1999, treft men principes généraux du droit aan die bepaald niet voor het hele recht en zelfs niet voor het gehele bestuursrecht, doch slechts voor bepaalde delen ervan gelden. Zo zijn er principes généraux du droit de l’extradition, principes du droit applicables aux réfugiés, principes généraux du droit électoral etc. In Nederland kan men dergelijke noties wellicht gebruiken om de Awb te ‘counteren’. Men zou, indien nodig, kunnen spreken van algemene beginselen van provincie- en gemeenterecht, als tegenhangers van (de) algemene regels van bestuursrecht.

3. Het doel van algemene wetten

Niet alle ‘algemene wetten’ beogen precies hetzelfde. Bij de ene algemene wet ligt de nadruk meer op de formulering van voor het gehele recht of grote delen daarvan geldende bepalingen (de Wet AB), de andere staat meer (of ook) in het teken van codificatie (bijvoorbeeld het BW). De memorie van toelichting op de Algemene wet bestuursrecht laat zich uitgebreid uit over de doelstellingen van deze wet. Voor andere algemene wetten kunnen deze of enkele daarvan ook gelden.

De doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht zijn volgens de regering:¹⁷

- a. het bevorderen van eenheid in de bestuursrechtelijke wetgeving;
- b. het systematiseren en vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving;
- c. de codificatie van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben voorgedaan;
- d. het treffen van voorzieningen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.

Nu heeft de wetgever meer gedaan dan het enkel (pogen te) verwezenlijken van deze doelstellingen. Bovendien heeft hij, zoals wij zagen, deels in strijd ermee gehandeld, met name inzake punt d. Wat heeft de wetgever zoal buiten de opgesomde doelstellingen gedaan? Ik doe maar een greep: hij is gaan ‘innoveren’ bijvoorbeeld door zich – overigens hoogst ongelukkig – met beleidsregels te gaan bezighouden, terwijl de jurisprudentie op dit punt in de kinderschoenen stond en deels nog staat. Ook titel 1.2 inzake uitvoering van bindende besluiten van de Europese Gemeenschappen is een onderdeel dat moeilijk onder de genoemde doelstellingen is te rangschikken, temeer nu deze regeling zelfs wetsvoorstellen betreft.¹⁸ Afdeling 2.2 inzake het gebruik van

17. TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 4 e.v.

18. Dit is een voorbeeld van een geval waarin het besluitbegrip van de Awb in de Awb zelf te eng, te weinig algemeen, blijkt. Wetsvoorstellen moesten hier met zoveel woorden onder de Awb worden gebracht.

de taal is gewoon een bijzondere wet in Awb-kleed om de Friezen over de bol te aaien. Andere innovaties zijn: afdeling 5.4 (dwangsom),¹⁹ afdeling 10.1.2 (delegatie) en de recente regeling inzake de interne klachtbehandeling.²⁰ Maar het blijft niet bij 'innovatie' of bij meer doen dan nodig of beloofd. Een interessante trek van de Algemene wet bestuursrecht is de, al dan niet met zoveel woorden uitgesproken, selectie:²¹ voor algemeen verbindende voorschriften geldt de Awb deels niet, algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zijn niet appellabel, de beschikking en de beleidsregel worden wel omschreven, het algemeen verbindend voorschrift, het wettelijk voorschrift en de overige 'bassen' niet, sommige beginselen van behoorlijk bestuur worden opgeschreven, andere ontbreken. Dit laatste is in het licht van de doelstelling van de Algemene wet bestuursrecht bepaald bijzonder, daar de regering zelf opmerkte: 'De beginselen van behoorlijk bestuur dragen bij uitstek een algemeen karakter.'²²

Hoe dit alles ook zij, de genoemde doelstellingen van de Awb kunnen volgens de regering alleen worden bereikt indien, wanneer de Awb en een andere wet met elkaar in strijd zijn, 'de andere wet zoveel mogelijk moet terugtreden'.²³ Afgezien van de eigenaardige formulering,²⁴ is deze, ik zou zeggen metadoelstelling van de Awb in dit opzicht vergelijkbaar met die van wetten als de Provinciewet en de Gemeentewet. De regering is van oordeel 'dat uit de aard en inhoud van een aantal²⁵ algemene wetten voortvloeit dat zij materieel een bijzondere positie innemen ten opzichte van specifieke wetten, in die zin dat aan hun bepalingen een groter gewicht moet worden toegekend (...)'²⁶ Daarmee introduceert de regering een extra element in of een andere

19. Een vergelijkbare regeling kwam overigens vóór de Awb wel voor in wetten als de Gemeentewet.

20. Over juridisering gesproken!

21. Het vraagstuk van de selectie wordt extra boeiend, als men even de neus over de grens steekt. Als een Fransman met de Awb wordt geconfronteerd en hem wordt uitgelegd dat de Awb (veel) algemeen bestuursrecht regelt, is hij verbaasd, vooral over wat hij er niet vindt. De Fransman rekent, net als wij, tot het algemene bestuursrecht 'la partie centrale du droit administratif'. Maar wat omvat dit centrale deel? Chapus, a.w., p. 9, schrijft terzake: 'la connaissance de l'organisation générale de l'administration, de ce par quoi se traduit son activité et du régime dont cette activité relève, s'agissant des conditions dans lesquelles elle doit être exercée pour être conforme au droit, ainsi que de celles auxquelles est subordonnée l'obligation de réparer ses conséquences dommageables.' Verder omvat het droit administratif général de inrichting en bevoegdheid van de administratieve rechtspraak en de belangrijkste middelen tot handelen die het bestuur bezit. Dat is nog eens wat anders dan de inhoud van de Awb.

22. TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 24.

23. TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 3.

24. Het is zonderling: wetten die terugtreden. Wat is dat precies en wat is zoveel mogelijk? Mogen deze wetten nog een beetje rechtsgevolgen hebben, of voor de helft of voor drie kwart?

25. Welke wel, welke niet? Zie ook noot 26.

26. TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 11. Eerder beweerde de regering zelfs dat er een ongeschreven rechtsregel is volgens welke alle (!) algemene wetten materieel voorrang hebben op bijzondere wetten. Zie EK 1990-1991, 19 403, nr. 64b, p. 20. Wat betekent overigens 'materieel voorrang hebben'?

variant van algemeenheid of van een algemene wet: haar superioriteit.²⁷ Overigens miskent de regering dat haar stelling zeker niet voor alle bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht geldt, noch kan gelden.

De Algemene wet op het binnentreden is ook een algemene wet. Ook zij beoogt bepaalde doelen te realiseren. De memorie van toelichting spreekt van: 'harmonisatie van de thans zeer onoverzichtelijke en nodeloos gedifferentieerde wetgeving op het binnentreden'. Even later stelt zij: 'Met de voorgestelde regeling wordt een systematisering en, waar mogelijk, een eenmaking van de wettelijke bepalingen inzake het binnentreden beoogd.'²⁸ Verder worden genoemd deregulering en uniformering.²⁹ De Algemene wet op het binnentreden sluit volgens de toelichting echter aanvulling op of afwijking van haar bepalingen niet uit.³⁰ Zij heeft in dit opzicht minder 'pretenties' dan de Awb, waarvan de bedoeling is dat er niet van wordt afgeweken en, als dit geschiedt, slechts uitdrukkelijk en gemotiveerd.

Als laatste voorbeeld van doelstellingen van een algemene wet kan dienen de Algemene wet inzake rijksbelastingen. De belangrijkste doeleinden ervan zijn volgens de memorie van toelichting³¹ vereenvoudiging, terminologische uniformering en conservering. Met het laatste doelt de memorie op de verwachting 'dat de wetgever bij het tot stand brengen van nieuwe belastingwetten niet zonder noodzaak op die regeling inbreuk zal maken'. Ook hier zien we sterke overeenkomsten met de Awb en ook deze toelichting klinkt minder 'imperialistisch' ten opzichte van andere wetten dan die op de Awb doet. De doelstellingen van de besproken drie algemene wetten brengen ons op de twee volgende themata: de algemene wet en de algemene wet (par. 4); de algemene wet en de bijzondere wet (par. 5).

27. Soms worden op dit punt vergaande stellingen ingenomen. Zo is op p. 40 van de toelichting op het voorontwerp vierde tranche van de Awb te lezen dat, indien de Awb zelf zwijgt, afwijking van de Awb alleen bij formele wet mogelijk is, waarbij die formele wet expliciet aangeeft dat van de Awb wordt afgeweken. Het woord mogelijk lijkt mij overdreven, zeker als het ook op de bijzin ('waarbij' enz.) slaat. De formele wet kan natuurlijk altijd van de Awb afwijken. Trouwens, als men écht meent wat op de genoemde bladzijde te lezen is, zou men het in de Awb zelf moeten opschrijven. Echter, het is maar de vraag of dat staatsrechtelijk kan. Mag de wetgever de latere wetgever binden? Hierover zou een uitgebreide paragraaf zijn te schrijven.

28. TK 1984-1985, 19 073, nr. 3, p. 6.

29. Ibidem, p. 22-23. Overigens beoogde het wetsvoorstel de bestaande wetgeving ook te ontdoen van spanning met de Grondwet.

30. Ibidem, p. 7.

31. TK 1954-1955, 4080, p. 11-12.

4. De algemene wet en de algemene wet

Het vraagstuk van de verhouding tussen de (ene) algemene wet en de (andere) algemene wet kan op twee niveaus worden geanalyseerd: dat van de wetgever en dat van de rechtstoepasser, met name de rechter. Ik neem hierna de kwestie van de gelijke rangorde van de formele wetten (niet zijnde de Grondwet of het Statuut) voor lief. Tussen formele wetten is er geen hiërarchie, net zomin als er tussen twee of meer grondwettelijke bepalingen een hiërarchie is. Desondanks meende de regering, zoals wij zagen, dat algemene wetten materieel een bijzondere positie innemen en in het positieve recht zien we dat ook een enkele keer uitgedrukt, zoals in de genoemde artikelen 113 Provinciewet en 115 Gemeentewet. Maar wat moet de wetgever nu doen als hij met meer dan één algemene wet van doen krijgt? Stel dat de wetgever de – algemene – Provinciewet wil wijzigen op het punt van delegatiemogelijkheden. Moet hij dan de Awb in acht nemen, omdat die een algemene wet is? Of kan hij ‘rustig’ zeggen dat de Provinciewet (ook) een algemene wet, en vanuit bepaalde gezichtspunten een algemenere wet dan de Awb is, die haar eigen delegatieproblematiek kent? Hetzelfde geldt voor kwesties als mandaat, het begrip besluit et cetera. Inmiddels weten wij dat de wetgever wetten als de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet en tutti quanti aan de Awb – althans naar vermogen – heeft aangepast, dit niet altijd even geslaagd overigens.³² Kennelijk beschouwt hij de Awb, althans onderdelen ervan, als een algemenere wet dan de gewijzigde wetten. Waarom dat zo is, heb ik echter nergens kunnen lezen of horen.

Deze kwestie brengt mij op de hierna beschreven problematiek, die niet vaak aan de orde wordt gesteld. Als er sprake is van twee of meer algemene wetten³³ kan men,

32. Zie o.a. S.E. Zijlstra, *Herzie de Gemeentewet (opnieuw)! Fouten en onvolkomenheden na de aanpassingswet derde tranche*, Gst. 7084, 1.

33. De kwestie kan ook spelen in de verhouding algemene wet – bijzondere wet.

zoals de wetgever inzake de Awb heeft gedaan, één ervan als de ‘meest algemene’ beschouwen. De andere algemene wetten worden aan die meest algemene aangepast.³⁴ Dit kan leiden tot nogal merkwaardige exercities en zinswendingen, zoals vervat in artikel 253 Provinciewet, dat sinds de aanpassing aan de Awb ‘raar’ luidt en gecompliceerder is dan voorheen,³⁵ nu het spreekt van besluiten en andere beslissingen van provinciale besturen. Over vereenvoudiging gesproken. Het is in deze bepalingen en elders bepaald niet fraai wat de Awb teweeg heeft gebracht.³⁶ Een andere en niet zelden vruchtbaardere benadering is na te gaan vanuit welk gezichtspunt de ene algemene wet of bepaling daarvan ‘algemener’ is dan die van de andere algemene wet. Onder de nog niet door de aanpassingswet derde tranche Awb aangepaste Provinciewet en Gemeentewet dekte het begrip besluit in die wetten (veel) meer dan het Awb-besluit. Beide wetten kenden een *zeer algemeen* besluitbegrip, dat in die wetten bovendien een zelfde betekenis had en overeenstemde met het begrip besluit in artikel 132 van de Grondwet, wat bij organieke wetten ook in de rede ligt. De wetgever had gewoon kunnen – en moeten – zeggen dat het besluit in Grondwet, Provinciewet en Gemeentewet anders en ruimer – dat wil zeggen algemeen staatsrechtelijk of publiekrechtelijk – is dan in de Awb, die alleen over bestuursorganen en hun besluiten handelt. Het beschreven probleem doet zich voor in de vorm van ‘overkill’ en ‘underkill’. Het Awb-besluit houdt in relatie tot de *term* besluit in de nog niet verminkte Provinciewet en de Gemeentewet ‘underkill’ in: het Awb-besluit is te eng. Dit geldt trouwens ook in relatie tot de termen besturen en bestuur in de hoofdstukken 5 en 7 van de Grondwet. Deze dekken meer dan de Awb doet. Het Awb-besluit kan echter ook ‘overkill’ inhouden, bijvoorbeeld doordat het beslissingen bestrijkt die er in een bepaalde context niet onder moeten vallen. De Awb biedt er zelf een voorbeeld van door eerst besluiten algemeen appellabel te verklaren (art. 8:1) en vervolgens een groot aantal besluiten ervan uit te zonderen (art. 8:2 e.v.).³⁷ Het ziet ernaar uit dat misschien helemaal niet gesproken zou moeten worden van algemene wetten, doch dat van twee of meer wetten bepaling voor bepaling moet worden nagegaan of deze dan wel gene moet worden toegepast. Maar dit op zich zeer zinnige standpunt is niet te verenigen met de bedoeling van de gever van wetten als de Awb.

Tot hier besprak ik de positie van de wetgever die op de een of andere wijze twee of meer algemene wetten met elkaar moet verenigen. Maar de wetgever kan niet alles

34. En maar hopen dat niets over het hoofd wordt gezien.

35. Gelijksortige opmerkingen gelden ook artikel 261 Provinciewet en de met genoemde artikelen corresponderende bepalingen van de Gemeentewet. Zie verder E. Brederveld, Awb: Wat bouwen we wel en niet aan? De Gemeentewet als structuurwet en de Awb, Gst. 7078, 1.

36. Zie E. Brederveld, noot 35.

37. Ik laat de met besluiten gelijkgestelde beslissingen e.d. buiten beschouwing.

voorzien. In een aantal gevallen zal hij algemene wetten niet aanpassen aan de Awb, of in de Awb geen of onvoldoende rekening houden met bestaande algemene wetten. In zo'n situatie wordt de rechtstoepasser geconfronteerd met de vraag welke van de twee (of eventueel meer) algemene wetten hij moet toepassen. Aan de *lex superior*-regel heeft hij als hij keurig staatsrechtelijk redeneert niets, en de vraag is of de *lex posterior*- dan wel de *lex specialis*-regel hier van toepassing is. Als men uitgaat van het genoemde metadoeleinde van de Awb, zijn beide regels in beginsel niet toepasselijk in relatie tot de Awb, tenzij de wetgever uitdrukkelijk gezegd zou hebben dat hij afwijkt van de Awb.³⁸ Maar geldt dit ook in de verhouding met andere 'echte' algemene wetten, zoals de Provinciewet en de Gemeentewet? In paragraaf 6 bespreek ik enige concrete casus betreffende deze problematiek.

De 'superieure positie' die de Awb claimt en in de praktijk ook vaak krijgt, hebben de meeste andere algemene wetten, zoals de Wet openbaarheid van bestuur en de Algemene wet op het binnentreden, niet. Bij die wetten is de gedachte (en de praktijk) dat zij alleen toepassing vinden als er geen andersluidende (soms zelfs anterieure) regeling is.³⁹ Ook hier geldt: de ene algemene wet is – kennelijk – de andere niet.

38. Zie in dit verband O.A.M. Floris, M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, *Grondrechtenbescherming door algemene wetten*, Zwolle 1994.

39. Zie m.b.t. de WOB, TK 1986-1987, 19 859, nr. 3, p. 18 e.v.

5. De algemene wet en de bijzondere wet

In deze paragraaf ga ik ervan uit dat wij weten wat een bijzondere wet is, namelijk iedere niet-algemene wet. Het gaat dus om wetten die geen universele of quasi-universele gelding (binnen een rechtsgebied) pretenderen, niet duidelijk aanknopen bij rechtsbeginselen en niet codificerend van aard zijn. Ook in deze verhouding tussen wetten is er geen sprake van hiërarchie van regels en ook hier kan de kwestie worden bezien vanuit de optiek van de wetgever en die van de rechtstoepasser. Zoals bekend, is de wetgever van oordeel dat ook bijzondere wetgeving overeen moet komen met de Awb. Dit heeft geleid tot een grote hoeveelheid wetgeving tot aanpassing van wetten (en andere regels) aan de Awb en bij aan de Awb posterieure wetgeving poogt de wetgever zich aan de Awb te houden.⁴⁰ Bij diverse andere algemene wetten is dat niet het geval. Zo heeft de Wet openbaarheid van bestuur vele bestaande bijzondere regimes intact gelaten. Zelfs het in 1983 ingevoerde artikel 12 Gw heeft – althans in eerste instantie – niet geleid tot wijziging in bijzondere wetten die binnentredingsbepalingen bevatten. Ook komt het nogal eens voor dat latere bijzondere wetten afwijken van eerdere algemene, al dan niet gemotiveerd conform de reeds vermelde Aanwijzing 49.

Wat staat de rechtstoepasser te doen als hij wordt geconfronteerd met de vraag of hij de algemene dan wel de daarmee strijdige bijzondere regel moet toepassen?⁴¹ In de wetsgeschiedenis van de Algemene wet op het binnentreden komt deze kwestie aan de orde. De memorie van antwoord aan de Eerste Kamer stelt: ‘Indien het de kennelijke bedoeling van de wetgever is geweest om af te wijken van de Algemene wet, zal de specifieke regeling de voorrang hebben.’ Dit ligt voor de hand, temeer nu er naast een *lex specialis* (of *lex derogatoria*) ook nog sprake is van een *lex posterior*. De memorie ver-

40. Zie ook Aanwijzing 50 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

41. Ik neem hier aan dat de rechtstoepasser de vraag of er sprake is van een algemene en een bijzondere wet al heeft opgelost.

volgt: 'Indien niet blijkt van een bedoeling van de wetgever op dit punt (...) is van belang of de specifieke wetgeving vóór dan wel na de Algemene wet tot stand is gekomen. Is de bijzondere wetgeving anterior aan de Algemene wet, dan zal de Algemene wet mede gelet op haar doelstelling – eenmaking van het recht – in de regel boven de specifieke wet gaan. Maar ook in het geval dat de bijzondere wetgeving na de Algemene wet tot stand komt, is denkbaar dat de algemene regeling in het concrete geval de voorrang heeft op de specifieke regel. Het beslissend oordeel hierover is opgedragen aan de rechter.'⁴² Dit antwoord bevredigt niet. Het gestelde in de slotzin is onjuist, daar het beslissend oordeel over deze kwestie nergens aan de rechter is opgedragen. Ook miskent de regering kennelijk dat in eerste instantie de politie en het Openbaar Ministerie – beide al genoeg geplaagd – of andere bestuursambten met de keuze worden geconfronteerd. Voor het overige is het antwoord van een dergelijke vaagheid, dat men er niets aan heeft, noch uit het oogpunt van toepassing van de *lex specialis*-regel, noch uit dat van de *lex posterior*-regel. Alles is mogelijk, zo kan men het antwoord parafraseren. Ik ben geneigd bij zwijgen van de wetgever als algemeen principe de *lex posterior*-regel toe te passen, ook al voert dit tot niet-toepassing van een algemene wet.⁴³ De rechtstoepasser (de rechter) zal ervan uit mogen gaan dat de wetgever wist wat hij deed toen hij een met een 'algemene wet conflicterende regel' vaststelde. Volgens diverse auteurs gaat echter de *lex specialis*-regel boven de *lex posterior*-regel.⁴⁴ Dit zou betekenen dat, als de wetgever niet uitdrukkelijk zou regelen welke regel in geval van conflict moet worden toegepast, de bijzondere regel voorgaat, of deze nu anterior of posterior is. Dit gaat mij te ver, evenals de opvatting dat de algemene regel in principe zou voorgaan. Dan zou immers elke bijzondere regel – tenzij deze zich nadrukkelijk als zodanig aanmerkt – in beginsel zinloos zijn.

De Franse doctrine stelt inzake de verhouding tussen de algemene wet en de bijzondere wet dezelfde kwestie aan de orde als de regering in de genoemde memorie van antwoord. Als een '*loi spéciale vient se saisir d'une matière jusque-là exclusivement régie par un texte d'objet général*' kan uitsluitend de *lex specialis* gelden, maar dat hoeft niet. De algemene wet kan van toepassing blijven voorzover zij niet strijdig is met de latere bijzondere wet. Een andere casus is die waarin een '*loi générale vient régir une matière sur laquelle n'existait auparavant qu'un texte spécial (...)*'⁴⁵ In dit

42. EK 1993-1994, 19 073 enz., nr. 259b, p. 1-2.

43. Kennelijk anders O.A.M. Floris c.s., a.w., p. 118-119.

44. Zie o.a. Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, p. 313, Heidelberg 1988; E. Poortinga, *Rechtsbronnen en Rechtssysteem*, p. 39, Nijmegen 1995.

45. De citaten zijn ontleend aan Jean-Pierre Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, 2e éd., p. 246-247, Dalloz, Parijs 1994. Zie ook Jacques Ghestin et al., *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4e éd., p. 233, L.G.D.J., Parijs 1994; François Terre, *Introduction générale au droit*, p. 430 c.v., Dalloz, Parijs 1998.

geval kan de *lex specialis* van kracht blijven, doch ook dit hoeft niet het geval te zijn. Hoe het ook zij, de Franse doctrine neemt een wat voorzichtiger standpunt in dan de regering in de genoemde memorie.⁴⁶ De latere *lex generalis* kan de gelding van de vroegere *specialis* intact laten. Beide standpunten bieden al met al echter weinig houvast. Zoals gezegd, moet mijns inziens de *lex posterior*-regel in principe worden toegepast.

Het aantrekkelijke van de *lex posterior*-regel als belangrijkste conflictregel⁴⁷ bij besluiten van gelijke rang is dat de steller van de regel telkenmale gedwongen wordt goed na te denken over de verhouding van zijn 'nieuwe product' tot bestaande 'producten'. De *lex specialis*-regel dwingt daar aanmerkelijk minder toe. Ik heb dan ook moeite om met P.J. Oud te zeggen: 'Welke van deze regels valt toe te passen, is in ieder bijzonder geval na te gaan.'⁴⁸

Overigens blijken de *lex posterior*-regel en de *lex specialis*-regel niet steeds dezelfde betekenis te hebben. Zij kunnen gezien worden als regels die enkel een conflictregel inzake de toepassing van een regel inhouden. In dat geval blijven de regels over wier toepassing het gaat deel uitmaken van de rechtsorde. Een voorbeeld van zo'n conflictregel is artikel 94 Gw. Het betreft, in ieder geval naar zijn tekst, slechts de toepassing van twee of meer regels, de internationale en de nationale.

Een andere lezing van de *lex posterior*- en de *lex specialis*-regel heeft betrekking op afschaffende werking. Het gaat dan niet om derogeren, maar om abrogeren: de anteriore, respectievelijk generale regel verdwijnt uit de rechtsorde en wordt door een nieuwe vervangen.⁴⁹ Dit preadvies is voornamelijk op de eerstgenoemde lezing gebaseerd. Het gehele vraagstuk verdient overigens gedegen studie.⁵⁰ Het is jammer dat de meeste jonge juristen deze soort problematiek mijden als de pest.

46. Ook voorzichtig: W. Duk, *Recht en Slecht*, p. 95, Nijmegen 1999. De bespreking van dit boek door A. Soeteman in *RMTh* 1999, p. 389 e.v. doet de auteur m.i. op onderdelen geen of te weinig recht.

47. Deze voorkeur is logisch niet dwingend. Er is overigens een tijd geweest waarin de oudere regel in beginsel boven de jongere ging, omdat de oude 'het goede recht' inhield.

48. P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, dl. II, p. 183, Zwolle 1970.

49. Jacques Ghestin et al., a.w., p. 233, wijzen met reden op de kwestie die rijst als een latere wet niet *expressis verbis* abrogeert: 'Il est parfois difficile de déterminer si la loi nouvelle abroge effectivement les dispositions anciennes et, dans l'affirmative, l'étendue exacte de cette abrogation. En l'absence d'abrogation expresse il faut présumer que les lois sont compatibles (...).' Ik voeg daaraan toe dat die compatibiliteit nu juist nogal eens ontbreekt.

50. Een fraaie verhandeling is nog steeds Paul Roubier, *Le droit transitoire*, 2e éd., Dalloz/Sirey, Parijs 1960. De eerste druk dateert van 1929!

6. Concrete kwesties inzake de algemene wet

Het is de hoogste tijd mijn (enigszins) theoretische beschouwingen te laten voor wat zij zijn. De rechtspraak biedt vele voorbeelden van problemen rond de algemene en de bijzondere wet. Het navolgende beperkt zich tot enige specifieke gevolgen van wetgeving en tot jurisprudentie. Beide bieden mijns inziens voldoende – juridisch – vermaak.⁵¹ Deze paragraaf valt conform de paragrafen 4 en 5 in twee delen uiteen: a) de algemene wet en de algemene wet; b) de algemene wet en de bijzondere wet. Voor het overige is de keuze van de uitspraken niet gebaseerd op een vaste en wetenschappelijk onverdachte systematiek. Wat volgt, is wat impressionistisch van aard. De computer deed niet mee.

a. De algemene wet en de algemene wet

Een van de bekende situaties waarin de vraag rijst welke algemene wet moet worden toegepast, is (nog steeds) de kwestie van de twee wegenleer. Deze kan overigens zowel aan de orde zijn in de verhouding tussen twee algemene wetten, zoals het BW en de Gemeentewet, als in die tussen het BW en een bijzondere publiekrechtelijke regeling. Over deze kwestie zijn boeken volgeschreven en heel wat uitspraken geweest. In verband met het thema van dit preadvies kan, samengevat, het volgende uit de doctrine en de jurisprudentie worden afgeleid: 1) het BW als algemene wet mag niet altijd worden toegepast naast of in plaats van een algemene publiekrechtelijke wet, zoals de Gemeentewet (met name de belastingbepalingen); 2) het BW als algemene wet mag in beginsel niet worden toegepast, als er een bijzondere publiekrechtelijke wet voorhanden is; en 3) bij toepassing van de algemene wet, het BW, is de beoordeling van het overheidshandelen door de rechter sterk ‘gekleurd’ door algemene publiekrechtelijke concepties en beginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur,

51. Onder vermaak is ook ergernis te verstaan. Dit is geen fictie.

de publieke taak, het openbaar belang en de publieke bestemming. Al met al is deze jurisprudentie, hoe casuïstisch vaak ook, naar mijn oordeel begrijpelijk en evenwichtig.⁵² Hoe belangrijk het BW als algemene wet is, en hoe interessant zijn verhouding tot algemene en bijzondere publiekrechtelijke regelingen ook is, dit is geen twee wegenleer-pleadvis waarover ‘Maastricht’ en vele anderen zich voor de zoveelste keer zouden kunnen opwinden. Ik laat de windmolens, antiestudio’s en andere bezienswaardigheden⁵³ voor wat zij zijn.

Er zijn nog diverse andere problemen betreffende de verhouding tussen het BW en (algemene) publiekrechtelijke wetten. Hun aantal lijkt te worden verhoogd en de problematiek verscherpt als de wetgever zou besluiten tot opneming in de Awb van een regeling inzake zogeheten bestuurlijke geldschulden, vervat in titel 4.4 van het voorontwerp-vierde tranche van de Awb. Alleen al het ontworpen artikel 4.4.1.1 vraagt om problemen, nu het stelt: ‘Deze titel is van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt.’ De Awb zelf definieert het ‘wettelijk voorschrift’ niet en, zoals wij weten, roept het begrip bestuursorgaan herhaaldelijk vragen op. Alleen al om deze redenen zal het nogal eens moeilijk zijn vast te stellen of het BW dan wel de Awb van toepassing is. Deze problematiek wordt nog verdiept door de regeling in de Awb van de subsidie. Deze moet volgens artikel 4:23 Awb berusten op een wettelijk voorschrift. De voorgestelde titel 4:4 Awb is dan op subsidies van toepassing. Maar een grondslag in een wettelijk voorschrift is voor subsidies niet steeds vereist. Het derde lid van artikel 4:23 bevat nogal wat uitzonderingen op het vereiste. Zie ik het wel, dan vallen deze subsidies dus niet onder het ontwerp-artikel 4.4.1.1 en is daarop het BW van toepassing. Misschien is de kwestie nog ingewikkelder. Krachtens het in de vierde tranche voorgestelde artikel 4:57, een wettelijk voorschrift, kan een bestuursorgaan *elk* te veel betaald subsidiebedrag terugvorderen. De terugvordering wordt dan bestreken door de ontwerp-titel 4.4. Maar de verplichting een subsidie aan een burger te betalen berust, zoals gezegd, niet steeds op een wettelijk voorschrift en valt dan buiten titel 4.4. Dit zou betekenen dat op een en dezelfde subsidie titel 4.4 nu eens wel, dan weer niet van toepassing is. Maar misschien vergis ik me.⁵⁴ Ik keer terug naar publiekrechtelijke algemene wetten.

52. Zie verder P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, dl. 2, p. 139 e.v., Deventer 1998. Zij hebben meer bezwaren tegen de twee wegenleer dan ik en bepleiten een twee grondslagenleer. Ik voel daar weinig voor. Het maakt alles nog ingewikkelder dan het is.

53. Zoals HR 8 mei 1998, AB 1998, 390, m.nt. ThGD (staat tegen Lenger).

54. Zie voor verdere beschouwingen over de verhouding tussen de Awb en het BW de toelichting op het voorontwerp-vierde tranche van de Awb, p. 48 e.v.

Artikel 1 Gw en het principe van non-discriminatie verlangen dat ik ook het strafrecht vermeld. In Nederland wordt dit gezien als publiekrecht. Het Wetboek van strafrecht en dat van strafvordering zijn – evenals het BW en het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering – te beschouwen als algemene wetten, naast formeel-wettelijke bepalingen van bijzonder strafrecht en strafverordeningen van gedecentraliseerde besturen. Binnen het strafrecht zelf speelt herhaaldelijk het vraagstuk van de algemene wet (*lex generalis*) en de bijzondere wet (*lex specialis*). Die problematiek laat ik hier terzijde. Zij komt later in algemene zin aan de orde. Wel verdient de verhouding tussen het strafrecht (waaronder het strafprocesrecht) en de Awb een korte beschouwing. Nu zullen diverse bestuursrechtelijk georiënteerde juristen geneigd zijn te zeggen dat dat geen vraagstuk van belang is, gezien artikel 1:6 Awb. Dit neemt echter niet weg dat de beginselen van behoorlijk bestuur, in de Awb gecodificeerd of niet, gelden voor de opsporing en vervolging. Ook Hoofdstuk 9 van de Awb (klachtbehandeling) is van toepassing op bestuursorganen, werkzaam binnen de ‘strafrechtsketen’.⁵⁵ Naar het zich laat aanzien, ontstaat binnen afzienbare tijd een nog nauwere band tussen de Awb en het strafrecht.⁵⁶ Het voorontwerp-vierde tranche van de Awb beoogt de invoering⁵⁷ van de bestuurlijke boete, volgens het ontwerp-artikel 5.4.1.1 ‘een bestuurlijke sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom, die is gericht op bestraffing van de overtreder.’ Ter regeling van deze boete bevat titel 5.4 van het voorontwerp-vierde tranche een flink aantal bepalingen die deels ontleend zijn aan het Wetboek van strafvordering, deels daarvan afwijken. Het is aannemelijk dat twee van deze naast elkaar staande algemene wetten problemen van samenloop en conflict gaan opleveren, zoals nu overigens ook het geval kan zijn bij bijzondere wetten die de bestuurlijke boete kennen. Zou het vanuit het oogpunt van ‘algemeenheid’ en eenvoud niet beter zijn de punitieve boete in één wet te regelen, onafhankelijk van de vraag wie deze mag opleggen? Ik laat dit vraagstuk verder rusten, al was het maar omdat ik mij op het terrein van het strafrecht onzeker voel.

De rechtspraak biedt enige aardige casus waarin de verhouding tussen de Algemene wet bestuursrecht en de Provinciewet, respectievelijk de Gemeentewet aan de orde is. Die in verband met de Provinciewet levert een fraai voorbeeld van ‘overkill’ van het *begrip besluit* in de Awb. De kwestie, beslist door de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 17 mei 1999, AB 295, m.nt. SZ,⁵⁸ betrof een weigering van het Gelderse college van gedeputeerde staten antwoord te geven op schriftelijke vragen

55. Artikel 1:6 Awb is in verband met de klachtregeling gewijzigd.

56. Zie daarover o.a. G. Knigge, *De verkalking voorbij*, RMTh 2000, p. 83 e.v.

57. De bestuurlijke boete komt nu overigens wel verspreid voor in de wetgeving.

58. SZ(ijlstra) verwijst in zijn noot naar verdere beschouwingen over de kwestie van o.a. Brederveld, Elzinga, Hennekens en hemzelf. Zie ook Gst. 7099, 3.

van het statenlid Lucassen. Lucassen maakte bezwaar, dat niet ontvankelijk werd verklaard, ging in beroep, dat ongegrond werd verklaard, en kreeg ten slotte ook bij de Afdeling bestuursrechtspraak de deksel op de neus, daar zij Lucassen niet als een belanghebbende beschouwde. De Afdeling zag in de weigering van GS wel een besluit, maar als appellant als belanghebbende zou worden gekwalificeerd, zou de te bieden rechtsbescherming kunnen leiden tot een 'doorkruising van de bevoegdheidsuitoefening van een vertegenwoordigend lichaam'.⁵⁹ Het fascinerende (voor mij) in de hele gang van zaken is dat in eerdere instanties vele, soms zeer ingenieuze en (daardoor) ongeloofwaardige constructies waren bedacht om de weigering niet als een besluit te zien. Men wilde 'onder de Awb uit', althans onder haar besluitbegrip. Dit lukte tot en met de rechtbank. De Afdeling daarentegen ontwaart wel een besluit, maar zegt dat het statenlid geen belanghebbende is, wat mijns inziens een zeer dubieus standpunt inhoudt. We zien hier een van de problemen die de Awb oproept in relatie tot een andere algemene wet. Het besluitbegrip is in de Awb zo algemeen geformuleerd, en de kwestie van de interne en de externe werking tijdens de parlementaire behandeling zo inconsistent besproken, dat men gemakkelijk concludeert tot het bestaan van een besluit, óók in provinciewettelijke zin en ondanks het feit dat artikel 167 Provinciewet niet van een besluit spreekt. Wij zien hier gebeuren waarvoor de toelichting op de Awb waarschuwde, namelijk dat eenheid van recht haar grenzen heeft. In casu schiet het Awb-begrip van het besluit duidelijk zijn doel voorbij. Naar mijn oordeel had de Afdeling moeten of op zijn minst mogen oordelen dat artikel 167 Provinciewet geen besluit betreft, doch een feitelijke handeling. En, als het wel een besluit zou zijn, is het mijns inziens een intern werkend besluit, zoals ook de rechtbank meende. Het zou dan echter geen besluit in de zin van de Awb zijn,⁶⁰ daar de Awb, althans haar geschiedenis, externe werking verlangt. Appellabiliteit zou dan uitgesloten zijn. Als ook deze weg niet aantrekkelijk zou zijn, had de Afdeling de bekende 'truc' van de Hoge Raad kunnen toepassen, volgens welke het niet bij de plaats van de rechter in het rechtsbestel of staatsbestel past om dit of dat te doen of om hier dan wel daar te interveniëren.

Een tweede geval waarin de verhouding tussen de Awb en een andere algemene wet, de Gemeentewet, aan de orde komt, is te vinden in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 6 januari 1997, AB 86, m.nt. FM.⁶¹ Het betreft hier de vraag

59. Dit is overigens een mooie nieuwe tweewegen- of doorkruisingsleer.

60. Vaak trekt men een parallel tussen inlichtingen ex de WOB (appellabele besluiten) en inlichtingen ex de Grondwet, Provinciewet, Gemeentewet, etc. Ik begrijp dat niet goed. Het gaat bij de WOB om verzoeken van en inlichtingen aan burgers. In de andere wetten is daarvoor geen sprake. Ik zou bovendien zeggen: het zijn leges speciales op de WOB.

61. Zie ook E. Brederveld, Geen besliscommissies, beslist de Afdeling bestuursrechtspraak, Gst. 7053, 1.

of *delegatie* van bepaalde bevoegdheden mogelijk is. De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat de Awb niet toestaat dat een ander orgaan – in casu een commissie – dan het besluitnemend orgaan – in dit geval B&W – beslist op een bezwaarschrift en dat de algemene bepalingen van de Gemeentewet inzake de overdracht van bevoegdheden geen grondslag voor overdracht aan een commissie bieden, nu deze bepalingen niet uitdrukkelijk van de Awb afwijken.⁶² De uitspraak week af van de (meer dan) heersende leer en is vernietigend becommentarieerd. Dat commentaar is op historische en wetstechnische gronden juist. Maar het betreft ook de problematiek die mij in dit preadvies met name interesseert, namelijk de verhouding tussen de ene algemene wet, de Awb, en de andere, de Gemeentewet. Net als in de vorige casus zien we dat de Awb de dominante wet blijft, ondanks het feit dat de wetgever geen aanleiding heeft gezien naar aanleiding van de invoering van de eerste tranche van de Awb (waarin artikel 7:1 Awb reeds was vervat) de Gemeentewet op het punt van delegatie aan commissies te wijzigen. Nu de derde tranche in werking is getreden, lijkt het standpunt dat in deze kwestie uit de Awb voortvloeit overigens nog minder houdbaar. Artikel 10:15 Awb verlangt voor delegatie (slechts) een wettelijk voorschrift, anders dan bij mandaat (artikel 10:3 Awb) wordt bij delegatie niet vermeld dat deze ongeoorloofd is als de aard van de bevoegdheid zich tegen delegatie verzet.⁶³ Wel, het is buiten kijf dat de artikelen 156 en 165 Gemeentewet een wettelijk voorschrift zijn. De conclusie lijkt duidelijk: delegatie aan een ‘besliscommissie’ is geoorloofd. Toch zit er nog steeds een adder onder het gras. Volgens diverse auteurs⁶⁴ zijn de uitzonderingen in artikel 156 lid 2 Gemeentewet niet limitatief en kan ook bij de rechtsfiguur delegatie de aard van de bevoegdheid of de logica zich tegen overdracht verzetten. Waarom echter heeft de Awb-gever dit dan niet ook bij de delegatiefiguur verklaard?

Een derde geval van problemen met twee algemene wetten is te vinden in ABR 26 juli 1999, NJB 1999, p. 1657. Het ging daar om de verhouding tussen de Wet openbaarheid van bestuur, een algemene wet, en artikel 7:4 van de Awb. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties was van oordeel dat artikel 7:4 van de Awb de algemene regeling van de WOB inzake de openbaarmaking en geheimhouding van stukken ‘opzijzet’.⁶⁵ De Afdeling oordeelt hier anders over en ziet (onder

62. Inmiddels heeft de wetgever de mogelijkheid dat een gemeentelijke of provinciale commissie op een bezwaarschrift beslist, geschrapt bij wet van 26 november 1998, Stb. 678, dit overigens op een wets-technisch eigenaardige wijze. De wetgever had de delegatiebepalingen in de beide organieke wetten moeten wijzigen. Wat is rechtens als nu de Raad op grondslag van art. 156 Gemeentewet B&W de bevoegdheid tot beslissen op een bezwaarschrift zou delegeren? Verzet de Awb zich ook daartegen?

63. Zie daarover o.a. C.A.J.M. Kortmann, *Monsterlijk mandaat*, noot bij Afdeling bestuursrechtspraak 14 mei 1998, *Ars Aequi* 1998, p. 779 e.v.

64. Zie o.a. H.Ph.J.A.M. Hennekens, C.J.N. Versteden, *De Gemeentewet en haar toepassing*, p. 156.

65. Is dit de tegenhanger van ‘wetten die terugtreden’?

andere) artikel 7:4 Awb niet als een uitputtende openbaarheidsregeling. De WOB kan in casu naast de Awb worden toegepast. Hier primeert de Awb, noch de WOB. Beide zijn toepasselijk, hetgeen ook niet eigenaardig is, daar beide wetten onderscheiden belangen dienen en deels op andere partijen betrekking hebben.

In de drie genoemde casus is sprake van algemene wetten van gelijke rangorde: de Awb enerzijds en de Provinciewet, de Gemeentewet en de Wet openbaarheid van bestuur anderzijds. De jurisprudentie bevat echter ook een inmiddels zeer bekend vraagstuk, waarbij de Awb als algemene wet als het ware opbokst tegen een hogere algemene wet, de Grondwet. ‘Hoe kan dat nou?’, zult u zich afvragen. Ik doel op de bekende rechtspraak inzake het zelfstandig schadebesluit. Door een bepaalde uitleg van het begrip besluit in de Awb heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een deel van het schadevergoedingsrecht aan zich getrokken. Artikel 112 lid 2 van de Grondwet is in die zin door de Awb en haar Kneuterdijkuitleg uitgehold dat niet zozeer de wetgever, bedoeld in artikel 112 lid 2 Gw bepaalt wat niet-burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn, als wel de rechter. Als iets een besluit in Awb-zin is, is hij bevoegd. En daar tegenwoordig van alles een besluit blijkt te (kunnen) zijn door aanname van de meest vage bevoegdheidsgrondslagen en hoogst interessante constructies van rechtsgevolgen, onder andere bij het zogenaamde rechtsoordeel, vreet de Awb als het ware het hogere artikel 112 lid 2 Gw op of leeg.

Een mooi voorbeeld van een geval waar een besluit mijns inziens kunstmatig wordt geconstrueerd, is te vinden in ABR 23 juli 1999, AB 340, m.nt. FM (Dalfsen). Hierin wordt een weigering van een ‘gedoogverklaring’ op zich slechts als een verklaring gekwalificeerd en vervolgens toch als een besluit, omdat de weigering inhield een weigering beleidsregels toe te passen. Met de annotator Michiels, die als voorzitter van de VAR zeker eenmaal moet worden genoemd, ben ik van oordeel dat dit een vreemde constructie is. Maar, beleidsregels blijken tegenwoordig wel vaker als bevoegdheidsgrondslag te dienen. Hoe dat kan, weet echter niemand uit te leggen. Naar mijn oordeel is dit reeds gezien de definitie van de beleidsregel in artikel 1:3 lid 4 Awb onmogelijk, daar deze van het reeds bestaan van de bevoegdheid van het bestuursorgaan uitgaat, wil een beleidsregel kunnen worden vastgesteld. Men leze de bepaling maar na. In de visie van de Afdeling bestuursrechtspraak zou het mogelijk zijn dat beleidsregels eerst een bevoegdheid tot besluiten creëren, waarvan de uitoefening vervolgens weer aan beleidsregels kan worden onderworpen. Zo houden we onszelf wel bezig.

Ik laat dit vraagstuk verder rusten, hoe interessant het ook is, want we moeten naar de kwestie van de verhouding tussen de algemene wet en de bijzondere wet. Ik ben daar misschien zelfs al beland, daar in relatie tot de – algemene – Grondwet, de Awb ondanks haar naam gezien kan worden als bijzondere wet.⁶⁶

66. Zie o.a. publicatie nr. 14 van de Staatsrechtkring, De gevolgen van de Awb voor het staatsrecht, Deventer 1997.

b. De algemene wet en de bijzondere wet

Aan de hand van de Grondwet is goed te illustreren hoe een algemene wet waarvan de toepassing voorgaat op die van andere wetten – de Awb pretendeert dat óók – problemen kan veroorzaken die ik aanduidde met ‘overkill’. De Engelsen zouden waarschijnlijk zeggen dat de bepaling of haar toepassing overbroad is.

Het eerste voorbeeld is ontleend aan artikel 12 lid 2 Gw, zoals dat na de algehele grondwetsherziening van 1983 luidde en dat reeds even ter sprake kwam. De regering meende dat dit tweede lid een direct werkende, dat wil zeggen zonder tussenkomst van de wetgever toepasbare bepaling was. Volgens deze bepaling zou een ambtenaar van politie die op opiumjacht is, bij een ‘verdacht’ huis moeten aanbellen, zich vervolgens altijd dienen te legitimeren, altijd moeten meedelen dat hij op de genoemde jacht is en na zijn ongetwijfeld zeer succesvolle binnentreding een verslag moeten opstellen en dit aan de bewoner verstrekken. De aan de herziening antieure wetgeving bevatte deze slachtoffervriendelijke regeling in het algemeen niet en maakte het de opsporingsambtenaren mogelijk zonder allerlei plichtplegingen binnen te treden, wat zij ook na de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 12 lid 2 Gw bleken te doen. Mochten zij dat? Ging de Grondwet als algemene en superieure, direct werkende wet niet voor?⁶⁷ De Hoge Raad loste het vraagstuk ten faveure van de bijzondere wet op, waartoe hij gebruik kon maken van artikel 140 Gw.⁶⁸ De kwestie is een prachtig voorbeeld van een algemene wet die een voor de praktijk onbruikbare norm bevat.⁶⁹

Een tweede aan de Grondwet ontleend voorbeeld van het gevaar van ‘te algemene algemeenheid’ biedt de kwestie van de horizontale werking van grondrechten. Zoals bekend, zijn klassieke grondrechten oorspronkelijk rechtsplichten tot onthouding voor de overheid. Deze moet zich op bepaalde terreinen jegens de onderdanen een beetje koest houden. In deze rechtsbetrekking leveren de grondrechten al heel wat geharrewar op. Zij leiden echter tot nagenoeg onoplosbare vraagstukken als hun werking algemener wordt gemaakt en wordt uitgebreid tot rechtsrelaties tussen burgers onderling. Dan rijzen plotseling vragen als die naar de reikwijdte van de contractsvrijheid, het verband tussen het ouderlijk gezag en de godsdienstvrijheid van kinderen, de bevoegdheid van een politieke partij om geen vrouwen als partijlid toe te laten, die van een schoolbestuur om bepaalde leerlingen te weigeren, de bescher-

67. Zie voor de discussie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 100 e.v., Deventer 1987.

68. HR 4 maart 1986, NJ 612; HR 27 mei 1986, NJ 1987, 298.

69. Dit leek aanvankelijk ook het geval met het vroegere artikel 7, nu artikel 7 lid 1 Gw. Als de rechtspraak het verspreidingsrecht niet had losgekoppeld van het openbaringsrecht, zou ook eerstgenoemd recht alleen door de wet in formele zin kunnen worden beperkt.

ming van de persoonlijke levenssfeer, enz. Een analyse van de jurisprudentie op al deze terreinen voert veel te ver. Het noemen van enige bekende arresten is voldoende: Maimonides-lyceum,⁷⁰ Turkse werknemster.⁷¹ Uit deze en andere uitspraken blijkt dat de rechter de grondrechten niet zo algemeen kan en wil toepassen dat zij op dezelfde wijze functioneren tussen burgers onderling als tussen de onderdaan en de overheid. Talloze (bijzondere) wetten en andere regelingen zouden deels van hun werking worden ontdaan, als de grondrechten jegens eenieder in te roepen subjectieve rechten zouden zijn. Er zijn nog meer voorbeelden van mogelijke overkill van de Grondwet te geven. Men denke aan de opvatting dat de grondrechten ook integraal gelden voor personen in een bijzondere rechtspositie, zoals ambtenaren (onder welke secretarissen-generaal), militairen en gedetineerden, of zelfs voor ambtsdragers als de Koning en ministers. Ik zou wel eens willen weten hoe dan een bijzondere 'wet' als de geheimhoudingsplicht, vervat in het Reglement van Orde, voor de ministerraad overeind gehouden kan worden.

Een merkwaardige problematiek vloeit voort uit artikel 94 van de Grondwet. Dit artikel van een algemene wet, de Grondwet, verbiedt de toepassing van (alle!) nationale voorschriften, als die toepassing onverenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen. Artikel 26 IVBPR is zo'n bepaling en men kan deze als positivering van een rechtsbeginsel zonder gevaar als algemene wet (vgl. artikel 1 Gw) kwalificeren. Een algemene wet, de Grondwet, verleent toepassingsvoorrang aan een andere algemene wet boven alle nationale wetten (inclusief de Grondwet zelf), algemeen of niet. Het is een simpel en duidelijk voorschrift, zou men zeggen, maar in de praktijk blijkt dat niet het geval. In diverse situaties laat de rechter de nationale regeling wier toepassing hij of die hij in strijd acht met artikel 26 IVBPR niet buiten toepassing, daar er dan een rechtsvacuüm zou ontstaan of omdat de rechter zich zou begeven op het terrein dat naar zijn oordeel dat des wetgevers is.⁷² Het zijn de bekende formules volgens welke het niet past 'bij de plaats van de rechter in het rechtsbestel' of 'dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat',⁷³ dat hij zelf de oplossing geeft. Het verrassende resultaat is dat noch artikel 94 Gw

70. HR 22 januari 1988, NJ 891, m.nt. EAA.

71. HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350, m.nt. EAA.

72. Een goed voorbeeld blijft dat van de dienstplicht die in de meeste landen alleen voor mannen (jongens) geldt (gold). Als dit in strijd is met dit artikel 26 IVBPR, moet de rechter volgens artikel 94 Gw de dienstplichtwet niet toepassen (exit leger), dan wel verklaren dat ook vrouwen (meisjes) in dienst moeten (exit rechter). Hij kijkt wel uit en verwijst naar 'de politiek'.

73. Ik vind dit zo'n aardige formulering, omdat eruit blijkt dat de rechter ook naar eigen zeggen recht vormt en niet alleen recht toepast. Maar de formulering is ook hinderlijk, omdat zelden duidelijk is waarom en wanneer de rechter niet thuis geeft. Is bijvoorbeeld de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit niet zéér 'rechtsvormend'?

(algemene wet), noch artikel 26 IVBPR (algemene wet) wordt toegepast. In bepaalde gevallen blijken ze (in combinatie) zo algemeen, dat de rechter er niet mee uit de voeten kan, of wil. Ik vind dit altijd fraaie aspecten van het recht: wat je ook bedenkt of doet, het is nooit helemaal goed. Dit komt overigens meer voor als twee of meer 'algemene wetten' of 'algemene regels' worden ingeroepen.

De tot hier geschetste situaties zijn in zoverre wat bijzonder dat zij, afgezien van de artikel 94 Grondwet-problematiek, betreffen een algemene wet, de Grondwet, waarvan onbetwist is dat zij een *lex superior* aan de andere wetten en regelingen is. Verandert het beeld bij algemene en bijzondere wetten van gelijke rang?

In het voorafgaande bleek reeds dat algemene wetten in beginsel beogen 'universeel' toegepast te worden en dat bijzondere wetten daar alleen onder uitdrukkelijke vermelding van mogen afwijken. Toch is dit geen standaardregel. Met name de als algemene wet opgezette Wet openbaarheid van bestuur van 1993, die reeds even aan de orde kwam, moet wijken als er een bijzondere openbaarheidsregeling is, tenzij de bijzondere regeling niet uitputtend bedoeld is. Jurisprudentie inzake deze kwestie is volop voorhanden. Volgens deze zijn dergelijke bijzondere regelen onder meer artikel 25a van de Wet op de Raad van State,⁷⁴ artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen voor wat betreft het belastinggeheim,⁷⁵ artikel 30 Sv en de artikelen 908a en 908b Rv.⁷⁶ Wel wordt de WOB steeds algemener, daar in recente wetten de geheimhoudingsbepalingen (die daar als bijzondere wetten kunnen worden gezien, hoewel diverse van die wetten algemene wetten zijn) aan de WOB zijn aangepast. Voorbeelden daarvan zijn de geheimhoudingsbepalingen in de Provinciewet (onder andere artikel 25) en de Gemeentewet (onder andere artikel 25), artikel 27 van de Wet Nationale ombudsman, artikel 23 van de Wet gemeenschappelijke regelingen en diverse artikelen in de Mededingingswet. Het wachten is nu op de voorgenomen overheveling van de WOB naar de Awb. Dan rijst vanzelfsprekend de vraag of zij in de 'superieure aard' van de Awb gaat delen, dan wel een bescheiden klassieke *lex generalis* blijft waarvan de specialis (vanzelfsprekend) mag afwijken. Uit artikel 2.3.1.3 van het voorontwerp van de vierde tranche van de Awb blijkt dat de WOB niet gaat delen in het Awb-karakter. Op pagina 40 van de toelichting wordt terzake opgemerkt dat het bestaande systeem van de WOB blijft gelden onder het Awb-regime. Wetstechnisch is dit niet fraai, erg duidelijk is het evenmin. De Awb wordt zo deels van 'superieur', deels van 'inferieur' of, zoals de toelichting (p. 40) het noemt, 'liberaal' karakter.

74. O.a. Afd. rspr. 3 januari 1984, AB 258.

75. O.a. Afd. rspr. 11 november 1983, AB 1984, 80; Afd. rspr. 21 juli 1986, AB 1987, 517.

76. Zie voor een uitgebreid overzicht A.A.L. Beers, Commentaar op het voorstel voor een nieuwe Wet openbaarheid van bestuur, p. 60-61, Zwolle 1987.

Via de WOB kunnen wij weer bij de Awb belanden. Langs welke wet overigens niet? De algemene Awb heeft onlangs haar effect op de WOB en de Wet Nationale ombudsman doen voelen, nu beide ten opzichte van de Awb bijzondere wetten van toepassing zijn geworden op alle bestuursorganen in de zin van de Awb, voorzover deze niet bij AMvB uitgezonderd zijn. Dit heeft het gevolg dat de rechter in het verband van de WOB, en, wat veel interessanter is, de Nationale ombudsman binnen zijn bevoegdheid zullen moeten vaststellen of er sprake is van een bestuursorgaan in de zin van de Awb jo. de WOB of de Wet No. Het Awb-begrip bestuursorgaan moge steeds algemener worden in de wetgeving, de toepassing en interpretatie dreigen meer en meer uiteen te lopen. Daaraan is niet te ontkomen als algemene begrippen of algemene bepalingen door diverse (rechterlijke) instanties (moeten) worden toegepast en uitgelegd.

Beschouwing van de Awb en haar *begrip bestuursorgaan* maakt de problematiek van de algemene wet en de bijzondere wet er niet eenvoudiger op. Zoals de Awb het bestuursorgaan omschrijft, breekt zij potentieel en realiter in vele bijzondere wetten in, niet zelden tot veler verrassing. Nu heeft dat in het algemeen niet zo'n grote gevolgen, als het 'bestuursorgaan' geen besluiten mag nemen.⁷⁷ Als dat echter wel het geval is – en dat is nogal eens zo, omdat zoals gezegd de rechter heel wat beslissingen en zelfs mededelingen als besluiten (of daarmee op één lijn te stellen) kwalificeert – wordt het Awb-rechtsbeschermingsregime van toepassing en staat de gewone rechter beteuterd met burgerlijk lege handen. In een aantal gevallen neemt de Awb dan weer zelf maatregelen, door de beslissing die volgens de Awb een besluit is, van beroep uit te sluiten. Een goed voorbeeld daarvan biedt artikel 8:4 onder f. APK-keuringstations zijn bijvoorbeeld wel bestuursorganen die besluiten nemen, maar deze zijn volgens de Awb niet appellabel. Overigens vallen zij, als ik het goed zie, sinds kort wel onder de WOB en de Wet Nationale ombudsman. De gevolgen van de overneming of gelding van het Awb-orgaanbegrip in andere regelingen kunnen dus, zonder dat van appella-bele besluiten volgens de Awb-systematiek sprake is, aanmerkelijk zijn.

De problematiek die het Awb-begrip orgaan oproept, is vooral lastig op wat wel genoemd wordt het grensvlak⁷⁸ van publiekrecht en privaatrecht. De Haagse opvattingen inzake de vraag wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon tevens een bestuursorgaan is,⁷⁹ lijken niet geheel consistent. Volgens pagina 28 van de memorie van toelichting op de Awb moeten een of meer overheidstaken aan de rechtspersoon

77. Zie echter hierna.

78. Zo'n grensvlak moet men zich kennelijk voorstellen als een verticaal vlak, een soort permeabele muur tussen beide rechtscompartimenten. Hoe dan ook, de term is een natuurkundige, wat bij een korte enquête nagenoeg geen jurist blijkt te weten.

79. Zie voor de vraag of de rechtspersoon bestuursorgaan is, dan wel een orgaan van die rechtspersoon, C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht*, p. 45-46, Zwolle 1990. Zie ook infra.

zijn opgedragen en moeten ter vervulling daarvan de nodige bevoegdheden zijn toegekend. Pagina 11 van de Nota van toelichting bij het aanwijzingsbesluit bestuursorganen WOB en Wet No van 16 oktober 1993, Stb. 535 spoort hiermee, zij het in wat andere bewoordingen. Verschil bestaat echter waar het gaat om zogenaamde rechtspersonen met overwegende overheidsinvloed op het bestuur en beheer, die echter geen publiekrechtelijke bevoegdheden bezitten. De genoemde memorie van toelichting stelt – mijns inziens ten onrechte – dat deze onder de Awb vallen, pagina 11 van de vermelde Nota van toelichting ontkent dit. De rechtspraak is op dit punt ook niet steeds even consequent, althans niet immer doorgrondelijk. Dit lijkt vooral te liggen aan het wat zwalkende antwoord op de vraag of er sprake is van openbaar gezag. Bekende uitspraken op dit punt zijn ABR 30 november 1995, Gst. 7024, m.nt. Goorden, AB 1996, 136, m.nt. Zijlstra (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers, ABR 3 oktober 1996, AB 474 (NV Luchthaven Schiphol), ABR 12 november 1998, AB 1999, 30, m.nt. Schreuder-Vlasblom (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen), ABR 18 januari 1999, AB 117 (Kamer voor Beroep van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders).⁸⁰ Overigens bevat de Awb geen alles-of-niets-stelsel in de zin van: een orgaan is een bestuursorgaan of is het niet. Een garage die APK-keuringen uitvoert, is slechts bestuursorgaan voor zover hij APK-keuringen verricht.⁸¹ Ware dit niet zo, dan zou het gevolg zijn dat de Awb en andere wetten zoals de WOB en de Wet No op alle activiteiten van de garage van toepassing zijn.

Hoewel vooral Vermeulen en Zoontjens de relatie tussen de Awb en de onderwijswetgeving behandelen, mag er hier ook iets over worden gezegd. Het bijzonder onderwijs is in Nederland privaatrechtelijk georganiseerd. Het publiekrecht dat op het bijzonder onderwijs betrekking heeft, bindt de instellingen niet in de interne verhoudingen. Zo worden de arbeidsverhoudingen en de bestuursinrichting door het privaatrecht beheerst, ook al bevatten de publiekrechtelijke regelingen allerlei deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Op één punt lijken de instellingen van bijzonder onderwijs echter bestuursorganen te zijn, te weten het al dan niet laten slagen voor wettelijk geregelde examens en de uitreiking van getuigschriften.⁸² Zouden de bijzondere instellingen belast worden met de verstrekking van studiefinanciering, dan zijn zij op dit punt waarschijnlijk ook te zien als bestuursorganen. Het is de vraag of dit een gelukkige ontwikkeling zou zijn. De complexiteit van het recht en van de rechtsbescherming zou immers toenemen. Activiteiten binnen één rechtspersoon zouden regelmatig gesplitst moeten worden in publiekrechtelijke en privaatrechtelij-

80. Zie verder de noot van Schreuder-Vlasblom in AB 1999, 118.

81. Vgl. ABR 12 november 1998, AB 1999, 30, waarin de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen slechts een bestuursorgaan is voor 'wat betreft besluiten als hier in het geding'.

82. Zo kan althans de uitspraak van de ABR van 24 juli 1998, AB 410, m.nt. BPV gelezen worden.

ke. Een dergelijke ontwikkeling zou problemen oproepen vergelijkbaar met die, voortvloeiend uit de jurisprudentie, waarin de rechterlijke competentie inzake toekenning van schadevergoeding steeds meer gekoppeld wordt aan de aard van het schadeveroorzakend besluit (of handelen) en niet aan het ambt dat besloot of handelde. Helemaal ingewikkeld wordt de zaak bij een 'samenwerkingsbestuur' of een 'samenwerkingschool'. Ik kom daar nog op terug.

Een tweede kernbegrip van de Awb is het *besluit*. Dit is een nog moeilijker te determineren verschijnsel dan het bestuursorgaan, althans te oordelen naar de inmiddels nagenoeg onontwarbare rechtspraak inzake bevoegdheidsgrondslagen, publieke taken, rechtsoordelen, (publiekrechtelijke) rechtshandelingen, in- en externe werking, et cetera. Ik wees daar reeds op. Een begrip van een algemene wet dat ook moet gelden voor bijzondere wetten en lagere regelingen, moet zo eenduidig mogelijk zijn. Het Awb-besluit (zoals uitgelegd in de rechtspraak) voldoet niet aan deze eis. Overigens moet worden opgemerkt dat als gevolg van de koppeling van het besluitbegrip aan het begrip bestuursorgaan de kwalificatie van enige instelling als bestuursorgaan (met name dat van art. 1:1, eerste lid, onder b) reeds snel leidt tot de aannahme van een besluit. Zodra er sprake is van openbaar gezag, is een publiekrechtelijke rechtshandeling vaak eenvoudig te construeren.

Een aantal consequenties van het Awb-besluitbegrip voor algemene wetten is reeds aan de orde geweest. Sommige bijzondere regelingen ondervinden er ook de gevolgen van, vaak in samenhang met het orgaanbegrip van de Awb. De kwestie speelde overigens ook reeds voor de inwerkingtreding van deze wet. Zowel de Afdeling rechtspraak als de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn regelmatig voor de vraag gesteld of er sprake was van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtshandeling. Onder de Awb is een aantal uitspraken geweest waaruit blijkt hoe moeilijk de administratieve rechter het met de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht, al dan niet in het verband van bijzondere wetten, heeft of kan hebben. Zo is in de AB 1996, nrs. 110-114 een aantal uitspraken van presidenten van rechtbanken te vinden over de rechtsverhouding tussen de kabelexploitant en degene die zijn diensten over de kabel aanbiedt. De een meent dat er in die relatie sprake is van de uitoefening van een publieke taak door de exploitant en dus van een besluit, de ander ziet de rechtsverhouding als privaatrechtelijk. De Afdeling bestuursrechtspraak koos wat later positie en meent dat er geen sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Van een besluit in de zin van de Awb is dus geen sprake,⁸³ dit bij gebreke van een wettelijke grondslag en een duidelijk publieke taak. Vergelijkbare vraagstukken doen zich op andere rechtsgebieden voor. Zie ik het goed,

83. ABR 13 maart 1997, AB 237, m.nt. GC.

dan is de onzekerheid over de vraag of publiekrecht dan wel privaatrecht van toepassing is, vooral ontstaan door een – mijns inziens veel te – gemakkelijke aanname van publiekrechtelijke bevoegdheden. Zodra taken en rechtsbeginselen als bevoegdheidsgrondslagen worden gezien, en dat gebeurt regelmatig in de jurisprudentie, wordt een voldoende scherpe afbakening van de publiekrechtelijke rechtshandeling onmogelijk. Bovendien ontstaat aldus een bevoegdheidsgrondslag die regelmatig uitdijt en inkrimpt, daar taken die wij vandaag als publiek zien, morgen privaat blijken en omgekeerd. Het zou uit het oogpunt van consistentie en begrijpelijkheid van het rechtssysteem goed zijn, als de wetgever en de rechtspraak ervan uitgaan dat ‘openbaar gezag’ moet steunen op een geschreven regeling die te herleiden is tot de (Grond)wet.

De bestaande problematiek inzake het Awb-besluit (en het Awb-orgaan) in de bijzondere wetgeving kan (ook) goed geadstrueerd worden aan de hand van het onderwijsrecht, waarop de andere preadviseurs, zoals gezegd, veel dieper ingaan dan ik doe. Sinds de – geheid ongrondwettige – wet van 23 april 1998, Stb. 294 kent de Wet op het voortgezet onderwijs de figuur van de ‘bestuurlijke fusie openbare en bijzondere scholen’. Deze fusie houdt in essentie in dat de instandhouding van een of meer openbare en een of meer bijzondere scholen kan worden opgedragen of overgedragen aan een stichting die daartoe is opgericht, een soort eenwording van god en de duivel. Wat nu met de toepasselijkheid van de Awb? Het is buiten kijf dat het bestuur van een openbare school een Awb-bestuursorgaan is en Awb-besluiten neemt of kan nemen, ook al is dit bestuur een stichting. Eveneens is duidelijk dat een bestuur van een bijzondere school, de uitoefening van een enkele bevoegdheid zoals de uitreiking van getuigschriften daargelaten, geen bestuursorgaan in de zin van de Awb is en geen Awb-besluiten neemt. Moet men nu aannemen dat een ‘fusiebestuur’ Awb-besluiten neemt inzake de onder hem ressorterende openbare scholen, en privaatrechtelijk opereert als het om de bijzondere scholen gaat? En wat te denken van de situatie dat besluiten worden genomen, die aan alle door de stichting instandgehouden scholen gemeenschappelijk zijn, zoals een besluit tot wijziging van de lesroosters en de onderwijsvrije dagen? Belanden bezwaarden van de openbare school dan bij de administratieve rechter en bezwaarden van de bijzondere school bij de burgerlijke rechter?

Om dit type problemen te vermijden of althans te reduceren zou de bijzondere wetgever zelf duidelijk moeten aangeven wat hem voor ogen staat. De Awb-begrippen zijn (veel) te algemeen geformuleerd om in dit type situaties zonder grote fricties te worden toegepast.

Een mislukking van de Awb als algemene wet zijn naar mijn oordeel haar bepalingen inzake *delegatie*. De mislukking betreft zowel de relatie tot algemene wetten zoals de Grondwet, de Provinciewet en de Gemeentewet,⁸⁴ als die tot bijzondere wetten en andere (lagere) regelingen.⁸⁵ De mankementen schuilen in allerlei bepalingen. De Awb is in relatie tot andere wetten en regelingen vaak (te) eng, omdat zij slechts spreekt van besluiten (in de zin van de Awb), terwijl de andere wetten en regelingen de algemene uitdrukking overdracht van bevoegdheden bezigen of bezigden. In zo'n situatie is de Awb slechts van toepassing voor zover die bevoegdheden besluiten inhouden. Er zou dan bijvoorbeeld deels wel, deels geen sprake zijn van privaatieve werking of van een verbod van overdracht aan ondergeschikten. Een tweede duidelijk defect van de Awb is dat zij niet definieert wat een ondergeschikte is, noch aan wie deze ondergeschikt moet zijn, wil er sprake zijn van een delegatieverbod. Aannemelijk is dat de Awb doelt op een aan de delegans ondergeschikte. Een probleem is echter dat een persoon in bepaalde opzichten wel, in andere niet ondergeschikt is of kan zijn. Zo is een hoogleraar aan een openbare universiteit als werknemer ondergeschikt aan zijn werkgever, maar in zijn kwaliteit als beoefenaar van de wetenschap is hij dit niet. Mag er nu wel of niet aan hem worden gedelegeerd? De privaatieve werking die de Awb aan delegatie toekent, geldt blijkens de Aanwijzingen voor de regelgeving (zie Aanwijzingen 223, 241 en 243) kennelijk niet voor de verhouding tussen de hogere regeling en de lagere regeling op rijksniveau. Artikel 10:15 Awb, volgens welk delegatie alleen geoorloofd is als in de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien, is een interessante bepaling als het gaat om rechtspersonen naar privaatrecht die (geheel of deels) bestuursorgaan zijn. Het is mogelijk dat volgens de statuten binnen die rechtspersoon overdracht van bevoegdheden kan plaatsvinden. Moeten we nu aannemen dat de rechtspersoon zelf het bestuursorgaan is in de zin van de Awb en artikel 10:15 Awb de rechtspersoon alleen verbiedt zonder wettelijke grondslag aan derden te delegeren? Of verbiedt artikel 10:15 Awb ook overdracht binnen de rechtspersoon? Naar mijn oordeel heeft de Awb in beginsel niets van doen met de interne verhoudingen binnen privaatrechtelijke organisaties. De rechtspersoon is te beschouwen als het bestuursorgaan.⁸⁶ Wat daarbinnen gebeurt, is uit Awb-oogpunt irrelevant. Het zal duidelijk zijn dat deze kwestie van betekenis is voor de instellingen van bijzonder onderwijs, waar de statuten en

84. Ik schreef daarover reeds eerder. Zie: Waar staatsrecht en bestuursrecht elkaar raken. Delegatie in de Grondwet c.a. en in de Algemene wet bestuursrecht, in De gevolgen van de Awb voor het staatsrecht, p. 1 e.v., Deventer 1997. De ontwerp-regeling inzake attributie roept ook veel vragen op.

85. Tegenwoordig kan de ministerraad volgens de rechtspraak extern werkende besluiten nemen. Daarop is afdeling 10.1.2 Awb van toepassing. Betekent dit echter niet dat bijvoorbeeld de artikelen 17 en 21 lid 3 van het RvOMR onverbindend, althans in strijd met de Awb zijn?

86. Zie o.a. noot HH bij CRvB 26 februari 1987, AB 248, en C.P.J. Goorden, a.w., p. 45-46.

andere reglementen vaak allerlei mogelijkheden tot overdracht van bevoegdheden inhouden. Men kan (en moet) het zelfs algemener stellen: in de interne verhoudingen van de privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens bestuursorgaan is, gelden de artikelen 10:13 tot en met 10:19 Awb geheel niet.⁸⁷ Wil de wetgever dat dat geheel of deels wel het geval is, dan zal hij dat uitdrukkelijk moeten bepalen.

Uit het voorgaande blijkt dat Afdeling 10.1.2 (te) veel problemen oproept. Wijziging ervan zou een aantal ervan oplossen of beperken. De definitie ware te verruimen tot andere beslissingen dan besluiten. Artikel 10:14 ware te schrappen en artikel 10:17 zou moeten worden aangevuld met de zinsnede: 'tenzij het dat bij de delegatie bepaalt'.⁸⁸ Het beste ware echter alle bepalingen inzake delegatie te schrappen. De regeling van het *mandaat* in de Awb is ook, zij het minder, kwestieus. Het ernstigste defect van deze bepalingen is mijns inziens dat zij mandaat in bepaalde opzichten te ruimhartig toestaan. Mandaat aan niet-ondergeschikten van de mandans vraagt om moeilijkheden, en deze worden nog extra groot als die niet-ondergeschikten behoren tot een ander overheidsverband dan de mandans.⁸⁹ Ik vermeldde reeds de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14 mei 1998, waarin deze moest oordelen over een – tweevoudig – mandaat van de Minister van LNV aan de colleges van gedeputeerde staten. Terecht achtte de Afdeling dit ongeoorloofd, hoewel de tekst van de Awb het niet verbiedt. De algemene Awb had dit soort 'modern' gedoe onmiddellijk de kop in moeten drukken. Een tweede geval van mandaat-problemen is – overigens zonder dat de commissie dit heeft onderkend – te vinden in het rapport van de commissie-Van Dijk over de Ceteco-affaire in de provincie Zuid-Holland. Uit dat rapport blijkt dat gedeputeerde staten in april 1998 een uitgebreid mandaatbesluit namen dat ook privaatrechtelijke rechtshandelingen bestreek, terwijl dit volgens de Awb sinds 1 januari 1998 niet meer mogelijk was. Gedeputeerden hadden terzake volmacht moeten verlenen.

Er zouden nog diverse andere Awb-begrippen en Awb-constructies besproken kunnen worden in het licht van bijzondere wetgeving. Ook daar doen zich fricties voor. Het voorafgaande is echter bewust beperkt tot bijzonder algemene begrippen van de Awb. Dat zijn de interessantste, omdat zij de grootste 'reach' hebben. Soms blijkt die te groot, dan weer toch nog te gering. Volmaakt wordt het echter nooit en dat is maar goed ook, 'Den Haag' zou er nog praatjes van krijgen.

87. Voor Afdeling 10.1.1 geldt m.i. hetzelfde.

88. Op de beleidsregels in Afdeling 10.1.2 en elders in de Awb ga ik verder niet in. Ik heb zo'n afkeer van de wettelijke regeling daarvan, dat ik er, op datgene wat ik er tot nu toe over schreef na, nauwelijks objectief over kan schrijven, althans nu. Misschien kalmeer ik ooit weer.

89. Zie o.a. M.R. Bökkerink, Mandaat aan niet-ondergeschikten, in S.C.J.J. Kortmann et al. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersoon*, p. 611 e.v., Deventer 1999.

7. Slot

Het is tijd af te ronden onder het getal van de rustdag. Het is mooi geweest, ook al houdt dit preadvies slechts de inleidende beschietingen vóór de grote manoeuvres in. Hopelijk verschaft het ondanks zijn beknoptheid enig inzicht in de problematiek van de algemene wet en de bijzondere wet in hun diverse betekenissen en hun mogelijke onderlinge verhouding. Een algemene wet als de Algemene wet bestuursrecht biedt veel goeds – uniformiteit, relatieve eenvoud – maar dreigt op onderdelen haar doel voorbij te schieten. Dit is deels te wijten aan een teveel aan doctrine en dogmatiek (delegatie, mandaat, beleidsregels), deels aan een ongelukkige formulering van haar kernobjecten: het bestuursorgaan en het besluit. Bovendien horen bepaalde onderdelen, zoals de titel inzake subsidies, mijns inziens niet in de Awb thuis. Extra problemen rijzen als wetten die zich als algemeen betitelen, niet slechts harmonisatie, unificering en vereenvoudiging nastreven, doch op een positie van *lex superior* aanspraak maken. Zij willen een soort infraconstitutioneel, maar supralegislatief recht zijn. Uit het voorgaande is, naar ik hoop, gebleken dat dit ‘wetgevend imperialisme’ de nodige problemen oproept. In andere gevallen van ‘algemene wetgeving’ stelde de wetgever zich terecht bescheidener op. Wil de wetgever echt bereiken wat hem met de Awb voor ogen staat, dan zal hij via een grondwetsherziening ten minste een apart soort ‘hogere’ wet moeten introduceren. Sommige landen, zoals Frankrijk en Spanje, kennen dat type wet onder de naam organieke wet. Daarmee is echter slechts een betrekkelijk formeel vraagstuk opgelost. Dat van (onder andere) ‘overkill’ en ‘underkill’ zou blijven bestaan, en nieuwe vragen zouden worden opgeroepen.

De Awb is geen algemeen, noch een bijzonder succes, een mislukking is zij ook niet. Zij dreigt het echter wel te worden als ‘haar’ pretenties even groot blijven als zij tot op heden waren. Enige bescheidenheid, vooral jegens andere ‘algemene’ zusters, zou haar sieren. Laat ik in dit verband maar eindigen zoals ik begon, met Montesquieu: ‘Il y a de certaines idées d’uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (...) mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu’ils

reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne le pas découvrir: les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception?⁹⁰

90. Montesquieu, a.w., livre XXIX, chapitre XVIII.

8. Vraagpunten/stellingen

1. Is het mogelijk een sluitende omschrijving van een 'algemene wet' te geven? (par. 2)
2. Is het wenselijk het doel en de functie van een 'algemene wet' ten opzichte van andere wetten alleen in de toelichting op te nemen? (par. 3)
3. De verhouding tussen wetten als de Grondwet, de Provinciewet, de Gemeentewet enerzijds en de Algemene wet bestuursrecht anderzijds is onvoldoende doordacht. (par. 4 en 6)
4. Is formele verhoging van de rang van wetten als de Provinciewet, de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht in de normenhiërarchie gewenst? (par. 7)
5. Naarmate de Algemene wet bestuursrecht meer gaat omvatten, verliest zij haar karakter van 'algemene wet'. (passim)

Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht

*Prof. mr. B.P. Vermeulen, mr. P.J.J. Zoontjens**

1.	Het duale onderwijsbestel	48
1.1	Inleiding	48
1.2	Onderwijsrecht	50
1.2.1	Ruime werkdefinitie	50
1.2.2	Een functioneel rechtsgebied	50
1.2.3	Normenhiërarchie	51
1.2.4	Thematische indeling	53
1.3	Het duale onderwijsbestel in het constitutionele recht	54
1.3.1	Constitutioneel onderwijsrecht	54
1.3.2	Artikel 23 Grondwet: een grondrechtsartikel sui generis	56
1.3.3	Artikel 23 Grondwet: een duaal onderwijsbestel	59
1.3.4	Artikel 23 Grondwet: één stelsel, twee gelijkwaardige delen	61
1.3.5	Relativering van het duale onderwijsbestel	62
1.4	De vormgeving van het duale onderwijsbestel in de wetgeving	64
1.4.1	De juridische positie van het schoolbestuur ten opzichte van de rijksoverheid	64
1.4.2	De bestuursvormen	69
1.4.3	Het karakter van het onderwijs	70
1.4.4	De juridische positie van het personeel	70
1.4.5	De juridische positie van de leerling	71
1.5	Conclusies	72

* Met dank aan onze collega's mr. M.H. Boogers, mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, mr. C.A.J.M. Merckx en mr. J.A.F. Peters voor hun kritisch en opbouwend commentaar. Bijzondere vermelding verdient mr. M.H. Boogers voor haar grondige graaf- en spitwerk.

2.	De bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen	75
2.1	Instandhouden en besturen	75
2.2	Rechtspersonen, bestuursorganen, instellingen	77
2.3	De inrichting van het bevoegd gezag	79
	2.3.1 Openbaar onderwijs	80
	2.3.2 Bijzonder onderwijs	83
2.4	Het samenwerkingsbestuur en de samenwerkingschool	88
2.5	Conclusies	91
3.	De aard van de rechtsverhoudingen in onderwijsinstellingen	93
3.1	De rechtsverhouding van personeel met het bevoegd gezag	93
	3.1.1 Openbaar onderwijs	93
	3.1.2 Bijzonder onderwijs	98
	3.1.3 Samenwerkingsvormen	100
3.2	De rechtsverhouding van leerlingen met het bevoegd gezag	103
	3.2.1 Openbaar onderwijs	103
	3.2.2 Bijzonder onderwijs	108
	3.2.3 Samenwerkingsvormen	112
3.3	Conclusies	113
4.	Besluitvorming in onderwijsinstellingen	115
4.1	Algemeen	115
4.2	Niveaus van besluitvorming	115
4.3	Besluitvorming in de stichting voor openbaar onderwijs	119
4.4	Besluitvorming in de samenwerkingschool en het samenwerkingsbestuur	123
4.5	Delegatie en mandaat in onderwijsinstellingen	125
	4.5.1 Algemeen	125
	4.5.2 ‘Versterkt’ mandaat?	128
	4.5.3 Problemen bij delegatie binnen instellingen	130
4.6	Conclusies	132
5.	Bekostiging en subsidie	134
5.1	Algemeen	134
5.2	Subsidie en bekostiging	135
5.3	Duurrelatie	136
5.4	Ontbreken subsidieplafond	137
5.5	De Wet overige OCenW-subsidies	138
5.6	Conclusies	142

6.	Organisatie van de rechtsbescherming	143
6.1	Versnippering	143
6.2	Differentiatie en unificatie in duale verhoudingen	144
6.3	Het keurslijf van het administratief beroep	149
6.4	Bestuursrechtspraak in één instantie	155
6.5	Conclusies	157
7.	Problemen van rechtsbescherming op deelterreinen	159
7.1	Het beroep tegen beoordelingsbeslissingen	159
	7.1.1 Algemeen	159
	7.1.2 Het wettelijk kader	160
	7.1.3 De uitspraak van het college van beroep voor de examens in relatie tot artikel 8:4 onder e Awb	161
	7.1.4 Examenberoep aan een bijzondere onderwijsinstelling	164
	7.1.5 De toetsing van beoordelingsbeslissingen door de burgerlijke rechter	167
7.2	Medezeggenschapsgeschillen	169
	7.2.1 Algemeen	169
	7.2.2 Rechterlijke toetsing van uitspraken van openbare en bijzondere commissies	171
	7.2.3 Concurrerende rechtsgangen in het openbaar onderwijs	173
	7.2.4 Opeenstapeling van rechtsgangen in het openbaar onderwijs	174
	7.2.5 De toekomst van de geschillenregeling	174
7.3	Varia en curiosa	176
7.4	Conclusies	179
8.	Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht	181
9.	Stellingen	184

1. Het duale onderwijsbestel

1.1 Inleiding

In dit preadvies staat centraal de verhouding tussen het algemene bestuursrecht – met name de Algemene wet bestuursrecht – en het onderwijsrecht. Een belangrijk thema zal zijn in hoeverre in deze verhouding de Awb te beschouwen is als de algemene wet welke het kader bevat waarbinnen het onderwijsrecht als bijzonder recht zich heeft te voegen. We merken nu reeds op dat zal blijken dat de verhouding van het algemene bestuursrecht tot het onderwijsrecht en de al dan niet toepasselijkheid van het algemene bestuursrecht niet alleen door de Awb bepaald wordt, maar ook door grondwettelijke normen, privaatrechtelijke principes en specifieke onderwijs-wetgeving.

Wij zullen op bepaalde punten op het preadvies van Kortmann, gewijd aan de meer omvattende problematiek van de verhouding van de algemene ten opzichte van de bijzondere wet, teruggrijpen. Daarbij zij aangetekend dat, zoals de Awb niet altijd maatgevend voor het onderwijsrecht is, ook Kortmanns beschouwingen niet altijd zullen fungeren als maatstaf voor de onze. Dat neemt onze hoogachting voor de Awb en voor Kortmann uiteraard niet weg.

In dit preadvies kiezen we als vertrekpunt de positie van de onderwijsinstelling in het duale onderwijsbestel. In dit duale bestel worden bijzondere en openbare instellingen van elkaar onderscheiden. Hun taken en bevoegdheden vinden een grondslag in vaak identieke wettelijke voorschriften, maar worden in een verschillend rechtsregime tot uitvoering gebracht. De instelling voor openbaar onderwijs is van de overheid. Zij is geordend in het publiekrecht. Het bijzonder onderwijs is grondwettelijk verankerd als een aangelegenheid van organisaties van particulieren, en geniet grondrechtelijke vrijheden. De instelling voor bijzonder onderwijs is wat betreft haar organisatie en besluitvorming dan ook geordend in het privaatrecht.

Het gegeven van de dualiteit van het onderwijsbestel maakt de afstemming met de Awb tot een interessante opgave. De voortdurende worsteling die in het onderwijsrecht (de wetgeving, de uitvoeringspraktijk, de rechtspraak en de wetenschap) wordt geleverd om de onderlinge grenzen tussen de beide delen van het onderwijsbestel helder te krijgen betreft vooral de toedeling en uitoefening van gelijke rechten, taken en bevoegdheden, en wel op zodanige wijze dat men er in het privaatrechtelijk kader van het bijzonder onderwijs én het bestuursrechtelijk kader van het openbaar onderwijs mee uit de voeten kan. Vanuit deze invalshoek, zo menen wij, kunnen de mogelijkheden en grenzen van de Awb voor dit bijzondere rechtsgebied het scherpst uitgetekend worden.

Wij zullen ons in dit preadvies beperken tot het door de overheid bekostigd onderwijs. Het niet-bekostigde onderwijs – ook wel particulier onderwijs¹ geheten – laten wij buiten beschouwing. Slechts op een enkel punt (afgeven van getuigschriften; aanwijzing als erkende instelling/opleiding) komen niet-bekostigde instellingen in hun hoedanigheid als *onderwijsinstellingen* in aanraking met het bestuursrecht. Dat levert niet zodanig interessante vraagstukken op dat daar in dit kader aandacht aan besteed hoeft te worden.

Veelal zullen we onze aandacht richten op een of twee specifieke onderwijssectoren, omdat een bepaalde problematiek juist daar en niet elders speelt of acuut is.

De opbouw van het preadvies is als volgt.

Begonnen wordt met een algemene beschouwing omtrent de plaats van het onderwijsrecht en de grondstructuur van het duale bestel (hoofdstuk 1).

Vervolgens wordt de blik meer in detail gericht op de interne verhoudingen binnen de onderwijsinstelling. Aan bod komen de bestuurlijke inrichting van de onderwijsinstellingen, en vervolgens de aard van de rechtsverhoudingen en van de besluitvorming binnen deze instellingen (hoofdstukken 2-4).

Daarna wordt ingegaan op de externe relatie tot de overheid zoals deze tot uiting komt in de vorm van bekostiging en subsidieverlening (hoofdstuk 5), waarna een bespreking volgt van de organisatie van de rechtsbescherming en enkele specifieke rechtsbeschermingsproblemen (hoofdstukken 6-7).

We ronden af met enkele algemene beschouwingen over het kernthema van dit preadvies, de verhouding tussen het algemene bestuursrecht en het onderwijsrecht (hoofdstuk 8).

De hoofdstukken worden afgesloten met conclusies, die in gecondenseerde vorm zijn samengevat in enige stellingen (hoofdstuk 9).

1. Zie hierover H.A.M. Backx, *Het particulier onderwijs*, Zwolle 1994.

1.2 Onderwijsrecht²

1.2.1 Ruime werkdefinitie

Het is niet eenvoudig een sluitende definitie en afbakening van het onderwijsrecht te geven. We zullen dat hier ook niet proberen, en uitgaan van een globaal, ruim begrip. Wat losjes gedefinieerd is onderwijsrecht alle recht dat beoogt speciaal het onderwijs en het onderwijssysteem te regelen. Tot het onderwijs rekenen we onder meer de specifieke regelingen met betrekking tot de relaties tussen vragers en aanbieders van onderwijs, tussen besturen van onderwijsinstellingen en hun personeel, en tussen overheden en besturen van onderwijsinstellingen. Zo delen we bijvoorbeeld voorschriften die beogen *specifiek* de werkloosheid in de onderwijssector terug te dringen in bij het onderwijsrecht. Tot het onderwijsrecht rekenen we daarentegen niet de *algemene* voorschriften die een regeling geven voor allerlei maatschappelijke terreinen waaronder toevallig ook het onderwijs valt. Zo worden de regels inzake aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging niet tot het onderwijsrecht gerekend, ook al is niet uitgesloten dat een school op vervuilde grond staat.

Benadrukt dient te worden dat het onderwijsrecht zich niet in de eerste plaats richt tot het pedagogische proces, het contact tussen docent en leerling waarbij opvattingen worden gevormd, vaardigheden worden bijgebracht, kennis wordt overgedragen, begeleiding plaatsvindt en zelfwerkzaamheid wordt gestimuleerd. Een groot deel van het onderwijsrecht heeft primair betrekking op het onderwijs als systeem van voorzieningen, waarbij de relatie tussen de onderwijsinstellingen en de overheid voorop staat.

1.2.2 Een functioneel rechtsgebied

Het onderwijsrecht is een terrein waarop regels vanuit zeer uiteenlopende rechtsgebieden worden toegepast op relaties die het onderwijs betreffen. Het onderwijsrecht is dan ook een *functioneel rechtsgebied*, een bundeling van benaderingen vanuit verschillende juridische disciplines: internationaal recht, publiekrecht en privaatrecht.

Een groot deel van dit rechtsgebied is van publiekrechtelijke aard. Het bestaat vooral uit regels die de relatie tussen de rijksoverheid en de schoolbesturen normeren: staatsrecht, bestuursrecht en strafrecht. Het onderwijsstelsel vormt immers een

2. Zie voor algemene beschouwingen over dit rechtsgebied A. Postma, Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht, Zwolle 1995; B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag 1999; P.J.J. Zoontjens, Inleiding tot de onderwijswetgeving, Den Haag 1999.

belangrijk voorwerp van overheidszorg, hetgeen onder meer tot uiting komt in de omvangrijke financiering en kwaliteitszorg door de overheid. De staatsrechtelijke grondstructuur van deze zorg is vastgelegd in artikel 23 Grondwet. De concrete uitwerking ervan heeft plaatsgevonden in allerhande bestuurswetten en andere bestuursrechtelijke voorschriften. Daarnaast is het onderwijsrecht voor een beperkt deel van strafrechtelijke aard; denk aan de strafsancities die op overtreding van de Leerplichtwet 1969 staan, en aan de recent in de onderwijswetgeving neergelegde verplichting van schoolbesturen tot aangifte van mogelijke zedenmisdrijven jegens een leerling begaan door een personeelslid (artikel 4 lid 2 Wet op het primair onderwijs; artikel 3 lid 2 Wet op het voortgezet onderwijs).

Het duale karakter van het onderwijsbestel, waarvan de ene tak gevormd wordt door het vanwege de overheid gegeven openbaar onderwijs, en de andere tak gevormd wordt door het bijzonder onderwijs dat niet uitgaat van de overheid maar van door burgers bestuurde privaatrechtelijke rechtspersonen, brengt met zich dat ook het privaatrecht een relevante rol speelt. De interne verhoudingen in het openbaar onderwijs (het vanwege de overheid gegeven onderwijs) zijn van publiekrechtelijke aard. Zo staan personeelsleden (ambtenaren) en ouders/leerlingen in het algemeen in een bestuursrechtelijke verhouding tot het bestuur van een openbare school. De interne verhoudingen in het bijzonder onderwijs zijn primair van privaatrechtelijke aard. Zo is het personeel aldaar werkzaam op basis van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, en wordt de relatie tussen ouders/leerlingen en schoolbestuur mede beheerst door privaatrechtelijke normen.

1.2.3 Normenhiërarchie

Het onderwijsrecht bestaat uit normen die van zeer verschillende regelgevers afkomstig zijn.

Allereerst zijn er de in internationale bepalingen en de Grondwet neergelegde basisbeginselen en -waarden. Van belang zijn met name de EG-regelgeving en de mensenrechtenbepalingen inzake het onderwijs, alsmede het grondwetsartikel inzake onderwijs, artikel 23 Grondwet.

Vervolgens is er een aantal sectorwetten, zoals de Wet op het primair onderwijs (Wpo) en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw), waarin enerzijds een aantal van die basisbeginselen nader geconcretiseerd wordt en anderzijds de juridische basis gegeven wordt voor nadere gedelegeerde regelgeving.

De feitelijke normstelling vindt grotendeels plaats in lagere (rijks)regelgeving (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, regelgeving van zelfstandige bestuursorganen), soms ook in gemeentelijke verordeningen. In het hoger onderwijs

vindt de feitelijke normstelling veelal plaats in de vorm van regelingen van de instellingsbesturen zelf.

Enkele voorbeelden. Het Besluit kerndoelen werkt de in artikel 9 Wpo opgesomde kerndoelen voor het basisonderwijs nader uit (artikel 9 lid 5 Wpo). De minister formuleert bij ministeriële regeling in de zogenaamde programma's van eisen de bekostigingsgrondslagen voor de materiële voorzieningen in het basisonderwijs (artikel 113 lid 1 Wpo). Zelfstandige bestuursorganen zoals de Stichting vervangingsfonds en de Stichting participatiefonds leggen in reglementen (algemeen verbindende voorschriften) de voorwaarden vast voor aanvragen om vergoeding van kosten wegens vervanging respectievelijk werkloosheid (artikel 183 lid 5 Wpo, resp. artikel 184 lid 4 Wpo). De gemeenteraad regelt bij verordening de bekostiging van het leerlingenvervoer (artikel 4 lid 1 Wpo) en de huisvesting (artikel 102 lid 1 Wpo). Het bestuur van een instelling voor hoger onderwijs stelt de onderwijs- en examenregeling vast (artikel 7.13 Whw).

Met de aanduiding van deze niveaus van voorschriften zijn we er nog niet helemaal. Naast deze wettelijke voorschriften bestaat het onderwijsrecht uit een groot aantal beleidsregels, meestal gegeven door de Minister (of Staatssecretaris) van OCenW.³

Van groot belang zijn ook de regels die de partijen in het onderwijsveld zélf maken (zelfregulering). Allereerst kan gedacht worden aan de CAO's in de sectoren van voortgezet onderwijs, beroepsonderwijs en volwasseneneducatie en hoger onderwijs, alsmede aan de Raamovereenkomst primair onderwijs (een pseudo-CAO). Daarnaast is natuurlijk van belang het 'eigen', interne schoolrecht op het niveau van het schoolbestuur, zoals de statuten, het huishoudelijk reglement, het medezeggenschapsreglement en de klachtenregeling. Ten slotte zijn er bovenschoolse regelingen, veelal tussen verschillende schoolbesturen, totstandgekomen. Te denken valt aan de zorgplannen en reglementen die in het kader van een samenwerkingsverband gemaakt dienen te worden (artikelen 18 e.v. Wpo), en de afspraken gemaakt in samenwerkingsovereenkomsten. Deze regels hebben niet de status van wettelijk voorschrift, maar ze binden de betreffende rechtssubjecten wel.

3. Deze beleidsregels (alsmede de ministeriële regelingen) worden gepubliceerd in het onderdeel OCenW-regelingen van het Gele Katern van Uitleg, dat ongeveer veertig keer per jaar verschijnt. Om een indruk te krijgen van de hoeveelheid van deze regelingen zij verwezen naar het Cumulatief overzicht in Uitleg Gele Katern nr. 31b van 15 december 1999.

1.2.4 *Thematische indeling*

Het onderwijsrecht kan ook thematisch geordend worden.

Er zijn (stelsels van) rechtsregels die specifiek het onderwijsbestel als object hebben. Sommige van die regels gaan over het onderwijs in zijn algemeenheid. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vrijheid van onderwijs zoals gegarandeerd in artikel 23 Grondwet en de desbetreffende mensenrechtenbepalingen.

Andere stelsels van rechtsregels zijn voor één bepaalde onderwijssector geschreven. Zo is de basisstructuur van de vier door de overheid bekostigde onderwijssubsystemen vastgelegd in een aantal sectorwetten:

- de Wet op het primair onderwijs (Wpo) en de Wet op de expertisecentra (WEC) voor het basis- en speciaal onderwijs;
- de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo), waarin het voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (vwo), het hoger algemeen voortgezet onderwijs (havo), het middelbaar algemeen voortgezet onderwijs (mavo), het voorbereidend beroepsonderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs (vso) gereguleerd worden;
- de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web), welke onder meer het middelbaar beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie regelt;
- de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw), waarin het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs hun plaats hebben gekregen.

De op deze sectorwetten gebaseerde lagere voorschriften zijn uiteraard eveneens sectorspecifiek.

Daarnaast zijn er wettelijke regelingen die een bepaald aspect van het onderwijs voor verschillende sectoren tegelijk beogen te sturen. De Wet medezeggenschap onderwijs 1992 bijvoorbeeld regelt de medezeggenschap van personeel, ouders en leerlingen in het primair onderwijs, het voortgezet onderwijs en het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie.

Ook zijn er regels die niet specifiek voor het onderwijs geschreven zijn, maar wel mede het onderwijs bestrijken. De rechtsbescherming voor schoolbesturen tegen besluiten van de overheid is geregeld in de Algemene wet bestuursrecht. De arbeidsverhoudingen in het openbaar onderwijs worden mede geregeld door het ambtenarenrecht, terwijl deze verhoudingen in het bijzonder onderwijs vooral genormeerd worden door het burgerlijk recht. De Wet openbaarheid van bestuur is ook van toe-

passing op bij de overheid rustende gegevens inzake het onderwijs (op basis van deze wet wisten de dagbladen *Trouw* en *de Volkskrant* inspectiegegevens inzake de kwaliteit van de scholen voor basis- en voortgezet onderwijs te krijgen en te publiceren).⁴ En uiteraard zijn schoolbesturen net als andere organisaties aansprakelijk voor onrechtmatige daad en wanprestatie.

Zoals hiervoor reeds aangestipt, rekenen we deze regels niet tot het onderwijsrecht. Dat ze niettemin voor het onderwijsrecht van groot belang zijn, zal voor wat betreft de Awb en het burgerlijk recht in het navolgende blijken.

1.3 Het duale onderwijsbestel in het constitutionele recht

1.3.1 Constitutioneel onderwijsrecht

De regeling van het onderwijsbestel wordt in sterke mate bepaald door het constitutionele recht. We begrijpen onder het constitutionele onderwijsrecht de internationale en nationale regels en beginselen die de grondslag vormen van het (Nederlandse) onderwijsbestel en de grenzen stellen waarbinnen overheden dit bestel kunnen regelen.

Bepaalde internationaal-rechtelijke normen kunnen tot de constitutionele normen gerekend worden die het onderwijsrecht mede vormgeven. Zo zijn er bepalingen in mensenrechtenverdragen die het recht op en de vrijheid van onderwijs waarborgen, zoals artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarnaast zijn er bepalingen in mensenrechtenverdragen die de nationale overheid bepaalde taken opleggen, zoals artikel 13 IVESC, dat de overheid oproept te verzekeren dat de eerste fasen van het onderwijs kosteloos zijn. Ten slotte zijn een aantal regels van EG-recht van belang. Deze internationale normen zullen in het preadvies slechts in de marge aan bod komen.

Uiteraard omvat het relevante constitutionele recht de grondwettelijke normen die voor het onderwijsbestel van belang zijn. In het bijzonder gaat het daarbij om artikel 23 Grondwet, dat de grondslag voor dit bestel vormt. Maar ook andere grondwetsbepalingen zijn in dit verband relevant: te wijzen valt op artikel 1 (gelijkheidsbeginsel), artikel 3 (gelijke benoembaarheid in openbare dienst), artikel 6 (vrijheid van

4. Pres. Rb. Amsterdam 20 augustus 1997, Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (NTOR) 1997, 219.

godsdienst en levensovertuiging)⁵ en artikel 8 (vrijheid van vereniging en vergadering).⁶

Ten slotte zijn er bepaalde beginselen die aan het Nederlandse onderwijssysteem ten grondslag liggen, maar die slechts in beperkte mate in geschreven recht tot uitdrukking zijn gebracht. Te denken valt aan de scheiding van kerk en staat, en aan de opdracht tot het realiseren van gelijkheid van kansen. Zo ligt de scheiding van kerk en staat mede aan de neutraliteit van het openbaar onderwijs (artikel 23 lid 3 Grondwet) ten grondslag, en is de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs (artikel 23 lid 7 Grondwet) een (partiële) uitdrukking van het principe van kansengelijkheid.

Daarnaast zijn er beginselen die volgens de tekst van de Grondwet alleen op het algemeen vormend lager onderwijs van toepassing zijn (de vrijheid van het bijzonder onderwijs, artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet; de financiële gelijkstelling, artikel 23 lid 7 Grondwet). Deze beginselen zijn in de loop der tijd evenwel geheel of ten dele tot en met het hoger onderwijs ‘doorgetrokken’. Ze hebben dus een ruimere strekking dan de letter van de grondwetstekst aangeeft (zie nader hieromtrent 1.3.2).

5. Zie in deze zin de Raad van State, Kamerstukken II 1994/95, 24 149, B, p. 6: het gaat ‘bij de vrijheden van het bijzonder onderwijs, historisch gezien, allereerst om de vrijheden die samenhangen met de eventuele godsdienstige of levensbeschouwelijke achtergrond van het bijzonder onderwijs. Dit betekent niet dat vormen van bijzonder onderwijs die niet zo’n achtergrond hebben een geringere bescherming zouden genieten, maar wel dat de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging, neergelegd in artikel 6 van de grondwet, voorzover van belang kan worden “ingelezen” in artikel 23.’

6. Onderwijsraad, Richtingvrij en richtingbepalend, Den Haag 1996, p. 58.

1.3.2 *Artikel 23 Grondwet: een grondrechtsartikel sui generis*

Van de in de vorige subparagraaf besproken normen is artikel 23 Grondwet voor de structuur en inhoud van de onderwijswetgeving ongetwijfeld van doorslaggevende betekenis. Wij concentreren ons in het navolgende dan ook op deze bepaling,⁷ hoewel hier en daar ook de andere genoemde normen in de bespreking betrokken zullen worden.

Om meerdere redenen vormt artikel 23 Grondwet een grondrechtsbepaling sui generis.

Allereerst is sprake van een unieke verstrengeling van vrijheidsrechtelijke waarborgen en sociaal-grondrechtelijke aanspraken. Meer dan andere grondrechtsbepalingen bevat artikel 23 Grondwet sociaal-grondrechtelijke aanspraken die er enerzijds toe dienen om de klassieke vrijheid van onderwijs tot haar recht te laten komen, en anderzijds dienen als legitimatie tot vrijheidsregulerend overheidsoptreden.

Enerzijds waarborgt artikel 23 Grondwet een aantal klassieke grondrechten, die een vrijheidssfeer tegenover de overheid garanderen: de vrijheid om onderwijs te geven (lid 2), en de vrijheid van richting en inrichting van bekostigde instellingen voor lager

7. Artikel 23 Grondwet luidt als volgt:

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.
4. In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepalingen worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven.
5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voorzover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze van leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.
7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.
8. De regering doet jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag aan de Staten-Generaal.

bijzonder onderwijs (lid 5 en 6). Anderzijds bevat dit artikel sociale grondrechten – fundamentele aanspraken op overheidsvoorzieningen – neergelegd in de eisen van de wettelijke waarborging van neutraal openbaar onderwijs (lid 3) en de alomtegenwoordigheid van het openbaar basisonderwijs (lid 4), alsmede in de eis van financiële gelijkstelling van lager openbaar en bijzonder onderwijs (lid 7). Daarnaast geeft artikel 23 Grondwet de grondslag voor met name de centrale overheid (zie lid 1 en lid 8) om wetgevend, controlerend en financierend op te treden met het oog op de verwerkelijking van het daarin geïmpliceerde sociale grondrecht op deugdelijk onderwijs. Lid 2 geeft de basis voor het toezicht en de controle op de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijzers. Lid 3 draagt de wetgever op het openbaar onderwijs – onder meer ten behoeve van de kwaliteit – te regelen. Leden 5 en 6 maken het mogelijk deugdelijkheidseisen te stellen, terwijl lid 7 een financieringsgrondslag geeft.

Ten tweede heeft dit grondrecht in zoverre een sui generis-karakter doordat de reikwijdte en werkingssfeer ervan diffuus zijn. Met name is niet altijd evident op welke onderwijsinstellingen de bepalingen die specifiek zien op het openbaar en/of bijzonder onderwijs (artikel 23 lid 3-7 Grondwet) van toepassing zijn. Artikel 23 lid 3 Grondwet, dat handelt over de grondslag van het openbaar onderwijs, is van toepassing op alle openbaar onderwijs. Anders ligt dit met artikel 23 lid 4 Grondwet, dat (uitsluitend) het openbaar algemeen vormend lager onderwijs noemt. De wetgever heeft de hierin besloten liggende eis van de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs zo opgevat, dat deze betrekking heeft op het basisonderwijs.⁸ Daarnaast bevat de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) echter ook enkele bepalingen die erop wijzen dat de eis van alomtegenwoordig openbaar onderwijs – in wat zwakkere vorm⁹ – naar de sector van het voortgezet onderwijs is ‘doorgetrokken’¹⁰ (artikelen 66 lid 2 en 75 lid 3 Wvo).

Een vergelijkbare ontwikkeling heeft plaatsgevonden met betrekking tot de leden 5-7. De vrijheid van richting in lid 5 geldt naar de letter voor het gehele (geheel of gedeeltelijk bekostigde) bijzonder onderwijs. Lid 6 (de vrijheid van het bijzonder onderwijs) en de eerste volzin van lid 7 (de financiële gelijkstelling) zien naar de letter alleen op het algemeen vormend lager onderwijs. In de onderwijswetgeving zijn deze laatstgenoemde waarborgen evenwel naar het voortgezet onderwijs, het beroepsonderwijs en het hoger onderwijs ‘doorgetrokken’.

8. In Kamerstukken II 1994/95, 24 137, nr. 3, p. 10 stelt de regering dat artikel 23 lid 4 Grondwet gezien de formulering alleen betrekking heeft op het primair onderwijs (= basisonderwijs).

9. De eis dat in principe in elke gemeente voldoende openbaar voortgezet onderwijs in een genoegzaam aantal scholen aangeboden wordt, ontbreekt.

10. Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 24.

Overigens dient voor ogen gehouden te worden dat de grondwetgever bij het formuleren van de garantieplicht voor het openbaar onderwijs en de waarborgen voor het bijzonder onderwijs met de term ‘algemeen vormend lager onderwijs’ een ruimer begrip voor ogen had dan wat wij thans het basisonderwijs noemen. Onder het algemeen vormend lager onderwijs, geregeld in de Lager-Onderwijswet 1920 (Lo-wet 1920), viel ook het voortgezet gewoon lager onderwijs, het uitgebreid lager onderwijs en het meer uitgebreid lager onderwijs (mulo)¹¹ (artikel 3 Lo-wet 1920). Een adequate moderne ‘vertaling’ van de grondwettelijke term houdt dan ook in dat daar tevens de eerste jaren van het voortgezet onderwijs, tot het eind van de leerplichtige leeftijd (16 jaar), onder begrepen worden.¹² Daarmee wordt tevens het historische verband tot uitdrukking gebracht tussen enerzijds het instellen van de leerplicht en anderzijds het waarborgen van de garantiefunctie van het openbaar onderwijs en de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs.¹³ Wij gaan er anders dan de wetgever dus vanuit dat het begrip ‘algemeen vormend lager onderwijs’ samenvalt met onderwijs in de leerplichtige fase.¹⁴

De status van genoemde principes voorzover ze niet uit de tekst van het grondwetsartikel voortvloeien maar bij wege van extrapolatie door de wetgever tot andere onderwijssectoren zijn uitgebreid, is niet geheel duidelijk. Naar onze mening kunnen ze voor die sectoren beschouwd worden als ongeschreven constitutioneel recht.¹⁵ Daarmee hebben ze een juridisch minder zware status dan grondwettelijke normen. De wetgever is dan ook gerechtigd om het ‘doortrekken’ van de grondwetsnormen naar andere sectoren weer ongedaan te maken.¹⁶

Artikel 23 Grondwet is daarenboven een grondrechtsbepaling sui generis doordat voor deze bepaling niet de algemene grondwettelijke delegatieterminologie geldt. Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de grondwetgever beoogd een aan strenge legaliteitseisen beantwoordend stelsel van regulering en beperking van grond-

11. Enigszins te vergelijken met het huidige mavo.

12. A. Postma, *Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht*, Zwolle 1995, p. 366.

13. Zie over dit verband D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid*, Deventer 1989, p. 57 e.v.

14. Evenzo de Onderwijsraad in zijn advies, *Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool*, Den Haag 2000, p. 6.

15. Zie in deze zin de Raad van State ten aanzien van artikel 23 lid 6 Grondwet: ‘De Raad stelt voorop dat artikel 23, zesde lid, naar de letter alleen betrekking heeft op het algemeen vormend lager onderwijs, maar dat de betrokken waarborg naar ongeschreven constitutioneel recht eveneens betrekking heeft op andere vormen van bijzonder onderwijs’ (Kamerstukken II 1994/95, 24 149, B, p. 6).

16. Zo valt gegeven de tweede volzin van artikel 23 lid 7 Grondwet niet in te zien hoe de financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs voor de postleerplichtige fase van het voortgezet onderwijs, voor het beroepsonderwijs en voor het hoger onderwijs grondwetsrang kan hebben.

rechten vast te leggen. (a) Ingevolge dit stelsel dient elke grondrechtsbeperking te berusten op een uitdrukkelijke grondwettelijke beperkingsclausule. (b) Bovendien mag de formele wetgever zijn bevoegdheid tot het stellen van beperkingen slechts delegeren aan een lagere regelgever (bijvoorbeeld de gemeenteraad), als de grondwettelijke beperkingsclausule dat uitdrukkelijk toestaat door het hanteren van het werkwoord ‘regelen’, de zelfstandige naamwoorden ‘regels’ en ‘regeling’, of de term ‘(bij of) krachtens’.¹⁷ Het wijzigingsvoorstel met betrekking tot artikel 23 Grondwet (wetsvoorstel 13 784) is echter in de Tweede Kamer gesneuveld. Derhalve is de gebruikelijke systematiek en terminologie niet op artikel 23 Grondwet van toepassing.¹⁸

Dit impliceert dus dat beperkingen en delegatie van regelgevende bevoegdheden op het terrein van het onderwijsgrondrecht mogelijk zijn in de mate waarin dat voor 1983 mogelijk was. Zie nader hierover 1.4.2.

1.3.3 *Artikel 23 Grondwet: een duaal onderwijsbestel*

Hoewel de reikwijdte van artikel 23 Grondwet blijkens de vorige subparagraaf niet eenvoudig te omlijnen is, kan in ieder geval wel met zekerheid gesteld worden dat deze bepaling ervan uitgaat dat het bekostigd onderwijs een duaal stelsel vormt. Het bestaat uit twee elkaar als Yin en Yang¹⁹ uitsluitende en completerende ‘takken’: enerzijds het van de overheid uitgaande openbaar onderwijs, en anderzijds het van individuen en particuliere organisaties uitgaande bijzonder onderwijs. In de woorden van de toenmalige Staatssecretaris van Onderwijs en Wetenschappen, Schelfhout: ‘Wij hebben in ons grondwettelijk systeem een tweevoudig stelsel: overheidsonderwijs en niet-overheidsonderwijs. Als niet-overheidsonderwijs draagt het de naam vrij onder-

17. Zie uitgebreider hierover B.P. Vermeulen, *Beperking van grondrechten*, in J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle 1995, p. 1 e.v.

18. In dit verband stelde de regering: ‘Zoals bekend, houdt de in de herziene Grondwet gehanteerde delegatieterminologie in, dat telkens wanneer in een bepaling gebruik gemaakt wordt van enigerlei vorm van het werkwoord “regelen”, de zelfstandige naamwoorden “regels” en “regeling” of de term “bij of krachtens”, een overdracht door de wetgever van de hem grondwettelijk verleende taak of bevoegdheid aan andere organen in beginsel geoorloofd is. Deze systematische benadering is naar ons oordeel echter niet van toepassing op de bestaande tekst van artikel 208 van de Grondwet, en evenmin op de tekst van het onderwijsartikel (artikel 23) zoals die na aanpassing op basis van additioneel artikel IX zal komen te luiden. Hierbij valt op te merken dat door de regering of door Staten-Generaal ook geen uitspraken zijn gedaan die in deze richting wijzen. Wij delen de opvatting van de leden van de C.D.A.-fractie dat de door hen genoemde bepalingen gelezen moeten worden naar de zin en de strekking die zij in het huidige artikel 208 van de Grondwet hebben’ (Kamerstukken II 1982/83, 17 450, nr. 5, p. 4. Evenzo regeringscommissaris Simons, *Handelingen II 1982/83*, p. 547).

19. En niet, zoals woordspeligen wel eens gekscherend opmerken: Yab en Yum.

wijs. Het is duidelijk, dat geen derde vorm kan worden geïntroduceerd, tenzij daartoe in de Grondwet een basis wordt gelegd.²⁰

Het openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven (artikel 23 lid 4 Gw), dus onder verantwoordelijkheid en dominante zeggenschap van de overheid. Per definitie komt aan deze tak van onderwijs geen onderwijsvrijheid toe. Dit onderwijs wordt integendeel door de wet geregeld (artikel 23 lid 3 Grondwet). Dat betekent ons inziens ten minste dat de hoofdlijnen en basiskenmerken van dit onderwijs in de wet in formele zin vastgelegd worden (zie 1.4.2-1.4.5).

Het openbaar onderwijs dient levensbeschouwelijk-neutraal te zijn²¹ (artikel 23 lid 3 Grondwet) en voor elke leerling open te staan. Met het oog hierop moet dit onderwijs gegeven worden door leraren die niet op levensbeschouwelijke criteria geselecteerd zijn (artikel 3 en artikel 23 lid 3 Grondwet). Daarnaast geldt specifiek voor het openbaar basisonderwijs – en naar onze mening ook voor het openbaar voortgezet onderwijs in de leerplichtige fase – dat het voor elke leerling bereikbaar is (artikel 23 lid 4 Grondwet). We spreken in dit verband wel van de garantiefunctie van het openbaar onderwijs.

Hiermee zijn de formele en materiële wezenskenmerken van het openbaar onderwijs geschetst. Deze kenmerken hangen innig samen. Openbaar onderwijs is een basisvoorziening die voor eenieder open moet staan en voorhanden moet zijn (de garantiefunctie). Zulks vereist dat dit onderwijs ook qua inhoud voor eenieder openstaat, dus neutraal is. Met het oog hierop moet de wetgever ingevolge het grondwetsartikel dit onderwijs regelen, moet dit onderwijs door de overheid bestuurd worden en moet het in principe in elke gemeente aanwezig zijn. In het openbaar onderwijs regeert het publiekrecht.

Het bijzonder onderwijs vormt als het ware het spiegelbeeld van het openbaar onderwijs. Dit onderwijs, dat niet uitgaat van de overheid maar van individuen en particuliere organisaties, is een product van vrije organisatievorming, en wordt organisatorisch dan ook niet door de wet, maar door de eigen voorschriften en statuten geregeld (artikel 23 lid 2 Grondwet).

20. Handelingen I 1971/72, p. 596. In dezelfde zin stelde de regering: 'Het duale onderwijsbestel kent alleen openbaar en bijzonder onderwijs. Ondergetekenden willen nadrukkelijk vasthouden aan de uitgangspunten van het duale stelsel. Het onderwijs zelf kan immers niet zowel openbaar als bijzonder zijn' (Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 7; Kamerstukken II 1995/96, 24 138, nr. 5, p. 1-3).

21. In onderwijsrechtelijk jargon: het openbaar onderwijs heeft geen richting (godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag).

Dit onderwijs kan godsdienstig of levensbeschouwelijk gekleurd zijn, dat wil zeggen uitgaan van een bepaalde richting. Het hoeft – anders dan het openbaar onderwijs – niet eenieders godsdienst of levensovertuiging te eerbiedigen. Met het oog op de religieuze of levensbeschouwelijke richting kunnen leermiddelen en leraren gekozen worden, en kunnen leerlingen geselecteerd worden (artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet).

Aldus zijn de formele en materiële wezenskenmerken van het bijzonder onderwijs gegeven. Ook hier hangen deze kenmerken innerlijk samen. Bijzonder onderwijs is gebaseerd op vrijwillige organisatie door burgers,²² en wordt derhalve door de eigen regels beheerst. Binnen het bijzonder onderwijs speelt het privaatrecht een belangrijke rol.

De eigen regels kunnen uitgaan van een specifieke godsdienstige of levensbeschouwelijke richting, en kunnen met zich brengen een uit de richting voortvloeiende selectie van personeel, leerlingen en onderwijsmateriaal.²³ Uit de aard der zaak geldt voor het bijzonder onderwijs, dat immers afhankelijk is van initiatieven van burgers, geen met artikel 23 lid 4 Grondwet vergelijkbare garantiefunctie.

1.3.4 *Artikel 23 Grondwet: één stelsel, twee gelijkwaardige delen*

We kunnen echter niet volstaan met deze beschrijving van openbaar en bijzonder onderwijs als elkaar uitsluitende tegendelen. Dat zou zowel juridisch als feitelijk veel te eenzijdig zijn. Openbaar en bijzonder onderwijs zijn immers niet alleen elkaars tegenpolen; zij vullen elkaar ook aan. Tezamen vormen zij een groter geheel, het nationale onderwijsbestel. De overheid staat garant voor het minimumniveau van dit bestel. Alle onderwijs staat onder overheidstoezicht, en voor alle aangewezen onderwijs worden voorschriften gegeven met het oog op de kwaliteit van de leraren (artikel 23 lid 2 Grondwet). Voorzover het gaat om openbaar onderwijs en bekostigd bijzonder onderwijs stelt de wetgever nadere deugdelijkheidseisen. Deze eisen mogen weliswaar niet zover gaan dat ze de vrijheid van het bijzonder onderwijs aantasten (artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet). Ze zullen dan ook niet voor beide takken over de hele linie volledig identiek zijn. Maar wel moeten ze gelijkwaardig zijn,²⁴ dienen ze de deugdelijkheid van het gegeven onderwijs ‘even afdoende’ te waarborgen (artikel 23 lid 6 Grondwet).²⁵

22. De vrijheid van onderwijs is in dit verband dan ook op te vatten als een species van de vrijheid van vereniging. Zie in dezelfde zin de Onderwijsraad, *Richtingvrij en richtingbepalend*, Den Haag 1996, p. 58.

23. In zoverre vormt de vrijheid van onderwijs tevens een species van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging; vgl. in dezelfde ‘richting’ de Raad van State, *Kamerstukken II 1994/95, 24149, B*, p. 6.

24. Naar de letter van de Grondwet geldt deze eis van gelijkwaardige deugdelijkheid alleen voor het algemeen vormend lager onderwijs.

25. Zo mogen deugdelijkheidsvoorwaarden niet zover gaan, dat ze de voor het openbaar onderwijs geldende eisen van gelijke benoembaarheid en neutraliteit ook voor het bijzonder onderwijs voorschrijven. De kwaliteitscriteria dienen echter gelijkelijk voor openbaar en bijzonder onderwijs te gelden.

Bovendien is het zo dat het bijzonder onderwijs dat aan de vorengenoemde gelijkwaardige kwaliteitseisen voldoet niet genoodzaakt is zelf voor de vereiste financiële middelen te zorgen. Het komt dan namelijk voor bekostiging door de overheid in aanmerking. Deze bekostiging vindt plaats ‘naar gelijke maatstaf’,²⁶ dus op voet van gelijkheid met het openbaar onderwijs (artikel 23 lid 7 Grondwet)²⁷. Die bekostiging dient althans voor wat betreft het algemeen vormend lager onderwijs volledig, dat wil zeggen voor 100% te zijn: artikel 23 lid 6 Grondwet spreekt immers over het ‘geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs’.

1.3.5 Relativering van het duale bestel

Maar niet alleen dient het bijzonder onderwijs aan gelijkwaardige – en grotendeels gelijke – kwaliteitsmaatstaven als het openbaar onderwijs te voldoen, wordt dit onderwijs naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs door de overheid gefinancierd, en is het daarvan in vergaande mate afhankelijk. Er is ook een tendens gaande waarbij (delen van het) bijzonder en openbaar onderwijs zowel inhoudelijk als organisatorisch naar elkaar toegroeien.

Zo is het duale stelsel onder druk komen te staan door maatschappelijke ontwikkelingen in de laatste decennia. Secularisatie en toenemende pluriformiteit hebben met zich gebracht dat de godsdienstige of levensbeschouwelijke richting van veel scholen voor bijzonder onderwijs verwaterd is. Een aanzienlijk aantal confessionele instellingen afficheert zich thans als ‘open’ scholen. In zulke scholen werkt de richting nog slechts in beperkte mate in het onderwijs door, wordt een toelatingsbeleid gevoerd waarbij in principe eenieder toegelaten wordt, en wordt een benoemingenbeleid gehanteerd waarbij de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging van de docenten op de achtergrond is geraakt. Anderzijds stellen openbare scholen zich niet meer (passief-)neutraal op, maar geven zij gestalte aan (actieve) pluriformiteit, waarbij aan verschillende levensbeschouwelijke stromingen aandacht geschonken wordt. In lijn hiermee bepaalt artikel 46 lid 1 Wpo dat het openbaar onderwijs aandacht dient te schenken aan ‘de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving en met onderkenning van de betekenis van de verscheidenheid van die waarden’.

26. Deze norm stelt hogere eisen aan de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs dan artikel 1 Grondwet, en vormt in zoverre een *lex specialis* ten opzichte van deze bepaling.

27. Naar de letter ziet deze aanspraak alleen op het algemeen vormend lager onderwijs; zie ook de tweede volzin van artikel 23 lid 7 Grondwet.

Naast deze maatschappelijke ontwikkelingen vormen wetgeving en beleid van de laatste jaren een belangrijke factor bij het afzwakken van genoemd onderscheid. Zo is schaalvergroting in zowel het beroepsonderwijs als het basis- en voortgezet onderwijs de afgelopen jaren gestimuleerd en soms zelfs voorgeschreven. De Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) verplicht sinds enkele jaren instellingen om onder één bestuur een scala van opleidingen uit de educatie en het beroepsonderwijs aan te bieden. In het basis- en voortgezet onderwijs zijn de instandhoudingsnormen verhoogd. En in het voortgezet onderwijs wordt de vorming van brede scholengemeenschappen waarin alle schoolsoorten (vbo, mavo, havo en vwo) vertegenwoordigd zijn, gestimuleerd. Bovenop deze rechtstreeks op schaalvergroting gerichte maatregelen zijn er ook andere beleidsontwikkelingen die feitelijk schaalvergroting afdwingen. In toenemende mate worden financiële risico's op de schouders van schoolbesturen gelegd. Slechts bij een bestuurlijke schaal van een zekere omvang zijn zij in staat deze risico's te dragen.

Om de noodzakelijke schaalvergroting te realiseren is veelal relativering van het grondwettelijk onderscheid tussen beide takken van onderwijs vereist. Immers, vaak zal – alleen al vanwege de afstand ten opzichte van andere scholen van dezelfde denominatie – fusie binnen de eigen 'zuil' niet mogelijk zijn, en zal om te kunnen voortbestaan overgegaan moeten worden tot een samenwerking tussen en soms zelfs samengaan van instellingen van openbaar en bijzonder onderwijs.

De wetgever heeft zich onder Paars-I dan ook ingezet om mogelijkheden te creëren voor samenwerkingsverbanden van openbaar en bijzonder onderwijs. Zo is afstand genomen van de tot dan gebruikelijke eis in de onderwijswetgeving dat openbare scholen bestuurd worden door een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Thans kan ook een stichting(sbestuur) het bevoegd gezag van openbare scholen zijn.²⁸ Bovendien kunnen nu onder een en dezelfde stichting zowel openbare als bijzondere scholen ressorteren: het zogenaamde samenwerkingsbestuur. Op termijn valt zelfs te verwachten dat daarnaast de samenwerkingsschool, de school die zowel openbaar als bijzonder onderwijs verzorgt, als mogelijkheid in de Grondwet en de onderwijswetgeving zal worden verankerd. Onlangs heeft de Onderwijsraad met het oog hierop een voorstel tot grondwetsherziening geformuleerd.²⁹

28. Verderop – in 4.3 – gaan wij in op de vraag of zo'n stichting niet toch als een a-orgaan aangemerkt moet worden.

29. Onderwijsraad, Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool, Den Haag 2000. Zie hieromtrent 2.4.

1.4 De vormgeving van het duale onderwijsbestel in de onderwijs-wetgeving

Hoewel er dus sprake is van een maatschappelijke en juridische relativering van het duale bestel, betekent dit niet dat er geen juridisch relevante verschillen meer zijn tussen het openbaar en bijzonder onderwijs. Het blijft natuurlijk zo, dat openbaar onderwijs overheidsonderwijs is, en bijzonder onderwijs niet. Dat brengt met zich dat er een zeker verschil is in de verhouding met de rijksoverheid; dat de bestuurlijke inrichting anders is; dat er onderscheid is in de 'kleur' van het onderwijs; en dat binnen het openbaar onderwijs in principe het publiekrecht van toepassing is, en in de interne sfeer van het bijzonder onderwijs het privaatrecht. We beschrijven in deze paragraaf hoe deze verschillen tussen het openbaar en bijzonder onderwijs in de onderwijswetgeving zijn uitgewerkt.

1.4.1 De juridische positie van het schoolbestuur ten opzichte van de rijksoverheid

Voorzover het gaat om de relatie tussen de rijksoverheid als bekostigende en toezichthoudende instantie en de school- en instellingsbesturen³⁰ is er geen scherp onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Hoofdregel is dat deze relatie voor beide takken van onderwijs beheerst wordt door dezelfde publiekrechtelijke regels. Zo geldt de Algemene wet bestuursrecht voor beide takken gelijkelijk.

Daarmee is niet gezegd dat de toepasselijke normen altijd identiek zijn. Zo komt slechts het bijzonder onderwijs de bevoegdheid toe om met een beroep op de (vrijheid van) richting (artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet) bedenkingen tegen kerndoelen aan te voeren en daarvoor in de plaats eigen kerndoelen te formuleren (artikel 9 lid 7 Wpo), en is slechts het openbaar onderwijs aan de grondwettelijke eis van relatieve neutraliteit (artikel 23 lid 3 Grondwet) gebonden (artikel 46 lid 3 Wpo). Het betreft hier echter een beperkte categorie van normen, grosso modo de hierna onder b en c geschetste.

Nu dient het voorgaande in zoverre genuanceerd te worden, dat er veelal³¹ wel een verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs bestaat wat betreft de *vorm* waarin de

30. Hieronder begrijpen wij het bevoegd gezag van de scholen in het primair en voortgezet onderwijs, het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie, en het hoger onderwijs. Gemakshalve spreken we ook wel enkel van schoolbesturen, of van bevoegd gezag (de gebruikelijke onderwijsjuridische term).

31. Daarnaast zijn er nog Algemene bepalingen, Overige bepalingen en Bekostigingsvoorschriften (die de maatstaven voor de bekostiging bevatten). Wij laten ze hier buiten beschouwing.

relatie tussen overheid en bevoegd gezag wordt gegoten. De onderwijswetten maken in dit verband onderscheid tussen:

- a. regels voor het openbaar onderwijs die tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs zijn;
- b. overige regels voor het openbaar onderwijs;
- c. overige voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs.

Deze voorschriften vormen voor het openbaar onderwijs dus regels (a en b), en voor het bijzonder onderwijs bekostigingsvoorwaarden (a en c).³² Het verschil in terminologie en binding laat zich verklaren uit het duale karakter van het onderwijsbestel. Openbaar onderwijs wordt door de wet geregeld (artikel 23 lid 3 en 4 Gw), dus door middel van regels in de vorm van algemeen verbindende voorschriften. Bijzonder onderwijs wordt daarentegen door zijn eigen statuut bepaald (artikel 23 lid 2 Gw). Anders dan voor het openbaar onderwijs gelden de meeste eisen in de onderwijswetten dan ook niet als algemeen verbindende voorschriften, maar slechts als in vrijheid aanvaarde condities om voor subsidie (bekostiging) in aanmerking te komen. Het gaat hier dus blijkbaar, in de woorden van Beurskens, 'om voorschriften die het schoolbestuur naleeft ter verkrijging van bekostiging, maar die het op ieder moment ook weer naast zich neer kan leggen, zij het op straffe van verlies van bekostiging'.³³

Daaruit vloeit een tweede verschil voort. Het bevoegd gezag van de openbare school alsmede de betrokkenen (leerkrachten, leerlingen en dergelijke) binnen die school zijn volledig onderworpen aan de wettelijke regels; deze hebben ook in de *interne* verhoudingen rechtstreekse werking. De bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs gelden echter in beginsel niet in interne verhoudingen. Zij regelen slechts de relatie tussen de overheid en het bevoegd gezag, en dus niet ook de relatie tussen bevoegd gezag en de betrokkenen in de instelling. De werking van de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden in de relatie met leerkrachten, leerlingen en dergelijke is derhalve afhankelijk van de 'doorvertaling' door het bevoegd gezag van die voorwaarden in de statuten, reglementen en arbeidscontracten. Slechts als deze voorwaarden zijn 'doorgecontracteerd', gelden ze ook in deze interne relatie.³⁴

32. Zie hierover W.J.J. Beurskens, Het rechtskarakter van de 'bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs, RM Themis 1988, p. 317-332 en 368-381; P.J.J. Zoonjens, Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs, NTO 1990, p. 31 e.v.; H.L.C. Hermans, H.A.M. Backx, W.E. Pors, Hoofdlijnen onderwijsrecht, Alphen aan den Rijn 1993, p. 50-51.

33. Beurskens, a.w., p. 329.

34. Beurskens, a.w., p. 325 e.v.

Intussen is het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden, voorzover het de *externe* relatie ten opzichte van de overheid betreft, moeilijk strikt te handhaven.³⁵ Allereerst is het natuurlijk zo dat de meeste bekostigde instellingen voor bijzonder onderwijs de facto niet zonder overheidsbekostiging kunnen voortbestaan. In zoverre is de vrijheid om de bekostigingsrelatie 'op te zeggen' een illusoire.

Ten tweede dient opgemerkt te worden dat – behoudens het geval waarin de garantielijch van het openbaar onderwijs in geding is en er dus een openbare school gesticht *moet* worden, zie artikel 75 lid 2 Wpo – de relatie van het gemeentebestuur als aanvrager van een openbare school ten opzichte van de rijksoverheid niet wezenlijk verschilt van die van het bijzonder onderwijs. Beide vragen de minister, zonder daartoe verplicht te zijn, om in aanmerking te komen voor plaatsing op het plan van scholen, beide doen dus in zoverre in vrijheid een aanvraag en onderwerpen zich in zoverre ook in vrijheid aan de regels dan wel bekostigingsvoorwaarden.

Verder valt er geen verschil te bespeuren in de sanctionering van bekostigingsvoorwaarden en regels (algemeen verbindende voorschriften). Of een bevoegd gezag van een bijzondere school nu een bekostigingsvoorwaarde niet naleeft of een algemeen verbindend voorschrift overtreedt, in beide gevallen is de mogelijke sanctie dezelfde: gehele of gedeeltelijke intrekking van de bekostiging (artikel 164 lid 1 Wpo). Hetzelfde geldt wanneer we openbaar en bijzonder onderwijs vergelijken: de sanctie verschilt niet, ook al overtreedt het bijzonder onderwijs een bekostigingsvoorwaarde en het openbaar onderwijs een (inhoudelijk gelijklopend) algemeen verbindend voorschrift.

Ten slotte ziet de grondwetgever zelf de bekostigingsvoorwaarden/deugdelijkheidseisen³⁶ niet als in vrije wil aanvaarde subsidiecondities. Waarom heeft hij anders de wetgever opgedragen bij het formuleren van deze voorwaarden/eisen de vrijheid van richting (lid 5) respectievelijk de vrijheid van het bijzonder onderwijs (lid 6) te eerbiedigen?

Al met al zien wij dan ook weinig reden om in de verhouding van het bijzonder onderwijs ten opzichte van de overheid een principiële onderscheid te maken tussen algemeen verbindende voorschriften en bekostigingsvoorwaarden.

Anders ligt dit ten aanzien van de kwestie van de interne werking. Regels voor het openbaar onderwijs hebben, voorzover ze zich daartoe lenen, interne werking. Bekostigingsvoorwaarden daarentegen, ook als ze 'in wezen' fungeren als algemeen verbindende voorschriften, hebben geen interne werking.

35. Beurskens, a.w., p. 375-377; Zoontjens, a.w., p. 31-47.

36. Er is geen wezenlijk verschil tussen bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen (Mentink, a.w., 1989). Deugdelijkheidseisen worden meestal gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden.

dende voorschriften in de verhouding tussen overheid en het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs, werken meestal zonder nadere omzettingshandelingen van het bevoegd gezag niet in zijn verhouding ten opzichte van leerkrachten, leerlingen, ouders en dergelijke. Het bevoegd gezag, de privaatrechtelijke rechtspersoon waarvan de bijzondere onderwijsinstelling uitgaat, is de normadressaat van de bekostigingsvoorwaarden. De vrijheid van onderwijs, waarvan het bevoegd gezag de drager is, vormt in principe voldoende grond om de gelding van bekostigingsvoorwaarden tot de externe relatie met de overheid beperkt te achten.³⁷ Niet-naleving van een dergelijke voorwaarde kan wel leiden tot een door de minister op te leggen bekostigings sanctie, maar niet tot aanspraken jegens het bevoegd gezag in die interne relaties.

Niettemin past een zekere nuancering. Bepaalde voorschriften die in een afdeling van een onderwijswet staan die blijkens het opschrift slechts bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs bevat,³⁸ functioneren, anders dan men zou verwachten, soms niet enkel in de externe relatie van het bevoegd gezag met de overheid, maar ook in de interne relatie tussen bevoegd gezag en participanten. Illustratief is in dit verband een zaak waarin de rechtsgeldigheid van een overeenkomst tussen het bevoegd gezag van een bijzondere basisschool en de ouders van een leerling van deze school waarbij een ouderbijdrage was overeengekomen in geding was. De ouders weigerden betaling van deze bijdrage en beriepen zich hiervoor op artikel 24 lid 1 WBO, voorzover hier relevant luidende: 'De toelating [van een leerling, BV/PZ] mag niet afhankelijk gesteld worden van een geldelijke bijdrage van de ouders'. De Amsterdamse kantonrechter verwierp dit verweer, overwegend: 'Ten onrechte voert Van G. aan dat reeds uit artikel 24 van de Wet op het basisonderwijs volgt dat hij niet tot het betalen van enige ouderbijdrage verplicht is. Weliswaar bepaalt dit artikel dat toelating van leerlingen niet afhankelijk mag worden gesteld van een geldelijke bijdrage van de ouders, maar daaruit volgt niet dat een overeenkomst tussen school en ouders tot betaling van een bijdrage rechtsgeldigheid zou missen. Blijkens het opschrift van afdeling 1 van Titel II van de Wet geldt artikel 24 voor het bijzonder onderwijs immers niet als een regel met rechtstreekse werking, maar slechts als voorwaarde voor de bekostiging van het onderwijs. Handelen in strijd met deze voorwaarde is althans in de hier aan de orde zijnde civielrechtelijke zin niet in strijd met de wet, maar kan slechts leiden tot onthouding van de bekostiging van het onderwijs van overheidswege.'³⁹

In reactie op deze uitspraak is de wetgever ertoe overgegaan te bepalen dat overeenkomsten waarbij ouders of leerlingen worden verplicht tot een geldelijke bijdrage nie-

37. Zoontjens, a.w., p. 37.

38. Zie bijvoorbeeld Titel II Afdeling 1 WBO (thans: Wpo), waarvan het opschrift luidt: 'Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs'.

39. Kantonrechter Amsterdam 18 augustus 1995, Jurisprudentie Onderwijswetten 1995/6, p. 128-129.

tig zijn, behoudens voorzover zij na de toelating van de leerling tot de school schriftelijk zijn aangegaan, en gewezen is op het vrijwillige karakter van de bijdrage.⁴⁰ Naar aanleiding van kritiek van de Onderwijsraad, dat deze bepaling beoogt rechtstreeks in de interne relatie tussen het bevoegd gezag van een bijzondere school en ouders te werken, en derhalve niet opgenomen dient te worden in een afdeling welke blijkens het opschrift slechts bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs bevat, stelde de regering: 'Het feit dat de nietigheid in het primair onderwijs aldus geregeld wordt in een afdeling "Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs" levert geen beletsel op voor een rechtstreekse werking, omdat dit laatste uit de redactie van de bepaling dient te worden afgeleid. Nietigheid van een overeenkomst kan immers bezwaarlijk als een bekostigingsvoorwaarde worden gezien.'⁴¹

Er zijn naast deze nietigheidsbepaling (thans te vinden in artikel 40 lid 1 Wpo) nogal wat andere bekostigingsvoorwaarden die interne werking hebben en ook in zoverre fungeren als regels (algemeen verbindende voorschriften). Zo zijn de bepalingen van de Wet Medezeggenschap Onderwijs, die voor het bijzonder onderwijs aangemerkt worden als bekostigingsvoorwaarde (thans artikel 2 Wmo 1992) door de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs niet in de arbeidsovereenkomsten met hun personeel of in een overeenkomst met hun medezeggenschapsraden 'doorgecontracteerd'. Niettemin functioneren de aan deze wet ontleende instemmingsbevoegdheden van de medezeggenschapsraden volop.⁴²

Artikel 61 lid 2 Wpo bepaalt dat tijdens de behandeling van een beroep van een werknemer op de Commissie van beroep geen verjaring loopt met betrekking tot rechtsvorderingen ter zake van besluiten die aan het oordeel van de commissie zijn onderworpen. Aldus fungeert deze bepaling als uitzondering op artikel 7:683 BW, en dus als wettelijk voorschrift.⁴³

Artikel 40 lid 4 Wpo ten slotte verbiedt in bepaalde gevallen het bevoegd gezag van een speciale school voor basisonderwijs de toelating op denominatieve gronden te weigeren wanneer de ouders verklaren de grondslag van de school te respecteren. Het

40. Stb. 1997, 542. Sindsdien bepalen artikel 24 lid 1 Wbo (thans artikel 40 lid 1 Wpo) en artikel 27 lid 2 Wvo onder meer: 'Overeenkomsten waarbij ouders worden verplicht tot het betalen van een geldelijke bijdrage zijn nietig, behoudens voorzover zij na de toelating van de leerling tot de school schriftelijk zijn aangegaan en in het desbetreffende schriftelijke stuk aan de ouders kenbaar is gemaakt dat het een vrijwillige bijdrage betreft waarvoor de overeenkomst niet behoeft te worden aangegaan, doch waarvoor geldt dat na de ondertekening wel een verplichting tot betaling van de overeengekomen bijdrage bestaat.'

41. Kamerstukken II 1996/97, 25 177, nr. 3, p. 2; zie ook aldaar p. 5.

42. Beurskens, a.w., p. 372-373.

43. Zoontjens, a.w., p. 35.

is niet goed voorstelbaar dat de rechter in een eventuele procedure tegen het bevoegd gezag van een bijzondere school niet rechtstreeks aan deze bepaling zou toetsen.

1.4.2 *De bestuursvormen*

Openbaar onderwijs is van overheidswege gegeven onderwijs dat bij de wet is geregeld (artikel 23 lid 3 en 4 Grondwet). Tot voor kort is dit zo opgevat, dat openbaar onderwijs bestuurd dient te worden door een orgaan van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon (artikel 1:1 lid 1 sub a Awb: een a-orgaan). Thans kan echter ook een stichting(sbestuur), een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb (een b-orgaan) het bevoegd gezag van openbare scholen zijn.⁴⁴

De vraag rijst hoe dit laatste zich verhoudt tot de eis dat het openbaar onderwijs bij wet 'geregeld' wordt. Eerder (1.3.2) hebben wij uiteengezet dat voor artikel 23 Grondwet de gebruikelijke grondwettelijke terminologie niet geldt. Dat betekent dat de vraag of en in hoeverre de regeling van de bestuurlijke inrichting deels overgelaten kan worden aan privaatrechtelijke normstelling (statuten) niet aan de hand van de betekenis van die terminologie, maar aan de hand van historie en strekking van de bepaling beantwoord moet worden. Die wijst in de richting van een keuze voor een publiekrechtelijke bestuursvorm.⁴⁵ De wetgever is er echter – met de Raad van State – van uitgegaan dat privaatrechtelijke vormgeving zich met artikel 23 lid 3 Grondwet verdraagt. Voldoende is dat de wetgever specificceert welke bestuursvorm(en) binnen welke voorwaarden mogelijk zijn.⁴⁶ Overigens leidt de wetgever met de Raad van State uit artikel 23 lid 3 en 4 Grondwet wel af dat de wetgever ten aanzien van de nieuwe bestuursvorm waarborgen dient te formuleren opdat de inhoudelijke wezenskenmerken van het openbaar onderwijs en een overheersende invloed van de overheid op de privaatrechtelijke rechtspersoon (een gemeentelijke stichting) gewaarborgd zijn.⁴⁷ Thans zijn deze waarborgen neergelegd in artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo.

44. Zoals reeds eerder aangekondigd gaan wij in 4.3 in op de vraag of zo'n stichting niet toch als een a-orgaan aangemerkt moet worden.

45. Vgl. de Raad van State, die dit overigens afleidt uit artikel 23 lid 4 Grondwet: 'Voor wat betreft de voorwaarde dat het onderwijs "van overheidswege" – welke woorden voor het eerst in de Grondwet van 1848 voorkomen – dient te worden gegeven, is het naar het oordeel van de Raad buiten twijfel dat de grondwetgever van 1848 met deze woorden slechts (een orgaan van) een publiekrechtelijk rechtspersoon voor ogen heeft gehad' (Kamerstukken II 1993/94, 23 134, A, p. 4).

46. Kamerstukken II 1993/94, 23 134, A, p. 3, waar de Raad spreekt van 'de in de Grondwet expliciet vastgelegde eis dat de wetgever de bestuursvorm regelt'.

47. Kamerstukken II 1993/94, 23 134, A, p. 4.

Het bijzonder onderwijs gaat niet van de overheid uit. Het bevoegd gezag van (bekostigde) bijzondere scholen wordt derhalve per definitie niet gevormd door organen van een publiekrechtelijke rechtspersoon (artikel 1 Wpo, artikel 1 Wvo), maar door privaatrechtelijke rechtspersonen. De regeling van het bestuur van deze rechtspersonen wordt overgelaten aan hun eigen statuten en reglementen, binnen de kaders van artikel 55 Wpo/artikel 49 lid 2 Wvo en Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

1.4.3 *Het karakter van het onderwijs*

Het karakter van het openbaar onderwijs wordt met eerbiediging van eenieders godsdienst of levensovertuiging – dus met inachtneming van eisen van neutraliteit – bij wet geregeld (artikel 23 lid 3 Gw). De wet werkt met het oog hierop in artikel 46 Wpo/artikel 42 Wvo de basiskennmerken van deze grondwettelijke neutraliteitseis uit: pluriformiteit, algemeen-toegankelijkheid, eerbiediging van ieders godsdienst of levensbeschouwing. Een gemeentelijke verordening die erop gericht was het op een openbare school te geven onderwijs een bepaald levensbeschouwelijk karakter te geven, werd dan ook terecht met het karakter van het openbaar onderwijs in strijd geacht en derhalve door de Kroon vernietigd.⁴⁸

Het karakter van het bijzonder onderwijs wordt – binnen de marges van de wettelijke deugdelijkheidsvoorwaarden – in de eigen statuten en de daarop gebaseerde regelingen vastgelegd. Onder meer kan daarin bepaald worden dat het onderwijs uitgaat van een bepaalde richting, en in zoverre dus niet eenieders godsdienst of levensbeschouwing eerbiedigt.

1.4.4 *De juridische positie van het personeel*⁴⁹

Zoals gezegd staat het openbaar onderwijs onder overheersende overheidsinvloed. Daarmee maken de instellingen voor openbaar onderwijs, ook als deze uitgaan van een stichting, deel uit van de openbare dienst. Het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs is dan ook in principe ambtenaar krachtens een eenzijdige rechtshandeling (beschikking), een besluit tot *aanstelling*, beheerst door het publiekrecht (artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet 1929).

Op de benoeming van het personeel in het openbaar onderwijs is artikel 1 Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) alsmede de eis van artikel 3 Grondwet (de gelijke benoembaar-

48. KB 2 maart 1984, Stb. 1984, 95, AB 1984, 288 m.nt. BJvdN, Gst. 6771, 2.

49. In 3.1 wordt uitgebreid stilgestaan bij de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en personeel.

heid in de openbare dienst) van toepassing. Dat betekent onder meer dat bij het aanstellen van personeel in het openbaar onderwijs in principe geen levensbeschouwelijk gekleurde criteria gehanteerd mogen worden.

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat op deze rechtsrelatie de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn: te denken valt in dit verband aan het ambtenarenrecht, de Awb, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. Voor dit personeel staat uiteraard de rechtsgang van de Awb jo. de Beroepswet open.

Volledigheidshalve melden wij nu reeds dat er uitzonderingen op het voorgaande mogelijk zijn, in het bijzonder voor wat betreft de gemeentelijke stichting, het samenwerkingsbestuur, en in de toekomst mogelijk ook voor wat betreft de samenwerkingschool en het openbaar universitair onderwijs. Zie hierover 3.1.1 en 3.1.3.

Het bijzonder onderwijs maakt geen deel uit van de openbare dienst. Het personeel dat daarbij in dienst is, is dat op basis van een tweezijdige privaatrechtelijke rechtshandeling, een arbeidsovereenkomst. Artikelen 1 en 3 Grondwet zijn niet van toepassing; het bevoegd gezag kan eigen niet-neutrale criteria, onder andere aan de richting ontleend, hanteren (artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet).

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat publiekrechtelijke normen zoals de Awb, de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten als zodanig niet van toepassing zijn (aldus ook Kortmann, preadvies par. 6). Wel zijn veel publiekrechtelijke voorschriften door een standaardclausule in de meeste arbeidsovereenkomsten ‘doorgecontracteerd’. Bovendien is een zekere doorwerking niet uitgesloten in de afgezwakte vorm van een indirecte horizontale werking van grondrechten of als inspiratiebron (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) voor het vinden van privaatrechtelijke beginselen.

Voor het personeel in het bijzonder onderwijs staat de civielrechtelijke procedure bij de kantonrechter open (artikel 97 e.v. Rv), alsmede de gang naar de Commissie van beroep (artikel 60-62 Wpo, artikel 52-53 Wvo).

*1.4.5 De juridische positie van de leerlingen*⁵⁰

Uit de kenmerken van het duale bestel vloeien – net als voor wat betreft het personeel – ook juridisch relevante verschillen voort met betrekking tot de juridische positie van leerlingen⁵¹ ten opzichte van het schoolbestuur.

50. In 3.2 wordt uitgebreid stilgestaan bij de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en leerling.

51. Onder de term ‘leerlingen’ begrijpen wij in dit verband ook, waar relevant, de ouders.

Het openbaar onderwijs staat onder overheersende overheidsinvloed, en de instellingen van openbaar onderwijs maken dan ook deel uit van de openbare dienst. Toelating, schorsing en verwijdering van leerlingen in het openbaar onderwijs vindt derhalve plaats bij een eenzijdige rechtshandeling, een beschikking.

Op besluiten tot toelating, schorsing en verwijdering is artikel 1 Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) alsmede de eis van artikel 23 lid 3 Grondwet (eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging) van toepassing. Een en ander is uitgewerkt in artikel 46 lid 2 Wpo en artikel 42 lid 2 Wvo: openbare scholen zijn toegankelijk voor alle leerlingen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing. Meer in het algemeen kan gesteld worden dat op deze rechtsrelatie de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn: de Awb, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. Voor deze leerlingen staat de rechtsgang van de Awb open.

Het bijzonder onderwijs maakt geen deel uit van de overheid. Artikelen 1 en 23 lid 3 Grondwet zijn niet van toepassing; het bevoegd gezag kan eigen niet-neutrale criteria, onder andere aan de richting en inrichting ontleend, hanteren. Toelating, verwijdering en dergelijke zijn rechtshandelingen naar burgerlijk recht. Meer in het algemeen kan gesteld worden dat publiekrechtelijke normen zoals de Awb, de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten niet van toepassing zijn, tenzij in de (afgezwakte) vorm van horizontale werking (grondrechten) of reflexwerking (abbb). Voor deze leerlingen staat de civielrechtelijke procedure bij de burgerlijke rechter open.

1.5 Conclusies

(1) Het Nederlandse onderwijsrecht wordt in sterke mate bepaald door artikel 23 Grondwet. Dit artikel vormt de grondslag van het duale bestel. Dit bestel gaat uit van twee 'takken', het openbaar en het bijzonder onderwijs, die in zekere mate elkaars spiegel- of zelfs tegenbeeld vormen, maar anderzijds elkaar aanvullen tot een groter geheel, het nationale onderwijsbestel. Maatschappelijke ontwikkelingen in de laatste decennia hebben overigens gezorgd voor een maatschappelijke en daarop volgende juridische relativering van het duale bestel (1.3).

(2) Ondanks de relativering van de dualiteit blijft het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs juridisch relevant. Openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven, dus onder verantwoordelijkheid en dominante zeggenschap van de overheid. Het wordt bij de wet geregeld, en is levensbeschouwelijk neutraal. Het dient

voor elke leerling open te staan, en mag geen personeel op basis van levensbeschouwelijke criteria selecteren. Binnen het openbaar onderwijs prevaleren publiekrechtelijke normen. De publiekrechtelijke bestuursvorm domineert (nog).

Bijzonder onderwijs wordt niet van overheidswege gegeven, maar gaat uit van particuliere organisaties. Het wordt door de eigen statuten geregeld, en kan levensbeschouwelijk gefundeerd zijn. Het kan leerlingen en personeel op basis van criteria, onder meer aan de levensbeschouwelijke grondslag ontleend, selecteren. Binnen het bijzonder onderwijs geldt het privaatrecht. Het gaat uit van privaatrechtelijke rechtspersonen (1.3.3, 1.4).

(3) Uit het voorgaande vloeien relevante consequenties voort voor de juridische positie van personeel en leerlingen. Het openbaar onderwijs behoort tot de openbare dienst. Het personeel in het openbaar onderwijs is dan ook in beginsel ambtenaar. De beslissing tot toelating van leerlingen vormt een besluit. Op de rechtsverhouding met het bevoegd gezag zijn de publiekrechtelijke normen van toepassing. Voor betrokkenen staat rechtsbescherming ingevolge de Awb open.

Het bijzonder onderwijs maakt geen deel uit van de openbare dienst. Het personeel is daar werkzaam krachtens arbeidsovereenkomst. De toelating van leerlingen is een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Publiekrechtelijke normen gelden als zodanig niet voor de verhouding met het bevoegd gezag. Betrokkenen zijn aangewezen op de burgerlijke rechter (1.4.4, 1.4.5).

(4) Voorzover het gaat om de verhouding van het bevoegd gezag ten opzichte van de rijksoverheid is er geen wezenlijk onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Hoofdreel is dat deze relatie voor beide takken van onderwijs door dezelfde publiekrechtelijke regels, waaronder de Awb, beheerst wordt. Het theoretische onderscheid tussen voor het openbaar onderwijs geldende regels (algemeen verbindende voorschriften) en door het bijzonder onderwijs in vrijheid aanvaarde bekostigingsvoorwaarden (subsidiecondities) is voor wat betreft de externe relatie met de rijksoverheid in de praktijk moeilijk te handhaven. Het bijzonder onderwijs kan de facto niet zonder overheidsbekostiging. De relatie van het gemeentebestuur als aanvrager van een openbare school verschilt niet fundamenteel van die van het (in vrijheid) aanvragende schoolbestuur in het bijzonder onderwijs. Er is geen verschil in de sanctienering van niet-naleving van de regels/voorwaarden. En de Grondwet zelf ziet de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs niet als in vrijheid aanvaarde subsidiecondities (1.4.1).

(5) Er is wel een essentieel verschil in werking van regels respectievelijk bekostigingsvoorwaarden voor wat betreft de interne werking ervan in de verhouding tussen

bevoegd gezag en de deelnemers (personeel, leerlingen/ouders). Regels hebben, voorzover zij zich daarvoor lenen, interne werking. Bekostigingsvoorwaarden hebben dat in principe niet: het bevoegd gezag, drager van de vrijheid van onderwijs, is in beginsel de enige normadressaat van de bekostigingsvoorwaarden. Niet-naleving van bekostigingsvoorwaarden in interne verhoudingen kan leiden tot door de minister op te leggen bekostigings sancties, maar niet tot aanspraken jegens het bevoegd gezag in die interne verhoudingen. Overigens past hier een zekere nuancering, nu sommige bekostigingsvoorwaarden (in de praktijk) wel interne werking kennen (1.4.1).

2. De bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen

In dit hoofdstuk wordt de bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen besproken. De nadruk wordt in dat verband gelegd op het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, en op de rol van het bestuursrecht respectievelijk privaatrecht.

2.1 Instandhouden en besturen

Bij de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen⁵² dient onderscheid gemaakt te worden tussen twee functies: het besturen en het instandhouden.⁵³ De bevoegdheid tot het besturen van deze instellingen berust bij het bevoegd gezag. Het bevoegd gezag stelt het schoolplan en de schoolgids vast (artikel 16 Wpo), benoemt personeel (artikel 33 lid 1 Wpo), en laat leerlingen toe (artikel 40 lid 1 Wpo). Instandhouding duidt daarentegen op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de onderwijsinstelling. De instantie die instandhoudt is de eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde van de school en toebehoren alsmede van het van rijkswege verstrekte geld.

De wetgever hanteert overigens een niet al te vaste terminologie. In artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo wordt gesproken van ‘in stand houden’ en ‘instandhouding’; de Web (artikel 1.1) hanteert naast elkaar de termen ‘in stand houden’ (openbaar onderwijs) en ‘uitgaan van’ (bijzonder onderwijs); de Whw hanteert in de definitiebepaling (artikel 1.1) alleen de term ‘uitgaan van’, maar in artikel 10.8 wordt gerept van ‘in stand houden’. Naar ons oordeel heeft dit verschil in terminologie geen inhoudelijke betekenis.

52. Scholen in het primair en voortgezet onderwijs; regionale opleidingscentra in de sector van het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie; hogescholen en universiteiten in het hoger onderwijs.

53. Zootjens, Inleiding tot de onderwijswetgeving, a.w., p. 38.

De definitiebepalingen en andere voorschriften in de onderwijswetgeving gaan expliciet uit van het verschil tussen het instandhouden, dat door een rechtssubject naar privaatrecht geschiedt, en het besturen, dat geschiedt door het bevoegd gezag. Ingevolge artikel 1 Wpo en de definitiebepalingen in de andere onderwijswetten is de instandhoudende instantie – daargelaten de mogelijkheid dat een natuurlijk persoon een school instandhoudt⁵⁴ – een in de definitiebepaling genoemde rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 (publiekrechtelijke rechtspersonen), artikel 2:2 (kerkgenootschappen) of artikel 2:3 BW (privaatrechtelijke rechtspersonen).⁵⁵ Daarvan wordt in artikel 1 Wpo en de andere definitiebepalingen uitdrukkelijk onderscheiden het bevoegd gezag, dat hetzij een bestuursorgaan is, hetzij een privaatrechtelijke rechtspersoon.

De instandhouder en het bevoegd gezag zijn in het *bijzonder onderwijs* een en dezelfde: het institutioneel samenvallen van de instandhoudingsverantwoordelijkheid en het zijn van bevoegd gezag van een bijzondere school is een rechtstreekse consequentie van het privaatrechtelijk kader waarin het bijzonder onderwijs is geordend.⁵⁶ Zo is de privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere school instandhoudt tevens het bevoegd gezag (zie bijvoorbeeld artikelen 1 en 55 Wpo).

In het *openbaar onderwijs* is dit niet zo. De instandhoudende instantie is daar in het algemeen een publiekrechtelijke rechtspersoon⁵⁷ (gemeente, openbaar lichaam,⁵⁸ openbare rechtspersoon, Rijk of andere krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon). Het bevoegd gezag is niet zo een rechtspersoon, maar een bestuursorgaan, het ambt waaraan de betreffende regeling de bestuursbevoegdheden heeft toegeedeeld (college van B&W, gemeenteraad, gemeentelijke commissie, orgaan krachtens gemeenschappelijke regeling, orgaan van de openbare rechtspersoon, orgaan krachtens een (andere) publiekrechtelijke regeling).

54. Artikel 1 Wpo gaat uitdrukkelijk van deze mogelijkheid uit. Wel is het zo dat blijkens artikel 55 Wvo alsdan geen aanspraak op bekostiging is: rechtspersoonlijkheid vormt een bekostigingsvoorwaarde.

55. Hoewel artikel 1 Wpo suggereert dat een bijzondere school alleen door een natuurlijk persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon in stand gehouden kan worden – kerkgenootschappen zijn geen privaatrechtelijke rechtspersonen, zie Van Schilfgaarde, Artikel 2, in C.A. Boukema e.a. (red.), *Rechtspersonen*, Deventer (losbladig), p. Art. 2-1 – zijn ook kerkgenootschappen daartoe in staat. Wij laten hierna het kerkgenootschap als variant buiten beschouwing.

56. Zoontjens, a.w., p. 43.

57. Of een privaatrechtelijke rechtspersoon, de stichting als bedoeld in artikel 17 en artikel 48 Wpo. Deze variant laten we hier onbesproken; zij komt aan bod in 2.3.1 en 2.4.

58. Merkwaardig is dat artikel 1 Wpo het openbaar lichaam niet noemt.

2.2 Rechtspersonen, bestuursorganen, instellingen

Het grondschema is dus duidelijk. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen houden onderwijsinstellingen in stand; het bestuur van die instellingen ligt in handen van bestuursorganen (openbaar onderwijs) respectievelijk van privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens instandhouder zijn (bijzonder onderwijs). De wetgever heeft dit schema evenwel niet altijd helder voor ogen, en verwacht nogal eens rechtspersoon, bestuursorgaan en instelling.

(1) Allereerst doet de wetgever het hier en daar voorkomen dat niet de rechtspersoon, maar een orgaan van de rechtspersoon het bevoegd gezag van een bijzondere onderwijsinstelling is.⁵⁹ Zo bepaalt artikel 1 Wvo in wat slordige termen dat het bevoegd gezag van een bijzondere school het schoolbestuur is; vervolgens stelt artikel 49 lid 1 Wvo echter (correct) dat de bijzondere school onder het bestuur van een rechtspersoon staat.

Artikel 1 Wet Medezeggenschap Onderwijs 1992 (Wmo 1992) bepaalt evenzo minder zorgvuldig dat het bevoegd gezag ‘het schoolbestuur’ is, zonder nader aan te geven wat dit schoolbestuur is. Met Overes nemen wij aan dat hiermee aansluiting is gezocht bij de Wvo, zodat ook hier beoogd is de rechtspersoon als bevoegd gezag aan te merken. De stelling in de Memorie van Antwoord bij de Wmo 1992, dat de algemene vergadering van de vereniging – dus een orgaan van de rechtspersoon, en niet de rechtspersoon zelf – het bevoegd gezag van een school vormt⁶⁰ dient dan ook met een korrel zout genomen te worden.⁶¹

In andere wetten gaat het echt fout. Daar wordt – nogmaals, ten onrechte – als bevoegd gezag van een bijzondere instelling niet de rechtspersoon, maar een bepaald orgaan van de rechtspersoon aangemerkt. Zo bepaalt de Web dat het bevoegd gezag van een bijzondere instelling gevormd wordt door het bestuur van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat (artikel 1.1.1 sub w Web). En in de Whw ontbreekt weliswaar een definitie van bevoegd gezag, maar artikel 1.1 sub j Whw bevat wel een omschrijving van het ‘instellingsbestuur’, namelijk het bestuur van de rechtspersoon.

Wij vermoeden dat dit ratjetoe, dat de wetgever van het begrip ‘bevoegd gezag’ in andere wetten dan de Wpo en de Wvo maakt, niet op een principiële keuze berust. Als wij het juist zien, vloeit de aanduiding van een bepaald orgaan als bevoegd gezag

59. Zie nader C.H.C. Overes, Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs. Een civielrechtelijke studie naar de besluitvorming in het bijzonder onderwijs, Lelystad 1994, p. 34 e.v. en p. 64 e.v.; B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, p. 70-71.

60. Kamerstukken II 1991/92, 22 461, nr. 5, p. 42.

61. Overes, a.w., p. 35.

van een bijzondere instelling voort uit een foutieve vermenging van publiekrecht en privaatrecht. Publiekrechtelijke bevoegdheden berusten niet bij de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon, maar bij de betreffende organen (ambten). Zo definieert artikel 1 Wpo terecht het college van B&W – het orgaan, en niet de rechtspersoon gemeente – als bevoegd gezag van een openbare basisschool. Privaatrechtelijke bevoegdheden berusten daarentegen niet bij de organen van de rechtspersoon, maar bij de rechtspersoon zelf. Wat de wetgever nu in sommige onderwijswetten heeft gedaan, is het (ten onrechte) toepassen van de publiekrechtelijke bevoegdhedenterminologie op privaatrechtelijke verhoudingen. Dat daarbij meestal het bestuur van de rechtspersoon als bevoegd gezag aangeduid wordt, is begrijpelijk, nu bij het bestuur in het algemeen de vertegenwoordigingsbevoegdheid berust (artikel 2:45 lid 1 en artikel 2:292 lid 1 BW).⁶² Naar onze mening is dat niettemin in beginsel onjuist.⁶³ de wetgever dient in principe niet te treden in de regeling van de bestuursstructuur van het bijzonder onderwijs.

(2) Een enkele keer doet zich een spiegelbeeldige fout voor, doordat als bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling – ten onrechte – niet het krachtens de desbetreffende publiekrechtelijke regeling bevoegde bestuursorgaan aangewezen wordt, maar de rechtspersoon. Zo definieert artikel 1 Wpo de krachtens een publiekrechtelijke regeling (gemeentelijke verordening) in het leven geroepen openbare *rechtspersoon* welke een openbare school instandhoudt tevens als bevoegd gezag, terwijl dat het door die regeling aangewezen *bestuursorgaan* van de openbare rechtspersoon had moeten zijn.⁶⁴ In dezelfde lijn bepaalt artikel 47 lid 3 Wpo (foutief) dat de openbare rechtspersoon, en niet het bevoegde bestuursorgaan, alle taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag uitoefent. Inconsistent is dan weer dat artikel 47 leden 4-6 Wpo het bestuur van de openbare rechtspersoon – blijkbaar het bevoegde orgaan – adresseert.

(3) Daarnaast maakt niet alleen het beleidsjargon en het algemeen spraakgebruik, maar soms ook de wetgever de fout te spreken over de ‘school’ of de ‘instelling’, terwijl in juridische zin slechts bedoeld kan zijn op het bevoegd gezag, het bestuursorgaan of de rechtspersoon.⁶⁵ Zo schrijft de wetgever voor dat ‘scholen’ verantwoording moeten afleggen over de besteding van hun achterstandsmiddelen (artikel 166 lid 3

62. Overes, a.w., p. 36.

63. Zie voor nuancering van deze stelling 2.3.2 en 4.5.

64. Zie in dezelfde zin J.A.F. Peters, Rechtspersonen als bestuursvormen voor openbaar onderwijs, School en Wet 2000, nr. 1, p. 7.

65. Gemakshalve hebben we hier en daar, waar zulks geen verwarring oproept, bij dit spraakgebruik aangesloten.

Wpo), en dat een 'school' bereid moet zijn een leerling toe te laten, wil het bevoegd gezag van de school voor voortgezet onderwijs waar hij tot dan toe op zit, hem kunnen verwijderen (artikel 27 lid 1 Wvo). 'Scholen' zijn echter geen rechtssubject: het zijn geen dragers van rechten en plichten. Onderwijsjuridisch is het bevoegd gezag – het bestuursorgaan of de rechtspersoon – de drager van rechten en plichten. Het is dus niet de school maar het bevoegd gezag dat verantwoording moet afleggen over de besteding van de achterstandsmiddelen. Het is het bevoegd gezag waarmee de overheid een juridische relatie heeft, en niet datgene wat bestuurd wordt: de school.

Onjuist is evenzo de regeling in de Algemene wet gelijke behandeling, die in artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 2 onderwijsinstellingen adresseert. Nogmaals, onderwijsinstellingen – scholen en dergelijke – zijn geen rechtssubject. Het is het bevoegd gezag dat personeel benoemt, schorst en ontslaat (artikel 33 lid 1 Wpo); het is het bevoegd gezag dat leerlingen toelaat en verwijdert (artikel 40 lid 1 Wpo). De onzuivere wettelijke terminologie leidt tot uitspraken waarin geoordeeld wordt dat een school al dan niet verboden onderscheid heeft gemaakt, terwijl het juridisch toch zo is dat een dergelijk oordeel slechts betrekking kan hebben op het bevoegd gezag.⁶⁶

Verwarrend is in dit verband ten slotte de Whw, waarin de termen instelling, hogeschool en universiteit gebruikt worden om nu eens de hogeschool of universiteit als onderwijsinstelling die door een rechtspersoon instandgehouden wordt aan te duiden, dan weer de rechtspersoon die de betreffende hogeschool of universiteit instandhoudt. Zo betreft Titel 1 van hoofdstuk 10 Whw, dat het bestuur en de inrichting van hogescholen zonder rechtspersoonlijkheid regelt, uiteraard de door een rechtspersoon instandgehouden onderwijsinstellingen; waar echter instellingen met rechtspersoonlijkheid bekleed worden (artikel 1.8 Whw), wordt bedoeld op de instandhoudende rechtspersoon.

2.3 De inrichting van het bevoegd gezag

In de vorige paragraaf hebben we het schema geschetst dat bij de vormgeving van het bevoegd gezag in principe gevolgd dient te worden. Het bevoegd gezag van openbare instellingen wordt gevormd door het bij publiekrechtelijke regeling aangewezen bestuursorgaan; het bevoegd gezag van bijzondere instellingen wordt gevormd door de privaatrechtelijke rechtspersoon. Voor dit verschil zijn goede gronden, welke hierna aan bod komen. Aan de orde zal gesteld worden in welke mate de wetgever in de interne bestuurlijke inrichting van het bevoegd gezag kan of moet treden.

66. Commissie gelijke behandeling 22 december 1999, AB 2000, 72 m.nt. BPV.

2.3.1 Openbaar onderwijs

Een van de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs is dat het van overheidswege, dus onder verantwoordelijkheid en dominante zeggenschap van het publiek gezag, gegeven dient te worden (artikel 23 lid 4 Grondwet). Lang is deze eis zo opgevat, dat een publiekrechtelijke bestuursvorm vereist was,⁶⁷ en derhalve het bevoegd gezag (bestuur) van zo een school een a-orgaan moest zijn (zie 1.4.2). Tot voor kort stonden slechts de volgende – uiteraard publiekrechtelijke – bestuursvarianten open (artikel 1 Wpo):

- (1) de meest gebruikelijke variant, de ‘integrale bestuursvorm’, waarbij het college van B&W (of, waar de gemeenteraad zulks heeft bepaald, de gemeenteraad) het bevoegd gezag vormt;
- (2) de ‘functionele bestuursvorm’, waarbij de gemeenteraad de bestuursbevoegdheden ten aanzien van de openbare school aan een gemeentelijke functionele commissie ex artikel 82 Gemeentewet heeft opgedragen;
- (3) het krachtens een gemeenschappelijke regeling met andere gemeenten, al dan niet samen met privaatrechtelijke rechtspersonen, bevoegd orgaan.⁶⁸

In toenemende mate gaat het gemeentebestuur met het oog op het tot stand brengen van lokaal onderwijsbeleid de positie innemen van een belangrijke regelgever en beleidsmaker op het terrein van het onderwijs.⁶⁹ Daarmee komt het meer dan tevoren in een dubbelrol. Enerzijds is het (meestal in de vorm van het college van B&W of een gemeentelijke commissie ex artikel 82 Gemeentewet) het bevoegd gezag van de scholen voor openbaar onderwijs. Anderzijds treedt het ook op als regulerende en sturende actor ten opzichte van alle scholen binnen zijn territorium. Onder meer reguleert en bekostigt het gemeentebestuur de onderwijshuisvesting voor alle scholen binnen de gemeente, en legt het de uitgaven van zowel openbaar als bijzonder onderwijs voor de bestrijding van onderwijsachterstanden vast.

Om het nu eenvoudiger te maken deze dubbelrol op te heffen en de gemeente in staat te stellen zich uitsluitend te concentreren op haar taak als lokale onderwijsregelgever

67. Zo luidde artikel 5 Lager-Onderwijswet 1920: ‘De lagere scholen, opgericht en onderhouden door het Rijk of de gemeenten, zijn openbare, de overige zijn bijzondere scholen.’

68. Deze mogelijkheid bestaat in het basisonderwijs pas sinds 1993: Wet van 12 mei 1993, Stb. 1993, 270. Voor het speciaal resp. het voortgezet onderwijs is deze bestuursvorm ingevoerd bij Wet van 19 december 1984, Stb. 1984, 653 resp. Wet van 18 juni 1987, Stb. 1987, 341.

69. B.P. Vermeulen, Gemeentelijk onderwijsbeleid. Een tour d’horizon langs de zeven plagen, preadvies voor de Vereniging voor Onderwijsrecht (VOR), Lokaal onderwijsbeleid: theorie en praktijk, Den Haag 1997, p. 9-60.

en -planner heeft de wetgever recentelijk ruimte geschapen om het openbaar onderwijs meer 'op afstand te plaatsen', dat wil zeggen vermogensrechtelijk te verzelfstandigen en in zoverre in een met het bijzonder onderwijs vergelijkbare positie te brengen. Hiertoe heeft de Wet verruiming bestuursvormen⁷⁰ de mogelijkheid geopend de instandhouding van openbare scholen in handen te leggen van:

- (4) een publiekrechtelijke rechtspersoon – de openbare rechtspersoon, artikel 47 Wpo – of
- (5) een privaatrechtelijke rechtspersoon – de (overheids)stichting als bedoeld in artikel 48 Wpo.

Ten slotte is nog een zesde variant ingevoerd:

- (6) de stichting (het samenwerkingsbestuur), die zowel openbare als bijzondere scholen bestuurt (artikel 17 Wpo).

Deze laatste variant komt aan bod in 2.4, 3.1.3, 3.2.3 en 4.4.

In de eerste drie varianten is uitdrukkelijk een door de betreffende publiekrechtelijke regeling aangewezen bestuursorgaan het bevoegd gezag. De keuze voor een bestuursorgaan als bevoegd gezag is niet alleen voor de hand liggend, omdat publiekrechtelijke bevoegdheden nu eenmaal aan bestuursorganen toebedeeld worden. Ook overwegingen van legaliteit, alsmede de opdracht aan de wetgever in artikel 23 lid 3 Gw en de eis van dominante overheidsinvloed in artikel 23 lid 4 Gw wijzen in de richting van het bevoegd gezag als een bij publiekrechtelijke regeling aangewezen bestuursorgaan.

Dat de definitiebepaling in de onderwijswetten als bevoegd gezag de openbare rechtspersoon, en niet een bestuursorgaan van deze rechtspersoon aanduidt, berust naar onze mening dan ook niet op een bewuste keuze. We wijzen op de nadere regeling in artikel 48 Wpo en artikel 42a Wvo, waaruit blijkt dat het bij de verordening aangewezen *bestuur* – een orgaan – als het bevoegd gezag beschouwd wordt.

Evenzo zijn we er voorstander van dat de wetgever het *bestuur* van de privaatrechtelijke rechtspersoon (de overheidsstichting ex artikel 48 Wpo) – dus een specifiek orgaan, en niet die rechtspersoon zelf – als bevoegd gezag aanduidt. Daarentegen meende de Raad van State bij de advisering over de wetsvoorstellen inzake de invoering van de stichtingsvorm voor het openbaar onderwijs dat daarvan afgezien diende te worden. De Raad overwoog ten aanzien van de voorgestelde definitiebepaling, waarin het bestuur van de stichting aangemerkt werd als bevoegd gezag: 'In het wets-

70. Stb. 1996, 580.

voorstel wordt het bestuur van de stichting aangewezen als bevoegd gezag. De Raad constateert dat voor wat betreft de bijzondere scholen in de desbetreffende wetten de rechtspersoon, stichting of vereniging, wordt aangemerkt als het bevoegd gezag. Hoewel het ook bij de bijzondere scholen veelal het bestuur is dat de taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag vervult c.q. uitoefent, meent de Raad dat het niet de taak is van de onderwijswetgever om de bevoegdheden binnen de rechtspersoon te regelen. In de onderwijswetgeving kan volstaan worden met het regelen van de verhouding tussen de overheid en het bevoegd gezag van scholen. Op het functioneren van de door de overheid in het leven geroepen stichting zijn in beginsel immers de privaatrechtelijke regels van toepassing (Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek: de statuten, reglementen en besluiten van de stichting maken uit wie handelt namens de rechtspersoon).⁷¹

Met de Raad van State zijn wij van oordeel dat de beantwoording van de vraag wie binnen de rechtspersoon de bevoegdheden van het bevoegd gezag vervult/uitoefent voorzover het om het bijzonder onderwijs gaat in principe aan het privaatrecht, en dus aan de eigen regels van de rechtspersoon overgelaten dient te worden; wij komen daar straks op terug (2.3.2, 4.5). Anders dan de Raad meent, ligt dit voor het openbaar onderwijs wezenlijk anders. Wij zien geen redenen van dogmatische aard om aan te nemen dat voor deze sector niet in de onderwijswetgeving gespecificeerd wordt dat een bepaald orgaan binnen de rechtspersoon het bevoegd gezag vormt. We wijzen erop dat er geen duidelijke lijn valt te ontwaren ter zake van de vraag of publiekrechtelijke bevoegdheden toegedeeld dienen te worden aan de privaatrechtelijke rechtspersoon of aan een orgaan van deze rechtspersoon.⁷²

Gezien de eisen van legaliteit, regeling door en dominante invloed van de wetgever respectievelijk overheid op het openbaar onderwijs (artikel 23 lid 3 en 4 Gw) ligt het dan ook voor de hand dat de wetgever, ook wanneer het openbaar onderwijs uitgaat van een stichting, bepaalt welk orgaan van die stichting het bevoegd gezag is. Volledig- en eerlijkheidshalve vermelden wij overigens dat de Raad van State uitdrukkelijk de mogelijkheid openlaat om – mits gemotiveerd – een andere regeling te treffen

71. Kamerstukken II 1993/94, 23 134, A, p. 7. In dezelfde zin Kamerstukken II 1994/95, 24 137, A, p. 7 en Kamerstukken II 1994/95, 24 138, A, p. 7, alsmede C.H.C. Overes, De privaatrechtelijke stichting als rechtsvorm voor openbaar onderwijs: een deugdelijk alternatief?, NTOR 1995, p. 134.

72. Kortmann, preadvies par. 6; C.P.J. Goorden, Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht, Zwolle 1990, p. 45-46, 86-87, 287; M. Bense, S.E. Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan, NTB 1994, p. 262. De memorie van toelichting op art. 1:1 Awb is niet volledig helder, maar lijkt een voorkeur uit te spreken voor toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheden aan organen van privaatrechtelijke rechtspersonen. Zie E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste Tranche, Alphen aan den Rijn 1993 (hierna: PG Awb I), p. 133. In dezelfde zin regeringscommissaris Scheltema in de UCV (PG Awb I, p. 143).

waarbij het bestuur van de stichting als bevoegd gezag word aangeduid.⁷³ Nogmaals, ons inziens is de motivering daarvoor gelegen in de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs.

Het ligt overigens in de lijn der verwachtingen dat op niet al te lange termijn een groot deel van het openbaar onderwijs door een stichting bestuurd zal gaan worden. Nogal wat gemeenten willen van 'hun' openbaar onderwijs af, willen dit verzelfstandigen door het over te dragen aan zo'n stichting. Daar komt het op dit moment echter nog niet van, omdat de 'geboortegift' die de gemeenten veelal aan de stichting willen meegeven ingevolge de zogenaamde overschrijdingsregeling ook aan het bijzonder onderwijs 'doorvergoed' moet worden.⁷⁴ Dat vinden zij te kostbaar, en daarom zien zij van verzelfstandiging af. Vermoedelijk zal deze belemmering echter door een wetswijziging, waarbij gedurende een bepaalde periode na verzelfstandiging de overschrijdingsregeling buiten toepassing blijft, opgeheven worden.

2.3.2 *Bijzonder onderwijs*

Zoals gezegd, ligt een en ander anders voorzover het gaat om het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs.⁷⁵ Dit bevoegd gezag is de privaatrechtelijke rechtspersoon. Wie het binnen de rechtspersoon juridisch voor het zeggen heeft en wie de rechtspersoon extern vertegenwoordigt, wordt bepaald door de betreffende regelingen in Boek 2 BW alsmede de eigen regels van de rechtspersoon (statuten, reglementen, besluiten).⁷⁶ Hier geldt in principe dan ook wat de Raad van State in de reeds eerder geciteerde passage opmerkte: 'De rechtspersoon, stichting of vereniging, wordt aangemerkt als het bevoegd gezag. Hoewel het ook bij de bijzondere scholen veelal het bestuur is dat de taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag vervult c.q. uitoefent, meent de Raad dat het niet een taak is van de onderwijswetgever om de bevoegdheden binnen de rechtspersoon te regelen. In de onderwijswetgeving kan volstaan worden met het regelen van de verhouding tussen de overheid en het bevoegd gezag van scholen.'⁷⁷

73. Kamerstukken II 1993/94, 23 134, A, p. 7: 'Mocht de indiener redenen aanwezig achten om in dit geval een andere regeling voor te stellen, dan ware dit in de toelichting te verduidelijken.'

74. Deze regeling houdt onder meer in dat extra gelden die het gemeentebestuur aan vermogensrechtelijk verzelfstandigde scholen doet toekomen in gelijke omvang ook aan het bijzonder onderwijs uitbetaald moeten worden (artikelen 142 e.v. Wpo, artikelen 96i e.v. Wvo).

75. P.J.J. Zootjens, De smalle ruimte. Enige opmerkingen over privaatrecht en publiekrecht, bezien vanuit de positie van de bijzondere school, NTOR 1999, nr. 1, p. 26-44.

76. Zie in deze zin ook Kortmann, preadvies par. 6.

77. Kamerstukken 1993/94, 23 134, A, p. 7; evenzo in Kamerstukken 1994/95, 24 137 en 24 138, A, p. 7.

Niet zelden echter wordt door de wetgever – meestal impliciet – gedoeld op een bepaald orgaan van de rechtspersoon (het bestuur), wanneer hij er een bepaalde taak of bevoegdheid aan toekent. Aangenomen mag worden dat in vele gevallen dit doel met de gebruikelijke methode van aanwijzing van het bevoegd gezag van de bijzondere school niet wordt bereikt. Zo wordt in artikel 16 Wpo de bekostigingsvoorwaarde gesteld dat het schoolplan door het bevoegd gezag wordt vastgesteld. Vermoed kan worden dat de wetgever hiermee het oog heeft gehad op het *bestuur* van de rechtspersoon. Wie in concreto echter het schoolplan vaststelt, wordt bepaald door de statuten of reglementen van de rechtspersoon. Indien de wetgever zeker zou willen stellen dat het bestuur van de rechtspersoon het schoolplan vaststelt, en bijvoorbeeld niet de conciërge, zou hij artikel 16 Wpo *expliciet* dienen te herformuleren tot een verplichting van de rechtspersoon om het bestuur als bevoegd orgaan aan te wijzen.

Aldus zijn we midden in de problematiek beland waar het ons hier om gaat, namelijk de vraag of de wetgever mag treden in de interne bevoegdheidsverdeling van de privaatrechtelijke rechtspersoon als bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs. Op basis van verschillende argumenten wordt door sommigen deze vraag ontkennend beantwoord.

(1) Allereerst wordt als argument wel aangevoerd dat zulks voortvloeit uit de aard van de wettelijke regelingen terzake, die zich voorzover het het bijzonder onderwijs betreft in het algemeen slechts tot het bevoegd gezag richten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden. Zij hebben derhalve in principe geen rechtstreekse werking binnen de rechtspersoon en kunnen de in de statuten en andere eigen regelingen van de rechtspersoon neergelegde bevoegdheidsverdeling dan ook niet opzij zetten. Hooguit kan niet-naleving resulteren in bekostigingssancties.⁷⁸

Het is de vraag of dit argument doorslaggevend is. Het houdt niet zozeer in dat bekostigingsvoorwaarden niet mógen treden in de interne bevoegdheidsverdeling van de rechtspersoon, maar dat zij dat niet kunnen, nu zij slechts gelden in de externe relatie van het bevoegd gezag (rechtspersoon) met de overheid. Voorzover het gaat om regels die aangemerkt moeten worden als (ook intern rechtstreeks werkende) algemeen verbindende voorschriften gaat dit betoog dan ook niet op.

In dit verband wijzen wij er nog eens op dat nogal wat eisen die in de onderwijswetgeving onder het kopje ‘voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’ geplaatst zijn, niettemin als algemeen verbindende voorschriften aangemerkt kunnen worden. Eerder behandelden wij reeds de nietigheidssanctie ter zake van de ouderbijdrage in artikel 40 Wpo en andere voorbeelden waaruit dit blijkt (1.4.1). Zo is het

78. Overes, a.w., p. 31, 66, 67.

zeer wel mogelijk dat uit de tekst dan wel de aard en strekking van een bepaling afgeleid moet worden dat de onderwijswetgever heeft beoogd terzake een bepaald orgaan – binnen de rechtspersoon – in het algemeen het bestuur van de stichting of vereniging – exclusief als bevoegd gezag aan te merken. En het is even zo goed mogelijk dat naleving van die bepaling, hoewel geplaatst onder het kopje ‘bekostigingsvoorwaarde’, bijvoorbeeld door een leerling in een rechterlijke procedure afgedwongen kan worden en dat daardoor de krachtens het rechtspersonenrecht geldende bevoegdheidsverdeling wordt doorbroken. Een voorbeeld hiervan vormt een zaak waarin een directeur van een onder een stichting ressorterende bijzondere school voor voortgezet onderwijs tot verwijdering van een lastige leerling besliste op grond van een aan hem door de statuten toebedeelde bevoegdheid. De rechter oordeelde dat hiermee gehandeld was in strijd met de wet, nu de onderwijswetgever ‘kennelijk heeft beoogd dat een verstrekkende beslissing als de onderhavige wordt genomen door een instantie die boven de strijdende partijen staat. Dat kan niet worden gevegd van een directeur van een school, belast met de dagelijkse leiding en uit dien hoofde in dagelijks contact met leraren en leerlingen.’⁷⁹

(2) Een ander argument gaat uit van het primaat van het rechtspersonenrecht ten opzichte van de onderwijswetgeving. Wie het binnen de rechtspersoon juridisch voor het zeggen heeft en wie de rechtspersoon extern vertegenwoordigt, wordt ingevolge Boek 2 BW binnen de marges van de aldaar geformuleerde dwingendrechtelijke voorschriften bepaald door de eigen regels van de rechtspersoon. Wijzen die eigen regels een specifiek orgaan ter zake van een bepaalde materie aan als degene die het bevoegd gezag vervult, dan is het, aldus deze redenering, niet aan de onderwijswetgever om zulks te doorbreken. Het lijkt erop dat de Raad van State in de eerder geciteerde passage hiervan uitgaat.⁸⁰ Het is de vraag of deze opvatting onverkort kan gelden. Boek 2 BW laat aan stichtingen en verenigingen een ruime vrijheid om de interne bestuursstructuur te regelen. Dat betekent echter niet dat onderwijswetgeving die de marges om van die vrijheid gebruik te maken verkleint, per definitie met Boek 2 BW in strijd is. Het betekent evenmin, dat het de onderwijswetgever te allen tijde verboden is bij wege van *lex specialis* van Boek 2 BW af te wijken. De vrijheid die het rechtspersonenrecht biedt, heeft niet het karakter van natuurrecht waarvan geen afwijking mogelijk is.

79. Pres. Rb. Amsterdam 31 augustus 1989, KG 1989, 337. Kritisch hierover Overes, a.w., p. 64.

80. In dezelfde lijn liggen de beschouwingen van Overes, a.w.; alsmede van C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, Deventer 1994, p. 239-240.

Daar komt bij dat de rechtspersoon die het bevoegd gezag is van (bekostigde) instellingen voor bijzonder onderwijs niet in alle opzichten vergelijkbaar is met volledig binnen de private sector opererende rechtspersonen. Het bijzonder onderwijs oefent samen met het openbaar onderwijs bepaalde publieke taken uit, wordt met het oog daarop aan deugdelijkheidsvoorwaarden onderworpen en voor 100% door de overheid bekostigd. Het kan dan ook niet zo zijn dat de wetgever helemaal geen enkele bevoegdheid heeft om met het oog op die publieke taak (marginale) randvoorwaarden te stellen aan de bestuurlijke inrichting van het bijzonder onderwijs.⁸¹

(3) Dit argument wint echter aan kracht wanneer de grondwettelijke vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs in het geding is.⁸² Deze vrijheid berust bij het bevoegd gezag, de rechtspersoon.⁸³ Daaronder is mede begrepen de vrijheid om de bestuurlijke organisatie naar eigen inzichten in de statuten en reglementen te regelen, en aldus de samenstelling van het bevoegd gezag en de door het bevoegd gezag in stand te houden richting en inrichting te bepalen. Zo stelde de regering in het kader van de behandeling van de Wmo 1992, dat 'bij kwesties die de richting en de identiteit raken, de statuten van de rechtspersoon en dus de zeggenschap van het bevoegd gezag van doorslaggevende aard dienen te worden geacht.'⁸⁴

In lijn hiermee heeft de wetgever dan ook tot op heden grote terughoudendheid betracht met betrekking tot de bestuurlijke vormgeving van en bevoegdheidsverdeling binnen het bevoegd gezag van bijzondere scholen voor primair en voortgezet onderwijs. Helaas heeft hij die terughoudendheid ten aanzien van de bve-sector (Hoofdstuk 9 Web) en het hoger onderwijs (Hoofdstukken 9 en 10 Whw) niet volgehouden. Bovendien valt te betreuren dat voor wat betreft de bve-instellingen en de hogescholen niet een bepaling vergelijkbaar met artikel 9.51 lid 2 Whw⁸⁵ is opgenomen.

Naar de huidige stand van zaken is het zo, dat de onderwijswetgeving voor het primair en voortgezet onderwijs zich in principe niet met de samenstelling van het bevoegd gezag en de interne bevoegdheidsverdeling bemoeit, en zulks overlaat aan de statuten en dergelijke. Mogelijk vloeien uit de onderwijswetgeving wel enige beperkingen

81. P.J.J. Zoontjens, *Besluitvorming in het bijzonder onderwijs* (recensie van het proefschrift van Overes), *School en Wet* 1996, nr. 6, p. 15-16.

82. Overes, a.w., p. 68-69.

83. Vermeulen, a.w., hoofdstuk 7.

84. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 461, nr. 8, p. 10.

85. Op grond van deze bepaling kan het bevoegd gezag van een bijzondere universiteit met een beroep op de eigen aard afwijken van de wettelijke regeling. Aldus kan de vrijheid van inrichting toch tot haar recht komen.

voort, maar die houden meestal slechts een begrenzing in van de mogelijkheid om bevoegdheden die bij de gebruikelijke in Boek 2 BW genoemde organen berusten over te dragen aan bijvoorbeeld een directeur/directie (zie daarover 4.5). Dat daarmee de vrijheid van richting is aangetast, zien wij niet. En de daaruit voortvloeiende beperking van de vrijheid van inrichting is naar onze mening niet altijd onaanvaardbaar.

In hoeverre de vrijheid van onderwijs zich verzet tegen wetgeving die bijvoorbeeld met het oog op versterking van de invloed van de ouders voorschriften bevat met betrekking tot de *personele samenstelling* van het bevoegd gezag, is nog een open vraag. Uw preadviseurs verschillen op dit punt van mening. Naar de opvatting van Vermeulen dient de wetgever zich daarmee vanwege de vrijheid van onderwijs niet te bemoeien; naar het oordeel van Zoontjens mag hij dat wel, met het oog op het in de vrijheid van onderwijs besloten recht van de ouders.⁸⁶

Ten slotte wijzen wij nog op een ander voorbeeld waaruit blijkt dat de wetgever soms in kan grijpen in de interne sfeer van het bevoegd gezag van bijzondere onderwijsinstellingen. In bepaalde gevallen worden publiekrechtelijke bevoegdheden namelijk rechtstreeks aan specifieke functionarissen, en niet aan het bevoegd gezag toebedeeld.⁸⁷ Zo oefent het hoofd der school (directeur, rector) die beslist op een verzoek om vrijstelling van de plicht tot schoolbezoek op grond van vakantie of andere gewichtige omstandigheden (artikel 13a lid 1 en artikel 14 Leerplichtwet 1969) een publiekrechtelijke bevoegdheid uit, en dient hij – ook als het bijzonder onderwijs betreft – in zoverre aangemerkt te worden als een bestuursorgaan in de zin van de Awb (in casu een b-orgaan), dat terzake besluiten neemt.⁸⁸ Hetzelfde geldt ons inziens voor het oordeel van de directeur van een basisschool inzake de geschiktheid van een leerling om naar het voortgezet onderwijs te gaan (artikel 39 lid 4 Wpo jo. artikel 3 lid 1 Inrichtingsbesluit vwo-havo-mavo-vbo),⁸⁹ aangezien een positief oordeel in het algemeen voorwaarde is om tot het voortgezet onderwijs toegelaten te worden. Ook in deze hoedanigheid fungeert in het bijzonder onderwijs de directeur, en niet het bevoegd gezag, als bestuursorgaan dat beschikkingen geeft.

86. B.P. Vermeulen, De juridische (on)mogelijkheden van een richtingvrij stelsel van scholenplanning en van vergroting van de ouderinvloed op de identiteit van scholen; onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, in: Studies Onderwijsraad no. 1, 1996: Preadviezen bij het advies 'Richtingvrij en richtingbepalend', Den Haag 1996, en Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag 1999, p. 69-82; P.J.J. Zoontjens, De smalle ruimte. Enige opmerkingen over privaatrecht en publiekrecht, gezien vanuit de positie van de bijzondere school, NTOR 1999, nr. 1, p. 34.

87. Deze functionaris mag zijn bevoegdheid niet aan het bevoegd gezag overdragen, ARRS 24 mei 1993, AB 1994, 577 m.nt. RMvM.

88. VzARRS 20 juni 1993, KG 1993, 290; VzARRS 22 oktober 1993, tB/S 1993, 93; ARRS 24 mei 1993, AB 1994, 577 m.nt. RMvM.

89. Stb. 1993, 207.

2.4 Het samenwerkingsbestuur en de samenwerkingschool

Eerder wezen wij er reeds op dat het duale bestel recentelijk is gerelativeerd door het creëren van wettelijke mogelijkheden voor vergaande samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs (1.3.5). Met het oorspronkelijke wetsvoorstel samenwerkingscholen (24 137) werd zelfs beoogd een wettelijk kader te scheppen waarbinnen in het verband van één school zowel openbaar als bijzonder onderwijs gegeven wordt: de *samenwerkingschool* (institutionele variant).⁹⁰ In een latere versie van het wetsvoorstel⁹¹ is daarnaast een kader ontworpen waarbij één bestuur zowel bijzondere als openbare scholen onder zich heeft: het *samenwerkingsbestuur* (bestuurlijke variant). Achtergrond van deze varianten – samenwerkingschool en samenwerkingsbestuur – is vooral dat de recente verhoging van de instandhoudingsnormen en de verzwaring van de verantwoordelijkheden van schoolbesturen het vaak noodzakelijk maken om scholen en besturen te laten fuseren (schaalvergroting).

Na kritiek van de Raad van State en de Onderwijsraad is voorlopig van de institutionele variant, de samenwerkingschool, afgezien. De overblijvende variant, het samenwerkingsbestuur, heeft het wel gered⁹² in weerwil van de kritiek van de Raad van State, dat dit construct met het duale bestel onverenigbaar en dus ongrondwettig is.⁹³ Aldus is weer een nieuwe bestuursvariant voor het openbaar onderwijs toegevoegd, het samenwerkingsbestuur in de vorm van een stichting die zowel openbare als bijzondere scholen bestuurt (artikel 17 Wpo, artikel 53c Wvo).

Op goede gronden heeft de wetgever hier voor een privaatrechtelijke bestuursvorm gekozen. Een publiekrechtelijke rechtsvorm zou met zich brengen dat het bevoegd gezag ook ten aanzien van de bijzondere scholen een bestuursorgaan – een a-orgaan – zou zijn, dat aan de publiekrechtelijke normen, zoals de artikelen 1, 3 en 23 lid 3 Grondwet, gebonden zou zijn.⁹⁴ Alsdan zou de overheid de facto pretenderen in staat en bevoegd te zijn bijzonder, levensbeschouwelijk gekleurd onderwijs te doen geven. Dat zou ongrondwettig zijn, in strijd met de vrijheid van onderwijs en met de scheiding van kerk en staat.⁹⁵

90. Zie voor een uitstekend historisch overzicht van de discussies over de samenwerkingschool: P.W.A. Huisman, *De samenwerkingschool in parlementair-historisch perspectief*, Den Haag 2000.

91. Kamerstukken II 1996/97, 24 137, nr. 12.

92. Stb. 1998, 294.

93. Kamerstukken II 1997/98, 24 137, B. In dezelfde zin Kortmann, preadvies par. 6.

94. Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 4 en 11; B.P. Vermeulen, *De samenwerkingschool*, NTB 1995, p. 200-201.

95. B.P. Vermeulen, *Het wetsvoorstel inzake samenwerkingscholen (24 137) in het licht van de Grondwet, School en Wet 1995*, nr. 9, p. 2-7; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1997, p. 428 nt. 669.

De uit artikel 23 lid 3 en lid 4 Grondwet voortvloeiende eisen met betrekking tot het openbaar onderwijs meent de wetgever in acht te nemen door te eisen dat in de statuten vastgelegd dient te worden dat de overheid voorzover het de openbare scholen onder het samenwerkingsbestuur betreft een overheersende invloed heeft (artikel 17 lid 5 Wvo, artikel 53c lid 5 Wvo). Voorzover het samenwerkingsbestuur openbaar gezag uitoefent door besluiten met betrekking tot de openbare scholen te nemen, is het te beschouwen als een bestuursorgaan (b-orgaan).

De wettelijke regeling van de samenwerkings*school* – de school die zowel openbaar als bijzonder onderwijs verzorgt – is weliswaar uitgesteld, maar vermoedelijk niet afgesteld. Onlangs heeft de Onderwijsraad aan de regering advies uitgebracht inhoudend een voorstel voor grondwetswijziging met bijgevoegde toelichting, op grond waarvan de samenwerkingschool een (grond)wettelijke basis zou krijgen.⁹⁶ De tekst van het vierde lid van artikel 23 Grondwet zou als volgt moeten gaan luiden:

‘In elke gemeente wordt van overheidswege openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal *openbare* scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs, *al dan niet in de vorm van een openbare school*, gelegenheid wordt gegeven’ (de nieuwe, in te voegen passages zijn gecursiveerd).⁹⁷

Aldus wordt uitgedrukt dat de samenwerkingschool een uitzondering vormt op de hoofdregel, geformuleerd in de eerste volzin van artikel 23 lid 4 Grondwet: openbaar onderwijs vindt plaats in een openbare school. De tweede volzin biedt voor deze uitzondering de grondslag: de wetgever kan de mogelijkheid scheppen om openbaar onderwijs te (doen) geven in een school die geen openbare school is.

In het aan het voorstel toegevoegde concept van een memorie van toelichting worden vervolgens de contouren geschetst waaraan een wettelijke regeling zou moeten voldoen om zoveel mogelijk binnen de marges van het duale bestel te blijven. Deze regeling dient met het oog hierop randvoorwaarden te stellen aan de mogelijkheid om een samenwerkingschool te vormen. Allereerst dient zekergesteld te worden dat de samenwerkingschool geen reguliere variant is, maar slechts het product kan zijn van een fusie van een openbare en een bijzondere school. Daarnaast dient de wettelijke

96. Samen verder. Advies inzake de samenwerkingschool, Den Haag 2000.

97. Eerder stelde D. Mentink deze tekst voor in zijn oratie, Het bijzondere van het onderwijsrecht, Utrecht 1998, p. 36.

vormgeving van de samenwerkingschool zodanig te zijn dat de kenmerken van het duale bestel zoveel mogelijk bewaard worden, en openbaar en bijzonder onderwijs binnen zo'n school – gezien vanuit die kenmerken – zoveel mogelijk en in gelijkwaardigheid tot hun recht kunnen blijven komen. Voorgesteld wordt de oorspronkelijke schoolbesturen van de openbare en de respectievelijk bijzondere school te laten functioneren als toezichhouders, die in het samenwerkingschoolbestuur (stichting) de vertegenwoordigers van het openbaar respectievelijk bijzonder onderwijs benoemen. De statuten van de stichting dienen daarnaast te waarborgen dat de vertegenwoordigers van het openbaar resp. bijzonder onderwijs een dominante invloed hebben op 'hun' onderwijs en personeelsbeleid, terwijl de wederpartij terzake een vetorecht toekomt.

Om dezelfde redenen die de wetgever bij de vormgeving van het samenwerkingsbestuur deed kiezen voor de privaatrechtelijke bestuursvorm opteert de Onderwijsraad daar ook ten behoeve van de samenwerkingschool voor. Nogmaals, een publiekrechtelijke rechtsvorm zou met zich brengen dat het bevoegd gezag ook in relatie tot het binnen de samenwerkingschool te verzorgen bijzonder onderwijs een bestuursorgaan – een a-orgaan – zou zijn, met alle constitutioneel onaanvaardbare gevolgen van dien.⁹⁸

Ten slotte stelt de Onderwijsraad voor uitdrukkelijk te bepalen dat de Awb niet van toepassing is op de besluitvorming binnen de samenwerkingschool. Het is niet uitgesloten dat (het bestuur van) de stichting waaronder een samenwerkingschool ressorteert voorzover het het openbaar onderwijs betreft, aangemerkt zal moeten worden als bestuursorgaan (b-orgaan), hetgeen zou betekenen dat de Awb op besluitvorming betreffende dit onderwijs van toepassing is, terwijl ter zake van handelingen en besluiten betreffende het bijzonder onderwijs de civielrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is. Dat zou een buitengewoon complexe en onoverzichtelijke situatie opleveren, temeer omdat nogal wat beslissingen zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs betreffen (zie nader 4.4).

98. Zie in deze richting ook de regering: 'Een rechter zal naar alle waarschijnlijkheid namelijk oordelen dat enkel reeds met het instellen van een openbare rechtspersoon c.q. een gemeenschappelijke regeling een bestuursorgaan ontstaat. (...) De Awb is volledig van toepassing, waardoor de voorschriften omtrent rechtsbescherming, toezicht e.d. uit de Awb dus vol van toepassing zijn op een dergelijke publiekrechtelijk in stand gehouden samenwerkingschool en waardoor altijd rechtstreeks aan publiekrechtelijke normen zoals artikel 1 Grondwet kan worden getoetst, ook als het gaat om beslissingen die het bijzonder onderwijs betreffen. Materieel zou er dan eigenlijk dus geen sprake meer zijn van een samenwerkingschool' (Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 11). Zo is het maar net!

2.5 Conclusies

(1) Bij de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen dient onderscheid te worden gemaakt tussen twee functies: het besturen (door het bevoegd gezag) en het instandhouden (door de rechtspersoon). In het openbaar onderwijs is de instandhoudende instantie de (in principe publiekrechtelijke) rechtspersoon en is het bevoegd gezag een bestuursorgaan (van die rechtspersoon). In het bijzonder onderwijs is een privaatrechtelijke rechtspersoon zowel instandhoudende instantie als bevoegd gezag, en niet één van de organen van de rechtspersoon. De onderwijswetgever houdt deze onderscheidingen niet altijd voldoende voor ogen, past ten onrechte de publiekrechtelijke bevoegdhedeterminologie toe op de privaatrechtelijke verhoudingen binnen het bijzonder onderwijs (2.1, 2.2).

(2) Het bevoegd gezag van een door een publiekrechtelijke rechtspersoon instandgehouden openbare school dient een bestuursorgaan te zijn. Dat is niet alleen voor de hand liggend omdat bevoegdheden nu eenmaal aan bestuursorganen worden toebedeeld. Ook overwegingen van legaliteit, democratische legitimatie en de eis van overwegende overheidsinvloed wijzen in deze richting. De aanduiding van een openbare rechtspersoon als bevoegd gezag in onderwijswetten berust dan ook niet op een welbewuste keuze (2.3.1).

(3) Gezien het voorgaande ligt het ook voor de hand dat de wetgever een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (stichting), en niet de rechtspersoon zelf aanmerkt als bevoegd gezag van een openbare school. De bevoegdheidsverdeling binnen privaatrechtelijke rechtspersonen dient weliswaar in principe te worden overgelaten aan de eigen regels (statuten). Er is echter geen reden waarom de wetgever in dit geval niet een specifiek orgaan binnen de rechtspersoon zou kunnen aanmerken als bevoegd gezag. De in conclusie 2) gegeven argumenten pleiten er zelfs voor (2.3.1).

(4) De wetgever mag in principe niet treden in de bestuursstructuur van het bevoegd gezag van een bijzondere school. De grondwettelijke vrijheid van het bijzonder onderwijs in samenhang met de bestuurlijke autonomie die Boek 2 BW aan verenigingen en stichtingen toekent, vormen hiervoor de grond. Het is de wetgever echter niet te allen tijde verboden aan de vrijheid tot interne regeling grenzen te stellen. Zo dient niet uitgesloten te worden dat hij grenzen stelt aan toedeling van bevoegdheden aan de directie. Zulks dient dan wel bij expliciete wetgeving te geschieden (2.3.2).

(5) Het bevoegd gezag dat openbare en bijzondere scholen onder zich heeft (samenwerkingsbestuur) of een school waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs aangeboden wordt (de samenwerkingschool) kan slechts een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn. Een publiekrechtelijke rechtsvorm zou met zich brengen dat het bevoegd gezag ook ten aanzien van het bijzonder onderwijs gebonden zou zijn aan publiekrechtelijke normen. Dat zou in strijd zijn met de vrijheid van onderwijs en met de scheiding van kerk en staat, aangezien de overheid dan immers zou pretenderen in staat en bevoegd te zijn bijzonder onderwijs te (doen) geven (2.4).

3. De aard van de rechtsverhoudingen in onderwijsinstellingen

In het vorige hoofdstuk hebben we de bestuurlijke vormgeving van onderwijsinstellingen besproken. Thans gaan we over tot de beschrijving en analyse van de rechtsverhoudingen binnen de onderwijsinstelling. Aan bod komen achtereenvolgens de rechtsverhouding van het personeel met het bevoegd gezag (3.1) en van de leerlingen⁹⁹ met het bevoegd gezag (3.2).

3.1 De rechtsverhouding van personeel met het bevoegd gezag

3.1.1 *Openbaar onderwijs*

(1) Het openbaar onderwijs, we merkten dat reeds eerder op, staat onder overheersende overheidsinvloed. Daarmee maken de instellingen voor openbaar onderwijs, ook als deze uitgaan van een stichting, deel uit van de openbare dienst.¹⁰⁰ Het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs is dan ook in principe ambtenaar krachtens een eenzijdige rechtshandeling (beschikking), een door het publiekrecht beheerst besluit tot *aanstelling*, beheerst door het publiekrecht.¹⁰¹ Zie artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet 1929, dat luidt: 'Ambtenaar in de zin van deze wet is degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn'. Dienovereenkomstig wordt de akte van aanstelling

99. Waaronder wij gemakshalve tevens de ouders/verzorgers begrijpen.

100. Kamerstukken II 1994/95, 24 138, A, p. 3-4. Zie over dit begrip A.H. van Zutphen, Het begrip openbare dienst in de Ambtenarenwet 1929, NTB 1988, p. 125; en dezelfde, De rechtspositie van de rijksambtenaar, Den Haag 1991, p. 91-96.

101. CRvB 27 januari 1971, AB 1971, 231.

dan ook alleen door het bevoegd gezag getekend (artikel 53 lid 1 Wpo, artikel 43a lid 1 Wvo).¹⁰²

(2) Op de benoeming van het personeel in het openbaar onderwijs is artikel 1 Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) alsmede de eis van artikel 3 Grondwet (de gelijke benoembaarheid in de openbare dienst) van toepassing.¹⁰³ Dat betekent onder meer dat bij het aanstellen en tewerkstellen van personeel in het openbaar onderwijs in principe geen levensbeschouwelijk gekleurde criteria gehanteerd mogen worden.¹⁰⁴ Zo vernietigde de Kroon om deze reden een gemeentelijke verordening die voorschreef dat de directeur van een bepaalde openbare school lid moest zijn van een der bij de verordening gespecificeerde kerkgenootschappen. De Kroon overwoog in dit verband 'dat artikel 3 van de Grondwet bepaalt dat alle Nederlanders op gelijke voet in openbare dienst benoembaar zijn; dat onder meer in artikel 42 van de Lager-onderwijswet 1920 [voorganger van de Wbo en de Wpo, BV/PZ] het neutrale karakter van het openbaar onderwijs is vastgelegd (...); dat uit het samenstel van deze bepalingen blijkt dat artikel 15, tweede lid, van meergenoemde verordening in strijd is met artikel 3 Grondwet'.¹⁰⁵

Dat in het openbaar onderwijs geen levensbeschouwelijk gekleurde criteria toegepast mogen worden, sluit overigens niet uit dat in bijzondere gevallen uit het neutrale karakter van het openbaar onderwijs (artikel 23 lid 3 Grondwet) kan voortvloeien dat personen die zich te zeer 'schuldig' (dreigen te) maken aan geloofsijver om die reden disciplinair bestraft kunnen worden of zelfs geweerd kunnen worden. Zo zal een lerares geschorst kunnen worden omdat zij te zeer haar christelijke geloofsopvattingen in de lessen uitdraagt.¹⁰⁶ Evenzo zal een moslim-stagiaire die onvoldoende blijkt geeft

102. Zie in dit verband CRvB 19 mei 1987, TAR 1987, 162, waarin aangenomen werd dat sprake was van ambtenaarschap van een docent bij een (gemeentelijke) stichting voor openbaar onderwijs, en dus geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, onder meer nu de aanstelling bij de school in de vorm van een besluit tot benoeming van B&W had plaatsgevonden.

103. Vgl. Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 20, waar het begrip openbare dienst in artikel 3 Grondwet met dat in artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet 1929 op één lijn gesteld wordt. Artikel 3 Grondwet is dus ook van toepassing op de gemeentelijke stichting ex artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo (Kamerstukken II 1994/95, 24 138, nr. 3, p. 11).

104. Zo is het uit artikelen 1 en 3 Grondwet voortvloeiende, in artikel 5 lid 1 Algemene wet gelijke behandeling nader uitgewerkte verbod om op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksualiteit of burgerlijke staat onderscheid te maken bij aanstelling en ontslag onverkort op het personeel in het openbaar onderwijs van toepassing.

105. KB 2 maart 1984, Stb. 1984, 95, AB 1984, 288 m.nt. BJVdN, Gst. 6771, 2.

106. KB 24 december 1948, AB 1948, 266 (Bijbelse ijver).

het neutraal-pluriforme karakter van het openbaar onderwijs te willen respecteren, geweigerd kunnen worden.¹⁰⁷

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat op deze rechtsrelatie de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn: te denken valt in dit verband aan het ambtenarenrecht, de Awb, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten.¹⁰⁸ Voor dit personeel staat uiteraard de rechtsgang van de Awb jo. de Beroepswet open. Voor ontslag is geen ontslagvergunning vereist: zie artikel 2 lid 1a Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, dat werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam¹⁰⁹ uitsluit van het ontslagvergunningsvereiste.¹¹⁰

Het voorgaande geldt mutatis mutandis voor stagiaires in het openbaar onderwijs. Daar zij echter niet (als ambtenaar) *aangesteld* zijn om aldaar werkzaam te zijn, maar toegelaten zijn om er een deel van hun opleiding te volgen, menen wij dat de beschikking tot weigering om toe te laten alsmede de beschikking tot het ontzeggen van de verdere toegang tot de school (artikel 36 Wpo en artikel 39c Wvo, resp. lid 1 en lid 3) en meer in het algemeen de rechtsverhouding tot het bevoegd gezag niet door het ambtenarenrecht genormeerd wordt, maar door het algemene bestuursrecht. Voor stagiaires staat derhalve de reguliere Awb-rechtsgang open.

(3) Dat het openbaar onderwijs onder overwegende overheidsinvloed staat en dus deel uitmaakt van de openbare dienst sluit overigens niet uit dat het personeel aldaar werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.¹¹¹ Weliswaar overwoog de regering met betrekking tot de gemeentelijke stichting (ex artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo): 'Met de Raad onderschrijven ondergetekenden dat een belangrijk uitgangspunt bij de stichting die openbaar onderwijs in stand houdt, de overheersende overheidsinvloed op het beheer (en daarmee ook op het personeelsbeleid) van de stichting is. (...) Omdat de bestuursvorm van de gemeentelijke stichting privaatrechtelijk is, was er echter in het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel toch voor gekozen ook de arbeidsverhoudingen op privaatrechtelijke leest te schoeien. Met de Raad zijn ondergetekenden na ampele overwegingen tot de conclusie gekomen dat het niet de pri-

107. Commissie gelijke behandeling 22 december 1999, AB 2000, 72 m.nt. BPV (hoofddoekje in openbaar onderwijs).

108. CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 576 m.nt. HH (verlof voor Zuid-Afrika).

109. In de huidige terminologie: een a-orgaan.

110. Enigszins anders ligt dit wanneer het personeel in dienst is van een gemeentelijke stichting; dan zijn zij naar ons oordeel geen werknemer bij een publiekrechtelijk lichaam. Weliswaar valt het onderwijzend personeel dan op grond van artikel 2 lid 1b BBA buiten het ontslagvergunningsvereiste. Voor het niet-onderwijzend personeel is dat vereiste alsdan echter wel van toepassing.

111. Zie over een en ander T.J. Beek en E. van Diepen, De status van werknemers/ambtenaren bij overheidsstichtingen, Stichting & Vereniging januari/februari 1999, p. 23-28.

vaatrechtelijke bestuursvorm is die bepalend is voor de positie van de werknemers, maar de mate van overheidsinvloed.¹¹² Omdat deze ook bij een privaatrechtelijke bestuursvorm overheersend is, moet er inderdaad van uit worden gegaan dat het personeel van de school die in stand wordt gehouden door een gemeentelijke stichting, de ambtelijke status heeft.¹¹³ Naar de huidige stand van zaken is het personeel in dienst van de gemeentelijke stichting dus ambtenaar.

Het standpunt van de regering is echter in die zin onjuist, dat het suggereert dat wanneer sprake is van overwegende overheidsinvloed, het personeel per definitie als ambtenaar aangesteld *moet* worden. Wij wijzen erop dat de Centrale Raad van Beroep de ambtenarenstatus in een dergelijk geval weliswaar als regel ziet,¹¹⁴ maar niet uitsluit dat van die regel afgeweken wordt.¹¹⁵ Terecht stelde de regering dan ook elders:

‘Ondergetekenden zijn het met de Raad van State eens dat het personeel van een openbare school in beginsel een ambtelijke status heeft omdat de mate van overheidsinvloed bepalend is voor de positie van werknemers en niet de privaatrechtelijke rechtsvorm. Dit beginsel is echter niet zo absoluut dat de wetgever er in een specifieke situatie niet van zou kunnen afwijken (...). Daarom is er in het wetsvoorstel voor gekozen dat het personeel dat werkzaam is aan de openbare school bij een stichting die zowel een openbare als een bijzondere school in stand houdt, van rechtswege wordt benoemd krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht’ (zie artikel 17 lid 4 Wpo, artikel 53c lid 4 Wvo).

Maar ook voorzover het bevoegd gezag een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon (een a-orgaan) is, is het in beginsel mogelijk dat het personeel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. Artikelen 1 lid 3 en 134 Ambtenarenwet 1929 alsmede artikel 7:615 BW drukken dat expliciet uit. Wel is het zo dat de wetgever daarvoor dan een specifieke regeling dient te treffen, zoals hij in artikel 17 lid 4 Wpo en artikel 53c lid 4 Wvo reeds heeft gedaan voor het samenwerkingsbestuur (de stichting die openbare en bijzondere scholen onder zich heeft). Behoudens het geval van het samenwerkingsbestuur gaat de onderwijswetgeving er thans namelijk van uit dat

112. Zie in deze zin ook Pres. Rb. Utrecht 31 maart 1994, AB 1995, 111 m.nt. FM.

113. Kamerstukken II 1994/95, 24 138, A, p. 3-4. In dezelfde (onjuiste) zin: B.P. Vermeulen, De samenwerkingschool, NTB 1995, p. 201.

114. CRvB 19 mei 1987, TAR 1987, 162; CRvB 8 maart 1988, TAR 1988, 103; CRvB 1 juli 1993, TAR 1993, 173; CRvB 3 mei 1993, TAR 1993, 148.

115. In CRvB 19 mei 1987, TAR 1987, 162 overweegt de Raad ‘dat het openbare dienst-karakter dient te resulteren in de conclusie dat gedaagden ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 1929 waren, tenzij sprake zou zijn van een dienstverband op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht’.

het personeel in het openbaar onderwijs aldaar werkzaam is als ambtenaar. Een en ander blijkt onder meer uit artikel 38a leden 1 en 4 Wvo, artikel 4.1.2 leden 1 en 4 Web en artikel 4.5 leden 1 en 4 Whw.¹¹⁶

Wij verwachten dat het personeel in het openbaar onderwijs in toenemende mate werkzaam zal zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Voor wat betreft de openbare universiteiten is dat de inzet van de werkgeverskoepel (de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten, VSNU) bij de lopende CAO-onderhandelingen.¹¹⁷ En wanneer de samenwerkingsschool een wettelijk fundament zal krijgen, zal het personeel daar ongetwijfeld – net als thans reeds bij het samenwerkingsbestuur – werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst.¹¹⁸ Uiteraard is dan de civiele rechtsgang daarop van toepassing.

(4) Zolang het personeel in het openbaar onderwijs werkzaam is als ambtenaar, zijn CAO's en de Raamovereenkomst primair onderwijs (een pseudo-CAO¹¹⁹) niet als zodanig op hen van toepassing. CAO's hebben slechts betrekking op, en werken alleen rechtstreeks door in arbeidsovereenkomsten (artikel 1 lid 1 Wet CAO), zien derhalve niet op personeel werkzaam krachtens aanstelling als ambtenaar. Wil men de inhoud van een CAO ook van toepassing laten zijn op de arbeidsverhouding van het bevoegd gezag in het openbaar onderwijs met zijn ambtenaren, dan zal het bevoegd gezag dit moeten doen door middel van 'regels' (artikel 38a lid 1 Wvo, artikel 4.1.2 lid 1 Web, artikel 4.5 lid 1 Whw), aldus de inhoud van de CAO bij algemeen verbindend voorschrift (rechtspositiereglement) op die arbeidsverhouding van toepassing verklaarend.¹²⁰ Heeft een dergelijke omzetting bij wege van algemeen verbindend voorschrift niet plaatsgevonden, dan werkt de (inhoud) van de CAO niet in die arbeidsverhouding. Een ander standpunt zou in strijd zijn met de eis in de onderwijswetgeving en in artikel 109 Grondwet, dat de rechtspositie van ambtenaren bij wet geregeld wordt.¹²¹

116. Vgl. Kamerstukken II 1988/89, 21 073, nr. 3, p. 122 met betrekking tot de Whw. Zie nader hierover C.W. Noorlander, A. Stege, *De ambtenarenstatus verlaten*, Amsterdam 2000, par. 7.1.1.

117. Zie de voorstellen terzake in Noorlander/Stege, a.w., hoofdstuk 8.

118. In deze zin de Onderwijsraad in zijn voorstel tot wijziging van de Grondwet, *Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool*, Den Haag 2000, p. 7.

119. Zie in deze zin W. Lindeboom en M.J. van Dasselaar, *Flexwet baart CAO in het primair onderwijs*, School en Wet 1999, nr. 4, p. 2-3.

120. Zie hierover H.C. Naves, *Het tweeslachtige karakter van de onderwijs-CAO: arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en/of algemeen verbindend voorschrift?*, School en Wet 1997, nr. 7, p. 2-7.

121. In deze zin ook een recente uitspraak inzake (een onderdeel van) de Raamovereenkomst (Pres. Rb. Amsterdam 24 november 1999, AWB 99/10279 AW). Wel meende de president dat de betreffende afspraken in de Raamovereenkomst in casu als beleidsregels ter invulling van publiekrechtelijke bevoegdheden konden fungeren.

Zo doet zich op dit punt een opvallende parallel voor met de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs. Zoals die bekostigingsvoorwaarden niet als zodanig in de interne relatie werken maar een omzettingshandeling van het bevoegd gezag behoeven, zo werken CAO's op zichzelf niet in de interne verhoudingen in het openbaar onderwijs, en behoeven deze dus een transformatiebesluit van het bevoegd gezag om ze die werking te verlenen.

3.1.2 *Bijzonder onderwijs*

(1) Het bijzonder onderwijs maakt geen deel uit van de openbare dienst. Het personeel dat daarbij in dienst is, is dat op basis van een tweezijdige privaatrechtelijke rechtshandeling, een arbeidsovereenkomst. De akte van benoeming is dan ook de schriftelijke vastlegging van een contract, en wordt door zowel het bevoegd gezag als het personeelslid getekend (artikel 59 lid 2 Wpo, artikel 51 lid 1 Wvo). Artikel 1 en 3 Grondwet zijn niet van toepassing; het bevoegd gezag kan eigen niet-neutrale criteria, onder andere aan de richting ontleend, hanteren (artikel 23 lid 5 en 6 Gw).¹²²

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat publiekrechtelijke normen zoals de Awb, de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten als zodanig niet van toepassing zijn. Wel zijn veel publiekrechtelijke voorschriften door een standaardclausule in de meeste arbeidsovereenkomsten 'doorgecontracteerd'. Bovendien is een zekere doorwerking niet uitgesloten in de afgezwakte vorm van een indirecte horizontale werking van grondrechten of in de vorm van een inspiratiebron (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) voor het vinden van privaatrechtelijke beginselen.

Voor het personeel in het bijzonder onderwijs staat de civielrechtelijke procedure bij de kantonrechter open (artikel 97 e.v. Rv), alsmede de gang naar de Commissie van beroep (artikel 60 en 62 Wpo, artikel 52 en 53 Wvo). Voorzover het onderwijspersoneel betreft, is op hun ontslag niet het vergunningsvereiste van het BBA van toepassing (artikel 2 lid 1 sub b BBA).¹²³

De stagiaires in het bijzonder onderwijs zijn daar niet werkzaam krachtens arbeidsovereenkomst, maar krachtens een stage-contract. Uiteraard betreft het hier een privaatrechtelijke overeenkomst. Merkwaardig is in dit verband dat de wetgever de ont-

122. Het verbod om bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsverhouding onderscheid te maken (artikel 5 lid 1 Awgb) geldt in het bijzonder onderwijs dan ook niet onverkort: artikel 5 lid 2c Awgb. Zie over deze uitzonderingsbepaling B.P. Vermeulen, in I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag 1999, p. 168-178.

123. Zie voor de betekenis van deze uitzondering: HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725 (Driessen-KUN).

zegging van de verdere toegang tot de school (artikel 36 lid 3 Wpo, artikel 39c lid 3 Wvo) als een beschikking kwalificeert. Ons inziens is dat onzin: het betreft een privaatrechtelijke rechtshandeling, vermoedelijk in de vorm van opzegging van het stage-contract, waarop niet het publiekrecht in het algemeen en de Awb in het bijzonder van toepassing is, maar het burgerlijk recht en de civiele rechtsgang.

(2) Met het voorgaande is gegeven dat het personeel in het bijzonder onderwijs per definitie niet als ambtenaar werkzaam kan zijn. Zou dat namelijk wel het geval zijn, dan zou daarmee een publiekrechtelijke rechtsbetrekking gegeven zijn, waarop allerlei publiekrechtelijke normen van toepassing zijn die zich niet verdragen met de aard en vrijheid van het bijzonder onderwijs.¹²⁴

Omdat landelijk, universitair en facultair onderzoeksbeleid een prominente rol van het rechtsvergelijkend onderzoek voorschrijven, maken we nu even een uitstap naar het Belgische onderwijsrecht, dat op de terzake relevante punten eenzelfde grondstructuur heeft als het Nederlandse onderwijsrecht.¹²⁵ Daar is lange tijd onduidelijk geweest hoe de arbeidsverhouding in het vrij onderwijs (= bijzonder onderwijs) gekarakteriseerd diende te worden: vond deze haar grondslag in een privaatrechtelijk contract (arbeidsovereenkomst) of in een aanstelling in statutaire zin (eenzijdige aanstelling krachtens publiekrecht).¹²⁶ Recentelijk heeft het Arbitragehof terzake overwogen: 'De vrijheid van onderwijs impliceert de vrijheid voor de inrichtende macht om het personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld met het oog op de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen. De vrijheid van keuze werkt derhalve door in de arbeidsverhouding tussen die inrichtende macht en haar personeel en verantwoordt dat de aanstelling en benoeming in het gesubsidieerd vrij onderwijs bij overeenkomst gebeuren.'¹²⁷ De Raad van State heeft vervolgens deze benadering, waarbij de aard van het vrij (bijzonder) onderwijs *rechtvaardigt* ('verantwoordt') dat de arbeidsverhouding op een overeenkomst gebaseerd is, tot een *verplichting* verheven.¹²⁸ Het moet zo zijn, aldus de Raad (naar ons oordeel terecht), dat het personeel

124. Zie in deze richting ook de regering, Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 11: wanneer sprake is van een openbare dienst en dus ambtenaarschap, moet vol aan publiekrechtelijke normen zoals artikel 1 en 3 Grondwet voldaan worden, ook als het bijzonder onderwijs zou betreffen.

125. Met dank aan collega R. Verstege, hoogleraar onderwijsrecht aan de Katholieke Universiteit Leuven.

126. Zie over deze historie R. Verstege, De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard, *Rechtskundig Weekblad* 1998-1999, nr. 3, p. 65-78.

127. Arbitragehof 17 juni 1999, *Rechtskundig Weekblad* 1999-2000, nr. 16, p. 531 e.v., m.nt. R. Verstege.

128. Verstege meent in zijn commentaar (*Rechtskundig Weekblad* 1999-2000, nr. 16, p. 535) dat de Raad van State hier ten onrechte een 'dogmatisch moeten' van maakt. In ieder geval naar Nederlands onderwijsrecht is dit echter de juiste benadering.

van een vrije instelling niet krachtens statuut, maar op basis van een contract werkzaam is: 'dat verwerende partij een vrije universiteit is, die uit de door art. 24 par. 1, van de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs het recht put onderwijs aan te bieden dat op een filosofische, ideologische of godsdienstige opvatting van eigen keuze is gebaseerd; dat die vrijheid van onderwijs voor de inrichtende macht van een vrije universiteit de vrijheid impliceert om het personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld met het oog op de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen; dat de vrijheid van keuze derhalve doorwerkt in de arbeidsverhouding tussen die inrichtende macht en haar personeel, en meebrengt dat die rechtsverhouding van contractuele aard is'.¹²⁹ Wij hadden het niet beter kunnen zeggen.

(3) Anders dan het geval is bij personeel dat in het openbaar onderwijs werkzaam is, zijn op het personeel in het bijzonder onderwijs de CAO's en de Raamovereenkomst primair onderwijs als zodanig op hun arbeidsverhouding van toepassing. CAO's werken rechtstreeks door in de arbeidsovereenkomst. Voor vakbondsleden geschiedt dat op grond van artikel 9 Wet CAO; en voor alle werknemers, ook zij die geen lid zijn van een der CAO-partijen/vakbonden, wordt dat bewerkstelligd doordat de inhoud van de CAO voorzover relevant middels een standaardclausule in hun arbeidscontract 'doorgecontracteerd' wordt. Met de formulering dat het bevoegd gezag van de bijzondere onderwijsinstellingen 'zorg draagt voor' de regeling van de rechtspositie van zijn personeel (artikel 38a lid 1 Wvo, artikel 4.1.2 lid 1 Web, artikel 4.5 lid 1 Whw) – en niet, zoals in het openbaar onderwijs, de rechtspositie 'regelt' – wordt gepoogd dit tot uitdrukking te brengen.

Via de doorcontracteerclausule wordt eveneens bereikt dat de Raamovereenkomst primair onderwijs in het bijzonder primair onderwijs als zodanig doorwerkt.

3.1.3 Samenwerkingsvormen

Thans gaan wij over op de beschrijving van de rechtspositie van het personeel dat werkzaam is in verbanden waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs participeren.

Personeel dat in dienst is van een *samenwerkingsbestuur*, de stichting ex artikel 17 Wpo en artikel 53c Wvo waaronder zowel openbare als bijzondere scholen ressorteren, is veelal werkzaam aan hetzij een openbare school hetzij een bijzondere school. Niettemin is het niet doenlijk om het personeel aan de openbare school als ambtenaar aan te stellen, terwijl het personeel aan de bijzondere school werkzaam is krachtens

129. Raad van State 29 juni 1999, Rechtskundig Weekblad 1999-2000, nr. 16, p. 539 e.v.

arbeidsovereenkomst. Benoeming van personeel geschiedt immers in algemene dienst (artikel 34 Wpo, artikel 39a Wvo). Dat betekent dat onder omstandigheden een personeelslid dat in eerste instantie aan een openbare school werkzaam is, na verloop van tijd opgedragen kan worden aan een bijzondere school van het(zelfde) bevoegd gezag te gaan werken, en vice versa. Als een dergelijke overplaatsing de enige manier is om een ontslag en een daaruit voortvloeiende wachtgelduitkering te voorkomen, is het bevoegd gezag zelfs verplicht om daartoe over te gaan; doet het dit niet, dan zal het participatiefonds (de rechtspersoon bedoeld in artikel 184 Wpo en artikel 285 Wvo) de wachtgelduitkering voor rekening van het bevoegd gezag laten komen (artikel 138 lid 3 Wpo, artikel 247 lid 3 Wvo). Kortom, het personeel is algemeen inzetbaar, zowel voor de openbare als voor de bijzondere scholen. Daarmee verdraagt zich niet dat sommige personeelsleden de ambtenarenstatus hebben, en andere werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Dienovereenkomstig bepalen artikel 17 lid 4 Wpo en artikel 53c lid 4 Wvo dat (ook) het personeel dat werkzaam is aan de openbare school benoemd wordt krachtens arbeidsovereenkomst.¹³⁰ Een terechte keuze; eerder hebben we reeds beargumenteerd dat personeel dat in het bijzonder onderwijs werkzaam is (of zal kunnen worden) per definitie niet als ambtenaar werkzaam kan zijn (3.1.2). Problematisch blijft dat op de benoeming van een en dezelfde persoon tegelijkertijd de uitgangspunten van het openbaar onderwijs en die van het bijzonder onderwijs van toepassing zijn. Om die reden wees de Raad van State het samenwerkingsbestuur als een met het duale grondwettelijke bestel strijdige constructie af.¹³¹ Voor de wetgever was dit geen reden om van deze variant af te zien.

Niet helemaal duidelijk is hoe de rechtsbescherming van het personeel van het samenwerkingsbestuur geregeld is. Volgens de regering zou het personeel van de bijzondere scholen niet alleen de gang naar de kantonrechter kunnen maken, maar zou ook beroep op de Commissie van beroep ex artikel 60 en 62 Wpo en artikel 52 en 53 Wvo openstaan, terwijl het personeel van de openbare scholen uitsluitend de kantonrechter zou kunnen adiëren.¹³² Met Huisman¹³³ zijn wij van mening dat dit onjuist is. Personeel wordt immers niet benoemd bij een afzonderlijke school, maar in algemene dienst van het bevoegd gezag. Daar het bevoegd gezag – dus ook een samenwerkingsbestuur – is aangesloten bij een Commissie van beroep, staat de gang naar deze Commissie voor alle personeelsleden open.

130. Kamerstukken II 1996/97, 24 137, nr. 12, p. 8-9.

131. Kamerstukken II 1997/98, 24 137, B, p. 2-3. Enzo Kortmann, preadvies par. 6, die zelfs spreekt over een soort eenwording van god en de duivel. Dat is toch wel wat te krachtig uitgedrukt.

132. Handelingen II 1997/98, p. 2116 (staatssecretaris Netelenbos).

133. P.W.A. Huisman, *Personeelsbeleid bij een samenwerkingsbestuur: adequate regeling geboden*, School en Wet 1999, nr. 8, p. 6.

Soortgelijke overwegingen als zojuist ten aanzien van het samenwerkingsbestuur zijn aangevoerd, hebben de Onderwijsraad in zijn advies inzake de *samenwerkingsschool* doen voorstellen om in de eventuele wetgeving terzake te bepalen dat het personeel op basis van een arbeidsovereenkomst bij zo'n school werkzaam is.¹³⁴ Om te waarborgen dat zowel openbaar als bijzonder onderwijs tot hun recht komen stelt de Raad voor een wettelijke voorziening te treffen op grond waarvan enerzijds de vertegenwoordigers van de betreffende stroming een dominante invloed hebben op de beslissing tot benoeming van 'hun' personeel, terwijl anderzijds de andere stroming een vetorecht heeft.¹³⁵ Immers, als een personeelslid eenmaal is aangenomen, dient ervan uitgegaan te worden dat dit personeelslid aanvaardbaar is om in het openbaar én het bijzonder onderwijs werkzaam te zijn.

Met het oog op de coördinatie van de zorg voor 'speciale' leerlingen wordt van schoolbesturen geëist dat zij zich met andere schoolbesturen aansluiten tot een bovenbestuurlijk *samenwerkingsverband*. Binnen zo'n samenwerkingsverband functioneert een door de participerende schoolbesturen bestuurde rechtspersoon/centrale dienst, waaraan de zorgformatie toegekend wordt en waaraan personeel kan worden verbonden (artikel 68 Wpo, artikel 53b Wvo). In het algemeen nemen in een samenwerkingsverband zowel openbare als bijzondere schoolbesturen deel. Dat roept de vraag op wat de status is van het personeel dat verbonden is aan de centrale dienst. Op grond van dezelfde argumenten als hierboven aangevoerd in verband met het samenwerkingsbestuur menen wij dat de centrale dienst een privaatrechtelijke rechtspersoon zal moeten zijn, en niet – zoals de wet als tweede mogelijkheid noemt – een openbaar lichaam krachtens de Wgr. Op grond van diezelfde argumenten zijn wij van oordeel dat dit personeel daar op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam dient te zijn. Dat dit laatste de bedoeling van de wetgever is, zou afgeleid kunnen worden uit het gegeven dat de centrale dienst aangesloten moet zijn bij een Commissie van beroep (artikel 68 lid 3 Wvo, artikel 53b lid 3 Wvo): zulks vooronderstelt immers een benoeming krachtens arbeidsovereenkomst.

134. Onderwijsraad, Samen verder, p. 7.

135. A.w., p. 10-11.

3.2 De rechtsverhouding van leerlingen met het bevoegd gezag

3.2.1 Openbaar onderwijs

Het openbaar onderwijs is overheidsonderwijs. Beslissingen tot (niet-)toelating,¹³⁶ schorsing en verwijdering¹³⁷ van leerlingen zijn in het openbaar onderwijs daden van openbaar gezag, die zich manifesteren in de vorm van een eenzijdige rechtshandeling, een beschikking.

Op besluiten tot toelating, schorsing en verwijdering zijn artikel 1 Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) alsmede de eis van artikel 23 lid 3 Grondwet (eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging) van toepassing. Een en ander is uitgewerkt in artikel 46 lid 2 Wpo en artikel 42 lid 2 Wvo: openbare scholen zijn toegankelijk voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing. Meer in het algemeen kan gesteld worden dat op deze rechtsrelatie de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn, zoals de Awb, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten.¹³⁸ Voor leerlingen staat tegen besluiten uiteraard de rechtsgang van de Awb open.¹³⁹

136. VzARRS 29 juli 1985, AB 1986, 191 (Oegstgeest); VzARRS 18 juni 1986, AB 1987, 50, m.nt. BJvdN en ARRS 25 mei 1987, JO 4821 (Wijk bij Duurstede); VzARRS 10 mei 1989, Gst. 6882, 3 m.nt. HH, NTOR 1989, p. 147-157 m.nt. Koekkoek; VzARRS 13 februari 1990, AB 1990, 426 m.nt. BJvdN, JO 1991/2, 29 (Dordrecht); ARRS 4 mei 1990, JO 1991/2, p. 33 (Almere); Pres. Rb. Den Haag 11 juni 1993, KG 1993, 256; VzARRS 16 april 1996, JO 1996/5, 115.

137. VzARRS 9 februari 1989, JO 1990, 41, KG 1989, 140; PG Awb I, p. 155. Van niet-toelating/verwijdering dient onderscheiden te worden de ontzegging van toegang van degene die op generlei wijze (meer) in een juridische relatie tot het bevoegd gezag van een openbare instelling staat. Een dergelijke weigering is geen besluit in de zin van de Awb, maar een privaatrechtelijke rechtshandeling, een op artikel 5:1 BW berustende beheersdaad: Rb. Rotterdam 10 februari 1999, JO 1999, 111. Ten onrechte werd in deze uitspraak overigens het College van bestuur (orgaan) van de betreffende openbare universiteit opgevoerd. Het betrof hier echter een uit de eigendom voortvloeiende handeling van de instandhoudende rechtspersoon.

138. Zo is het uit artikel 1 Grondwet voortvloeiende en in artikel 7 lid 1 Awgb uitgewerkte verbod om op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksualiteit of burgerlijke staat onderscheid te maken bij het aanbieden van onderwijs overkort op leerlingen en studenten in het openbaar onderwijs van toepassing.

139. Zie de in de vorige noten genoemde jurisprudentie, alsmede PG Awb I, p. 155. Zie omtrent de rechtsbescherming terzake: H.J. Nijkamp, De rechtspositie van ouders in het primair onderwijs bij toelating, verwijzing en verwijdering, School en Wet, dossier maart 1999 (primair onderwijs); M.T.A.B. Laemers, Schoolkeuzevrijheid; veranderingen in betekenis en reikwijdte, Ubbergen 1999, p. 126-156 (primair en voortgezet onderwijs). Met betrekking tot toelatings- en verwijderingsbeschikkingen kent de wet overigens een afwijkende bezwaartermijn van vier weken (artikel 40 lid 6 Wpo; artikel 27 lid 11 Wvo jo. artikel 15 lid 3 Inrichtingsbesluit WVO). Naar ons oordeel kan in dergelijke gevallen geen uitstel op grond van artikel 7:10 lid 3 Awb verkregen worden.

Lastiger is het de rechtsverhouding leerling-bevoegd gezag te benoemen als het niet om zaken als toelating, schorsing en verwijdering gaat. Is sprake van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, parallel aan de ambtenarenstatus van het personeel, van een rechtsrelatie sui generis, of van een privaatrechtelijke onderwijsovereenkomst?

Voor de beantwoording van deze vraag is uiteraard niet bepalend dat artikel 40 lid 1 Wpo en artikel 27 lid 2 Wvo de mogelijkheid bieden na toelating van de leerling tot de school een overeenkomst aan te gaan waarbij ouders zich verplichten tot een ouderbijdrage, en het bevoegd gezag zich soms verplicht tot het verstrekken van bepaalde voorzieningen. Het betreft hier niet een overeenkomst die de verhouding van het bevoegd gezag met de leerling binnen de school als zodanig bepaalt. Het gaat hier slechts om een afspraak waarbij ouders een bijdrage toezeggen, niet voor reguliere onderwijsvoorzieningen, maar voor extra's zoals schoolreizen en dergelijke.

De wetgever heeft zich tot op heden niet eenduidig over het rechtskarakter van deze verhouding uitgelaten. In het kader van een herziening van de bekostiging van het voortgezet onderwijs liet de regering dit in het vage: 'Voor wat betreft het openbaar onderwijs is niet geheel duidelijk of er sprake is van een overeenkomst of een andere rechtsbetrekking. Rechtspraak en literatuur zijn op dit punt niet eenduidig. Uit bedoelde rechtsbetrekkingen vloeien voor beide partijen rechten en verplichtingen voort welke deels worden bepaald door de onderwijsregelgeving. Indien zich met betrekking tot deze rechten en verplichtingen conflicten tussen partijen voordoen en deze niet in der minne kunnen worden geschikt, zal de rechter in de hem voorgelegde gevallen beslissen, van welke rechtsbetrekking er naar zijn oordeel sprake is.'¹⁴⁰

Tegengeworpen zou kunnen worden dat de wetgever althans voor de sector van het beroepsonderwijs en de volwasseneducatie deze relatie uitdrukkelijk als een contractuele verhouding heeft gekwalificeerd (artikel 8.1.3 lid 1 en 3 Web). Het is evenwel zo dat er – hoewel de Web anders suggereert, zie artikel 1.1.1 sub a en w(1), 1.1.3 lid 1, 1.3.7 en 8.1.2 lid 2 Web – binnen deze sector geen openbaar onderwijs meer bestaat.¹⁴¹

In een enkele uitspraak is de rechtsverhouding met het bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling wel gekwalificeerd als een contractuele relatie.¹⁴² Daar betrof het echter een bijzonder geval, waarin in een noodsituatie door het bevoegd gezag van

140. Kamerstukken II 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

141. Handelingen II 1994/95, p. 4494; Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6, p. 6.

142. Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990, 43.

een openbare school tijdelijk de verplichting tot opvoeding en verzorging van de leerling was overgenomen.

Anders dan in de literatuur wel verondersteld wordt, is in de vermaarde zaak Schaapman-gemeente Amsterdam open gelaten of sprake was van een onderwijsovereenkomst. Deze zaak betrof een leerling in het openbaar basisonderwijs. Na verloop van tijd bleek dat hij (net als veel andere leerlingen) – onder andere vanwege veelvuldige uitval van leerkrachten wegens ziekte – forse leerachterstand had opgelopen. Naderhand werd duidelijk dat er, ondanks toezeggingen van de gemeente, geen structurele verbeteringen waren gerealiseerd. Schaapman liet haar zoon testen, waaruit ondubbelzinnig naar voren kwam dat hij nog steeds een grote achterstand (van meer dan een jaar) had; naar aanleiding hiervan liet zij hem bijlessen volgen. De gemeente wees haar verzoek om de gemaakte kosten voor de test en de bijlessen te vergoeden af. Schaapman vorderde vervolgens (schade)vergoeding bij de kantonrechter. Deze wees de vordering toe.¹⁴³ In hoger beroep bekrachtigde de rechtbank dit vonnis.¹⁴⁴

Terecht achtte de burgerlijke rechter Schaapman in haar vordering ontvankelijk. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de vordering gebaseerd is op een civielrechtelijke rechtsverhouding in de vorm van een onderwijsovereenkomst.¹⁴⁵ Voor Schaapman stond de weg naar de bestuursrechter immers niet open. Voorwaarde daartoe is dat er sprake is van een appellabel besluit in de zin van de Awb, in casu een appellabel zelfstandig (ook wel: zuiver) schadebesluit. Aan die voorwaarde is hier niet voldaan. Op grond van de jurisprudentie¹⁴⁶ is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, die veroorzaakt is binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, aan te merken als een (zelfstandig schade)besluit in de zin van de Awb. De bestuursrechter is slechts bevoegd over zo een besluit te oordelen indien hij ook bevoegd is te oordelen over beroepen tegen de schadeveroorzakende uitoefening van de bevoegdheid zelf (connexiteitsvereiste). In casu kan niet gesteld worden dat de schade die Schaapman heeft geleden veroorzaakt is door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. De oorzaak van de schade was gelegen in het tekortschieten van de gemeente in de vervul-

143. Ktg. Amsterdam 19 maart 1998 (tussenvonnis) en 11 juni 1998, NTOR 1998, p. 160 e.v. m.nt. JMVD, Gst. 7091, 6 m.nt. J. Donner. Naast genoemde noten is commentaar op deze uitspraak geleverd door R. Snel en A. Postma, Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs, Gst. 7091, p. 57-66, en P.W.A. Huisman, De zaak Amsterdam: precedent schadevergoeding bij ondeugdelijk onderwijs?, School en Wet 1998, nr. 6, p. 13-14.

144. Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104 m.nt. BPV. Zie voor commentaar: P.W.A. Huisman, Hoger beroep in de zaak Amsterdam: Aansprakelijkheid schoolbestuur bij het te laat nemen van maatregelen, School en Wet 1999, nr. 6, p. 14-15.

145. Blijkbaar gaan Dubelaar, Huisman en Snel/Postma hier wel van uit.

146. ABRs 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).

ling van een publieke taak, te weten het waarborgen van kwalitatief aanvaardbaar openbaar onderwijs. Ergo: de beslissing op het verzoek om schadevergoeding was geen besluit in de zin van de Awb. Derhalve was de bestuursrechter niet bevoegd, en diende de burgerlijke rechter als vangnetrechter geëdieerd te worden.

Hiermee is nog *niet* gezegd dat de kantonrechter en de rechtbank *geen* civielrechtelijke onderwijsovereenkomst hebben aangenomen. De overwegingen van de kantonrechter zijn op dit punt niet helder. De rechtbank laat de grondslag voor toewijzing (wanprestatie ter zake van zo'n overeenkomst dan wel onrechtmatige overheidsdaad) doelbewust in het midden.¹⁴⁷ Zij stelt vast dat de gemeente tekort is geschoten in de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs, en daardoor in strijd met haar uit de onderwijswetgeving voortvloeiende wettelijke plicht heeft gehandeld. Vervolgens overweegt zij: 'Deze wettelijke verplichting dient mede ter bescherming van de belangen van leerlingen en ouders, zodat de Gemeente daarmee onrechtmatig handelde jegens Schaapman. Als zou moeten worden aangenomen dat tussen Schaapman en de Gemeente een overeenkomst heeft bestaan – partijen hebben op dit punt geen duidelijke keuze gemaakt – dan wordt die overeenkomst zozeer beheerst door de hiervoor genoemde wettelijke verplichtingen van het bevoegd gezag dat de uitkomst niet anders zou zijn, zij het dat dan van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de Gemeente zou moeten worden gesproken. De rechtbank kan dit dan ook in het midden laten.'

In de literatuur wordt ervoor gepleit om de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling en een leerling als een privaatrechtelijke onderwijsovereenkomst aan te merken.¹⁴⁸ De vraag rijst hoe zulks dan te rijmen is met het gegeven dat beslissingen tot toelating en verwijdering naar vaste jurisprudentie aangemerkt worden als appellabele besluiten in de zin van de Awb. Hermans c.s. trachten dit op te lossen door een 'splitsbare rechtsverhouding' aan te nemen, die deels privaatrechtelijk, deels publiekrechtelijk is. Publiekrechtelijk is de toelating en daarmee ook de verwijdering, die dus beoordeeld dient te worden door de bestuursrechter. Overigens wordt de rechtsverhouding beheerst door een privaatrechtelijke overeenkomst, onderworpen aan het oordeel van de burgerlijke rechter.¹⁴⁹

Het is echter de vraag of we er hiermee uitkomen. Ingevolge artikel 8:3 Awb is van beroep uitgesloten een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshan-

147. Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104 m.nt. BPV.

148. Hennekens in zijn noot onder VzARRS 2 september 1988, Gst. 6874, 4; W.E. Pors, De onderwijsovereenkomst, School en Wet 1990, p. 155-159; H.L.C. Hermans, H.A.M. Backx, W.E. Pors, Hoofdlijnen onderwijsrecht, Alphen aan den Rijn 1993, p. 182-195; A. Postma, p. 360-363. Overigens lijkt het erop dat Postma van dit standpunt is teruggekomen: zie Snel/Postma, a.w., p. 64-66.

149. Hermans, Backx, Pors, a.w., p. 189.

deling. Zal een beslissing tot toelating in het licht van deze bepaling dan niet opgevat moeten worden als een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke onderwijs-overeenkomst, en op grond van deze bepaling uitgesloten moeten zijn van beroep?¹⁵⁰ Dat zou evenwel niet met voornoemde jurisprudentie sporen, op grond waarvan dergelijke besluiten wel appellabel zijn.

Ook ten aanzien van andere beslissingen van het bevoegd gezag in het openbaar onderwijs die niet zien op toelating en verwijdering gaat de bestuursrechter er niet van uit dat deze plaatsvinden in het kader van een onderwijsovereenkomst. Zo worden beoordelingsbeslissingen in het openbaar hoger onderwijs aangemerkt als besluiten, waartegen administratief beroep openstaat op het college van beroep voor de examens, tegen welker besluit – daargelaten artikel 8:4 sub e Awb – beroep op de bestuursrechter openstaat.¹⁵¹ De wijziging van de schooltijdenregeling in het schoolplan van een openbare basisschool wordt gekwalificeerd als een appellabel besluit.¹⁵² En beslissingen tot plaatsing van een leerling in een bepaalde klas of school(gebouw) worden weliswaar niet aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb, maar de grond hiervoor is niet dat het hier gaat om een privaatrechtelijke (rechts)handeling, maar om een beslissing die louter de interne organisatie betreft, die om die reden geen (publiekrechtelijke) rechtshandeling vormt.¹⁵³

Al met al is er onvoldoende reden om in de verhouding bevoegd gezag-leerling in het openbaar onderwijs een onderwijsovereenkomst aan te nemen. Wij voelen meer voor de benadering van Snel en Postma, die van oordeel zijn dat er geen sprake is van zo'n overeenkomst, nu deze verhouding vrijwel volledig door het publiekrecht wordt genormeerd, waarbij het voor een overeenkomst vereiste element van wilsovereenstemming voor de ouders gezien de Leerplichtwet nagenoeg, en voor het bevoegd gezag van het openbaar onderwijs gezien de (grond)wettelijke garantielijkt¹⁵⁴

150. Vgl. Hermans, Backx, Pors, a.w., p. 183: 'Het is heel goed mogelijk dat bijvoorbeeld een toelatingsbesluit – dat een beschikking is – gericht is op het tot stand brengen van een overeenkomst.'

151. ABRS 18 december 1997, AB 1998, 141 m.nt. BPV, JB 1998, 31 m.nt. JMED; ABRS 24 juli 1998, JB 1998, 201; ABRS 26 april 1999, AB 1999, 231 m.nt. MSV. Zie nader hierover 7.1.

152. Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999, AB 2000, 106 m.nt. BPV.

153. VzARRS 27 augustus 1987, AB 1988, 555; VzARRS 2 september 1988, Gst. 6874, 4 m.nt. HH, en commentaar van W.E. Pors in *School en Wet* 1989, p. 120-121; Pres. Rb. Den Haag 4 september 1996, Gst. 7046, 8 m.nt. Donner. Zie in dezelfde zin PG Awb I, p. 155.

154. Het bevoegd gezag in het openbaar onderwijs dient gezien artikel 23 lid 3 Grondwet – gezien ook artikel 46 lid 2 Wpo en vergelijkbare regelingen in de andere onderwijswetten – in principe elke leerling toe te laten. Weliswaar maakt artikel 65 Wpo een gemeentelijk spreidingsbeleid mogelijk. Als de ouders echter schriftelijk te kennen geven dat zij toelating van hun kind tot een school in een andere schoolwijk wensen, kan dat niet op grond van het spreidingsbeleid geweigerd worden (artikel 65 lid 3 Wpo; zie aldus ARRS 25 mei 1987, JO 4821).

geheel ontbreekt.¹⁵⁵ Derhalve opteren wij voor een publiekrechtelijke verhouding. Dat sluit overigens niet uit, dat in deze verhouding elementen van wederkerigheid zijn opgesloten. Met de rechtbank in de zaak-Schaapman menen wij, dat veel wettelijke plichten van het bevoegd gezag mede dienen ter bescherming van de belangen van leerlingen. Verder is niet uitgesloten dat ter zake van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden van het bevoegd gezag nadere afspraken kunnen worden gemaakt in de vorm van een bevoegdhedenovereenkomst, die door de burgerlijke rechter met een civielrechtelijke overeenkomst gelijkgesteld zal worden.¹⁵⁶ Te denken valt aan een afspraak waarbij het bevoegd gezag met een lastige leerling overeenkomt dat deze niet verwijderd zal worden als hij bepaalde voorwaarden in acht zal nemen. Maar daarvoor is dan wel een uitdrukkelijke, extra afspraak, los van de reeds bestaande rechtsverhouding vereist.

3.2.2 *Bijzonder onderwijs*

Hoe zit het met de positie van leerlingen in het bijzonder onderwijs? Dit onderwijs maakt geen deel uit van de overheid. Beslissingen tot toelating en verwijdering zijn te beschouwen als rechtshandelingen naar burgerlijk recht, waarop de artikelen 1 en 23 lid 3 Grondwet niet van toepassing zijn. Het bevoegd gezag kan terzake op grond van artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet eigen niet-neutrale criteria, onder andere aan de richting en inrichting ontleend, hanteren.¹⁵⁷ Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad in het Maimonides-arrest op basis van de vrijheid van richting: ‘De in art. 23 Grondwet aan het bijzonder onderwijs gewaarborgde ‘vrijheid van richting’ weegt, mede gelet op art. 6 Gw en art. 9 EVRM, zo zwaar dat het aan degene die (zoals te dezen de Stichting) een instelling van bijzonder onderwijs in stand houdt, in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden waarvan hier geen sprake is – jegens ouders van een kind dat volgens de door hem ten aanzien van die instelling gehanteerde normen van religieuze aard niet voor toelating in aanmerking komt, vrijstaat de door die ouders verlangde toelating te weigeren’.¹⁵⁸ Besturen in het bijzonder onderwijs zijn

155. Snel en Postma, a.w., p. 65-66.

156. HR 13 april 1962, AB 1962, 487 (Kruseman).

157. Het verbod om bij toelating en verwijdering van leerlingen onderscheid te maken (artikel 7 lid 1 Awgb) geldt in het bijzonder onderwijs dan ook niet onverkort, zie artikel 7 lid 2 Awgb. Zie over deze uitzonderingsbepaling B.P. Vermeulen, in I.P. Asscher-Vonk, C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag 1999, p. 187-192.

158. HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.nt. FHvdB, NJ 1988, 981 m.nt. EAA. Zie ook Pres. Rb. Alkmaar 22 januari 1982, JO 3999, NJCM-Bulletin 1982, p. 134 e.v.; en Hof Den Bosch 5 september 1989, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1989, 96 m.nt. BPV: vrijheid van inrichting rechtvaardigt de ontzegging van de toegang tot onderwijs aan islamitische meisjes die op grond van de geloofsovertuiging van hun ouders de gym- en zwemlessen niet samen met de jongens en in de voorgeschreven kleding mochten volgen.

ook, anders dan het openbaar onderwijs, gegeven de vrijheid van inrichting gerechtigd om een beleid van spreiding over de verschillende scholen dwingend op te leggen.¹⁵⁹

[Overigens geldt het voorgaande niet altijd onverkort. Artikel 58 lid 1 Wpo, artikel 48 lid 1 Wvo en artikel 8.1.2 lid 1 Web dragen het bevoegd gezag op elke leerling toe te laten voor wie niet binnen redelijke afstand van de woning openbaar onderwijs beschikbaar is. Voor wat betreft de Web-sector, waar geen openbare instellingen zijn, betekent dit een toelatingsplicht. Daarnaast is voor toelating tot een school voor speciaal onderwijs binnen het betreffende samenwerkingsverband voldoende dat de ouders bereid zijn te verklaren dat zij de grondslag van de school zullen respecteren (artikel 40 lid 4 Wpo); onderschrijven is dus niet vereist. Hetzelfde geldt voor het hoger onderwijs (artikel 7.37 lid 4 Whw).¹⁶⁰ Nog verdergaand is de regeling van artikel 10g lid 2 Wvo, op grond waarvan van de leerling/ouders die binnen een samenwerkingsverband zijn aangewezen op een school of afdeling voor praktijkonderwijs zelfs niet gevraagd mag worden dat zij de richting respecteren.]

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat het hier niet gaat om een publiek-rechtelijke rechtsverhouding. Normen zoals de Awb, ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten zijn dan ook niet van toepassing, tenzij in de (afgezwakte) vorm van horizontale werking of reflexwerking.¹⁶¹ Voor deze leerlingen staat de civielrechtelijke procedure bij de burgerlijke rechter open.¹⁶²

159. Rb. Rotterdam 5 januari 1990, JO 1990/2, p. 44 e.v.

160. Ter geruststelling: 'De inschrijving aan een bijzondere instelling kan geweigerd dan wel ingetrokken worden indien gegronde vrees bestaat dat de betrokkene van die inschrijving en daaraan verbonden rechten misbruik zal maken door in ernstige mate afbreuk te doen aan de eigen aard van die instelling, dan wel is gebleken dat de betrokkene van die inschrijving en daaraan verbonden rechten zulk een misbruik heeft gemaakt' (artikel 7.37 lid 5 Whw). De notoire papenhater en de goddeloze antic Calvinist kunnen gelukkig nog steeds geweerd worden!

161. Vgl. Pres. Rb. Alkmaar 22 januari 1982, JO 3999, NJCM-Bulletin 1982, p.137: 'Het in het bestuursrecht tot ontwikkeling gekomen gelijkheidsbeginsel is echter niet rechtstreeks van toepassing op de verhouding tussen een particuliere – zij het gesubsidieerde – instelling en de burger.'

162. Zie omtrent de rechtsbescherming terzake: H.J. Nijkamp, De rechtspositie van ouders in het primair onderwijs bij toelating, verwijzing en verwijdering, School en Wet, dossier maart 1999 (primair onderwijs); M.T.A.B. Laemers, Schoolkeuzevrijheid; veranderingen in betekenis en reikwijdte, Ubbergen 1999, p. 126-156 (primair en voortgezet onderwijs). Met betrekking tot toelatings- en verwijderingsbeschikkingen kent de wet ook voor het bijzonder onderwijs een (voorafgaande), naar de Awb gemodelleerde bezwaarprocedure van vier weken (artikel 40 lid 6 Wpo, merkwaardig genoeg grosso modo herhaald in artikel 63 lid 2 en 3 Wpo – blijkbaar gaat de wetgever ervan uit dat artikel 40 lid 6 Wpo niet op het bijzonder onderwijs ziet: quod non; artikel 27 lid 11 Wvo jo. artikel 15 lid 3 Inrichtingsbesluit). Uiteraard kan in dergelijke gevallen geen uitstel op grond van artikel 7:10 lid 3 Awb verkregen worden, omdat de Awb hier niet van toepassing is.

Net als ten aanzien van het openbaar onderwijs is het in het bijzonder onderwijs niet eenvoudig de rechtsverhouding tussen bevoegd gezag en leerling te kwalificeren. Wel is evident dat de privaatrechtelijke onderwijsovereenkomst hier beduidend betere papieren heeft dan in het openbaar onderwijs. Voor het niet-bekostigd onderwijs geldt naar ons oordeel per definitie dat sprake is van contract-onderwijs, dus onderwijs op basis van een onderwijsovereenkomst.¹⁶³

Maar ook voor wat betreft het bekostigd onderwijs zijn er argumenten om voor de onderwijsovereenkomst te opteren. Zo is van regeringszijde wel eens opgemerkt:

‘Nadat door het bestuur¹⁶⁴ van de rechtspersoon waarvan een bijzondere school uitgaat over de toelating van de leerling positief is beslist en de wettelijk vertegenwoordiger van de leerling deze heeft laten inschrijven c.q. de leerling zich heeft laten inschrijven, is er sprake van wilsovereenstemming en is naar het oordeel van ondergetekenden een overeenkomst (naar burgerlijk recht) tot stand gekomen.’¹⁶⁵

Daarnaast heeft de wetgever voor de sector van het beroepsonderwijs en de volwasseneducatie¹⁶⁶ deze relatie uitdrukkelijk als een contractuele verhouding gekwalificeerd: ‘Aan de inschrijving (aan een bve-instelling) ligt een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en de deelnemer ten grondslag’, welke ‘regelt de rechten en verplichtingen van partijen’ (artikel 8.1.3 lid 1 en 3 Web).

Bovendien is de jurisprudentie geneigd om de rechtsverhouding in termen van een overeenkomst te kwalificeren. Zo was de rechter van mening dat deze verhouding, nu het bevoegd gezag een vereniging voor bijzonder onderwijs was, als een privaatrechtelijke overeenkomst aangemerkt diende te worden, en ingeval van wanprestatie de burgerlijke rechter benaderd diende te worden.¹⁶⁷

163. Zie hieromtrent artikel 20 lid 2 Wvo, artikel 1.7.1 Web, alsmede de Wet op de erkende onderwijsinstellingen (Stb. 1985, 407, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 1998, 228). De Whw bevat terzake geen expliciete bepaling. Dat hoeft ook niet: de bevoegdheid om contractonderwijs – bijvoorbeeld PAO-cursussen – aan te bieden vloeit voort uit de autonomie van de instellingen voor hoger onderwijs.

164. Bedoeld zal zijn (we benadrukken het nog maar eens een keer): de rechtspersoon zelve, zie 2.2.

165. Kamerstukken II 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

166. Zoals eerder reeds opgemerkt zijn er in deze sector geen openbare instellingen meer.

167. Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, NJ 1991, 437. In dezelfde zin Hof Den Bosch 26 juni 1991, NJ 1992, 114, inzake een instelling voor hoger beroepsonderwijs: ‘Op zich bestaat er geen bezwaar tegen op de rechtsverhouding waarin de studenten ten opzichte van de hogeschool staan mede de regels van het privaatrecht toe te passen en deze te zien als een overeenkomst ook al is die rechtsverhouding ingebed in het publiekrecht.’ Vgl. ook Pres. Rb. Zwolle 3 oktober 1988, KG 1988, 440.

Niettemin houden wij onze twijfels. De rechtsverhouding, hoewel niet publiekrechtelijk van aard, is natuurlijk inhoudelijk toch sterk door het publiekrecht genormeerd. Dat geldt in zekere mate en soms in omvangrijke mate voor wat betreft de toelating en de verwijdering.¹⁶⁸ Het geldt nog sterker voor wat betreft de inhoudelijke maatstaven (kwaliteitseisen) die in acht genomen moeten worden.

Voor ons is uiteindelijk de vraag wat de meerwaarde is van het aannemen van een onderwijsovereenkomst. Indien al voor de rechtsverhouding tussen leerling en bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs een overeenkomst moet worden aangenomen, is niet duidelijk tot hoever die strekt. Het moment waarop de partijen elkaar ontmoeten en contractueel vinden, is vaak bij binnenkomst van de leerling in de school. Deze overeenkomst is zelden schriftelijk vastgelegd. Naar de inhoud gezien is er ook niet zoveel aan de hand, omdat over het zwaartepunt van de rechtsverhouding niet wordt onderhandeld. Het zwaartepunt van deze rechtsverhouding wordt gevormd door een wettelijk bepaald standaardregime waarbij de wil van de leerling bij binnenkomst slechts is gericht op de aanvaarding hiervan of onderwerping hieraan. Men denke bij dit standaardregime aan de wettelijke verplichtingen van het bevoegd gezag en het onderwijzend personeel in verband met het onderwijs of ten aanzien van de leerling. Verder denke men in dit geval aan de aard en doelstellingen van het onderwijs, de prioriteiten en posterioriteiten van onderwijskundig beleid die door het bevoegd gezag in het primair en voortgezet onderwijs voor de periode van vier jaar in een (wettelijk voorgeschreven) schoolplan moeten zijn vastgelegd. Nu we de onderwijsovereenkomst vooral kunnen zien als een ingang, waarbij een standaardregime van rechtstreekse en onrechtstreekse wettelijke rechten en verplichtingen wordt 'ingeschakeld', is er in materiële zin niet veel verschil met de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs.

Of er nu sprake is van een onderwijsovereenkomst of niet, bij de beantwoording van de vraag of sprake is van wanprestatie, respectievelijk onrechtmatige daad zullen ongetwijfeld dezelfde maatstaven aangelegd worden. Kenmerkend in dit verband is een vonnis in een zaak waarin ouders van een blijkbaar briljante leerlinge in kort geding vorderden dat zij een groep zou overslaan. De stelling van de ouders dat in casu sprake was van een onderwijsovereenkomst in de nakoming waarvan tekortgeschoten was door zulks te weigeren, werd door de rechter, die zich concentreerde op een beoordeling van de (on)zorgvuldigheid van de besluitvorming terzake, doelbewust in het midden gelaten.¹⁶⁹

168. Zie wat betreft de toelating hetgeen terzake eerder in deze paragraaf gesteld is. Voor wat betreft de verwijdering komt dit pregnant naar voren in het recent gewijzigde artikel 27 lid 1 Wvo, dat definitieve verwijdering in de leerplichtige fase – ook door het bevoegd gezag van een bijzondere school – verbiedt zolang geen andere school (bedoeld zal zijn: het bevoegd gezag van een andere school) bereid is de leerling toe te laten.

169. Pres. Rb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 105, m.nt. BPV.

We concluderen dan ook, dat er argumenten voor en tegen zijn om aan te nemen dat de verhouding tussen bevoegd gezag en leerling in het bekostigd bijzonder onderwijs te beschouwen is als een onderwijsvereenkomst.¹⁷⁰ Daarbij tekenen we aan, dat de kwalificatie van deze verhouding als een contractuele, inhoudelijk weinig rechtsgevolgen zal hebben. Het is te verwachten dat de omvang van de rechten en plichten die over en weer gelden, en de toetsingsmaatstaven die de rechter terzake zal aanleggen, niet wezenlijk zullen verschillen van die in de openbare school: zij zullen primair bepaald worden door de wettelijke voorschriften. Al met al kan op goede gronden bepleit worden ook voor het bijzonder onderwijs niet uit te gaan van het bestaan van een onderwijsvereenkomst.

Ten slotte een meer principiële kanttekening. Het bestaan van een onderwijsvereenkomst wordt wel aangenomen om de suggestie te wekken dat er een zekere mate van gelijkwaardigheid aanwezig is. A fortiori geldt dit voor de vooronderstelling dat het aannemen van een onderwijsvereenkomst een goed middel is om de onderwijsparticipant als kritische consument – die waarborging en verhoging van de onderwijskwaliteit zal afdwingen – in stelling te brengen. Deze vooronderstelling is echter veelal nergens op gebaseerd. We wijzen erop dat de feitelijke positie van de deelnemer in de bve-sector, waarin de verhouding met het bevoegd gezag ingevolge de Web gestalte krijgt in de vorm van een onderwijsvereenkomst, zwak is, en de kwaliteit van het onderwijs in deze sector gezien de inspectie-rapporten duidelijk te wensen overlaat.¹⁷¹

3.2.3 Samenwerkingsvormen

Anders dan het personeel, dat in algemene dienst van het bevoegd gezag benoemd wordt en geacht wordt werkzaam te kunnen zijn in zowel de openbare als de bijzondere scholen onder een samenwerkingsbestuur, worden leerlingen toegelaten tot een specifieke (openbare of bijzondere) school. In principe is het dus mogelijk dat het samenwerkingsbestuur bij toelating tot een bijzondere school een rechtshandeling naar burgerlijk recht verricht door een beslissing, gebaseerd op aan de grondslag (richting) van die school ontleende criteria, en bij toelating tot een openbare school een door het publiekrecht genormeerd besluit neemt (zie Kortmann, preadvies par. 6).

170. Vgl. voor de situatie in Vlaanderen, waar weliswaar aanvaard is dat in het bijzonder (vrij) onderwijs sprake is van een contractuele relatie, die evenwel sterk genormeerd wordt door de idee dat dit onderwijs in belangrijke mate een publieke taak vervult: R. Verstege, Toegang tot het onderwijs en tot de school (weigeren), in R. Verstege (red.), *De non-discriminatieverklaring in het onderwijs. Moeilijkheden en mogelijkheden*, Antwerpen 1998, p. 100-131.

171. Aldus de Onderwijsraad, *De positie van de deelnemer*, Den Haag 1998.

Dit gaat uiteraard niet op voor de samenwerkingschool. Bij de toelating van leerlingen tot zo'n school zal de eis van algemeen-toegankelijkheid van het openbaar onderwijs in acht genomen moeten worden.¹⁷² Voorzover de samenwerkingschool openbaar onderwijs verzorgt, is dat evident (artikel 46 lid 2 Wpo, artikel 42 lid 2 Wvo). Voorzover de samenwerkingschool bijzonder onderwijs verzorgt, is in abstracto een op richting gebaseerd toelatingsbeleid mogelijk; dat vooronderstelt evenwel een scherpe scheiding tussen verschillende groepen/klassen, hetgeen de facto meestal niet te realiseren zal zijn. Bovendien zal een leerling die op richtingsgronden niet tot het bijzonder onderwijs toegelaten zou hoeven worden, te allen tijde wel toegang moeten hebben tot het openbaar onderwijs binnen de samenwerkingschool. Zie nader over deze materie 4.4.

Ingewikkeld is de toelatingsprocedure tot een speciale basisschool of een school of afdeling voor praktijkonderwijs. Hoewel deze instellingen fungeren in een samenwerkingsverband waar veelal ook bijzondere schoolbesturen in participeren, wordt deze procedure sterk door publiekrechtelijke normen bepaald.

We komen op een en ander terug in 6.2.

3.3 Conclusies

(1) Voor de positie van het personeel in het openbaar onderwijs is niet de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm doorslaggevend, maar de mate van overheidsinvloed. Is sprake van overwegende overheidsinvloed, dan is in principe sprake van een ambtenarenstatus. Het is echter niet uitgesloten dat dit personeel, ondanks overwegende overheidsinvloed, werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst. Indien het bevoegd gezag een a-orgaan is, vereist dit wel wijziging van de onderwijswetten. Ook dan blijven de inhoudelijke publiekrechtelijke normen van toepassing. Wel is bij arbeidsgeschillen dan niet meer de ambtenarenrechter bevoegd, maar dient de burgerlijke rechter geadieerd te worden (3.1.1).

(2) Gezien de vrijheid van onderwijs kan personeel in het bijzonder onderwijs niet als ambtenaar, maar slechts krachtens arbeidsovereenkomst aldaar werkzaam zijn. Publiekrechtelijke voorschriften zijn op deze arbeidsovereenkomst niet van toepassing, tenzij ze zijn doorgecontracteerd. Doorwerking van publiekrechtelijke beginselen is in het algemeen slechts mogelijk bij wege van indirecte horizontale werking of reflexwerking (3.1.2).

172. Zie in deze zin ook de Onderwijsraad, a.w., p. 10.

(3) Personeel in dienst van een samenwerkingsbestuur of werkzaam bij een samenwerkingschool of een samenwerkingsverband dient dat te zijn krachtens arbeidsovereenkomst. De civiele rechtsgang (inclusief de Commissie van beroep) staat voor hen open (3.1.3).

(4) De verhouding bevoegd gezag-leerling is in het openbaar onderwijs niet te beschouwen als een onderwijsovereenkomst, nu deze verhouding vrijwel volledig door het publiekrecht wordt genormeerd en het voor een overeenkomst vereiste element van wilsovereenstemming nagenoeg geheel ontbreekt (3.2.1).

(5) Er zijn argumenten om de verhouding bevoegd gezag-leerling in het (bekostigd) bijzonder onderwijs aan te merken als een onderwijsovereenkomst. Deze blijft echter inhoudelijk sterk door het publiekrecht genormeerd. De kwalificatie als overeenkomst heeft nauwelijks meerwaarde, omdat de omvang van de rechten en plichten over en weer en de toetsingsmaatstaven van de rechter niet wezenlijk zullen verschillen van die waarin geen overeenkomst wordt aangenomen. Het ligt derhalve voor de hand ook hier van het veronderstellen van een onderwijsovereenkomst af te zien (3.2.2).

(6) Bij de toelating van leerlingen tot een bijzondere school die valt onder een samenwerkingsbestuur, zullen criteria ontleend aan de grondslag (richting) een rol kunnen spelen; de beslissing tot toelating zal gekwalificeerd dienen te worden als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Wanneer het gaat om een openbare school onder zo'n samenwerkingsbestuur, zal er sprake zijn van een door het publiekrecht genormeerd besluit. Bij de samenwerkingschool is een dergelijke splitsing in besluitvorming echter niet mogelijk (3.2.3).

4. Besluitvorming in onderwijsinstellingen

4.1 Algemeen

Het openbaar onderwijs is van de overheid. Het bijzonder onderwijs is dat niet. Dit overzichtelijke in artikel 23 van de Grondwet gefundeerde schema kan als een leidend structuurprincipe van de onderwijswetgeving en het onderwijsbeleid worden opgevat, maar verkeert – zoals we in de eerste hoofdstukken van dit preadvies reeds zagen – in problemen. In het voorgaande zijn problemen behandeld die in belangrijke mate op het conto van de onderwijswetgever kunnen worden geschreven. In de hierna volgende hoofdstukken zal echter blijken dat ook door de enkele ontwikkeling van het algemene bestuursrecht het gebouw van de dualiteit scheuren is gaan vertonen. In dit hoofdstuk concentreren we ons op enkele centrale Awb-begrippen en gaan we na welke uitwerking deze hebben op het onderwijsbestel, met name wat betreft de verhouding tussen openbaar en bijzonder onderwijs.

4.2 Niveaus van besluitvorming¹⁷³

Het Nederlandse onderwijsbestel kenmerkt zich door een gelaagde structuur, waarin drie niveaus van besluitvorming zijn te onderscheiden. Het laagste niveau bestrijkt de relaties binnen de onderwijsinstelling tussen directie of instellingsleiding, docent en leerling of student. Het middenniveau bestrijkt de relaties tussen het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling met individuen, met een of meer andere bevoegde gezags-

173. Het volgende is ontleend aan en biedt op onderdelen een uitwerking van: P.J.J. Zoontjens, De verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot het onderwijsrecht, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Den Haag, C 4-5, p. 61-98.

organen of rechtspersonen of met het gemeentebestuur. Op centraal niveau worden besluiten genomen door de regering,¹⁷⁴ de Minister van OCenW en verschillende zelfstandige bestuursorganen, zoals de Informatie Beheer Groep, het Participatiefonds en het Vervangingsfonds. Een specifieke rol is weggelegd voor de Onderwijsraad.¹⁷⁵ Gezien het onderwerp van dit preadvies beperken we ons tot de twee ‘laagste’ niveaus: de school of instelling, en het bevoegd gezag en zijn directe omgeving.

Binnen de school voor primair en voortgezet onderwijs valt een aantal beslissingen buiten het besluitbegrip van de Awb. Volgens de toelichting bij artikel 1:3 wordt een beslissing om een leerling die te laat komt een middag te laten terugkomen of een extra les op te dragen vanwege het interne karakter niet als een besluit aangemerkt. Het wordt eerst anders, indien het bevoegd gezag van een openbare school besluit een leerling van school te verwijderen. Dat besluit is van dien aard dat het de rechtspositie van de leerling raakt.¹⁷⁶ Deze opvatting van de opstellers van de Awb, om zaken binnen de school zoveel mogelijk buiten de sfeer van het bestuursrecht te houden, sluit goed aan bij het karakter van het primaire onderwijsproces als een ‘ontwikkelingsgang’, tijdens welke niet zoveel duidelijke aanknopingspunten voor beslissingen over leerlingen worden geboden.¹⁷⁷ Zie nader hieromtrent ook 7.3.

In deze visie moet er een zekere (publiek)rechtsvrije ruimte zijn voor de opvoedkundige en didactische begeleiding van de leerling door de leraar, ‘in bedachtzaamheid zoveel wijzer dan de kansberekening, waartoe in hun speelse bravoure nu vele – en juist de slimste – leerlingen zich laten verleiden’.¹⁷⁸ De omvang van die ruimte is niet onbeperkt, maar merkwaardig is dan wel dat naar de letter van artikel 8:4 onder e Awb ook de – tussentijdse – proefwerkbeoordeling of de beoordeling naar aanleiding van een schriftelijke overhoring aan een openbare school (voor – in de regel – voortgezet onderwijs of beroepsonderwijs) als een besluit lijkt te kunnen worden aangemerkt, zij het dat dit type besluit is uitgezonderd van het recht op bezwaar en beroep.¹⁷⁹ Hoewel, zoals nog in 7.1.3 zal worden betoogd, de uitzondering van arti-

174. Een voorbeeld van een bestuurshandeling bij amvb is artikel 10.16 Whw: de voorziening bij taakverwaarlozing door het bestuur van de openbare hogeschool.

175. Zie hierover uitvoeriger: A. Postma, *De Algemene wet bestuursrecht en het onderwijsrecht*, Deventer 1996, p. 1-4.

176. PG Awb I, p. 155.

177. H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle 1985, p. 312.

178. A.w., p. 315.

179. Volgens deze bepaling kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit ‘inhoudende een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst, dan wel inhoudende de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing’. Zie over dit soort besluiten nader 7.1.

kel 8:4 onder e Awb veelal kan worden gemist, is er wel een speciale voorziening noodzakelijk om recht te doen aan die situaties waarbij de beoordeling in het kader van de 'ontwikkelingsgang' onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van het pedagogisch-didactische proces. De pedagogische vrijheid die hier in het geding is, verdraagt zich niet met de juridisering van daarin plaatshebbende oordelen of beoordelingen.¹⁸⁰ Ons inziens is er derhalve grond om beoordelingsbeslissingen naar aanleiding van schriftelijke overhoringen of proefwerken buiten het besluitbegrip te plaatsen. Als artikel 8:4 onder e Awb geschrapt wordt, zijn daartoe twee mogelijkheden. Ofwel er wordt een expliciete wettelijke uitzondering geformuleerd, ofwel naar analogie van bovengenoemde passage worden dergelijke beoordelingen geacht geen rechtshandelingen te zijn en om die reden reeds geacht besluitkarakter te missen.¹⁸¹

In artikel 8.1.3 van de Web is bepaald dat afspraken over aspecten als 'de inhoud en inrichting van het onderwijs', 'examenvoorzieningen' en 'de tijdvakken waarbinnen en, voorzover mogelijk, de locaties waarop het onderwijs verzorgd wordt', onderdeel moeten uitmaken van een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de onderwijsinstelling en de individuele onderwijsdeelnemer. Het is niet uitgesloten dat in de verdere toekomst van deze bepaling een zekere voorbeeldwerking zal uitgaan naar de andere sectoren, maar dat kan nog wel even duren.¹⁸² De praktische betekenis van de onderwijsovereenkomst ingevolge de Web is momenteel nog niet groot. In 1998 is door de Onderwijsraad vastgesteld dat de student bij deze overeenkomst een zwakke positie inneemt: er is geen sprake van gelijkwaardigheid. Vanuit de instellingen wordt de onderwijsovereenkomst vooral als een administratieve last ervaren. Verder staan veel instellingen pas aan het begin van de ordening van het onderwijs en het onderwijsaanbod.¹⁸³

Op het laagste niveau worden op een enkel punt (appellabele) besluiten genomen. Binnen het primair of voortgezet onderwijs is de directeur of rector van de school, voorzover deze is belast met het al dan niet verlenen van vrijstelling op grond van artikel 14 van de Leerplichtwet, aan te merken als bestuursorgaan.¹⁸⁴ En de directeur in

180. Drop, a.w., p. 315. Net als onze co-leadadviseur Kortmann menen wij er niet aan te kunnen ontkomen om in dit leadadvies de voorzitter van de VAR te noemen. Daar hij met een enkele verwijzing ongetwijfeld niet tevreden zal zijn, zullen wij dat meerdere malen doen. Daar komt-ie dan: F.C.M.A. Michiels (en M.J. Jacobs), Bestuursrechtelijke aspecten van de vrijheid van onderwijs, in T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs*, Utrecht 2000, p. 311.

181. In deze zin Michiels en Jacobs, a.w., p. 311.

182. Vijf jaar na de inwerkingtreding van deze bepaling is er nog geen rechtspraak over deze overeenkomst bekend. Zie ook R. Brussee, *Wet educatie en beroepsopleiding*, School en Wet 1995, nr. 11/12, p. 7-12.

183. Onderwijsraad, *De positie van de deelnemer*, Den Haag, p. 37.

184. Zie aldus ook ARRS 24 mei 1993, AB 1994, 577, m.nt. RMvM.

het basisonderwijs is, voorzover hij oordeelt dat een leerling (on)geschikt is om tot een bepaald type van voortgezet onderwijs toegelaten te worden (artikel 39 lid 4 Wpo jo. artikel 3 lid 1 Inrichtingsbesluit), vermoedelijk te beschouwen als een bestuursorgaan.

In vergelijking met de andere sectoren is in het hoger onderwijs de juridisering op onderwijskundig vlak verder voortgeschreden. Tegen tentamen- en examenbeslissingen binnen de openbare instellingen staat voor de student een voorziening van administratief beroep open: het college van beroep voor de examens.¹⁸⁵ Verder is in de wet de mogelijkheid vastgelegd dat in het per instelling vast te stellen studentenstatuut ook andere onderwerpen voor geschillenbeslechting in aanmerking kunnen worden gebracht.¹⁸⁶

Een uitgebreid terrein van school-intern recht betreft de medezeggenschap. Voor alle scholen en instellingen buiten het hoger onderwijs geldt de Wet medezeggenschap onderwijs 1992. De Whw bevat voor het hoger onderwijs eigen bepalingen inzake medezeggenschap. De kern van het overleg tussen bevoegd gezag en medezeggenschapsraad (waarin ouders/leerlingen of studenten en personeel zijn vertegenwoordigd) wordt gevormd door voorstellen of voornemens van het bevoegd gezag inzake 'te nemen beslissingen'. Bij onenigheid hierover staat voor het bevoegd gezag en (in de meeste gevallen) de medezeggenschapsraad beroep open op de commissie voor geschillen die, voorzover het geschillen in het openbaar onderwijs betreft, optreedt als orgaan van administratief beroep.¹⁸⁷

Het bevoegd gezag van de openbare onderwijsinstelling is bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder a, van de Awb. Een uitzondering zou wellicht kunnen worden gemaakt voor de stichting, waarover direct hieronder nader wordt uitgewijd. Het bevoegd gezag van de openbare school of instelling is het orgaan van het lichaam dat de openbare school instandhoudt. In het primair en voortgezet onderwijs kan dit een orgaan van de gemeente zijn (raad, B&W, commissie) of een orgaan van een openbaar lichaam in de zin van de Wgr.¹⁸⁸ Verder kan het gaan om een stichting of een openbare rechtspersoon. In het hoger onderwijs kan het een orgaan zijn van de rechtspersoonlijkheid bezittende instelling¹⁸⁹ of, voorzover het hogescholen betreft, een

185. Zie daarover nader 7.1.

186. Zie artikel 7.59 lid 5 Whw.

187. Zie ook 7.2.

188. Deze figuren zijn ook geregeld voor het openbaar bve-onderwijs, zij het dat er thans feitelijk geen openbare instellingen op dit terrein bestaan.

189. Dit is het geval bij de openbare universiteiten, waar verschillende organen op centraal en decentraal niveau kunnen worden onderscheiden.

orgaan van de gemeente of van een Wgr-lichaam. Er zijn thans de facto geen openbare hogescholen meer aanwezig.¹⁹⁰

4.3 Besluitvorming in de stichting voor openbaar onderwijs

Indien het gemeentebestuur tot verzelfstandiging van het bestuur van een openbare school voor primair, speciaal of voortgezet onderwijs wil overgaan, kan het kiezen voor een stichting of een openbare rechtspersoon.¹⁹¹ Het motief voor de wettelijke invoering hiervan houdt verband met de ontwikkeling van het lokaal onderwijsbeleid in de gemeenten. In toenemende mate neemt het gemeentebestuur de positie in van een belangrijke regelgever en beleidsmaker op het terrein van het lokale onderwijs. Men denke aan de bestuursbevoegdheden die het gemeentebestuur in de loop van de tweede helft van de jaren negentig zijn toegekend inzake de huisvesting van scholen in primair en voortgezet onderwijs, het onderwijsachterstandenbeleid, de schoolbegeleiding en het onderwijs in allochtone levende talen. Verder denke men aan de gemeentelijke rol inzake financiële gelijkstelling.¹⁹² Met de mogelijkheden tot het voeren van lokaal onderwijsbeleid komt het gemeentebestuur meer dan tevoren in een dubbelrol. Enerzijds is het gemeentebestuur bevoegd gezag (B&W of een gemeentelijke commissie) van het openbaar onderwijs, anderzijds treedt het op als regulerende en sturende instantie ten opzichte van alle scholen op zijn grondgebied. Om de bestuurlijke problemen in verband met deze dubbelrol op te heffen is men ertoe overgegaan om in de onderwijswet voorzieningen op te nemen die het op betrekkelijk eenvoudige wijze mogelijk maken het openbaar onderwijs vermogensrechtelijk op afstand te plaatsen.¹⁹³ De achterliggende gedachte is dat de directe bestuurlijke en juridisch-financiële verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur voor het openbaar onderwijs ophoudt, wanneer deze in zelfstandige rechtspersonen is ondergebracht. Bij de introductie van de bestuursvormen is opgemerkt dat de verschillen tussen de keuze voor de stichting of voor de openbare rechtspersoon uit juridisch oogpunt gering zijn. Het betreft 'vooral een principiële en zeker ook een gevoelsmatige aangelegenheid':

190. Zulks blijkt evenwel niet uit de bijlage van de Whw, waarin ingevolge artikel 1.8 Whw de bekostigde instellingen voor hoger onderwijs moeten zijn opgenomen en waarin nog openbare hogescholen worden onderscheiden.

191. Zie de artikelen 47 en 48 Wpo en artikelen 42a en 42b Wvo.

192. Vgl. achtereenvolgens Stb. 1996, 402; Stb. 1997, 237; Stb. 1997, 252; Stb. 1998, 148; en Stb. 1996, 649.

193. B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Den Haag 1999, p. 31.

‘Ondergetekenden menen dat de in het wetsvoorstel voorgestelde keuze tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke variant meer aansluit bij de behoefte in de praktijk terwijl er geen redenen zijn aan te voeren dat de wetgever in dezen een exclusieve keuze in de wet dient vast te leggen. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft laten weten meer te zien in de publiekrechtelijke optie; er zijn signalen dat lokale bestuurders ook wel eens de privaatrechtelijke variant zijn toegedaan.’¹⁹⁴

De openbare rechtspersoon wordt ingesteld bij verordening, de stichting wordt op basis van een besluit van de gemeenteraad opgericht bij notariële akte. Om als bestuur van de openbare school te fungeren moeten de statuten van de stichting in het algemeen aan dezelfde inhoudelijke, wettelijke eisen voldoen als de verordening bij de openbare rechtspersoon. De wet bevat hieromtrent een redelijk uitvoerige lijst van eisen. Die betreffen onder andere de doelstelling (in de statuten van de stichting), de samenstelling van het bestuur, de benoeming van de bestuursleden, de goedkeuring van de begroting en de jaarrekening, de periode waarvoor de rechtspersoon in het leven wordt geroepen en het toezicht op het bestuur door de gemeenteraad of – indien de rechtspersoon openbare scholen van meer dan een gemeente instandhoudt – de gemeenteraden. In de regeling van de verordening, respectievelijk de statuten moet een overheersende invloed van de overheid in het bestuur zijn verzekerd. Jaarlijks wordt aan de gemeenteraad of gemeenteraden verslag uitgebracht door het bestuur van de rechtspersoon over de werkzaamheden, waarbij in ieder geval aandacht wordt besteed aan de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs. De vergaderingen van het bestuur van de openbare rechtspersoon of stichting zijn in beginsel openbaar. De gemeenteraad of gemeenteraden kunnen in geval van ernstige taakverwaarlozing door het bestuur van de openbare rechtspersoon of stichting zelf voorzien in het bestuur en zonodig de openbare rechtspersoon of stichting ontbinden. In de onderwijswet is ten aanzien van de stichting artikel 155 Gemeentewet buiten toepassing verklaard.¹⁹⁵

Is nu het bestuur van de stichting net als dat van de openbare rechtspersoon aan te merken als het orgaan van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder a Awb? Het antwoord lijkt ontkennend te moeten zijn. Omdat de gemeenteraad slechts kan besluiten tot oprichting van de stichting, maar deze eerst daadwerkelijk wordt opgericht bij notariële akte, moet het erop worden gehouden dat (het orgaan van) de stichting naar de letter genomen buiten de

194. Kamerstukken II, 1994/95, 24 138, nr. 3, p. 7-8.

195. Volgens deze bepaling besluit de raad ‘slechts tot het oprichten van en deelnemen in stichtingen (...) indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang’. Dit besluit behoeft de goedkeuring van gedeputeerde staten.

begripsomschrijving van a-orgaan valt.¹⁹⁶ Gezien de besluiten die het stichtingsbestuur als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs krachtens de onderwijswet kan of moet nemen, is het in ieder geval als een b-orgaan te beschouwen.¹⁹⁷ Het vanuit onderwijsrechtelijke optiek bezien merkwaaardige feit doet zich dan wel voor dat, anders dan bij de openbare rechtspersoon, op de rechtshandelingen naar privaatrecht en de feitelijke handelingen van het orgaan van de stichting bijvoorbeeld de afdelingen 3.2 en 3.3 van de Awb niet van toepassing zijn.¹⁹⁸ Zulks lijkt door de onderwijswetgever wel en niet bedoeld. Het is althans niet duidelijk wat hij precies heeft bedoeld. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake invoering van de nieuwe bestuursvormen is gewezen op het punt dat de stichting moet worden aangemerkt als b-orgaan. Niettemin worden de gevolgen daarvan 'theoretisch' genoemd: 'In de eerste plaats is expliciet geregeld dat de stichting met uitzondering van de besluitvorming over de opheffing van een openbare school, alle taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag uitoefent. Bovendien volgt uit artikel 14 van Boek 3 BW dat ten aanzien van die handelingen die niet door de Awb bestreken worden, toch kan worden getoetst aan geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.'¹⁹⁹

Als met de laatste volzin in het geciteerde gedeelte is bedoeld dat de handelingen van het stichtingsbestuur niet in strijd mogen zijn met de geschreven regels van de onderwijswet, is dit een open deur. Voorzover ermee is bedoeld dat op grond van artikel 3:14 BW de burgerlijke rechter handelingen, niet zijnde besluiten, van het stichtingsbestuur mede mag toetsen aan het ongeschreven publiekrecht, is hier kennelijk een misverstand in het spel. Op het voorbereiden, nemen en vormgeven van handelingen van een b-orgaan, die niet als besluiten kunnen worden aangemerkt, is het publiekrecht niet van toepassing, daar in zoverre niet van het handelen van een overheidsinstantie kan worden gesproken. Zulks volgt uit de definitie van het b-orgaan, waar met 'openbaar gezag' enkel wordt bedoeld op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.²⁰⁰ Zou men het anders willen, dan zou het stichtingsbestuur moeten worden aangemerkt als a-orgaan, maar het zijn van a-orgaan staat nu juist ter discussie.²⁰¹ Op deze manier is men in een cirkel beland.

196. Vgl. PG Awb I, p. 143, alwaar door regeringscommissaris Scheltema het hier redelijk toepasselijke voorbeeld wordt gebruikt van de stichting die is opgericht door de overheid, en waaraan een machtigingswet is voorafgegaan. Zie ook M. Bense en S. Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan, NTB 1994, nr. 9, p. 257 en J.A.F. Peters, Rechtspersonen als bestuursvormen voor openbaar onderwijs, School en Wet 2000, nr. 1, p. 6.

197. PG Awb I, p. 144.

198. Zie artikel 3:1 lid 2 Awb en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 1999, p. 103.

199. Kamerstukken II, 1994/95, 24 138, nr. 3, p. 6.

200. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 102.

201. Peters, a.w., p. 6.

Van de andere kant kan niet worden gezegd dat er bewust grote juridische verschillen tussen de ene en andere bestuursvorm zijn gewild of bedoeld. Het motief is geweest om het openbaar onderwijs vanwege bepaalde bestuurlijke ontwikkelingen op afstand te plaatsen van het reguliere gemeentebestuur, niet om het te onttrekken aan de overheidsverantwoordelijkheid terzake. Dat laatste zou ook niet kunnen. Artikel 23 lid 4 Grondwet onderstreept de gemeentelijke beheersverantwoordelijkheid voor het openbaar onderwijs. In dat licht is de stichting die de openbare school instandhoudt dan ook te betitelen als een ‘overheidsstichting’.²⁰² Artikel 23 lid 3 Grondwet, dat bepaalt dat het openbaar onderwijs bij de wet wordt *geregeld*, gaat daarbij uit van een in hoofdzaak wettelijke vormgeving van het openbaar onderwijs.²⁰³ Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat voor privaatrechtelijke normering niet dan op onderdelen ruimte bestaat. Volgens vaste terminologie in de onderwijswet gelden voor het openbaar onderwijs regels en voor het bijzonder onderwijs voorwaarden voor bekostiging. Als regels zijn de wettelijke voorschriften van dien aard dat de openbare school, het bestuur en de betrokkenen in de school er rechtstreeks en volledig aan zijn onderworpen.²⁰⁴

Uit de parlementaire stukken blijkt dat de stichtingsvorm is geïntroduceerd als een tegemoetkoming aan behoeften in de bestuurlijke praktijk, om aan te sluiten bij de bestuurscultuur die her en der in den lande leeft.²⁰⁵ Gezien de Grondwet en de dwingende waarborgen die in de wet ten aanzien van de inrichting van de stichting en ten aanzien van het gemeentelijke toezicht op haar functioneren zijn vastgelegd, waarbij met name ook de aanwezige mogelijkheid van de gemeenteraad om bij taakverwaarlozing de stichting te ontbinden een rol speelt, lijkt de stichting in de eerste plaats als een gemeentelijk orgaan te moeten worden gezien. Om zeker te stellen dat het hier een a-orgaan betreft, zou dan ook in de onderwijswet een uitzondering op de systematiek van de Awb moeten worden geregeld.²⁰⁶

202. Aldus de Raad van State in zijn advies bij het wetsvoorstel met betrekking tot de samenwerkingssscholen, Kamerstukken II, 1994/95, 24 137, A, p. 2.

203. B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, a.w., p. 29.

204. Zie hierover P.J.J. Zoontjens, Inleiding tot de onderwijswetgeving, a.w., p. 15.

205. Kamerstukken II, 1994/95, 24 138, nr. 5, p. 11.

206. Zie ook Michiels en Jacobs, a.w., p. 306. Afwijzend: Peters, a.w., p. 6.

4.4 Besluitvorming in de samenwerkingschool en het samenwerkingsbestuur

Bij het samenwerkings*bestuur*, als geregeld in artikelen 17 Wpo en 53c Wvo, is de instandhouding van een of meer openbare en een of meer bijzondere scholen opgedragen aan een stichting die met dit doel is of wordt opgericht (2.4). Het stichtingsbestuur is als bevoegd gezag van de openbare school bestuursorgaan. Als bevoegd gezag van de bijzondere school is het een particuliere instantie. Deze dubbele hoedanigheid maakt dat het stichtingsbestuur in bepaalde situaties besluiten neemt en in andere niet. Dit onderscheid zal in een aantal gevallen niet op al te grote praktische problemen stuiten. Gegeven het feit dat het bestuur te maken heeft met afzonderlijke onderwijsinstellingen, is het in het algemeen zeer wel mogelijk om per school vast te stellen of men te maken heeft met besluiten of met beslissingen die geen besluiten zijn. Zo is de beslissing tot toelating, schorsing of verwijdering van leerlingen bij de bijzondere school geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, bij de openbare school wel.²⁰⁷ Omdat ook de medezeggenschap in beginsel op schoolniveau is georganiseerd, zullen voor de keuze van de rechtsgang bij gerezen conflicten tussen de medezeggenschapsraad en het bevoegd gezag geen grote moeilijkheden zijn te verwachten. Zie over de rechtsgangen uitmondend bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter ook 7.2.2.

Toch begint hier al iets te wringen, omdat de onderwerpen die in het kader van medezeggenschap aan de orde zullen komen vaak betekenis hebben voor meer scholen tegelijk.²⁰⁸ Bij het voorbeeld dat Kortmann in zijn preadvies (par. 6) aanhaalt van een beslissing die alle scholen tegelijkertijd regardeert, zoals de wijziging van de lesroosters en de vaststelling van de onderwijsvrije dagen, is dat goed te zien. Bij dit soort beslissingen is niet zelden sprake van een sterke samenhang tussen de onderdelen en het geheel, omdat het bevoegd gezag er belang bij heeft om het in algemene dienst aangestelde personeel zo doelmatig mogelijk in te zetten. Vanwege dit belang zou het zeer onbevredigend zijn als de lesroosterwijziging, afhankelijk van de school waarvoor deze geldt, bij verschillende rechters zou kunnen of moeten worden aangevochten.

Voorzover het bevoegd gezag beslissingen neemt die op geen enkele wijze kunnen worden geordend binnen de eenheid van de school, zijn er grote praktische problemen te verwachten. De wetgever heeft dit deels voorzien door te bepalen dat het per-

207. In dezelfde richting: Kortmann, preadvies par. 6.

208. Hetzelfde geldt met betrekking tot een beslissing van het samenwerkingsbestuur tot overplaatsing van een leerling van een openbare school naar een bijzondere school en vice versa. Een dergelijke beslissing vormt zowel een besluit (voorzover het de openbare school betreft) als een rechtshandeling naar burgerlijk recht (voorzover het de bijzondere school betreft).

soneel binnen de openbare school, dat op bestuursniveau wordt aangesteld,²⁰⁹ wordt benoemd krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Zou dat niet zijn gebeurd, dan zou het personeel in dienst bij een en hetzelfde bevoegd gezag moeten worden onderverdeeld in ambtenaren en werknemers, voor wie bij onderling gelijke beslissingen van het bevoegd gezag een verschillend rechtsregime geldt en een verschillende rechtsgang openstaat met alle conflicten en chaos van dien. Onduidelijk is ook de situatie in het geval van een beslissing van het bevoegd gezag waarbij wordt afgeweken van het advies van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad.²¹⁰ Welke rechtsgang moet dan worden gevolgd? Bij de geschillencommissie voor het bijzonder onderwijs of het openbaar onderwijs? Welke rechter is bevoegd? Hier is niet zonder nadere wettelijke voorziening uit te komen. Om de hierboven geschetste complicaties te voorkomen ware aan te bevelen dat de onderwijswetgever in ieder geval de toepasselijkheid van de Awb uitsluit voor beslissingen van het samenwerkingsbestuur, voorzover die niet kunnen worden geordend op het schoolniveau.

Het antwoord op de vraag of sprake is van een besluit of niet, is naar verwachting bij de samenwerkings*school* nog moeilijker te geven (zie daarover ook 2.4). De samenwerkings*school* biedt op schoolniveau openbaar en bijzonder onderwijs aan. De beslissing van het bevoegd gezag tot toelating, schorsing of verwijdering van leerlingen bij de samenwerkings*school* is daardoor niet op voorhand al dan niet als een besluit in de zin van de Awb te karakteriseren. Dat ligt misschien anders als binnen de samenwerkings*school* duidelijke ‘streams’ (afdelingen, klassen) van enerzijds bijzonder en anderzijds openbaar onderwijs zijn te onderscheiden. Het is evenwel de vraag of het wenselijk is de toepasselijkheid van de Awb af te laten hangen van zo’n indeling, die niet per se hoeft te berusten op de wil een openbare of bijzondere school (of wat er van over is) intact te laten, maar die evengoed uit onderwijskundige motieven kan zijn voortgekomen en om dezelfde redenen weer kan verdwijnen. Voor de beslissingen van het bevoegd gezag die de medezeggenschapsraad (op schoolniveau) aangaan, is de indeling naar streams geen relevant criterium. De medezeggenschapsraad

209. Artikel 34 Wpo luidt, voorzover relevant: ‘(1) Het bevoegd gezag benoemt (...) het (...) personeel in algemene dienst van het bevoegd gezag. (2) Onder benoeming in algemene dienst van het bevoegd gezag wordt in dit verband (...) verstaan een benoeming ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden aan door het bevoegd gezag in stand gehouden scholen.’

210. Zie artikel 28 Wmo 1992. Een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad kan door het bevoegd gezag worden ingesteld voor alle scholen of voor een aantal scholen die onder hem ressorteren. Op deze wijze kan de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad de medezeggenschapsbelangen van openbare en bijzondere scholen omvatten. Aan de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad kunnen ook bevoegdheden van advies of instemming worden toegekend. Zie over de aard van het geschil en de te volgen rechtsgang: 7.2.1.

omvat immers vertegenwoordigers van het personeel, de ouders en leerlingen van de als ongedeelde eenheid op te vatten school. Hij beraadslaagt bovendien over zaken die de school als geheel aangaan. Duidelijke aanknopingspunten voor de te kiezen rechtsgang bij conflicten tussen medezeggenschapsraad en het bevoegd gezag binnen de samenwerkingschool zijn er derhalve niet. Een en ander vormt voor ons reden de onderwijswetgever aan te bevelen om bij de samenwerkingschool de toepasselijkheid van de Awb reeds uit te sluiten voor beslissingen van het bevoegd gezag die kunnen worden geordend op het schoolniveau.²¹¹ Indien er bij hetzelfde bevoegde gezag meer scholen zijn aangesloten, zou deze uitsluiting ook betrekking moeten hebben op beslissingen op bovenschools niveau. De positie van een bevoegd gezag waaronder een samenwerkingschool (met openbaar onderwijs) en andere reguliere scholen ressembleren, wijkt in dit opzicht dus niet af van het samenwerkingsbestuur.

4.5 Delegatie en mandaat in onderwijsinstellingen

4.5.1 Algemeen

De interne organisatie van de onderwijsinstelling berust op mechanismen waarbij de uitoefening van bevoegdheden van het bevoegd gezag door de directeur, de directie of de instellingsleiding geschiedt. In de Wpo en de Wvo is als uitgangspunt gekozen voor mandaat. In de Web en de Whw (althans met betrekking tot hogescholen) is delegatie het vertrekpunt. Met betrekking tot universiteiten is in de Whw gekozen voor attributie van bevoegdheden aan verschillende bestuurlijke organen binnen de instelling.

Mandaat is in het publiekrecht de bevoegdheid om *in naam van* het bevoegd gezag te beslissen. In het privaatrecht spreekt men van volmacht.²¹² Hoewel verankerd in een verschillend rechtsgebied wordt algemeen aangenomen dat de verschillen tussen mandaat en volmacht niet groot zijn, hetgeen reeds blijkt uit de voorziening van artikel 10:12 Awb.²¹³ Wij spreken hier dan ook voortaan van mandaat, waarbij de volmacht mede is inbegrepen. Voor de interne organisatie van scholen voor primair en voortgezet onderwijs is wettelijk mandaat voorgeschreven. Zie de artikelen 31 Wpo²¹⁴ en 32a tot en met 32c Wvo.

211. Aldus ook de Onderwijsraad, Samen verder. Advies inzake de samenwerkingschool, Den Haag 2000, p. 7.

212. Zie artikelen 3:60 e.v. BW.

213. Zie ook de algemene toelichting in PG Awb III, p. 433 e.v.

214. Artikel 31 Wpo wijkt inhoudelijk niet af van artikel 32c Wvo. Wij laten deze bepaling, die geen aanleiding geeft voor interpretatieproblemen, rusten.

Artikel 32a Wvo luidt, voorzover van belang:

- ‘1. Aan het hoofd van een school (...) kan het bevoegd gezag een centrale directie plaatsen (...).
2. De centrale directie heeft onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag de leiding van de voorbereiding en de uitvoering van het beleid van de school, alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer van de school. Indien toepassing is gegeven aan artikel 32b, is de centrale directie tevens met de daar bedoelde taken en bevoegdheden belast.’

Artikel 32b Wvo luidt:

‘Het bevoegd gezag van een school als bedoeld in artikel 32a, eerste lid, kan bepalen dat hem bij wettelijk voorschrift toekomende taken en bevoegdheden onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag worden uitgeoefend door de centrale directie.’

Artikel 32c Wvo ten slotte luidt, voorzover van belang:

- ‘1. Het bevoegd gezag van een school stelt een directiestatuut vast.
2. Het directiestatuut bevat in ieder geval de aanduiding van de aan het bevoegd gezag bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden ten aanzien waarvan het bevoegd gezag heeft bepaald dat de rector, de directeur, de conrector, de adjunct-directeur of de centrale directie van de school de bevoegdheid heeft om in naam van het bevoegd gezag besluiten te nemen. Het directiestatuut bevat voorts instructies voor de uitoefening van de in de eerste volzin bedoelde taken en bevoegdheden.’

Gemeenschappelijk voor primair en voortgezet onderwijs is de verplichting voor het bevoegd gezag tot vaststelling van een directiestatuut dat een aanduiding bevat van de taken en bevoegdheden die door hem zijn gemandateerd aan de schoolleiding.

Delegatie is een publiekrechtelijk begrip, waarvoor geen equivalent in het privaatrecht bestaat. Het gaat hier om de overdracht van beslissingsbevoegdheid door het bevoegd gezag aan de instellingsleiding die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent. Met delegatie gaat de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bevoegdheid over naar de instellingsleiding. Delegatie is alleen mogelijk (in het openbaar onderwijs) indien de wet daartoe een uitdrukkelijke basis verschaft. Voor de rechtspersoon in het bijzonder onderwijs is delegatie begripsmatig niet goed denkbaar. Het gaat er de onderwijswetgever uitdrukkelijk niet om dat de rechtspersoon zelf zijn bevoegdheden overdraagt en zich aan zijn verantwoordelijkheid onttrekt.

Daarentegen wil de wetgever bereiken dat deze op een bepaald niveau *binnen* de rechtspersoon worden gelegd. Dit nu is evenwel naar privaatrecht een interne aangelegenheid van de rechtspersoon. Hierin treedt de onderwijswet in beginsel niet (2.3.2).²¹⁵ Wij achten het evenwel denkbaar en onder omstandigheden aanvaardbaar dat de onderwijswetgever expliciet verplichtingen oplegt aan de rechtspersoon met betrekking tot de interne organisatie en het verdelen van bevoegdheden daarin. Voor een dergelijke ingreep moet dan wel een zwaarwegend belang aanwezig zijn. Zij moet ook passen binnen de doelstellingen van de onderwijswet.²¹⁷ Welk orgaan van de rechtspersoon ook optreedt, steeds geldt dit als het handelen van de rechtspersoon. Om een enigszins met delegatie in het openbaar onderwijs vergelijkbaar resultaat te krijgen in het bijzonder onderwijs zou in de statuten of reglementen van de rechtspersoon een interne voorziening moeten worden getroffen, waarbij bevoegdheden van het bestuur van de rechtspersoon zijn toebedeeld aan een ander voor dat doel omschreven orgaan.²¹⁸ Zie wat betreft enige complicaties die samenhangen met dit uitgangspunt hieronder in 4.5.3.

Delegatie is het uitgangspunt waarmee, zoals reeds opgemerkt, de interne bestuursorganisatie van de hoofdzakelijk privaatrechtelijk georganiseerde regionale opleidingscentra en hogescholen kan worden vormgegeven: zie artikelen 9.1.5 tot en met 9.1.7 Web en 10.3 tot en met 10.3c Whw. Wat betreft de universiteiten worden bevoegdheden geattribueerd aan bestuurlijke organen op centraal niveau (raad van toezicht, college van bestuur) en decentraal niveau (decaan, examencommissies): zie artikelen 9.2 tot en met 9.16 Whw.

215. Consequent worden bevoegdheden toegekend aan het bevoegd gezag, dat voor het bijzonder onderwijs is gedefinieerd als 'de rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen'. Zie bijvoorbeeld artikel 55 Wpo.

216. Zie in dezelfde zin Kortmann, preadvies par. 6.

217. Zo is er volgens ons geen bezwaar tegen om bij bekostigingsvoorwaarde de rechtspersoon voor het bijzonder onderwijs te verplichten zodanige voorzieningen in de statuten te treffen dat voor een aantal beslissingen op onderwijskundig vlak de directeur van de school bevoegd wordt gemaakt. Anders: C.H.C. Overes, Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs, Lelystad 1994, p. 68, 69 en 76.

218. Uitoefening van de bevoegdheden namens de rechtspersoon door het bestuur van de rechtspersoon is uitgangspunt. Vgl. artikel 2:44 lid 1 BW voor de vereniging en artikel 2:291 lid 1 BW voor de stichting. Het bestuur van de vereniging wordt in beginsel uit de leden benoemd (artikel 2:37 lid 1 BW), de procedure tot benoeming van het bestuur van de stichting ligt vast in de oprichtingsakte en de statuten (artikel 2:286 lid 4 BW). Zie ook Overes, a.w., p. 74 e.v.

4.5.2 'Versterkt' mandaat?

Aan het hoofd van een school voor voortgezet onderwijs kan door het bevoegd gezag een centrale directie worden ingesteld. Aan dit orgaan, bestaande uit ten hoogste vijf leden, kan door het bevoegd gezag 'de leiding van de voorbereiding en de uitvoering van het beleid van de school, alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer' worden gemandateerd. Zie het hiervoor geciteerde artikel 32a Wvo. Het betreft hier naar de aard een ruim mandaat, in het onderwijspolitiek jargon 'versterkt' mandaat genoemd, omdat er gezien de wettelijke omschrijving algemene taken, maar geen concrete bevoegdheden in het geding zijn. Een nog ruimer mandaat aan de centrale directie is mogelijk als het gaat om een grote of complexe school, bijvoorbeeld een scholengemeenschap. Dan kan het zich ook uitstrekken tot de uitoefening van de wettelijk aan het bevoegd gezag opgedragen taken en bevoegdheden (artikel 32b Wvo). Een en ander moet worden neergelegd in het directiestatuut (artikel 32c Wvo).

De bepalingen inzake mandaat aan een centrale directie roepen in het licht van de Awb²¹⁹ enige vragen op.

(a) Strikt genomen is een aparte wettelijke grondslag niet nodig. Volgens artikel 10:3 lid 1 Awb kan altijd mandaat worden verleend, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich ertegen verzet. Niettemin kan wel een argument voor expliciete regeling van mandaat worden gevonden in het streven identieke uitgangspunten voor de organisatie binnen openbare en bijzondere scholen tot stand te brengen.²²⁰

(b) In aanleg zijn alleen bevoegde gezagsorganen in het openbaar onderwijs aan de wettelijke bepalingen gebonden. In het bijzonder onderwijs kan wat betreft de inter-

219. Overigens is de onderwijswetgeving nog niet aan de derde tranche van de Awb en dus ook niet aan de titel inzake mandaat en delegatie aangepast, en is deze titel nog niet op de onderwijswetgeving van toepassing. Bij de wet van 4 december 1997, Stb. 1997, 580 (Aanpassingswet derde tranche Awb II) is artikel VI van de wet van 20 juni 1996, Stb. 1996, 333 (Derde tranche Awb) gewijzigd in die zin, dat bij koninklijk besluit een ander tijdstip van inwerkingtreding voor de onderwijswetten kan worden bepaald. Bij koninklijk besluit van 11 december 1997, Stb. 1997, 581 is dienovereenkomstig bepaald dat de derde tranche Awb in werking treedt met ingang van 1 januari 1998, met uitzondering van onder meer de toepassing van deze tranche op de onderwijswetten. De onderwijswetgeving zal derhalve nog aangepast moeten worden. Het betreffende wetsvoorstel is naar ons weten op dit moment – half februari 2000 – nog niet ingediend.

220. Het effect is dan dat hier bij bekostigingsvoorwaarde een impliciet verbod tot in statuten of reglementen te realiseren verschuiving van bevoegdheden binnen de privaatrechtelijke rechtspersoon wordt opgelegd. Uit rechtsstatelijk oogpunt dienen verboden expliciet te worden geformuleerd in de wet. Dat zou ook hier de voorkeur verdienen hebben.

ne verhoudingen in de rechtspersoon in principe op basis van volmacht worden gehandeld en besloten, tenzij een verbod in de statuten zich daartegen verzet.

(c) De formulering van de te mandateren taken in de artikelen 32a en 32b Wvo is dermate ruim dat de vraag kan worden gesteld of hier altijd van (rechtsgeldig) mandaat kan worden gesproken. Er is immers steeds kans op onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of in concreto een handeling of beslissing van de centrale directie rechtsgeldig is geschied namens het bevoegd gezag. Mandaat is in het bestuursrecht een figuur die zich richt op de uitoefening van bevoegdheden, niet op taken. Het dient om de gegroeide arbeidsverdeling binnen de overheidsorganisatie het hoofd te bieden zonder naar buiten toe afbreuk te willen doen aan de verantwoordelijkheid van het mandaterende orgaan voor de uitoefening van de bevoegdheden.²²¹ Als in het directiestatuut soortgelijke ruime formuleringen als in de wet worden gebezigd – hetgeen vaak voor de hand zal liggen – wordt met mandaat niet bereikt wat men er in het bestuursrecht mee beoogt.

Eigenlijk, zo lijkt het, zijn we met het bijna-blanco-mandaat van de artikelen 32a en 32b halverwege de route naar delegatie: juridisch is er weliswaar geen sprake van overdracht van bevoegdheden, waarbij de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag daarvoor ophoudt, de facto wel. Die indruk wordt nog eens versterkt, doordat in deze bepalingen, anders dan in artikel 32c Wvo, niet gesproken wordt van besluitvorming ‘in naam van’ het bevoegd gezag, maar van taken en bevoegdheden waarmee de centrale directie is belast (artikel 32a lid 2 Wvo).

De besluiteloosheid die de Minister, thans Staatssecretaris van OCenW sinds jaar en dag demonstreert bij de, zelfs partiële invoering van het uitgangspunt van delegatie in de bestuurlijke inrichting van scholen van voortgezet onderwijs is onterecht. De praktijk heeft al tot de aanvaardbaarheid van delegatie besloten. De juridische vormgeving van de bestuurlijke inrichting door middel van delegatie is dan ook niet meer zo’n grote overgang als het lijkt. Voor het wettelijk mogelijk maken van delegatie van bevoegdheden, zoals ook het hbo die kent in artikel 10.3 e.v. Whw, is gezien voornoemde praktijk temeer reden vanwege de mate waarin de bestuurlijke schaalvergroting voortschrijdt. Omdat delegatie – meer dan mandaat, dat immers bij bestuursbesluit kan plaatsvinden – een precieze omschrijving bij of krachtens de wet van de over te dragen bevoegdheden veronderstelt, is hiermee wellicht ook een helderder afbakening tussen de positie van bevoegd gezag en die van de schooldirectie te bereiken dan thans het geval is. Naar onze mening zal in de aanpassingswetgeving aan de derde tranche van de Awb dan ook uitdrukkelijk in de Wvo de mogelijkheid van delegatie aan de centrale directie opgenomen moeten worden.

221. PG Awb III, p. 433.

4.5.3 *Problemen bij delegatie binnen instellingen*

Artikel 10:14 Awb bevat een verbod van delegatie aan ondergeschikten. Is dit ook van toepassing op de relatie tussen bevoegd gezag en schoolleiding? Vanuit het ambtenarenrecht geredeneerd is er een ondergeschiktheidsrelatie, omdat de directeur in dienst is van het bevoegd gezag. Toch is ook een andere invalshoek mogelijk, waarbij wordt aangehaakt bij de specifieke positie van de directeur en bij de professionele deskundigheid en autonomie binnen de instelling (zo ook Kortmann, preadvies par. 6). Zo wordt in de Whw delegatie binnen hogescholen mogelijk gemaakt van bevoegdheden van het bevoegd gezag naar het college van bestuur dat op zijn beurt kan subdelegeren naar faculteitsbesturen.²²² Daarbij dient door het instellingsbestuur een bestuursreglement te worden vastgesteld (artikel 10.3b Whw). Bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Awb, derde tranche, in de Tweede Kamer werd door de regering opgemerkt dat het de keuze van de onderwijswetgever is om in een bepaalde situatie al of niet een ondergeschiktheidsverhouding tussen bevoegd gezag en directie aan te nemen.²²³ Daarbij kan in het basisonderwijs een andere benadering worden gevolgd dan in het voortgezet, beroeps- of hoger onderwijs. Ook kan per bevoegdheid worden gezien of hier van een ondergeschiktheidsverhouding sprake is.

Het zojuist gegeven voorbeeld van delegatie binnen hogescholen roept nog een andere vraag op. Hoe werkt deze regeling bijvoorbeeld uit voor de bijzondere hogescholen die thans het hele bestand van het hoger beroepsonderwijs vormen? Naar blijkt gaat de wetgever ervan uit dat de wettelijke delegatiebepalingen ook rechtstreeks van toepassing zijn op de privaatrechtelijke verhoudingen binnen de bijzondere hogeschool.²²⁴ In de wettelijke bepalingen ontbreekt echter een formulering die een dergelijke inrichting van de bijzondere hogeschool als een verplichting aan de bekostigde rechtspersoon oplegt. Dit is merkwaardig.²²⁵ De wettelijke voorschriften richten zich als bekostigingsvoorwaarden tot het bevoegd gezag, de rechtspersoon. Als zodanig kunnen zij in principe niet de interne verhoudingen in de rechtspersoon bestrijken, want dat is een zaak van Boek 2 BW en de statuten van de rechtspersoon.²²⁶ Gesteld zou dus kunnen worden dat de wettelijke bepalingen in de Whw met betrekking tot delegatie, voorzover die bijzondere hogescholen aangaan, niet deugen.

222. Stb. 1996, 125, vgl. artikelen 10.3 e.v. Whw.

223. Handelingen II 1995/96, p. 3867.

224. Artikel 10.1 Whw bepaalt dat het betreffende hoofdstuk op alle hogescholen betrekking heeft.

225. Vgl. Overes, a.w., p. 82 e.v.

226. A.w., p. 83. In dezelfde zin Kortmann, preadvies par. 6.

De geschetste redenering is niet zonder gevolgen. Indien we haar toepassen op artikel 16 Wpo, dat als bekostigingsvoorwaarde bepaalt dat het schoolplan wordt vastgesteld door het bevoegd gezag van de bijzondere school, is nog niet duidelijk welke instantie daarmee feitelijk wordt bedoeld. We moeten vaststellen dat wanneer in de statuten van de rechtspersoon is vastgelegd dat de directeur of conciërge bevoegd is tot vaststelling van het schoolplan, volledig aan de tekst van artikel 16 Wpo wordt tegemoetgekomen. Dit heeft de wetgever waarschijnlijk niet bedoeld. Steeds waar in het onderwijsbeleid of de -wetgeving wordt gesproken van bevoegd gezag, gaat men er conform de wettelijke begripsomschrijving impliciet van uit dat hiermee het dagelijks bestuur van de vereniging of het algemeen bestuur van de stichting wordt bedoeld.²²⁷ Uit de praktijk is overigens, behoudens het onderstaande vonnis van de kortgeding-rechter, geen geval bekend waarin serieus door een bijzondere onderwijsinstelling op deze consequentie wordt ingespeeld.

In een reeds eerder genoemd geval (2.3.2) moest het rechtspersonenrecht *gegeven de aard van de bevoegdheid* wijken voor de onderwijswet, terwijl deze wet toch geen rechtstreekse beperkingen stelde aan de rechtspersoon. Het ging hier om een directeur van een bijzondere school voor voortgezet onderwijs, die op grond van een krachtens de statuten toegedeelde bevoegdheid besliste tot verwijdering van een lastige leerling van de school. De rechter oordeelde hier strijd met de wet, daar de onderwijswetgever 'kennelijk heeft beoogd dat een verstrekkende beslissing als de onderhavige wordt genomen door een instantie die boven de strijdende partijen staat [het bevoegd gezag, BV/PZ]. Dat kan niet worden gevegd van een directeur van een school, belast met de dagelijkse leiding en uit dien hoofde in dagelijks contact met leraren en leerlingen, zeker niet indien het zou gaan om een conflict tussen hemzelf en een leerling en niet, zoals hier, tussen leraren en een leerling.'²²⁸

Hoewel het onmiddellijk duidelijk is dat, wat betreft de delegatiebepalingen binnen hogescholen, de bedoeling bij de wetgever heeft voorgezetten om ook beperkingen te stellen aan rechtspersonen voor bijzonder onderwijs, moet worden vastgesteld dat de regeling niet zonder haken en ogen is. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat het aan de rechter wordt overgelaten om in het licht van de concrete omstandigheden de bedoelde bevoegdheidsverdeling te waarderen.

227. Zie bijvoorbeeld de brief van de Staatssecretaris van OCenW over de positie van het bestuur en de schoolleider in het primair onderwijs, Kamerstukken II 1999/2000, 26 513, nr. 8.

228. Zie Pres. Rb. Amsterdam 31 augustus 1989, KG 1989, 337 (Geert Groote School). Dit vonnis wordt besproken in Overes, a.w., p. 64 e.v.

4.6 Conclusies

(1) Er is een speciale voorziening noodzakelijk om recht te doen aan die situaties waarbij de beoordeling van schriftelijke overhoringen en proefwerken onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van het pedagogisch-didactische proces. De pedagogische vrijheid die hier in het geding is, verdraagt zich niet met de juridisering van daarin plaatshebbende oordelen of beoordelingen. Er is derhalve grond om dit soort beoordelingsbeslissingen – als artikel 8:4 sub e Awb geschrapt wordt – bij wege van specifieke wettelijke bepaling dan wel via interpretatie uit te zonderen van het begrip besluit (4.2).

(2) Om zeker te stellen dat het bestuur van de stichting die een openbare school instandhoudt als een bestuursorgaan wordt aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder a Awb, zou in de onderwijswetgeving een daartoe strekkende bepaling moeten worden opgenomen. Hoewel wellicht strijdig met de systematiek van de Awb, is het op gronden ontleend aan het onderwijsrecht en de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke regeling wenselijk en noodzakelijk om de stichting als een a-orgaan aan te merken (4.3).

(3) Om complicaties te voorkomen bij de toepasselijkheid van verschillende rechtsregimes op beslissingen van het samenwerkingsbestuur ware het aan te bevelen dat in de onderwijswet de regels van de Awb worden uitgesloten voor deze beslissingen, voorzover ze niet kunnen worden geordend op schoolniveau. Bij de samenwerkings-school zou de toepasselijkheid van de Awb voor alle beslissingen van het bevoegd gezag moeten worden uitgesloten (4.4).

(4) De onderwijswet treedt in beginsel niet in de interne verhoudingen van de rechtspersoon die een school voor bijzonder onderwijs instandhoudt. Niettemin moet het evenwel denkbaar en onder omstandigheden aanvaardbaar worden geacht dat bij de onderwijswet – maar dan wel expliciet – verplichtingen worden opgelegd aan de rechtspersoon met betrekking tot de interne organisatie en het verdelen van bevoegdheden daarbinnen. Voor een dergelijke ingreep moet dan wel een zwaarwegend belang aanwezig zijn. Zij moet ook passen binnen de doelstellingen van de onderwijswet (4.5.1).

(5) Artikel 32a en 32b Wvo bevatten een blanco-mandaat in de verhouding tussen bevoegd gezag en schoolleiding. Het systeem wijkt fors af van de Awb, doordat niet alleen ‘mandaat’ van bevoegdheden maar ook van taken mogelijk wordt gemaakt. Hiermee is men halverwege de route naar delegatie: juridisch is er weliswaar geen sprake van overdracht van bevoegdheden, waarbij de verantwoordelijkheid van het

bevoegd gezag daarvoor ophoudt, de facto wel. Als de wetgever het al nodig vindt uitdrukkelijk te treden in de verhouding tussen bevoegd gezag en schoolleiding, dan dient hij in ieder geval delegatie mogelijk te maken (4.5.2).

(6) Delegatie aan ondergeschikten binnen onderwijsinstellingen is met artikel 10:14 Awb niet uitgesloten. Het is de keuze van de onderwijswetgever om in een bepaalde situatie al of niet een ambtenarenrechtelijke ondergeschiktheidsverhouding tussen bevoegd gezag enerzijds en directie/personeel anderzijds aan te nemen. Daarbij kan in het basisonderwijs een andere benadering worden gevolgd dan in het voortgezet, beroeps- of hoger onderwijs. Ook kan per bevoegdheid worden bezien of hier van een ondergeschiktheidsverhouding sprake is (4.5.3).

5. Bekostiging en subsidie

5.1 Algemeen

Omdat zij een bijzondere subsidievorm betreft, onderscheiden we *bekostiging* van *subsidie*. Dat heeft niet – zoals een enkeling wel meent – met iets uitzonderlijks van doen.²²⁹ Het begrip bekostiging staat voor het verstrekken van financiële middelen uit de openbare kas aan de besturen van onderwijsinstellingen, om de onderwijsinstellingen in staat te stellen bij de onderwijswet geregelde taken van onderwijs en (wat de universiteiten betreft) onderzoek te verrichten. Bij dit begrip zijn twee elementen relevant: de relatie met een onderwijsinstelling²³⁰ en de gerichtheid (direct of indirect) op wettelijk geregelde activiteiten en voorzieningen van en ten behoeve van onderwijs en onderzoek.²³¹

Bekostiging heeft in het onderwijs een specifieke betekenis. Het refereert aan de terminologie van artikel 23 Grondwet, waar het is ingebed in een aantal fundamentele eisen van vrijheid, kwaliteit, toegankelijkheid en gelijkheid. Zoals hieronder nog zal blijken, is het zinvol het eigen karakter van de financieringsstromen naar onderwijsinstellingen uit de doeken te doen.²³²

229. Zo merkt M.M. den Boer over de uitzondering van openbare universiteiten en hogescholen van de toepasselijkheid van de aanwijzingen (voor de rijksoverheid) ten aanzien van zbo's (Aanwijzing 124z) op: 'Kennelijk is hier iets uitzonderlijks aan de hand. Maar dat komt wel meer voor in onderwijsland, waar bekostiging geen subsidie mag heten' (Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie, preadvies VAR 1997, VAR-reeks 118, Alphen aan den Rijn 1997, p. 188, noot 148).

230. Er is geen voorbeeld bekend waarbij overheidsgeld bestemd voor het wettelijk geregelde onderwijs buiten instellingen om aan anderen wordt verstrekt.

231. Hieruit volgt dat voor de vergoeding door het gemeentebestuur aan ouders van kosten van leerlingvervoer (artikel 4 Wpo) zeer wel de term subsidie kan worden gehanteerd. Maar ook wanneer het gaat om de verstrekking van financiële middelen aan onderwijsinstellingen in bijvoorbeeld achterstandswijken voor de ontwikkeling van lespakketten met het oog op criminaliteitsbestrijding onder jongeren, zou op grond hiervan van subsidie gesproken moeten worden.

232. Bij de komende aanpassing van de onderwijswetgeving aan de subsidietitel zal dan ook naar verwachting het begrip 'bekostiging' in de boven geschetste zin gehandhaafd blijven.

5.2 Subsidie en bekostiging

Het begrip subsidie in artikel 4:21 lid 1 Awb omvat ook de bekostiging.²³³ Daaraan doet niet af dat in het vierde lid van artikel 4:21 is bepaald dat de subsidieregels van de Awb *van overeenkomstige toepassing* zijn op de bekostiging van onderwijs en onderzoek.²³⁴ Bekostiging is immers een (bepaalde vorm van) subsidie. Artikel 4:21 lid 4 Awb kan dan ook geschrapt worden.

Met bekostiging van onderwijsinstellingen wordt bedoeld op een *instandhoudingssubsidie*. Het bijzondere van deze vorm van subsidie zit hem in drie dingen.²³⁵

(1) Voor bekostiging van het onderwijs stelt artikel 23 lid 7 Grondwet de eis van een ‘dubbele’ grondslag in de wet in formele zin. Zo moeten de bevoegdheid tot het bekostigen van scholen en instellingen en de hoofdzaken van de voorwaarden waaronder bekostiging plaatsvindt (in Awb-terminologie: subsidievoorwaarden en -verplichtingen²³⁶) wettelijk zijn verankerd. Dat is in elke onderwijswet geschied. De Awb volstaat daarentegen in artikel 4:23 met een soepeler grondslag voor subsidies. De bevoegdheid van het bestuursorgaan moet in beginsel zijn vastgelegd in een wettelijk voorschrift,²³⁷ de verplichtingen kunnen krachtens wettelijk voorschrift, zo nodig ook bij de subsidiebeschikking worden geformuleerd.

(2) Bij bekostiging dient de hoogte van de financiering adequaat te zijn voor een deugdelijk en voor iedereen toegankelijk niveau van voorzieningen van onderwijs en onderzoek.²³⁸ Het Awb-begrip subsidie impliceert daarentegen niet een bepaalde genormeerde financieringshoogte. Ook indien een bestuursorgaan maar 1% bijdraagt in de totale financieringsbehoefte van de aanvrager, is er voor dat deel sprake van subsidie.

233. Overigens is de onderwijswetgeving nog niet aan de derde tranche van de Awb en dus ook niet aan de subsidietitel van de Awb aangepast en is deze titel nog niet op de onderwijswetgeving van toepassing. De onderwijswetgeving zal derhalve nog aangepast moeten worden. Het betreffende wetsvoorstel is naar ons weten op dit moment – half februari 2000 – nog niet ingediend.

234. Michiels en Jacobs, a.w., p. 312 en daar aangegeven verwijzingen.

235. Het navolgende heeft alleen betrekking op de bekostiging door het Rijk. Bij de bekostiging door gemeenten gaat geen van de hier volgende kenmerken op. Geconstateerd kan worden dat de opzet en structuur van de gemeentelijke bekostiging erg dicht aan ligt tegen de algemene uitgangspunten van subsidiëring, zoals neergelegd in de Awb-subsidietitel (aanvraag, verlening, vaststelling, subsidieplafond, relatie voor bepaalde tijd, etc.). Zie ook de volgende paragrafen.

236. Vgl. Michiels en Jacobs, a.w., p. 314.

237. Artikel 4:23 Awb bevat ook uitzonderingen op dit uitgangspunt.

238. Vgl. artikel 23 lid 6 Grondwet, dat het heeft over het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs.

(3) Bij bekostiging gaat het om een subsidierelatie van onbepaalde duur. De onderwijsinstelling die volgens wettelijke regels in aanmerking wordt gebracht voor bekostiging blijft bekostigd, tenzij deze vanwege een te gering leerlingenaantal (primair en voortgezet onderwijs), dan wel vanwege verwijdering van de instelling uit de wet (beroepsonderwijs, educatie en hoger onderwijs) of vanwege een sanctie (alle typen) wordt ontnomen of ingehouden. Ook hier is er een afwijking met het Awb-subsidiebegrip, dat immers ook op relaties voor bepaalde tijd betrekking kan hebben. Relaties voor bepaalde tijd zijn in de algemene subsidiepraktijk overigens regel, duurrelaties uitzondering.

Op de verschillende aspecten wordt in de volgende paragrafen nader ingegaan.

5.3 Duurrelatie

In de systematiek van de subsidietitel van de Awb wordt onderscheid gemaakt tussen subsidieverlening en -vaststelling. Dit onderscheid is ook het onderwijs niet vreemd, zij het dat er specifieke regels gelden. Met de beschikking tot verlening ontstaat een voorwaardelijke aanspraak op subsidie. De aanvrager wordt, om in onderwijsjuridische termen te spreken, 'voor bekostiging in aanmerking gebracht'. Bij de beschikking tot vaststelling wordt het bedrag van de subsidie rechtens bepaald, de voorwaardelijke aanspraak wordt omgezet in een definitieve. Er wordt, om wederom in onderwijsjuridische termen te spreken, 'afgerekend'.

In de Awb wordt uitgegaan van het normale geval dat de subsidieverlening voorafgaat aan de verrichting van de beoogde activiteiten door de subsidieontvanger, en de subsidievaststelling plaatsvindt nadat de activiteiten zijn verricht.²³⁹ Ook bij de bekostiging gaat de verlening vooraf aan de vaststelling, zij het dat hier sprake is van een eenmalig verleningsmoment,²⁴⁰ tegenover een reeks van daaropvolgende vaststellingen bij de 'gewone' subsidiëring. Bij een duurrelatie bepaalt artikel 4:44 lid 1 onder b Awb dat in dat geval kan worden geregeld dat de aanvraag tot vaststelling wordt ingediend 'telkens na afloop van een gedeelte van een tijdvak waarvoor de subsidie is verleend'. Zulks is aan de orde in het primair onderwijs. Zo voorziet de jaarlijkse bekostigingscyclus voor het personeel aldaar in een maandelijks 'bevoorschotting' van scholen en in een vaststelling achteraf per kalenderjaar op basis van een

239. Soms valt het moment van verlening en vaststelling echter samen of wordt onmiddellijk vastgesteld zonder voorafgaande verlening.

240. Het moment van in aanmerking brengen voor bekostiging kan voor sommige onderwijsinstellingen reeds meer dan honderd jaar geleden hebben plaatsgevonden.

aanvraag.²⁴¹ Bij genormeerde bekostigingssystemen zoals de vergoeding voor kosten van exploitatie in het primair onderwijs en lump sum-financiering²⁴² in de overige sectoren van het onderwijs, wordt de jaarlijkse bekostiging aan de hand van normatieve rekenregels per school en instelling vóóraf vastgesteld.²⁴³ Hier vindt uitwerking plaats overeenkomstig de mogelijkheid van artikel 4:44 lid 1 onder a Awb dat de subsidie met toepassing van artikel 4:47 onder a Awb ambtshalve wordt vastgesteld.²⁴⁴

5.4 Ontbreken subsidieplafond

Door sommigen wordt als beslissend onderscheid met subsidie gezien, dat in de sfeer van de bekostiging van het onderwijs geen subsidieplafond geldt als bedoeld in artikel 4:22 Awb. Deze opvatting is maar gedeeltelijk juist. In dat verband is het van belang onderscheid te maken tussen bekostiging door de gemeentebesturen enerzijds en de Minister van OCenW anderzijds. In de wettelijke bepalingen die over de gemeentelijke geldstromen naar onderwijsinstellingen gaan, is de mogelijkheid van een subsidieplafond opgenomen.²⁴⁵ Voor de rijksbekostiging ligt dat anders.

De rijksbekostiging naar de scholen en instellingen geschiedt op basis van wettelijk verschaft en gereguleerde aanspraken. Daarbij is de waarborg van gelijkheid in de overheidsbenadering essentieel (artikel 23 lid 7 Grondwet). Elke onderwijsinstelling (openbaar of bijzonder) verkrijgt volgens objectieve, wettelijke normen een aanspraak op bekostiging, welke qua hoogte is gebaseerd op identieke wettelijke rekenregels zoals die ook gelden voor andere, vergelijkbare onderwijsinstellingen. Met dit uitgangspunt is het instrument van het subsidieplafond onverenigbaar. Immers, de vaststelling en bekendmaking van een subsidieplafond zouden het mogelijk maken een uit een wettelijk voorschrift voortvloeiende aanspraak op subsidie te doorbreken,

241. Zie bijvoorbeeld Bekostigingsbesluit Wet op het basisonderwijs/Overgangswet op het basisonderwijs (Stb. 1985, 558) artikelen 67 (voorschot) en 75 (afrekening) inzake de 'vergoeding' voor uitgaven voor het personeel.

242. Lump sum-financiering is het verstrekken van een geldbedrag ineens, waaromtrent binnen algemene kaders bestedingsvrijheid wordt gelaten.

243. Zie voor de regeling van de lump sum artikelen 84 en 85 Wvo, artikelen 2.2.1 e.v. Web en artikelen 2.5 e.v. Whw. De Londo-vergoeding wordt in 12 maandelijkse termijnen betaalbaar gesteld, zie artikelen 13 e.v. Bekostigingsbesluit Wbo/Overgangswet op het basisonderwijs.

244. Zie voor een heldere uitleg van de lump sum-systematiek in het licht van het Awb-begrippenkader, het algemene deel van de nota van toelichting bij het Bekostigingsbesluit Wet op het voortgezet onderwijs, Stb. 1998, 117, p. 13.

245. Zie wat betreft huisvesting artikel 76d jo. 76k lid 1 onder e Wvo en gelijkkluidende bepalingen in de Wet op het primair onderwijs. Dit subsidieplafond is van zodanige aard dat 'redelijkerwijs kan worden voorzien in de huisvesting van de (...) scholen op het grondgebied van de gemeente', zie artikel 76d lid 2 Wvo. Zie verder artikel 118b lid 11 Wvo en de gelijkkluidende bepaling in de Wpo (onderwijsachterstandenbeleid), artikel 179 lid 5 Wpo (schoolbegeleiding), artikel 171 lid 11 Wpo (onderwijs in allochtone levende talen) en artikel 2.3.3 Web.

indien de beschikbare middelen zijn uitgeput. Op deze manier zou onderwijsinstelling x ten opzichte van haar sectorgenoten a tot en met w ongelijk behandeld worden, terwijl dat volgens de wet (en de Grondwet) niet kan.

Al met al verwachten we geen grote complicaties bij de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb-subsidietitel. We benadrukken evenwel dat voorzover aanpassing in strijd zou komen met de hiervoor geschetste (constitutionele) eisen ter zake van de bekostiging, deze achterwege dient te blijven.

5.5 De Wet overige OCenW-subsidies

Naast de onderwijswetten biedt de Wet overige OCenW-subsidies²⁴⁶ een wettelijke grondslag voor het verstrekken van subsidies door de minister van OCenW voor activiteiten die passen in het regeringsbeleid inzake het onderwijs, het onderzoek en de cultuur. De wet vloeit voort uit de eis van artikel 4:23 Awb. Volgens de Wet overige OCenW-subsidies wordt subsidie verstrekt op grond van een regeling die, naar gelang de toepasselijke eisen, een amvb, een ministeriële regeling of een beleidsregel kan zijn. De wet bevat een aantal onderwerpen waaromtrent regels kunnen worden gesteld, zoals met betrekking tot de aanvraag, de voorwaarden van en de verplichtingen bij subsidieverstrekking. Zij bevat verder de grondslag voor het vaststellen van een subsidieplafond, voor het stellen van de begrotingsvoorwaarde en voor het verlenen van voorschotten. Ook ten aanzien van het toezicht zijn algemene bepalingen opgenomen. Er worden in de wet twee wijzen van subsidiëring onderscheiden: per boekjaar en per project. Daarop zijn twee afzonderlijke hoofdstukken van toepassing.

Al met al verschilt de Wet overige OCenW-subsidies niet zoveel van de subsidiewetten van andere departementen. Op het vlak van de *subsidiëring van onderwijsinstellingen* zijn er evenwel, zoals te verwachten valt, enige specifieke bepalingen. Zo geldt daar het uitgangspunt dat 'geen onderscheid (wordt) gemaakt tussen openbaar en bijzonder onderwijs' en dat 'wordt voorzien in een behandeling van die instellingen naar dezelfde maatstaf'.²⁴⁷ Verder geldt dat de OCenW-subsidiewet niet van toepassing is op 'subsidie die Onze Minister verstrekt krachtens een andere wet'. Hiermee is onder andere bedoeld dat de subsidiewet geen betekenis heeft voor de reguliere bekostiging van het onderwijs krachtens de onderwijswetgeving.²⁴⁸ Toch is er op dit uitgangspunt

246. Stb. 1998, 275.

247. Artikel 2 lid 2 Wet overige OCenW-subsidies. De norm van artikel 23 lid 7 Grondwet wordt aldus uitgebreid naar de algemene subsidiepraktijk.

248. Kamerstukken II 1997/98, 25 671, nr. 3, p. 2.

een expliciete uitzondering geregeld. Artikel 3, tweede lid, bepaalt dat *in afwijking* van een andere wet, waaronder de onderwijswet, 'in dringende gevallen' subsidie kan worden verstrekt 'ten behoeve van innovatieve activiteiten van bepaalde omvang en duur en gericht op een specifieke bestemming der middelen'. Onderwijsinstellingen kunnen krachtens deze bepaling voor maximaal vier jaar worden gesubsidieerd. Voor de regeling (amvb of ministeriële regeling) die daarvoor wordt opgesteld, geldt een verzwaarde procedure van totstandkoming. Zij moet vóór publicatie gedurende vier weken worden voorgehangen bij beide Kamers der Staten-Generaal. Indien binnen vier weken door een der Kamers de wens wordt uitgesproken dat het betreffende onderwerp bij wet moet worden geregeld, treedt de regeling niet in werking.

In sommige gevallen is, zoals uit de parlementaire behandeling van de OCenW-subsidiewet blijkt, ook subsidie *naast* de bekostiging van onderwijsinstellingen aanvaardbaar. Dat kan alleen wanneer sprake is van 'subsidieëring die niet bestemd is voor structurele onderwijsactiviteiten dan wel waarbij wordt vooruitgelopen op bekostiging krachtens een onderwijswet'.²⁴⁹ In dit soort gevallen is dus geen beroep op de afwijkingmogelijkheid van artikel 3, tweede lid, noodzakelijk. Wat met *niet-structurele* onderwijsactiviteiten wordt bedoeld is niet helemaal duidelijk. Tijbosch noemt een aantal voorbeelden waaruit blijkt dat het vooral moet gaan om incidentele activiteiten die geen rechtstreekse relatie hebben met het in de onderwijswet geregelde voorzieningen- en activiteitenpatroon.²⁵⁰

De OCenW-subsidiewet maakt het aldus mogelijk om onderwijsinstellingen te subsidiëren voor onderwijsdoeleinden in afwijking van of naast de onderwijswetgeving. Dit is in het licht van artikel 23 Grondwet een belangrijk feit. In de systematiek van de OCenW-subsidiewet en de Awb vindt het stellen van bekostigingsvoorwaarden plaats bij amvb of ministeriële regeling, niet bij wet, en kunnen zo nodig bij beschikking aanvullende 'voorwaarden' worden gesteld (artikel 4:38 Awb).

In februari 2000 kunnen inmiddels 26 subsidieregelingen (ministeriële regelingen of beleidsregels) worden geteld op basis of mede op basis van de Wet overige OCenW-subsidies, waarbij de relatie met onderwijsinstellingen wordt bestreken. Dit geheel biedt inhoudelijk een aardig overzicht van de mogelijkheden die de Minister van OCenW ziet om naast of in plaats van bekostiging te subsidiëren. In drie gevallen is hij bij ministeriële regeling uitdrukkelijk afgeweken van de bekostigingswetgeving. Dat betreft een regeling met betrekking tot informatie- en communicatietechnologie

249. Kamerstukken II 1997/98, 25 671, nr. 6, p. 3.

250. Vgl. G.A.J. Tijbosch, De wettelijke grondslag van onderwijssubsidies veranderd/?, *School en Wet* 1998, nr. 8, p. 14-18. In deze lijn is de Regeling subsidies voortgezet onderwijs, een ministeriële regeling op basis van artikel 4 van de Wet overige OCenW-subsidies tot stand gekomen. Zie Uitleg Gele Katern 1999, nr. 18b, p. 22 e.v.

in het primair en voortgezet onderwijs, waarbij onder andere bleek dat kon worden afgeweken van de huisvestingsbepalingen in de Wpo en de Wvo. Verder was er een regeling over dezelfde materie in het beroepsonderwijs en de volwasseneducatie, waarbij werd afgeweken van bepalingen in de Web.²⁵¹ Ten slotte kan worden gewezen op een subsidieregeling voor Nederlandse studenten om een volledige hogeronderwijsopleiding in één van de lidstaten van de Europese Unie te volgen. Van zo'n opleiding kan thans – op de enkele grondslag van artikel 4 van deze regeling, terwijl voorheen de onderwijswet de grondslag diende te bieden – het diploma door de minister als gelijkwaardig worden erkend aan een in Nederland te behalen diploma. Tevens kunnen hier in afwijking van de Wet op de studiefinanciering studietoelagen worden verstrekt.²⁵² In de andere gevallen wordt ruimte gezien om naast de bekostiging (swetgeving) tot een subsidierelatie over te gaan. Verschillende keren gaat het daarbij om een eenmalige of tijdelijke subsidie, al of niet vooruitlopend op een bij of krachtens de bekostigingswetgeving aan te brengen voorziening. Voorbeelden zijn een eenmalige subsidie ter bestrijding van de kosten met betrekking tot de millenniumproblematiek of de invoering van de euro, en een eenmalige subsidie voor ICT in het voortgezet en speciaal voortgezet onderwijs.²⁵³ Bij de laatstgenoemde subsidie wordt voortgelopen op bekostiging krachtens de onderwijswetgeving. Belangrijke subsidiedoelen blijken innovatie, ontwikkeling of experiment²⁵⁴ in het onderwijs te zijn. Zo is met een aantal regelingen beoogd de universitaire lerarenopleidingen te vernieuwen.²⁵⁵ Op basis van andere regelingen worden de universiteiten en hogescholen in staat gesteld om eigen selectiecriteria bij de toelating tot numerus-fixusopleidingen te ontwikkelen²⁵⁶ of worden scholen gestimuleerd en zo goed mogelijk in staat gesteld het huidige lerarentekort te lijf te gaan.²⁵⁷

251. Uitleg Gele Katern 1998, nr. 15, p. 4 e.v., resp. p. 29 e.v.

252. Uitleg Gele Katern 1999, nr. 18c, p. 37 e.v. (Regeling stimulering internationale mobiliteit volledige hoger onderwijsopleidingen 1999 (VISIE-beursregeling)).

253. Vgl. Uitleg Gele Katern 1998, nr. 28, p. 13 e.v., Uitleg Gele Katern 1999, nr. 29/30, p. 10 e.v. en Uitleg Gele Katern 1999, nr. 31a, p. 25 e.v.

254. Een duidelijk geval van innovatie en experiment is Uitleg Gele Katern 1998, nr. 29, p. 5 e.v. (pilots indicatiestelling 'leerlinggebonden financiering').

255. Zie Uitleg Gele Katern 1999, nrs. 2 en 3, p. 38 (Regeling vernieuwingsplannen universitaire lerarenopleidingen (ulo's)), Uitleg Gele Katern 1999, nr. 25, p. 50 e.v. (Regeling stimulering ICT op ulo's), Uitleg Gele Katern 1999, nr. 31a, p. 86 e.v. (Regeling omslag werkwijze eerste- en tweedegraads lerarenopleidingen hbo) en Uitleg Gele Katern 1999, nr. 25, p. 45 e.v. (Regeling begeleiding studenten ulo's).

256. Uitleg Gele Katern 1999, nr. 31a, p. 71 e.v.

257. Uitleg Gele Katern 1999, nr. 26/27, p. 4 e.v. (Regeling leraren in opleiding aan basisscholen) en Uitleg Gele Katern 1999, nr. 14, p. 8 e.v. (Stimuleringsregeling reïntegratie wachtgelders primair onderwijs).

Vastgesteld kan worden dat de mogelijkheden die de Wet overige OCenW-subsidies biedt om naast of in plaats van de bekostigingswetgeving onderwijsinstellingen te financieren tamelijk ruim zijn. Als wettelijk kader voor met name de financiering van innovatieve en experimentele activiteiten van scholen, waarbij in het merendeel van de hiervoor bedoelde regelingen geen strijd wordt aangenomen met de bekostigingswetgeving, schiet de subsidiewet evenwel tekort. Twee punten kunnen hierbij in ieder geval worden genoemd. In de eerste plaats is er voorshands geen duidelijk (wettelijk) criterium dat innovatieve of experimentele activiteiten onderscheidt van reguliere onderwijsactiviteiten. Het gevaar van gedeeltelijke uitholling van het bekostigingsvolume ten gunste van subsidiëring is onvoldoende door nadere waarborgen ingedamd.

Verder is in het gesloten veld van subsidievragers, dat door het gezamenlijke scholenbestand wordt gevormd, gelijkheid van financiering een hoog, constitutioneel verankerd goed (artikel 23 lid 7 Grondwet). Weliswaar bevat de Subsidiewet het uitgangspunt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen openbaar en bijzonder onderwijs en dat wordt voorzien in een behandeling van de instellingen naar gelijke maatstaf, maar dat moet vooral als een oproep aan de minister worden gezien. Instellingen kunnen hier in de regel geen recht op subsidie aan ontlenen in het geval zij gepasseerd zijn. Subsidie leidt dan tot ongelijkheid van behandeling en financiering, daar in de regel enige maar niet alle scholen hiervan kunnen profiteren. Voor de vestiging van deze ongelijkheid lijken in de specifieke onderwijsverhoudingen nadere wettelijke procedurele voorschriften wenselijk en noodzakelijk, die willekeur, dan wel ongelijke behandeling van de zijde van de overheid zoveel mogelijk uitsluiten.

Gegeven deze twee argumenten menen wij dan ook, dat (de voorgenomen) extra financiering op basis van de Subsidiewet van een beperkt aantal zogenaamde 'zwarte scholen' (scholen met een meerderheid aan leerlingen van allochtone afkomst) in de grote steden slechts een kortdurend en experimenteel karakter kan hebben; anders is sprake van een maatregel die slechts op de voet van de bekostigingswetgeving gefinancierd mag worden. En extra salariering van leerkrachten op dergelijke scholen is een dusdanige structurele aanpassing, dat zulks naar ons oordeel altijd op basis van de onderwijswetgeving bekostigd dient te worden.

5.6 Conclusies

(1) De term 'bekostiging' heeft in het onderwijs zelfstandige betekenis naast de term 'subsidie'. Zij drukt de specifieke financieringsrelatie uit die er bestaat op grond van de Grondwet en de onderwijswetgeving tussen de centrale en gemeentelijke overheid enerzijds en onderwijsinstellingen anderzijds. Bekostiging is een instandhoudings-subsidie (5.2).

(2) De aansluiting van de subsidietitel van de Awb op de onderwijsbekostigingssystematiek geeft geen grote problemen te zien. Aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb, derde tranche, zal dan ook niet op serieuze moeilijkheden stuiten. Voorzover aanpassing evenwel onverhoopt in strijd zou komen met de geschetste (constitutionele) eisen ter zake van de bekostiging, dient deze achterwege te blijven (5.2-5.4).

(3) De mogelijkheden van de Wet overige OCenW-subsidies om onderwijsinstellingen te financieren zijn tamelijk ruim. Als wettelijk kader schiet zij op een tweetal punten te kort. Er is voorshands geen duidelijk (wettelijk) criterium dat innovatieve of experimentele activiteiten doet onderscheiden van reguliere onderwijsactiviteiten. Subsidie leidt tot ongelijkheid van behandeling en financiering van scholen. Voor de vestiging van deze ongelijkheid lijken in de specifieke onderwijsverhoudingen nadere wettelijke procedurele voorschriften wenselijk en noodzakelijk (5.5).

6. Organisatie van de rechtsbescherming

6.1 Versnippering

Het stelsel van rechtsbescherming in het onderwijs heeft veelal een eigen karakter. Door de invoering van de Awb en de reorganisatie van de bestuursrechtspraak is dit eigen karakter weliswaar getemperd, maar niet verdwenen. Het onderwijs kent bestuursrechtspraak in één instantie, terwijl over het geheel genomen rechtspraak in twee instanties (beroep en hoger beroep) regel is. Er zijn daarnaast verschillende bijzondere bestuursrechtbanken en er is de burgerlijke rechter voor geschillen in de sfeer van het bijzonder onderwijs. Verder is er een uitgebreid stelsel van wettelijk geregelde geschillenbeslechting, waarvan een onderdeel wel aangeduid wordt als kringenrechtspraak, maar dat niet tot de rechtspraak kan worden gerekend. Met deze laatstgenoemde vormen van geschillenbeslechting willen we hier beginnen.

Vermelding verdient overigens dat er, in ieder geval voorlopig,²⁵⁸ een eigen klachtenregeling voor scholen in het primair en voortgezet onderwijs is, die ongeveer gelijktijdig met hoofdstuk 9 Awb in de wet is vastgelegd en ten opzichte van de Awb als een *lex specialis* heeft te gelden.²⁵⁹ Als motivering voor een eigen klachtenregeling voor het onderwijs werd gegeven dat deze regeling ‘dient te passen binnen het klimaat van

258. Zie memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Awb-klachtrecht, Kamerstukken II, 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 26: Invoering van de Awb-klachtenregeling in het hele onderwijs wordt overwogen bij de eerstvolgende evaluatie van de Awb.

259. Zie artikelen 14 Wpo en 24b Wvo. Zie voor het *lex specialis*-karakter het KB van 7 juni 1999, Stb. 241, dat is gebaseerd op artikel VI van de Wet tot aanvulling van de Awb met een regeling over de behandeling van klachten door bestuursorganen, Stb. 214. Daaruit blijkt dat de Awb-regeling niet geldt voor de beleidsterreinen die worden bestreken door de Wpo, Wvo, Wec, Web en Whw (de laatste wat betreft de onderwijsinstellingen).

de onderwijsinstellingen als pedagogische eenheid'.²⁶⁰ Zeker zo relevant lijkt ons dat de Awb-klachtenregeling betrekking heeft op bestuursorganen, terwijl het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs in het algemeen geen bestuursorgaan is. Een en ander rechtvaardigt ons inziens (handhaving van) een specifieke regeling voor het onderwijs. Intussen is er onvoldoende verschil tussen de onderwijs-klachtenregeling in vergelijking met de Awb-klachtenregeling dat bespreking ervan voor het onderwerp van dit preadvies onvoldoende zal opleveren. Op de klachtenregeling zal hier dan ook niet nader worden ingegaan.²⁶¹

6.2 Differentiatie en unificatie in duale verhoudingen

De recente hartenkreet van de regering dat het beroep op de rechter zoveel mogelijk beperkt dient te worden tot die gevallen waarin geschillen niet via een voorprocedure tot een oplossing kunnen worden gebracht,²⁶² weerspiegelt een vanouds gangbare praktijk in het onderwijs. Er is echter een duidelijk verschil in motief. Waar het de regering in het algemeen gaat om ontlasting van de rechtspraak en het vermijden van juridiseringstendensen,²⁶³ is de onderwijswetgever vooral geïnspireerd door de zoektocht naar evenwicht in de rechtspositie tussen openbaar en bijzonder onderwijs op het slappe koord van de dualiteit.

De regeling van geschillenbeslechting in de voorfase van het rechterlijk beroep heeft reeds vanaf het begin van de twintigste eeuw de bijzondere aandacht van de onderwijswetgever gehad. Aanvankelijk bracht hij daarmee vooral tot uitdrukking dat voor het bijzonder onderwijs, vanwege de eigen aard, een specifieke rechtsgang in verband met de bescherming van de richting noodzakelijk was. Sinds enige decennia lijkt de onderwijswetgever daarentegen de regeling van geschillenbeslechting in de voorfase te willen benutten om binnen het gegeven van het duale bestel, gekenmerkt door verschillende instanties voor openbaar en bijzonder onderwijs, gelijkheid van toegang, procedure en beoordeling te garanderen. Vanaf de jaren negentig is de

260. Kamerstukken II, 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 26.

261. Zie Ch. France, Klachtrecht in het voortgezet onderwijs, scriptie OUNL januari 2000 (niet gepubliceerd); J.J. Rietveld, De klachtenregeling in het onderwijs: vangnet of keurslijf?, School en Wet 1998, nr. 2, p. 6-11; W. Lindeboom, Wettelijke klachtenregeling uitgewerkt in modelregeling, School en Wet 1998, nr. 6, p. 2-5.

262. Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, Kamerstukken II 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 4.

263. A.w., p. 17.

onderwijswetgever radicaler wegen ingeslagen.²⁶⁴ Sinds de komst van de Awb verschijnen er voorbeelden, waarbij zowel voor bijzonder als openbaar onderwijs een en dezelfde geschilleninstantie functioneert tegen wier uitspraken beroep openstaat op de bestuursrechter.

Bij de wettelijke vormgeving van aan de rechtspraak voorafgaande geschillenregelingen in het onderwijs kunnen aldus drie soorten van posities worden onderscheiden:

- (1) volledig verschil van rechtsgang tussen openbaar en bijzonder onderwijs;
- (2) een procedureel uniforme rechtsgang, gespreid over verschillende instanties voor openbaar en bijzonder onderwijs;
- (3) volledige uniformiteit van rechtsgang, met uitzicht op de bestuursrechter.

(1) Hét voorbeeld van deze categorie is de ‘kringenrechtspraak’²⁶⁵ in het bijzonder onderwijs, welke geen pendant kent in het openbaar onderwijs. Dit is een procedure bij een commissie van beroep die voorafgaat aan de behandeling van de zaak door de kantonrechter. Volgens artikel 52 Wvo en de gelijkkluidende bepalingen in andere onderwijswetten, is het bevoegd gezag van een bijzondere school aangesloten bij een commissie van beroep. Leden van het personeel van de school kunnen beroep instellen bij een commissie van beroep tegen beslissingen inzake hun rechtspositie, zoals een disciplinaire maatregel, schorsing, ontslag en de onthouding van promotie. Na de uitspraak van de commissie kunnen zij vervolgens beroep instellen bij de burgerlijke rechter. Het bevoegd gezag daarentegen is volgens de wet gebonden aan de uitspraak van de commissie.²⁶⁶

Tot voor kort nam de in 1905, op initiatief van Abraham Kuyper in de onderwijswetgeving opgenomen commissie van beroep een sterke positie in. Via een standaardbepaling in het arbeidscontract, die door vrijwel alle richtingen werd gehanteerd, werd een werknemer geacht zich tegenover het schoolbestuur te hebben verplicht om zich in geval van een arbeidsgeschil in eerste instantie te wenden tot de commissie van beroep.²⁶⁷ De burgerlijke rechter beschouwde de uitspraak van de commissie als een bindend advies, dat zich slechts voor marginale toetsing leent. Sinds een arrest van de

264. Uit het verleden is vooral bekend het beroep op de Onderwijsraad bij leerplangeschillen op grond van – laatstelijk – artikel 13 Wet op het basisonderwijs. In het kader van de reorganisatie van het adviesstelsel binnen de rijksoverheid is de geschillenbeslechtende taak in de jaren negentig door de onderwijswetgever aan de Onderwijsraad onttrokken.

265. B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, Zwolle 1977.

266. Hetgeen een ontbindingsactie ex artikel 7:685 BW overigens niet blijkt uit te sluiten.

267. Daargelaten de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst ex artikel 1639w BW (thans artikel 7:685 BW) wegens gewichtige redenen te doen ontbinden.

Hoge Raad uit 1996²⁶⁸ ligt dit evenwel anders. Volgens de Hoge Raad moet ‘de burgerlijke rechter, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal (...) beoordelen’. Dit is ‘slechts anders indien tussen de onderwijsinstelling en de leerkracht is overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen zal gelden als een bindend advies; van het bestaan van zulk een overeenkomst zal dan echter, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, ondubbelzinnig moeten blijken’. De praktijk van standaardvoorwaarden, waarvan in vele gevallen binnen het onderwijs en ook in casu sprake was, geldt volgens de Hoge Raad niet als een zodanige overeenkomst. Er is thans een discussie gaande over de vraag of de kringenrechtspraak nog wel bestaansrecht geniet.²⁶⁹

(2) Tot de tweede categorie kunnen de commissies voor geschillen medezeggenschap en de colleges van beroep voor de examens aan de openbare en bijzondere universiteiten worden gerekend.²⁷⁰ Er is één landelijke geschillencommissie voor medezeggenschap in het openbaar onderwijs, één geschillencommissie voor het algemeen bijzonder onderwijs en er zijn verschillende regionaal georganiseerde commissies voor respectievelijk het katholiek en het protestants-christelijk onderwijs. Zowel bij de behandeling van medezeggenschapsgeschillen als het examenberoep gaat het om een uniforme, in de wet geregelde procedure die in handen ligt van verschillende instanties voor openbaar en bijzonder onderwijs. Op de genoemde geschillenregelingen wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan, omdat zich hier juist onder de invloed van de Awb interessante ontwikkelingen hebben voorgedaan.

(3) Als voorbeeld van de laatste variant kunnen gelden de geschillenregeling met betrekking tot samenwerkingsverbanden zoals geregeld in artikel 22 Wpo, en de rechtsgang die openstaat tegen beslissingen van de permanente commissie leerlingenzorg zoals bedoeld in artikel 23 Wpo.

268. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 693, m.nt. PAS. Zie over dit arrest W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de Commissie van Beroep voor het bijzonder onderwijs*, NJB 1997, p. 333-338.

269. Een overzicht en pleidooi voor behoud van de commissie van beroep biedt L.H. van den Heuvel, *Blijft de kringenrechtspraak?*, in: T.J. van der Ploeg (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht 2000, p. 335-353.

270. Zie voor de medezeggenschap artikel 19 Wmo 1992 (primair en voortgezet onderwijs en bve-sector), artikel 9.40 Whw (universiteiten) en artikel 10.27 Whw (hogescholen). Zie voor examens de artikelen 7.5.1-7.5.5 Web (bve) en artikelen 7.60-7.63 Whw (hoger onderwijs). Momenteel zijn er overigens alleen nog maar bijzondere bve-instellingen en hogescholen, zodat het dualiteitsvraagstuk zich daar niet voordoet.

Volgens de rechtsgang van artikel 22 Wpo kan het bevoegd gezag dat deel uitmaakt van een samenwerkingsverband voorziening vragen bij de landelijke geschillencommissie tegen een viertal categorieën van besluiten en/of handelingen die in het samenwerkingsverband zijn genomen of verricht. Onderscheiden worden in artikel 22 lid 4 Wpo:

- besluiten en handelingen inzake de totstandkoming van het reglement van het samenwerkingsverband;
- besluiten en handelingen in het kader van het samenwerkingsverband;
- de weigering van instemming door het bevoegd gezag van een speciale school voor basisonderwijs met de in het reglement vast te leggen vaststellingsprocedure voor het zorgplan;
- de weigering van instemming door het bevoegd gezag van een school met de in het reglement vast te leggen procedure voor decentraal overleg over arbeidsvoorwaardelijke aspecten.

Het samenwerkingsverband volgens de Wpo heeft tot doel een samenhangend geheel te realiseren van zorgvoorzieningen binnen en tussen reguliere basisscholen en speciale scholen voor basisonderwijs, opdat zoveel mogelijk kinderen met leer- of ontwikkelingsproblemen – waarvan de ouders eertijds voor het speciaal onderwijs zouden hebben moeten kiezen – behouden blijven voor het basisonderwijs. Het heeft geen zelfstandige status en ook geen rechtspersoonlijkheid: het is een vergadering van schoolbesturen die gezamenlijk beslissingen nemen. Er komen samenwerkingsverbanden voor waaraan alleen besturen van bijzondere scholen deelnemen. Een groter aantal is interzuilair samengesteld, waarin het openbaar onderwijs een minderheidspositie inneemt. Omdat het vragen van voorziening bij de geschillencommissie gelijk wordt gesteld met administratief beroep (artikel 22 lid 4 Wpo), lijken we er moeilijk aan te ontkomen het samenwerkingsverband toch als een juridische entiteit, een bestuursorgaan, aan te merken,²⁷¹ waarbij op alle beslissingen in de zin van artikel 22 lid 4 Wpo de Awb onverkort van toepassing is. Van het besluit van de geschillencommissie kan men beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (artikel 22 lid 6 Wpo).

De hier gekozen constructie is niet zonder haken en ogen. Niet alleen worden hier samenwerkingsverbanden tot de overheid gerekend die het evident niet zijn;²⁷² ook

271. Zie ook A. Weggeman, Samenwerkingsverbanden van scholen en bestuursorganen, NTB 1997, nr. 10, p. 406-407.

272. Per 1 augustus 1998 zijn er 250 samenwerkingsverbanden gestart, waarvan er 67% interzuilair zijn samengesteld. Zie de brief van de Staatssecretaris OCenW van 14 oktober 1997, Kamerstukken II 1997/98, 21 860, nr. 53.

worden hier soorten geschillen in een bestuursrechtelijke rechtsgang gebracht die zich daar eigenlijk niet toe lenen. Het type geschillen is inherent aan de visie van de opstellers van de Wpo dat het samenwerkingsverband geen zelfstandige entiteit is of mag zijn. Men komt dan uit op een verband van zelfstandige bevoegde gezag(sorgan)en die besturen op basis van afspraken. Deze afspraken worden wettelijk soms bezegeld bij meerderheid van stemmen, wat de hoofdregel is (artikel 20 lid 2 aanhef Wpo), en soms bij unanimititeit van stemmen zoals bij wijziging van het reglement van het samenwerkingsverband (artikel 20 lid 2 onder c Wpo).

In zijn advies bij het wetsvoorstel waarbij deze rechtsgang werd ingevoerd, wees de Raad van State hier ook op. De geschillen waar het hier om gaat, zijn geen geschillen over besluiten in de zin van de Awb, maar, zoals de Raad het terecht omschrijft: 'problemen over afspraken tussen onderwijsinstellingen onderling of tussen onderwijsinstellingen en het samenwerkingsverband'. De Raad vervolgt: 'Bij de beoordeling van dergelijke geschillen heeft de rechter tot taak na te gaan of de afspraken naar redelijkheid en billijkheid zijn nagekomen. Voor dergelijke geschillen is de administratieve rechter niet de eerst aangewezen instantie. Daar komt bij dat de door de administratieve rechter toe te passen vernietigingsgronden van artikel 8:77 Awb in dit verband minder passend lijken.' In haar verweer op dit punt is de regering niet overtuigend. Als belangrijkste argumenten worden aangevoerd de wenselijkheid van één rechtsgang voor instellingen die tezamen een samenwerkingsverband kunnen vormen en het feit dat een soortgelijke constructie jarenlang heeft bestaan op het terrein van de huisvesting in het primair en voortgezet onderwijs.²⁷³

In het licht van deze argumenten had de keuze voor beroep bij de burgerlijke rechter ons inziens meer voor de hand gelegen, waarbij de eventuele nadelen maar op de koop toe hadden moeten worden genomen. Immers, hoeveel sympathie men ook mag voelen voor de laagdrempeligheid van de bestuursrechter, deze rechtvaardigt niet een taaktoedeling die als oneigenlijk moet worden aangemerkt.

Minder bezwaar kan men maken tegen de rechtsgangkeuze van artikel 23 Wpo.²⁷⁴ De permanente commissie leerlingenzorg (PCL) is een door de schoolbesturen die deelnemen in het bovenbedoelde samenwerkingsverband ingestelde commissie, die op aanvraag kan beslissen dat plaatsing van een leerling op een speciale school voor basisonderwijs noodzakelijk is. Indien door de commissie is geoordeeld dat plaatsing

273. Kamerstukken II 1996/97, 25 409, A, p. 5.

274. Curieus is dat met betrekking tot de permanente commissie leerlingenzorg in het voortgezet onderwijs, die beslist over de toelaatbaarheid tot het leerwegondersteunend onderwijs, geen vergelijkbare regeling is getroffen.

noodzakelijk is, kan door het bevoegd gezag van een speciale school voor basisonderwijs de toelating (mits er voldoende plaats is) niet worden geweigerd, tenzij er gerechtvaardigde denominatieve gronden zijn én de ouders van de leerling weigeren de grondslag van de school te respecteren (artikel 40 lid 4 Wpo).

Het gaat hier om een beslissing die ingrijpt in het toelatingsbeleid van een openbare of bijzondere school. In beide gevallen is er sprake van een beschikking. Artikel 23 lid 6 Wpo bepaalt immers, zij het enigszins omslachtig, dat zo'n beslissing 'wordt aangemerkt als een beschikking van een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht'. Verder is bepaald dat '(d)eze beschikking (...) geen besluit (is) als bedoeld in artikel 8:4, onderdeel e, van de Algemene wet bestuursrecht'.

Met de hier gemaakte keuze voor toepasselijkheid van de Awb-rechtsgang op beslissingen van organen in het openbaar en bijzonder onderwijs lijkt het constitutionele onderscheid tussen beide te worden miskend. Toch is toepasselijkheid op mede de beslissingen van een door vertegenwoordigers van het bijzonder onderwijs gedomineerde commissie wenselijk vanuit het perspectief van ouders en leerlingen, die gebaat zijn bij een eenduidige rechtsgang. Nu in deze sector de schaarste aan plaatsen dominant is, en plaatsing van een kind uit dien hoofde op een bijzondere of openbare school veelal afhankelijk is van andere factoren dan de schoolkeuze van de ouders, is een goede ordening van de rechtsbescherming in het belang van de ouders een eerste vereiste. Zij is ook verdedigbaar, omdat het hier in de kern gaat om de toetsing van eenzijdige beslissingen, een werkterrein dat bij uitstek bij de bestuursrechter thuis hoort. Van de bestuursrechter mag voorts in richtinggevoelige zaken worden verwacht dat hij de positie van de bijzondere school in zijn beoordeling betreft.

6.3 Het keurslijf van het administratief beroep

In zijn kritiek op de rechtsgang van artikel 22 Wpo haalde de Raad van State nog een ander punt naar voren. Naar zijn opvatting is de geschillencommissie, die in eerste instantie in het kader van administratief beroep een bindende uitspraak heeft gedaan, minder geschikt om bij de bestuursrechter als verweerder op te treden. De Raad ziet hier ernstige processuele bezwaren.²⁷⁵

De Raad raakt hier een belangrijk punt. Overigens geldt dit niet alleen voor deze geschillencommissie, maar ook voor de commissie van geschillen medezeggenschap ingevolge artikel 18 e.v. Wmo 1992 in het openbaar primair, voortgezet en beroepsom-

275. Kamerstukken II 1996/97, 25 409, A, p. 5.

derwijs en de colleges van beroep voor de examens ingevolge artikel 7.60 e.v. Whw in het openbaar wetenschappelijk onderwijs. We zullen hier een nadere blik op werpen.

Met de commissies van geschillen medezeggenschap openbaar onderwijs is overigens iets vreemds aan de hand dat eerst enige uitleg behoeft. Artikel 19 lid 3 Wmo 1992 bepaalt dat een uitspraak van de commissie voor geschillen van openbare scholen uitsluitend 'voor de toepassing van afdeling 7.1 van de Algemene wet bestuursrecht' gelijk wordt gesteld met een 'uitspraak' in administratief beroep. Naar de letter is hiermee slechts aangegeven dat het beroep op de commissie als een uitzondering moet worden aangemerkt op de verplichting bezwaar te maken, alvorens beroep in te stellen bij de administratieve rechter.²⁷⁶ De Landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs (LGC) gaat er in casu dan ook van uit dat geen sprake is van administratief beroep, maar dat haar uitspraak slechts voor het vervolgetraject aangemerkt wordt als ware zij in administratief beroep gegeven. Dat betekent onder meer dat de beroepstermijn van 6 weken van artikel 6:7 Awb voor de gang naar de LGC althans wat betreft instemmingsgeschillen ex artikel 20 Wmo niet van toepassing is.

In de Aanpassingswet Awb is de Landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs (LGC) echter aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb,²⁷⁷ waaruit op basis van de definitiebepaling van artikel 1:5 Awb afgeleid kan worden dat we hier te maken hebben met een voorziening van administratief beroep, niet met een voorziening die (slechts) voor wat betreft het beroep op de rechter met administratief beroep gelijkgesteld wordt.²⁷⁸ Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis op artikel 22 lid 2 Wmo 1992 dat toepasselijkheid van artikel 6:7 Awb althans wat betreft adviesgeschillen vanzelfsprekend geacht werd.²⁷⁹ Het ligt in de rede om dat

276. Voorstel van Aanpassingswet Awb III, Kamerstukken II, 1992/93, 23 258, nr. 3, p. 43: 'Met het nieuwe derde lid wordt voorkomen dat tegen een uitspraak van de geschillencommissie voor openbare scholen eerst bezwaar zou moeten worden gemaakt, alvorens bij de administratieve rechter in beroep kan worden gegaan.'

277. Voorstel van Aanpassingswet Awb, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 63. Deze geschillencommissie is geen a-orgaan, omdat artikel 18 Wmo 1992 niet aangemerkt kan worden als de publiekrechtelijke regeling krachtens welke zij is ingesteld: dat gebeurt door een instellingshandeling van de betreffende besturenorganisaties.

278. Vgl. Rob Widdershoven, Een Deltawet voor medezeggenschapsgeschillen, Uitspraak 1995, p. 13 (noot 3), en N.L.P. te Bos, Evaluatie WMO 1992: de geschillenregeling door de LGC tegen het licht gehouden, School en Wet 1996, nr. 10, p. 7.

279. Kamerstukken II 1992/93, 23 258, nr. 3, p. 43: 'De termijn van een maand, genoemd in artikel 22, tweede lid, waarbinnen een geschil aan de Commissie voor geschillen moet worden voorgelegd, is in overeenstemming gebracht met artikel 6:7 van de Awb.' Van schrapping van deze termijn – omdat artikel 6:7 Awb sowieso van toepassing geacht werd – werd enkel afgezien omdat de 'geschillencommissies in het bijzonder onderwijs zich in de privaatrechtelijke sfeer bevinden'.

ook bij instemmingsgeschillen aan te nemen. De Almeloze rechtbank heeft in een zaak betreffende een met de LGC op dit punt vergelijkbare geschillencommissie ex artikel 9.40 Whw (lid 5 bevat een aan artikel 19 lid 3 Wmo 1992 identieke bepaling) inderdaad als een administratief beroepsorgaan aangemerkt, ter zake waarvan onder meer de termijn van artikel 6:7 Awb geldt.²⁸⁰ De zaak ligt thans bij de Afdeling.

De geschillenregelingen waar het om gaat, hebben een overwegend contentieus karakter dat van zo'n eigen aard is, dat dit zich moeilijk in het stramien van de Awb laat plooiën.

Er is sprake van onafhankelijke geschillenbeslechting. Bij de geschillencommissie voor samenwerkingsverbanden²⁸¹ worden de voorzitter en de vier leden voor een termijn van vier jaar door de Minister van OCenW benoemd op voordracht van de VNG en de onderwijsbesturenorganisaties. Op eigen verzoek kan ontslag worden verleend. De voorzitter is een jurist.²⁸² Van de drie leden van de geschillencommissies medezeggenschap wordt er één gekozen door de bevoegde gezagsorganen en één door de medezeggenschapsraden van de aangesloten scholen, terwijl deze twee het derde lid kiezen. Daarbij is bepaald dat de leden niet deel uit mogen maken van het bevoegd gezag of van de medezeggenschapsraad van een school waarover de werkkring van de commissie zich uitstrekt. De wet bevat geen ontslaggronden.²⁸³ Wat betreft de colleges van beroep voor de examens worden de leden door het instellingsbestuur benoemd en is bepaald dat zij geen deel uitmaken van het instellingsbestuur of van de inspectie. Buiten de voorzitter bestaat het college voor ten minste de helft uit docenten of leden van de wetenschappelijke staf. De voorzitter en diens plaatsvervanger moeten voldoen aan de vereisten voor de benoembaarheid tot rechter van een arrondissementsrechtbank. De wet bevat verder een limitatief aantal ontslaggronden.²⁸⁴

280. Rb. Almelo 9 februari 1999, reg. nr. 98/56 BELEI W1 A.

281. Ook voor het voortgezet onderwijs is er krachtens artikel IX van de Wet van 25 mei 1998 tot wijziging van onder meer de Wvo (Stb. 1998, 337) een geschillencommissie ingesteld voor geschillen in samenwerkingsverbanden tussen scholen voor voortgezet onderwijs en voortgezet speciaal onderwijs. Deze geschillencommissie is tijdelijk werkzaam, tot 31 juli 2002. In opzet en vormgeving lijkt deze geschillencommissie sterk op die in het primair onderwijs. Er wordt aan deze figuur niet apart aandacht besteed.

282. Artikel 22 lid 2 en 3 Wpo.

283. Artikel 18 lid 3 Wmo 1992; zie ook artikel 9.39 lid 2 en 3 Whw voor de universiteiten en faculteiten.

284. Artikel 7.60 lid 4-6 Whw. Ontslag is mogelijk op grond van eigen verzoek, het bereiken van de leeftijd van 70 jaar, bij ongeschiktheid voor de functie wegens ziekte of gebreken of bij onherroepelijke rechterlijke veroordeling wegens het hebben begaan van een misdrijf. Zie ook artikel 7.5.1 lid 4 Web, die identieke ontslaggronden bevat voor de leden van de commissie van beroep voor de examens ten behoeve van regionale opleidingscentra in het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie. Anders dan bij deze commissie – die overigens voor meer instellingen tegelijk kan zijn ingesteld (zie artikel 7.5.1 lid 1 Web) – is het lidmaatschap van het college van beroep voor hen die deel uitmaken van een examencommissie niet uitgesloten. Voor de Web-commissie is evenwel ook niet voorgeschreven dat hier docenten deel van uitmaken.

Er wordt een ‘bindende uitspraak’ gedaan. De wet spreekt consequent van bindende uitspraak in plaats van besluit, terwijl toch in de zin van de Awb steeds een besluit moet worden aangenomen.²⁸⁵ Dit geldt met zoveel woorden voor de geschillencommissie samenwerkingsverbanden²⁸⁶ en voor de geschillencommissies medezeggenschap.²⁸⁷ De (universitaire) colleges van beroep voor de examens aan de openbare universiteiten zijn als orgaan oordelend in administratief beroep erkend.²⁸⁸ Hun uitspraak kan alleen een gehele of gedeeltelijke vernietiging inhouden.²⁸⁹ Het besluit kan niet in de plaats van het bestreden besluit worden gesteld. Aldus is expliciet bepaald ten aanzien van de colleges van beroep voor de examens, waarbij beroep kan worden ingesteld terzake dat een beslissing in strijd is met het recht, en die alleen geheel of gedeeltelijk een besluit kunnen vernietigen.²⁹⁰ Niet expliciet bepaald, maar volgend uit de voorgeschreven beperking tot rechtmatigheidstoetsing aan het willekeurverbod²⁹¹ of aan de wet en enige algemene beginselen van behoorlijk bestuur²⁹² bij de belangrijkste typen van geschillen, geldt dit ook voor de commissies van geschillen medezeggenschap (zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs). Deze beperking is op generlei wijze geregeld ten aanzien van de geschillencommissie samenwerkingsverbanden. Gezien het feit echter dat het hier steeds geschillen betreft over afspraken, zoals reeds besproken, en dat het steeds gaat om zaken waarbij de positie van het bijzonder onderwijs rechtstreeks is betrokken, liggen doelmatigheidstoetsing en substitutie in concreto niet zeer voor de hand.²⁹³ De situatie is hier echter onduidelijk.

285. Michiels en Jacobs, a.w., p. 317.

286. Artikel 22 lid 5 en 6 Wpo.

287. Artikelen 19 lid 3, 20 lid 3, 21 lid 3 en 22 lid 3 Wmo 1992. Zie ook artikelen 9.40 lid 5, 9.41 lid 3, 9.42 lid 3 en 9.43 lid 3 Whw (universiteiten en faculteiten).

288. ABRS 18 december 1997, JB 1998, 31, m.nt. JMED, AB 1998, 141, m.nt. BPV.

289. Artikel 7.61 lid 6 Whw. Dit geldt dus ook voor de louter in privaatrechtelijk verband opererende colleges aan hogescholen, en evenzeer aan regionale opleidingscentra: artikel 7.5.2 lid 6 Web.

290. Artikel 7.61 lid 2 resp. lid 6 Whw.

291. Geschil bijzondere instemmingsbevoegdheid: artikelen 20 lid 3 Wmo 1992 en 9.41 lid 3 Whw (universiteiten en faculteiten). Geschil inhoud medezeggenschapsreglement: artikelen 21 lid 3 Wmo 1992 en 9.42 lid 3 Whw (universiteiten en faculteiten).

292. Bij een geschil over een bijzondere adviesbevoegdheid van de raad toetst de commissie aan de wet, het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel: artikelen 22 lid 3 Wmo 1992 en 9.43 lid 3 Whw (universiteiten en faculteiten).

293. De mogelijkheid van doelmatigheidstoetsing en substitutie zouden hier in essentie betekenen dat een bestuursorgaan, de overheid, rechtstreeks treedt in de besluitvorming van een bijzondere onderwijsinstelling en op dat moment optreedt als het bestuur van de bijzondere instelling. Artikel 23 Grondwet, en de daarbij gewaarborgde positie van het bijzonder onderwijs als niet behorend tot de overheid, laat dat niet toe.

Soms is er de mogelijkheid van een spoedprocedure. De voorzitter van de universitaire colleges van beroep voor de examens kan een voorlopige voorziening treffen.²⁹⁴

Geschillenbeslechting wordt veelal voorafgegaan door een bemiddelingspoging. Als bevoegdheid is zulks geregeld ten aanzien van de geschillencommissies medezeggenschap.²⁹⁵ Voor de universitaire colleges van beroep voor de examens geldt er een verplichting om partijen in de gelegenheid te stellen een minnelijke schikking te bereiken.²⁹⁶

De hier beschreven figuren staan ver af van het administratief beroep. Hoewel de wetgever in artikel 7:25 Awb, anders dan in artikel 7:11 Awb met betrekking tot bezwaar, ruimte heeft willen laten voor varianten van administratief beroep in de bijzondere wetgeving, waarbij ook niet-volledige heroverweging kan voorkomen,²⁹⁷ blijft de basis van deze rechtsgang een primair bestuurlijke toets. Administratief beroep verenigt in zich de functies van rechtsbescherming en bestuurlijk toezicht.²⁹⁸ In Aanwijzing 155 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt de wetgever opgedragen terughoudend te zijn bij het instellen van administratief beroep. Volgens deze Aanwijzing kan administratief beroep slechts worden opengesteld, indien er sprake is van een niet in overwegende mate gebonden beschikking, en indien het belang van de eenheid van beleid of van sturing door een hoger bestuursorgaan op een beleidsterrein waarvoor dit hogere orgaan medeverantwoordelijkheid draagt, niet afdoende door andere bestuursinstrumenten kan worden verzekerd.²⁹⁹ Met 'andere bestuursinstrumenten' lijkt hier te worden bedoeld op toezichtsbevoegdheden, zoals de goedkeuring, de schorsing, de vernietiging, het geven van aanwijzingen en richtlijnen, en dergelijke.³⁰⁰

294. Artikel 7.61 lid 7 Whw. De momenteel uitsluitend in privaatrechtelijk verband opererende evenknieën binnen regionale onderwijscentra (beroepsonderwijs en volwasseneneducatie) en hogescholen, kennen deze figuur ook: artikelen 7.5.3 Web en 7.61 lid 7 Whw.

295. Zie het derde lid van artikel 20, 21 en 22 Wmo 1992 en het derde lid van artikel 9.41, 9.42 en 9.43 Whw.

296. Artikel 7.61 lid 4 Whw.

297. PG Awb I, p. 362; J.B.J.M. ten Berge, Bescherming tegen de overheid. Stand van zaken na invoering van de Algemene wet bestuursrecht, Zwolle 1995 (3e druk), p. 143-144.

298. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 628; Ten Berge, a.w., p. 50.

299. Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzingen voor convenanten. Praktijkvoorschriften voor ontwerpers van regelingen en convenanten van de rijksoverheid, Den Haag 1998 (2e druk).

300. Ten Berge, a.w., p. 51.

De beschreven procedures in het onderwijs wijken op een aantal punten af van het administratief beroep. Er is geen sprake van een bestuursorgaan dat in een toezicht-verhouding staat tot een der partijen waarvan het besluit wordt bestreden. In alle gevallen is daarentegen in de onderwijswet expliciete aandacht geschonken aan de onafhankelijkheid van de instantie en van haar leden ten opzichte van elk der potentiële deelnemers aan de rechtsgang. Daarbij valt op dat de beschreven commissies geen *bestaande* bestuursorganen zijn, doch uitsluitend voor het beslechten van geschillen in het leven zijn geroepen. In geen van de gevallen kan substitutie van het bestreden besluit plaatsvinden (artikel 7:25 Awb), zij het dat daarover in één geval wettelijke onduidelijkheid bestaat. In twee gevallen is de toetsingsbevoegdheid van de beroepsinstantie beperkt tot rechtmatigheidsvragen, terwijl dat in het derde geval zeer voor de hand lijkt te liggen, maar ook onduidelijk is.

Het lijkt erop dat zich in de onderwijswetgeving een figuur voordoet van geschillenbeslechting die – wat het openbaar onderwijs betreft – als een alternatief moet worden gezien voor bezwaar en administratief beroep en die, het zij de Minister van Justitie nagezegd, ook beroep op de rechter kan voorkomen. Deze ‘derde weg’ in de rechtsbescherming voorafgaand aan het beroep op de rechter zou de onderwijswetgever ertoe moeten brengen, om – meer dan nu het geval is – eigen keuzes te maken. Hij zou in afwijking van de Awb de mogelijkheid kunnen openen om naast de geschillenbeslechtende instantie ook de oorspronkelijk geadresseerde van het besluit en/of de primaire besluitgever als verweerder bij de bestuursrechter te laten optreden.³⁰¹

Ook zou kunnen worden nagedacht over een eigen kaderstellende regeling, waarin (onderdelen) van het procesrecht uit hoofdstuk 8 van toepassing worden verklaard. Een andere mogelijkheid zou zijn dat in de Awb een voorziening wordt opgenomen, waarin ook andere, meer contentieuze vormen van geschillenbeslechting in de voorfase worden gereguleerd dan het huidige bezwaar en beroep. Hiervoor is zeker enig denkwerk noodzakelijk. Of het een belang dient dat zich ook voordoet op andere terreinen van het openbaar bestuur kunnen wij niet overzien.

Ondertussen zijn er tussen de beschreven procedures grote onderlinge verschillen, waarvan de indruk bestaat dat die onvoldoende gerechtvaardigd worden door specifieke omstandigheden. Er is immers objectief, vanwege het terrein waarop de instantie werkzaam is, geen reden om de onafhankelijkheid van de instantie en van de leden zo onderling afwijkend te regelen. De parlementaire stukken bevatten voor deze ver-

301. Natuurlijk kan de rechter op grond van artikel 8:26 Awb belanghebbenden in de gelegenheid stellen als partij aan het geding deel te nemen. Deze voorziening komt evenwel maar gedeeltelijk tegemoet aan de in de praktijk levende bezwaren.

schillen ook geen aanknopingspunt. Hetzelfde lijkt te moeten gelden voor de onderling afwijkende karakterisering van de uitspraak en voor de onderling afwijkende regeling van het probleem dat geen substitutie van het bestreden besluit mag plaatsvinden. Ook kunnen wij niet de reden achterhalen waarom bij de examenberoepsinstanties in de Web en de Whw een spoedprocedure is geregeld en in de Wmo 1992 en de Wpo niet.³⁰²

Het zou ten zeerste aanbeveling verdienen om te streven naar harmonisering en uniformering van de hier besproken geschillenprocedures. De vergelijking tussen de drie varianten laat de indruk achter dat men zich in het onderwijs tot nog toe weinig heeft bekommerd om systematisering en harmonisering van de rechtsbescherming in de voorfase.

6.4 Bestuursrechtspraak in één instantie

Het onderwijs kent drie voorbeelden van bestuursrechtspraak in één instantie.

Voor besluiten op grond van de Wet op de studiefinanciering (Wsf) staat voor belanghebbenden, na bezwaar, beroep in eerste en enige aanleg open op het College van beroep studiefinanciering te Groningen en Utrecht: zie voor zijn competentie artikel 118 Wsf. Het College van beroep studiefinanciering zal per 1 januari 2001 worden opgeheven. De rechtspraak inzake studiefinanciering zal vanaf die datum zijn ondergebracht bij de rechtbanken. Ook zal dan hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep worden ingevoerd. Hiervoor is inmiddels een wetsvoorstel ingediend.³⁰³

Tegen besluiten van het bestuur van de openbare instelling voor hoger onderwijs op het terrein van inschrijving, collegegeld en dergelijke staat, eveneens na bezwaar, beroep in eerste en enige aanleg open op het College van beroep hoger onderwijs te Den Haag: zie voor zijn competentie artikel 7.66 Whw. Dit college is een administratieve rechter voorzover het besluiten beoordeelt van de openbare instellingen voor

302. Dat er bij de commissies van beroep voor de examens in de Web geen constructie van aan de behandeling van het geschil voorafgaande bemiddeling is opgenomen, heeft wellicht te maken met het feit dat deze commissie voor meer instellingen tegelijk werkt en dus op afstand staat. Dit zou althans het verschil met de rechtsgangregeling bij de colleges van beroep voor de examens in het hoger onderwijs kunnen verklaren. Niettemin had men aansluiting kunnen zoeken bij de commissies van geschillen medezeggenschap, die ook voor meer onderwijsinstellingen tegelijk zijn ingesteld en die evenzeer een bemiddelingsconstructie kennen.

303. Voorstel van Wet opheffing College van beroep studiefinanciering, Kamerstukken II 1999/2000, 26 960, nrs. 1-3.

hoger onderwijs.³⁰⁴ Indien een bijzondere instelling niet op de voet van artikel 7.68 Whw is aangesloten bij een College van beroep bijzonder onderwijs, die voor de kring van het bijzonder hoger onderwijs in de plaats kan treden van het College van beroep hoger onderwijs, oordeelt de laatste ook over beslissingen van bijzondere instellingen.

Ten slotte moeten belanghebbende schoolbesturen tegen een aantal besluiten van de Minister van OCenW, uiteraard ook pas na bezwaar, rechtstreeks beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak, met voorbijgaan van de rechtbank. Het gaat in het laatste geval om besluiten inzake specifieke elementen van bekostiging, de aanvang en beëindiging van de bekostiging en sancties. Tegen dit soort besluiten stond in het verleden Kroonberoep open. Als reden om de voorziening in één instantie te handhaven is door de regering al bij eerdere gelegenheid verwezen naar de wenselijkheid om op korte termijn een onherroepelijke uitspraak over dit soort besluiten te bereiken, omdat het belang van de voortgang van het onderwijs daarom zou vragen (spoedeisendheid). Ook is geweest op de zware voorbereidingsprocedure van sommige besluiten, zoals bijvoorbeeld de scholenplannen, waardoor de zorgvuldigheid van de belangenafweging bij besluitvorming is gewaarborgd. Verder is ervan uitgegaan dat vanwege de grote belangen die voor partijen in de bedoelde geschillen op het spel staan van uitbreiding van de rechtsgang naar twee instanties weinig zeefwerking valt te verwachten.³⁰⁵ De argumenten zijn niet sterk. Zij zijn bovendien omkeerbaar. Juist omdat er bij bekostiging grote belangen voor onderwijsinstellingen op het spel kunnen staan en juist omdat er een zorgvuldige besluitvorming mee wordt gediend, zou een rechtsgang in twee instanties, ook bij bekostiging, het uitgangspunt moeten zijn. Hierbij verdient opmerking dat, gezien de ingewikkeldheid van de onderwijsbekostigingsproblematiek, daarmee de kans op het maken van fouten in bestuurlijk en rechterlijk opzicht zoveel mogelijk zou moeten worden teruggedrongen.³⁰⁶ Ten slotte wijzen we erop dat in nogal wat bekostigingszaken wél rechtspraak in twee instanties openstaat.³⁰⁷

304. Zie ook Hermans, Backx, Pors, Hoofdlijnen onderwijsrecht, Alphen aan den Rijn 1993, p. 272-273.

305. A.D.A. Meijer-Reinders, De definitieve voorziening in Kroongeschillen voor het onderwijs, School en Wet 1992, nr. 5, p. 78-81.

306. Zie de beschouwingen van de regering over het principe van rechtspraak in twee feitelijke instanties, PG Awb II, p. 79.

307. ABRS 27 maart 1997, AB 1997, 217 m.nt. BPV; zie hierover punt 3 van de noot van BPV in ABRS 25 maart 1999, AB 1999, 229. Ook in zaken waarin het gemeentelijke bekostigingsbesluiten betreft (over onderwijshuisvesting bijvoorbeeld) is er rechtspraak in twee instanties.

6.5 Conclusies

(1) De geschillenregeling met betrekking tot samenwerkingsverbanden zoals geregeld in artikel 22 Wpo is niet zonder haken en ogen. Hier worden soorten geschillen – in de regel tussen besturen van bijzondere scholen onderling en tussen hen en besturen van openbare scholen – in een bestuursrechtelijke rechtsgang gebracht die zich daar eigenlijk niet toe lenen. Het gaat hier om problemen over afspraken tussen onderwijsinstellingen onderling of tussen onderwijsinstellingen en het samenwerkingsverband. Voor deze geschillen moet een beoordeling vanuit het civiele verbintenissenrecht aangewezen worden geacht. Daarom had de keuze voor beroep bij de burgerlijke rechter meer voor de hand gelegen, waarbij de eventuele processuele nadelen maar op de koop toe hadden moeten worden genomen (6.2).

(2) Minder bezwaar kan men maken tegen de rechtsgangkeuze van artikel 23 Wpo. Met de hier gemaakte keuze voor toepasselijkheid van de Awb-rechtsgang op beslissingen van organen in het openbaar en bijzonder onderwijs lijkt het constitutionele onderscheid tussen beide te worden miskend. Toch is toepasselijkheid op mede de beslissingen die van een door het bijzonder onderwijs gedomineerde commissie uitgaan wenselijk vanuit het perspectief van ouders en leerlingen die gebaat zijn bij een eenduidige rechtsgang. Het gaat hier in wezen ook om de toetsing van eenzijdige beslissingen, een werkerterrein dat bij uitstek bij de bestuursrechter thuishoort. Van de bestuursrechter mag voorts in richtingsgevoelige zaken worden verwacht dat hij de positie van de bijzondere school in zijn beoordeling betreft (6.2).

(3) De beschreven procedures in het onderwijs die worden gelijkgesteld met administratief beroep wijken op een aantal punten daarvan af. Er is geen sprake van een bestuursorgaan dat in een toezichtsverhouding staat tot een der partijen waarvan het besluit wordt bestreden. Daarentegen is in de onderwijswet expliciete aandacht geschonken aan de onafhankelijkheid van de instantie en van haar leden ten opzichte van elk der potentiële deelnemers aan de rechtsgang. In geen van de gevallen kan substitutie van het bestreden besluit plaatsvinden (artikel 7:25 Awb), zij het dat daarover in één geval wettelijke onduidelijkheid bestaat. In twee gevallen is de toetsingsbevoegdheid van de beroepsinstantie beperkt tot rechtmatigheidsvragen, terwijl dat in het derde geval zeer voor de hand lijkt te liggen, maar onduidelijk is (6.3).

(4) De beschreven figuren van geschillenbeslechting zijn meer dan als administratief beroep te beschouwen als een alternatief daarvoor. Deze ‘derde weg’ in de rechtsbescherming voorafgaand aan het beroep op de rechter zou de onderwijswetgever ertoe moeten brengen om – meer dan nu het geval is – eigen keuzes te maken. Een andere

mogelijkheid zou zijn dat in de Awb een voorziening wordt opgenomen, waarin ook andere, meer contentieuze vormen van geschillenbeslechting in de voorfase worden gereguleerd dan het huidige bezwaar en beroep (6.3).

(5) Tussen de beschreven procedures bestaan grote onderlinge verschillen, waarvan de indruk bestaat dat die onvoldoende gerechtvaardigd worden door specifieke omstandigheden. Het zou aanbeveling verdienen om te streven naar harmonisatie en uniformering van de geschillenprocedures (6.3).

(6) De argumenten voor handhaving van bestuursrechtspraak in één instantie (bij de Afdeling bestuursrechtspraak) ten aanzien van een aantal bekostigingsbeschikkingen zijn niet sterk. Juist omdat er bij bekostiging grote belangen voor onderwijsinstellingen op het spel kunnen staan en juist omdat er een zorgvuldige besluitvorming mee wordt gediend, zou een rechtsgang in twee instanties, ook bij bekostiging, het uitgangspunt moeten zijn. Hierbij verdient opmerking dat, gezien de ingewikkeldheid van de onderwijsbekostigingsproblematiek, de kans op het maken van fouten in bestuurlijk en rechterlijk opzicht zoveel mogelijk zou moeten worden teruggedrongen. Overigens is ter zake van bepaalde bekostigingsbeschikkingen al sprake van beroep in twee instanties (6.4).

7. Problemen van rechtsbescherming op deelterreinen

7.1 Het beroep tegen beoordelingsbeslissingen

7.1.1 *Algemeen*

In het vorige hoofdstuk is reeds gewezen op de colleges van beroep voor de examens in het hoger onderwijs. We zagen dat de colleges aan de openbare universiteiten – openbare hogescholen zijn er de facto niet meer – zijn gelijkgesteld met organen van administratief beroep.³⁰⁸ Daarmee lijkt volgens de strekking van artikel 7:1 Awb te zijn veiliggesteld dat tegen de uitspraken van deze colleges beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter.

Toch hoeft dat niet altijd zo te zijn. Artikel 8:4 onder e Awb zondert besluiten van beroep uit die inhouden ‘een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst’, dan wel inhouden ‘de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing’. In de parlementaire stukken wordt erop gewezen dat dit artikel de voortzetting is van artikel 5 onder m Wet arob. Daarbij wordt aangegeven dat aan de uitzondering ‘geen wijdere strekking dient te worden toegekend dan zij had onder de Wet arob. Beoogd is slechts die gevallen uit te zonderen waarin iemand is opgegaan voor een proef of een examen.’³⁰⁹ Artikel 8:4 onder e Awb kent echter een ruimere redactie dan zijn voorganger. In de loop van de parlementaire behandeling is de uitzondering verruimd tot vastgestelde opgaven, beoordelingsnormen en nadere regels voor examinering en toetsing, omdat door het ruime begrip

308. ABRS 18 december 1997, JB 1998, 31, m.nt. JMED, AB 1998, 141, m.nt. BPV.

309. PG Awb II, p. 393; zie in dit verband ook ABRS 16 april 1999, JB 1999, 135.

besluit van de Awb beroep hiertegen wel mogelijk zou worden, maar niet wenselijk zou zijn vanwege de nauwe verbondenheid met toets- en examenbesluiten zelf.³¹⁰

De vraag is nu hoe het oordeel van het college van beroep voor de examens op een ingesteld beroep tegen bijvoorbeeld een tentamenuitslag of bijvoorbeeld de weigering van een vrijstelling voor een examenonderdeel moet worden gezien in relatie tot artikel 8:4 onder e Awb. Daarbij hebben zich in de jurisprudentie van de recente jaren belangrijke ontwikkelingen voorgedaan, die ook weer nieuwe vragen doen rijzen. Vragen leven er ook ten aanzien van het oordeel van het college van beroep aan een bijzondere universiteit en hogeschool. In hoeverre ondergaat de beoordelingsbeslissing die verbonden is met de afgifte van het wettelijke diploma door de bijzondere instelling, dat op zichzelf als een besluit lijkt te gelden in de zin van artikel 1:3 Awb,³¹¹ mede de werking van de Awb, en wat betekent dat voor de positie van de colleges van beroep voor de examens aan de bijzondere instellingen? In het licht van de dualiteit is er reden genoeg ook hier wat langer bij stil te blijven staan.

Alvorens hiermee aan te vangen zal eerst worden onderzocht tegen welke soort beslissingen beroep openstaat op de colleges van beroep voor de examens.

7.1.2 *Het wettelijk kader*

Volgens artikel 7.61 Whw kan een belanghebbende beroep instellen bij het college van beroep voor de examens tegen beoordelingsbeslissingen:

- van het instellingsbestuur, inhoudende een beperking of een afwijzing ten aanzien van het vervolgen van een opleiding aan de instelling;
- inzake vaststelling van het aantal behaalde studiepunten in een aantal gevallen en inzake het met goed gevolg hebben afgelegd van een afsluitend examen aan de instelling;
- inzake de omvang van de wettelijke vrijstelling voor vakken in het hoger beroeps- onderwijs;
- niet zijnde besluiten van algemene strekking, genomen met het oog op de toelating tot examens;
- inzake het voldoen aan vervangende toelatingseisen bij diplomadeficiëntie;
- van examencommissies en examinatoren;
- inzake colloquium doctum; en
- omtrent de toelating tot lerarenopleidingen.

310. PG Awb II, p. 395.

311. Aldus ook Kortmann, preadvies par. 6.

7.1.3 De uitspraak van het college van beroep voor de examens in relatie tot artikel 8:4 onder e Awb

Van bepaalde uitspraken van het college heeft lange tijd slechts beperkt beroep openstaan op de bestuursrechter. Indien de uitspraak van het college betrekking had op een tentamen- of (deel)examenbesluit, gold de uitzondering van artikel 8:4 onder e Awb ook voor de uitspraak.³¹² Hiervoor komt men wel de volgende redenering tegen: het mag zo zijn dat het college van beroep slechts marginaal toetst of eisers prestatie correct is beoordeeld,³¹³ dat neemt niet weg dat het college eisers kennen en kunnen direct heeft getoetst. Daarbij legt de omstandigheid dat het college het recht van substitutie mist, geen gewicht in de schaal.³¹⁴ Gaandeweg is deze lijn uitgezuiverd en uiteindelijk verlaten.

Zo werd door de Afdeling bestuursrechtspraak uitgesproken dat artikel 8:4 onder e Awb geen betrekking heeft op een besluit tot vrijstelling van de verplichting tot het doen van tentamen of examen in bepaalde vakken. Volgens de Afdeling valt een zodanige beoordeling niet op één lijn te stellen met een *directe* toets van iemands kennen of kunnen.³¹⁵ Evenmin valt het ongedig verklaren van een examen, wegens fraude, onder deze uitzondering,³¹⁶ of de weigering van een examinator om een tentamenbriefje af te geven.³¹⁷

In 1998 is door de Afdeling een principiële uitspraak gedaan ten aanzien van een besluit, waarbij op basis van een vakdeskundige beoordeling een cijfer aan een tentamen was toegekend. Hierbij blijkt het ontbreken van substitutierecht bij het college ineens wel een doorslaggevende rol te spelen: 'gelet hierop, staat het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling niet direct ter beoordeling en behoort het besluit van het College niet tot die, bedoeld in artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Awb'.³¹⁸ Het zuivere beoordelingsbesluit en de uitspraak op het administratief beroep kunnen

312. Zie Rb. Rotterdam 15 februari 1996, Jurisprudentie Onderwijswetten (JO) 1996, nr. 6, p. 138-140; Rb. Roermond 11 november 1996, zaaknr. 96/169 VEROR K2; Rb. Almelo 20 mei 1997, zaaknr. 96/1544 BELEI K1 A; Rb. Rotterdam 19 december 1997, zaaknr. DIVERS 96/933-R5; Rb. Amsterdam 2 april 1998, zaaknr. AWB 96/7881 BESLU en Rb. Amsterdam 13 mei 1998, zaaknr. AWB 97/3306 BESLU.

313. Volgens artikel 7.61 lid 2 Whw kan bij het college beroep worden ingesteld 'ter zake dat een beslissing in strijd is met het recht'. Bij zuivere beoordelingsbeslissingen blijken de colleges in het hoger onderwijs zich te beperken tot toetsing aan het willekeurverbod.

314. Rb. Amsterdam 2 april 1998, zaaknr. AWB 96/7881 BESLU.

315. ABRs 18 december 1997, JB 1998, 31 m.nt. JMED, AB 1998, 141 m.nt. BPV.

316. Rb. Groningen 3 maart 1995, JB 1995, 89.

317. Rb. Den Haag 2 februari 1998, zaaknr. AWB 96/7989 BESLU en AWB 97/4417 BESLU.

318. ABRs 24 juli 1998, JB 1998, 201. Vgl. ook ABRs 26 april 1999, AB 1999, 231 m.nt. MSV.

dus zeer wel van elkaar worden onderscheiden, maar de vraag rijst tot hoever de rechter met zijn toetsing mag gaan opdat daarin niet de *directe beoordeling* van het kennen of kunnen wordt betrokken. Hierover is vooralsnog geen duidelijkheid te verkrijgen. Mogelijk wordt de uitzondering van artikel 8:4 onder e Awb wel erg theoretisch.

De uitspraak lijkt ruimte te bieden voor slechts marginale toetsing door de bestuursrechter aan de hand van de vraag hoe het college van beroep in zijn uitspraak met het (primaire) beoordelingsbesluit en de belangen van de eiser is omgesprongen. Daarbij past weliswaar aandacht voor de totstandkoming en inhoud van het (primaire) beoordelingsbesluit, maar enkel in het licht van de vraag of de eiser in redelijkheid aan de uitspraak op het beroep tegen dat besluit kan worden gehouden.

Met deze benadering zijn we niet zover meer af van de praktijk van onze oosterburen, die – het zij gezegd – geen uitzondering à la artikel 8:4 onder e Awb kennen.³¹⁹ In de jurisprudentie van het Bundesverwaltungsgericht zijn ten aanzien van ‘Prüfungsentscheidungen’ twee beoordelingscriteria ontwikkeld met als overkoepelend doel de rechterlijke controle van vakspecifieke vragen, welke alleen met behulp van ingewijden in het betreffende examenvak beantwoord zouden kunnen worden, uit te sluiten. Volgens het eerste criterium ‘soll es keinen allgemeingültigen Bewertungsgrundsatz geben, der es verböte, Richtiges als falsch und vertretbare Einsichten als unvertretbar zu bewerten’. Volgens het tweede criterium wordt ‘(d)ie danach allein verbleibende Willkürkontrolle (...) auf Extremfälle beschränkt, in denen eine Bewertung auf ohne näheres Eingehen auf fachspezifische Erwägungen möglich ist’.³²⁰ In dit kader beoordeelt de bestuursrechter of de toetsende instantie zich aan de geldende procedurevoorschriften heeft gehouden, van de juiste feiten is uitgegaan, zich niet door niet ter zake doende overwegingen heeft laten leiden en algemeen erkende beoordelingsmaatstaven heeft gehanteerd.³²¹ Een dergelijke terughoudende rol van de rechter wordt evenwel niet aanvaardbaar geacht als het gaat om beoordelingsbesluiten die de grondrechtelijk verzekerde toegang tot de beroepsuitoefening (artikel 12 lid 1 Grundgesetz) beperken. In dat geval is het niet voldoende ‘zu kontrollieren, ob sich die Fehlerhaftigkeit einer wissenschaftlich-fachlichen Annahme des Prüfers dem Richter als gänzlich unhaltbar “aufdrängt”. Eine willkürliche Fehlereinschätzung ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn sie Fachkundigen als unhaltbar erscheinen muß. Das kann ein Gericht zwar regelmäßig nur mit sachverständiger Hilfe beurteilen, aber prakti-

319. Sterker nog: uit artikel 19 lid 4 Grundgesetz wordt afgeleid dat ook tegen dit soort beslissingen een ‘Rechtsweg’ open moet staan: Bundesverfassungsgericht 17 april 1991, BVerfGE 84, 34.

320. Zie de in het oordeel van 17 april 1991 van het Bundesverfassungsgericht opgenomen beschouwing over de jurisprudentie van het Bundesverwaltungsgericht (BVerfGE 84, 34).

321. Idem. Zie ook H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1995 (10. Auflage), p. 136 e.v.

sche Schwierigkeiten allein sind kein ausreichender Grund, den durch Artikel 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken.³²²

Bij dit soort jurisprudentie hoeft men niet bang te zijn voor de gevolgen van het schrappen van de uitzondering in de Awb. Sterker nog, het biedt de bestuursrechter een duidelijk handvat om op te treden bij die beoordelingsbesluiten die als ingrijpend kunnen worden aangemerkt, voorzover daarbij het beroepsperspectief van de betrokkene en de daaraan verbonden maatschappelijke en vermogensrechtelijke positie rechtstreeks in het geding is. Ook in Nederland, zo mag met Drop worden gesteld, moet het als juist worden aanvaard 'dat tegen eenzijdig genomen beoordelingsbeslissingen, waaraan vergaande gevolgen van persoonlijke aard verbonden kunnen zijn, een mogelijkheid van beroep wordt geboden'.³²³ Dat beroep is er bij de burgerlijke rechter, voorzover een rechtsgang bij de bestuursrechter niet openstaat, bijvoorbeeld bij beoordelingsbeslissingen in het bijzonder onderwijs. Ons inziens is er, gegeven een marginale toetsing zoals hiervoor geschetst, niets op tegen om in het openbaar onderwijs beroep open te stellen op de bestuursrechter. We pleiten er dan ook voor om artikel 8:4 sub e Awb te schrappen. In dit verband wijzen we erop dat er in het primair en voortgezet onderwijs ten aanzien van een aantal buitengewoon lastige beoordelingsbeslissingen al beroep op de bestuursrechter openstaat.³²⁴

Terug naar de uitspraak van de Afdeling.³²⁵ In een latere uitspraak van de rechtbank Den Bosch wordt enigszins inzichtelijk hoe binnen de nog ruime kaders die de Afdeling heeft gesteld met de materie wordt geworsteld. Er was door een geneeskunde-student beroep ingesteld tegen de uitspraak van het College van beroep voor de examens van de Universiteit Maastricht. Daarbij was het verzoek van de student om de beoordeling 'onvoldoende' van zijn stage interne geneeskunde ongedaan te maken, ongegrond verklaard. Vermelding verdient dat dezelfde stage aanvankelijk met een 'voldoende' was gehonoreerd, maar door de directe beoordelaar in tweede instantie, op directe aanwijzing van de examencommissie, in een 'onvoldoende' werd omgezet. Het gebruik van de (wettelijk geregelde) aanwijzingsbevoegdheid van de examencommissie

322. Idem.

323. H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, a.w., p. 317.

324. Zo zijn appellabel de beslissing van de permanente commissie leerlingenzorg inzake de vraag of plaatsing van een leerling op een speciale school voor basisonderwijs al dan niet noodzakelijk is (artikel 23 lid 6 Wpo), en de beschikking van de regionale verwijzingscommissie dat een leerling al dan niet toelaatbaar is tot het praktijkonderwijs (artikel 10g lid 5 Wvo). Genoemde bepalingen verklaren dat (de uitzondering geformuleerd in) artikel 8:4 sub e Awb niet van toepassing is, zodat de hoofdregel (er is beroep mogelijk op de bestuursrechter) hersteld is.

325. ABRs 24 juli 1998, JB 1998, 201.

sie kwam voort uit het inzicht dat de aanvankelijke beoordeling niet was geschied volgens de in de toepasselijke 'Regels en richtlijnen' geldende criteria. Inzake deze kwestie ziet de rechtbank het als haar taak te beoordelen 'of verweerder [het college van beroep, BV/PZ] zich bij het bestreden besluit *op goede gronden op het standpunt heeft gesteld* (onze cursivering) dat er aanleiding bestond (...) een aanwijzing te doen uitgaan om de beoordeling van eisers stage Interne Geneeskunde – in voor eiser ongunstige zin – te wijzigen.³²⁶ De gecursiveerde maatstaf van de rechtbank lijkt in het licht van de uitspraak van de Afdeling te ruim. Deze opent de mogelijkheid om alles wat inzake het primaire besluit door de vakdeskundigen is overwogen nog eens over te doen. Beter ware het geweest als de rechtbank zich primair de vraag had gesteld of er zodanige omstandigheden aanwezig zijn dat moet worden geoordeeld dat de verweerder in redelijkheid niet tot het bestreden besluit had kunnen komen.³²⁷

7.1.4 Examenberoep aan een bijzondere onderwijsinstelling

Het beroepsorgaan voor de examens aan een bijzondere onderwijsinstelling is geen instantie van administratief beroep.³²⁸ Het oordeelt over beslissingen die zijn genomen in het verband van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Deze privaatrechtelijke rechtspersoon wordt constitutioneelrechtelijk en administratiefrechtelijk niet tot de overheid gerekend. Tegen de uitspraken van het beroepsorgaan zal derhalve, zo mag worden verondersteld, bij de burgerlijke rechter opgekomen moeten worden.³²⁹

326. Rb. Den Bosch 9 juli 1999, zaaknr. AWB 98/5271 BESLU.

327. In deze richting: Rb. Utrecht 16 september 1999, zaaknr. 99/97 WET, Rb. Zutphen 13 oktober 1999, zaaknr. 98/1133 WET en Rb. Zutphen 23 november 1999, zaaknr. 97/1278 WET. De Rechtbank Den Bosch beperkt zich overigens in het resterende deel van haar uitspraak tot een redelijk afstandelijke beoordeling van het gebruik van de bevoegdheden en concludeert dat haar niet is gebleken 'van feiten of omstandigheden op grond waarvan gezegd zou moeten worden dat de Examencommissie in casu niet van de haar toekomende bevoegdheid gebruik heeft mogen maken'. Alles lijkt dus op zijn pootjes terecht te komen.

328. Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 59 en 63.

329. Pres. Rb. Maastricht 19 mei 1995, KG 1995, 253. Anders evenwel Hof Leeuwarden 14 februari 1990, NJ 1991, 408; Pres. Rb. Amsterdam 8 maart 1990, KG 1990, 215 (Heertje). Zie over laatstgenoemde uitspraak A. Heertje, R.J.G.M. Widdershoven, J. Vischjager, Het cijfer van de rechter, Alphen aan den Rijn 1991. Het betrof in beide gevallen een beroepscollege aan een openbare universiteit, fungerend onder de voorganger van de Whw, de Wet op het wetenschappelijk onderwijs. Beide rechters achtten hier een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang aanwezig die moet leiden tot hun onbevoegdheid. Sinds ABRS 18 december 1997, JB 1998, 31 m.nt. JMED, AB 1998, 141 m.nt. BPV echter, waarbij de beroepscolleges aan openbare universiteiten zijn aangemerkt als bestuursorganen oordelend in administratief beroep, moet deze jurisprudentie van de burgerlijke rechter als definitief achterhaald worden beschouwd.

Er is niettemin een uitzondering op het bovenstaande. Het bevoegd gezag van een bijzondere instelling is op grond van artikel 1:1 onder b Awb als bestuursorgaan aan te merken, namelijk voorzover het getuigschriften afgeeft.³³⁰ De afgifte van een getuigschrift betreft de uitoefening van openbaar gezag. Het is een rechtshandeling, waaraan door de onderwijswetten (Wvo, Web en Whw) en enige andere wetten, zoals bijvoorbeeld de Wet RO, publiekrechtelijke rechtsgevolgen worden verbonden. Dit zou kunnen betekenen dat, wanneer een beoordelingsbeslissing wordt aangevochten die materieel kan worden opgevat als de weigering om een getuigschrift te verlenen, het beroepsorgaan voor de examens aan de instelling heeft te oordelen over een besluit. Daarmee wordt het beroepsorgaan evenzeer een (incidenteel) bestuursorgaan in de zin van de Awb en moet de procedure worden gelijkgesteld met administratief beroep, waarna beroep openstaat op de bestuursrechter.³³¹

Deze stand van zaken leidt tot de praktische consequentie dat, bijvoorbeeld al in verband met een relevante rechtsgangverwijzing, het beroepsorgaan zelf moet gaan uitmaken wanneer het oordeelt over een besluit. Dat is evenwel niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Moet worden aangehaakt bij de laatste beoordelingsbeslissing die tussen de kandidaat en zijn of haar afstuderen instaat? Dat zou het meest voor de hand liggen, gezien de rechtstreekse relatie naar aard en tijd met het (niet-)verlenen van het getuigschrift. Met enig ander criterium, waarbij meer afstand wordt toegestaan tussen de beoordelingsbeslissing en het latere getuigschrift, wordt het bijzonder onderwijs op tamelijk arbitraire wijze het publiekrecht ingetrokken. Zo zou men kunnen betogen dat alle tentamen- en (deel)examenbeoordelingen voorafgaand aan de afsluitende beoordeling die ten grondslag ligt aan het besluit omtrent het verlenen van het getuigschrift een wezenlijk bestanddeel daarvan vormen en dus in het besluitbegrip moeten delen. Deze opvatting is evenwel geen geldend recht. Het is verder de vraag of met een dergelijke opvatting de bijzondere onderwijsinstelling als privaatrechtelijk verband,

330. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 101-102; M.J. Jacobs, *Instellingen van bijzonder onderwijs, bestuursorganen in de zin van de Awb?*, in: T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru, J.W. Sap (red.), *In plaats van overheid*, Zwolle 1995, p. 123-133.

331. In deze zin blijkbaar B.K. Olivier, *Kanttekeningen bij enkele gespecialiseerde rechtsgangen onder de Algemene wet bestuursrecht*, in: T. Hoogenboom, L.J.A. Damen, *In de sfeer van administratief recht*, Utrecht 1994, p. 333. Deze redenering is terug te vinden in Rb. Breda 1 mei 1997, AB 1998, 248 m.nt. FM (Katholieke Universiteit Brabant). In casu was sprake van een beslissing van de examencommissie universitaire lerarenopleiding Algemene Economie, waaraan aan de hand van de stage die eiser op een school voor voortgezet onderwijs had doorlopen, werd geconcludeerd dat eiser nog niet voldoet aan de criteria voor uitreiking van het getuigschrift. Zie ook de noot van BPV bij de uitspraak in hoger beroep van ABRS 24 juli 1998, AB 1998, 410. In de laatste uitspraak komt de Afdeling, vanwege de constatering van een vormgebrek, niet aan een materiële beoordeling van de kwestie toe.

waarvan de aard constitutioneel is verankerd, recht zou worden gedaan. Wij menen van niet. Feitelijk zou aldus de bijzondere onderwijsinstelling wat betreft de inhoudelijke kern van haar onderwijs, waarmee tentaminering en examinering rechtstreeks verbonden zijn, tot het domein van het overheidsonderwijs worden gerekend.

Als we dan uitgaan van de laatste beoordelingsbeslissing die tussen de kandidaat en zijn of haar afstuderen instaat, wordt door die beslissing het moment én de omvang van het administratief beroep bepaald of alleen het moment? De laatste beoordelingsbeslissing, welke per definitie betrekking heeft op een vak, is volgens de wetgeving op het hoger onderwijs en het beroepsonderwijs en de educatie niet meer dan een schakel in een opeenvolgende reeks van vakken die onderdeel uitmaken van het afsluitend examen.³³² Het met goed gevolg afgelegd hebben van het afsluitend examen is de juridische titel voor het verlenen van het getuigschrift.³³³ Met het beperken van het administratief beroep tot de omvang en het moment van de laatste beoordelingsbeslissing wordt aldus geen recht gedaan aan de in het onderwijsrecht vigerende systematiek. Van de andere kant, als de laatste beoordelingsbeslissing enkel naar het moment bepalend is, en aldus een ingang vormt om het hele afsluitende examen met terugwerkende kracht bij het beroepsorgaan en daaropvolgend de bestuursrechter aan de orde te stellen, doemen er serieuze bezwaren op die de organisatie van het onderwijs aan een bijzondere instelling diepgaand treffen.³³⁴ De instelling en de leerling of student hebben er belang bij dat de voortgang van het onderwijs, die als een zwaarwichtig beginsel moet worden erkend,³³⁵ wordt gerespecteerd.

Anders dan in het openbaar onderwijs is de situatie in het bijzonder onderwijs thans onzeker. We ontkomen er niet aan om voor de bepaling van het recht op administratief beroep tegen beoordelingsbeslissingen in het bijzonder onderwijs nadere criteria te ontwikkelen, die in het openbaar onderwijs niet zullen gelden. Daarbij is het van belang naar zo beperkt mogelijke veranderingen te streven ten aanzien van de in de onderwijswet geregelde procedure, waarbij ervan uit wordt gegaan dat per deelstelsel een transparante rechtsgang aanwezig is, stoelend op het respect voor de aard van het daarin gegeven onderwijs.

332. Zie voor universiteiten en hogescholen artikel 7.10 lid 2 Whw en voor regionale opleidingscentra artikel 7.1.2 lid 3 Web.

333. Artikel 7.11 lid 1 Whw; artikel 7.1.2 lid 3 Web.

334. We zien dan nog even af van het bezwaar van inhoudelijke 'verpubliekrechtelijking' van het bijzonder onderwijs.

335. Zie P.J.J. Zoontjens, Rechtsbescherming bij beoordelingsbeslissingen door de onafhankelijke rechter, School en Wet 1989, p. 114-119.

Een en ander brengt ons tot het pleidooi om administratief beroep tegen beslissingen in verband met de afgifte van het getuigschrift in het bijzonder onderwijs strikt te beperken tot die gevallen, waarin formele aspecten, optredend na afsluiting van het daarvoor vereiste examen, aan de verlening van een getuigschrift in de weg staan. Dat betekent dat, naar onze opvatting, beoordelingsbeslissingen in het bijzonder onderwijs in het kader van het (afsluitend) examen volledig onttrokken dienen te blijven aan het oordeel van de bestuursrechter. Het zou overweging verdienen een daartoe strekkende regel in de verschillende onderwijswetten op te nemen.

7.1.5 De toetsing van beoordelingsbeslissingen door de burgerlijke rechter.³³⁶

In de regel worden beoordelingsbeslissingen zonder tussenkomst van een geschillenbeslechtende instantie in de voorfase rechtstreeks aan de burgerlijke rechter voorgelegd. Het gaat dan voornamelijk om zaken die spelen in het voortgezet onderwijs of het beroepsonderwijs. In alle bestudeerde gevallen betreft het kortgedingzaken bij de president van de rechtbank. Het materiaal biedt een aardig beeld van de rol die de burgerlijke rechter bij de toetsing van beoordelingsbeslissingen voor zichzelf ziet weggelegd.

In één geval kreeg de rechter te oordelen over de honorering met het cijfer 1 van een drietal proefwerken, die niet waren gemaakt wegens ongeoorloofd schoolverzuim, nadat zich hierover een geschillencommissie had uitgesproken en de maatregel had gesanctioneerd. Deze geschillencommissie was ingesteld bij het door het bevoegd gezag van de scholengemeenschap voor voortgezet onderwijs vastgestelde leerlingenstatuut.³³⁷ Door de rechter werd nagegaan of de geschillencommissie onafhankelijk was en of zij elementaire procesregels op juiste wijze in acht had genomen. Toen zijn oordeel daarover bevestigend luidde, verklaarde hij de beslissing van de geschillencommissie te beschouwen als een bindend advies, die alleen met vrucht kan worden bestreden wanneer het, hetzij uit hoofde van de wijze waarop het tot stand is gekomen, hetzij uit hoofde van zijn inhoud zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de wederpartij in strijd met de goede trouw handelt door de eiser daaraan gebonden te willen houden.³³⁸ Hoewel men zou kunnen twisten over de vraag of hier een bindend advies moet worden aangenomen (zie ook 7.2.2) geeft het vonnis een

336. Zie hierover W.G.A.M. Veugelers, *Problemen rondom examens vanuit de jurisprudentie bezien*, School en Wet 1999, nr. 6, p. 2-6.

337. Thans geregeld in artikel 24g Wvo. In het leerlingenstatuut worden in elk geval voorschriften opgenomen, strekkende tot handhaving van de goede gang van zaken in de school, en de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de bescherming van gegevens uit de persoonlijke levenssfeer.

338. Pres. Rb. Zutphen 6 juni 1990, KG 1990, 215.

indicatie hoe de burgerlijke rechter materieel zou kunnen omgaan met het beroepsorgaan voor de examens aan een bijzondere onderwijsinstelling. Indien dit de algemene lijn zal worden, wijkt deze benadering niet sterk af van de (wenselijke) recente jurisprudentie van de bestuursrechter op dit punt.³³⁹

In een aantal vonnissen sinds het eind van de jaren tachtig heeft de kortgedingrechter zijn toetsingsrol ten aanzien van de zuivere vakdeskundige beoordelingsbeslissingen duidelijk afgebakend. Hem past daarbij grote terughoudendheid. Slechts wanneer sprake is van een apert onzorgvuldige beoordeling, bijvoorbeeld blijkend uit een of meer evidente grove fouten, dan wel indien duidelijk is dat de beoordeling op uiterst onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, of duidelijk ongelijk is bij gelijke prestaties, kan in kort geding aanleiding worden gevonden om te interveniëren.³⁴⁰ In enkele vonnissen is de gebrekkige totstandkoming van de beoordelingsbeslissing gekapitteld. Bij de aanwezigheid van kenbare normen acht de kortgedingrechter de beoordelende instantie daaraan gebonden,³⁴¹ bij de afwezigheid ervan valt hij terug op de normale praktijk.³⁴² Al met al zijn er wat betreft de toetsende rol geen dramatische verschillen tussen de burgerlijke rechter en de rol die voor de bestuursrechter wenselijk wordt geacht.

In een enkel geval echter blijkt de toetsing (ten onrechte) helemaal niet afstandelijk te zijn. In een vonnis uit 1994 besliste de president van de Rechtbank Utrecht dat twee door eiseres gegeven antwoorden in het kader van het examen 'publiekrecht' van de vakopleiding voor de makelaardij ten onrechte fout zijn gerekend. Na onderstreping van de terughoudende rol die bij hem past, overweegt hij: 'In dit kort geding gaat het om vragen van zuiver juridische aard. De beoordeling van de daarop te geven antwoorden is in verregaande mate toetsbaar door anderen. Dit is te meer het geval bij de onderhavige meerkeuzevragen, nu telkens slechts één antwoord als juist heeft te gelden en alle andere antwoorden onjuist moeten zijn. (...) Opmerking verdient voorts dat de mogelijkheid van toetsing door de rechter in dit geval nog is vergroot doordat het juridische vragen betreft, vragen derhalve die bij uitstek op het vakgebied van de rechter liggen.' En hij besluit: 'Vanzelfsprekend mag dit er overigens niet toe leiden dat de rechter een "gewone" beroepsinstantie wordt voor de (her)beoordeling van juridische examens.' Maar het

339. Zie het slot van 7.1.3.

340. Pres. Rb. Haarlem 17 september 1991, KG 1991, 361; Pres. Rb. Amsterdam 29 september 1994, KG 1994, 366; Pres. Rb. Utrecht 23 september 1994, KG 1994, 389; Pres. Rb. Arnhem 3 september 1998, KG 1998, 281.

341. Pres. Rb. Utrecht 24 juni 1992, KG 1992, 426; Pres. Rb. Maastricht 19 mei 1995, KG 1995, 253 (bindend studieadvies).

342. Pres. Rb. Almelo 16 augustus 1988, KG 1988, 147.

is al te laat. Via een analyse van de decentrale bevoegdheidsverdeling krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, en via een uitleg van een termijnbepaling in de Woningwet die – naar hij vaststelt – strookt met de nota van toelichting bij het Besluit meldingsplichtige bouwwerken en met een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak uit 1993, blijkt hij niet alleen de eiseres in het gelijk te kunnen stellen, maar ook zelf met glans te slagen voor het examen ‘publiekrecht’, als hij daaraan mee had kunnen doen.³⁴³ Het is dit soort jurisprudentie dat uw preadviseurs, allen werkzaam aan een bijzondere onderwijsinstelling, een ongerust gevoel bezorgt.

7.2 Medezeggenschapsgeschillen

7.2.1 *Algemeen*

Aan een school kunnen zich conflicten voordoen tussen het bevoegd gezag en de medezeggenschapsraad, of een geleding daarbinnen, ten aanzien van door het bevoegd gezag te nemen of reeds genomen beslissingen. Voor het beslechten van conflicten is in de wet een bemiddelings- en geschillenprocedure opgenomen, waarop hierboven reeds kort is ingegaan. Voor de verschillende richtingen in het bijzonder onderwijs en voor het openbaar onderwijs zijn hiertoe ‘commissies voor geschillen’ opgericht. Elke onderwijsinstelling dient bij een commissie voor geschillen te zijn aangesloten.³⁴⁴ Deze commissies zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van de besturenorganisaties en de medezeggenschapsraden. Ze doen uitspraak in verschillende zaken (artikel 19 Wmo 1992):

- a. op verzoek van het bevoegd gezag, indien het ten aanzien van zijn te nemen besluit geen instemming kan verkrijgen;
- b. op verzoek van het bevoegd gezag of van de medezeggenschapsraad, indien inzake de wettelijk verplichte inhoud van het reglement en inzake de eventuele andere onderwerpen in het reglement niet de vereiste instemming (geheel of gedeeltelijk) wordt verworven;
- c. op verzoek van de medezeggenschapsraad, indien het bevoegd gezag een beslissing heeft genomen waarbij geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken van het advies van de medezeggenschapsraad en de raad van oordeel is dat daardoor de belangen van de school of die van de raad ernstig worden geschaad; en

343. Pres. Rb. Utrecht 23 september 1994, KG 1994, 389.

344. Tenzij het een onderwijsinstelling betreft, die op grond van artikel 31 Wmo 1992 ontheffing in verband met de eigen aard heeft gekregen van de bepalingen van de Wmo 1992.

d. op verzoek van het bevoegd gezag of van de medezeggenschapsraad, indien het bevoegd gezag en de raad van mening verschillen over de interpretatie van het bepaalde in de wet of in het reglement.

Bij de geschillen als bedoeld onder a tot en met c, kan de commissie voorafgaande aan haar uitspraak een bemiddelingsvoorstel doen. Dit voorstel moet wel de instemming van raad en bevoegd gezag krijgen, wil het kans van slagen hebben. In het openbaar onderwijs wordt de uitspraak van de commissie voor geschillen³⁴⁵ gelijkgesteld met een besluit in administratief beroep genomen (artikel 19 lid 3 Wmo 1992).

Intussen blijkt dat conflicten tussen raad en bevoegd gezag zelden de commissie voor geschillen halen. In het primair onderwijs betreft het minder dan één procent van de scholen. In het voortgezet onderwijs gaat het om twee tot vier procent. In de bve-sector gaat het om een iets hoger percentage. Dat was vlak na de invoering van de eerste Wmo in 1981 wel anders. Toen was er sprake van een hausse, die zich nadien echter niet meer heeft voorgedaan.³⁴⁶

De geschillen als bedoeld onder a en b worden aangeduid als instemmingsgeschillen (artikel 20 en 21 Wmo 1992). Bij de onthouding van instemming aan een voorgenomen beslissing (a) deelt het bevoegd gezag binnen drie maanden aan de medezeggenschapsraad mede of het voorstel wordt ingetrokken dan wel wordt voorgelegd aan de commissie voor geschillen. Als het bevoegd gezag niet binnen drie maanden reageert, vervalt het voorstel. De commissie beoordeelt in het kader van haar uitspraak of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen. De uitspraak is bindend voor het bevoegd gezag en de raad. Bij de onthouding van instemming aan het reglement (b) geldt globaal dezelfde procedure met identieke termijnen als hiervoor beschreven.

Geschillen als bedoeld onder c worden aangeduid als adviesgeschillen. Indien het bevoegd gezag een beslissing neemt in afwijking van het advies van de raad, wordt de uitvoering van de beslissing zes weken opgeschort, tenzij de raad tegen onmiddellijke uitvoering van de beslissing geen bedenkingen heeft. De medezeggenschapsraad stelt beroep in bij de commissie binnen zes weken nadat de beslissing is genomen. De behandeling van het geschil door de commissie heeft geen schorsende werking ten aanzien van het besluit. De commissie beoordeelt of het bevoegd gezag bij het niet of niet geheel volgen van het advies van de raad:

345. Hier opereert krachtens de Wmo 1992 slechts één geschillencommissie, de Landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs (LGC).

346. F. Smit e.a., *De werking van de Wet medezeggenschap onderwijs 1992*, a.w., p. 16.

- gehandeld heeft in strijd met het bij of krachtens de wet of reglement bepaalde;
- onvoldoende gemotiveerd heeft waarom is afgeweken;
- onzorgvuldig gehandeld heeft ten opzichte van de raad.

De commissie doet vervolgens een bindende uitspraak of de betrokken beslissing al dan niet in stand kan blijven (artikel 22 lid 3 Wmo 1992).

Bij het geval als bedoeld onder d wordt gesproken van een interpretatiegeschil. Op verzoek van raad of bevoegd gezag doet de commissie een bindende uitspraak inzake de interpretatie die aan het bepaalde bij of krachtens de wet of in het reglement dient te worden gegeven (artikel 23 Wmo 1992). Een toetsingsmaatstaf geeft de wet hier niet. Het gaat hier om rechtsvragen, zodat een integrale toetsing aangewezen is.

Het beroep op de geschillencommissies is, zoals eerder gemeld, een bijzondere procedure, die voorafgaat aan het beroep bij de burgerlijke (bijzonder onderwijs) of bestuursrechter (openbaar onderwijs). De rechtsgang bij de commissie wordt in het algemeen als positief ervaren. Zij is laagdrempelig en voortvarend. De commissie kan daarnaast conflicten effectief oplossen door bemiddelingsvoorstellen te formuleren, alvorens tot de behandeling van de zaak als geschil over te gaan.³⁴⁷ Niettemin lijkt door bepaalde ontwikkelingen de positie van de commissie langzamerhand in het gedrang te komen. Aan de bindendheid van haar uitspraken voor de rechter kan in bepaalde gevallen worden getwijfeld. Verder lijkt zij links en rechts door rechtsvragers gepasseerd te kunnen worden, als het zo uitkomt. Ten slotte kan er in het openbaar onderwijs een opeenstapeling van rechtsgangen optreden. In het onderstaande wordt op een en ander nader ingegaan.

7.2.2 *Rechterlijke toetsing van uitspraken van openbare en bijzondere commissies*

Er is opgemerkt dat de commissies voor geschillen uitspraken doen die bindend zijn voor de raad en het bevoegd gezag. Tegen een uitspraak van een commissie, werkzaam in het bijzonder onderwijs, kan worden opgekomen bij de burgerlijke rechter. Van een uitspraak van de landelijke commissie voor het openbaar onderwijs, die geldt als een besluit in administratief beroep genomen, staat de weg open naar de bestuursrechter. Niet uitgesloten moet worden geacht dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, bij de toetsing in beroep, op een fundamenteel andere wijze tegen het oordeel van de commissie aan zullen kijken.

347. B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, De geschillenregeling in de Wet medezeggenschap onderwijs, preadvies studiedag Vereniging voor Onderwijsrecht, VOR-reeks nr. 10, Zwolle 1992, p. 6.

Vanwege de wettelijke formulering dat de 'uitspraak' van de commissie 'bindend' is voor het bevoegd gezag en de raad, blijkt de burgerlijke rechter deze uitspraak te kunnen opvatten als een bindend advies. Bij een bindend advies gaat de rechter slechts na of het oordeel van de commissie wat betreft de inhoud of de wijze van totstandkoming zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat degene die in het gelijk wordt gesteld in strijd zou handelen met de goede trouw door de wederpartij aan dat oordeel gebonden te willen houden. Het gaat hier dus om een zeer afstandelijke wijze van toetsing.³⁴⁸

Intussen is tegen de kwalificatie van bindend advies wel wat in te brengen. Zij veronderstelt dat partijen, zoals bij een CAO, zich vrijwillig bij overeenkomst hebben verplicht om aan het oordeel gevolg te geven. Het is evenwel de vraag of er sprake is van een vrijwillige relatie tussen medezeggenschapsraad en de commissie. De aansluiting bij een geschillencommissie is een aangelegenheid waarover de medezeggenschapsraad volgens de wet alleen kan adviseren (artikel 7 onder r Wmo 1992). In de wettelijke opzet gaat deze beslissing dus in essentie buiten de raad om. Bij reglement kan men weliswaar overeenkomen van de wet af te wijken en de raad over de aangelegenheid van aansluiting bij een commissie een instemmingsbevoegdheid toe te delen, maar dat doet niet af aan het uitgangspunt van de wet. Er kan dan ook worden betoogd dat er *in zijn algemeenheid* geen plaats is voor afstandelijke toetsing, bij wijze van bindend advies, door de burgerlijke rechter.³⁴⁹ De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de status van de uitspraken van de commissies van beroep in het bijzonder onderwijs lijkt ook in deze richting te wijzen (6.2). Toch is er onzekerheid zolang over de status van de uitspraken van de commissies niet in hoogste instantie jurisprudentie is gevestigd door de burgerlijke rechter.

Bij de toetsing van de bindende uitspraak van de Landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs (LGC) wordt door de bestuursrechter intussen *niet* afstandelijk te werk gegaan. De bestuursrechter toetst het besluit van de commissie volledig, met andere woorden: in beroep doet hij het werk nog eens helemaal over.³⁵⁰

348. Een bindend advies wordt o.a. aangenomen door Pres. Rb. Dordrecht 20 juli 1993, zaaknr. 155/93 (fusie Zwijndrecht) en Pres. Rb. Maastricht 14 augustus 1998, KG 1999, 104 (fusie Zuid-Limburg).

349. Zie ook B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, a.w., p. 23-24.

350. Het gaat hier om adviesgeschillen, zie Rb. Den Haag 29 maart 1995 (fusie Gouda), Uitspraak 1995, nr. 2, p. 9-21 en RAwb 1995, nr. 66; Pres. Rb. Groningen 19 april 1995 (fusie Slochteren), zaaknr. AWB 95/576 BELEI VO3; en een interpretatiegeschil: Rb. Den Haag 12 augustus 1996, zaaknr. 95/07252 BESLU (kosten rechtsbijstand). Zie ook Rob Widdershoven, Een Deltawet voor medezeggenschapsgeschillen, Uitspraak 1995, nr. 3, p. 3-14.

7.2.3 *Concurrerende rechtsgangen in het openbaar onderwijs*

Het bevoegd gezag van een openbare school neemt besluiten, als bedoeld in artikel 1:3 Awb. Belanghebbenden moeten in hun verzet tegen deze besluiten de Awb-rechtsgang volgen, voorzover niet een speciale rechtsgang in een bijzondere wet is voorgeschreven.

Nu is er de speciale rechtsgang van het beroep op de commissie voor geschillen. Deze rechtsgang staat, zoals we zagen, alleen open voor het bevoegd gezag of de raad en niet voor bijvoorbeeld ouders of leerkrachten. De laatsten kunnen in de gevallen waarin zij als belanghebbende worden aangemerkt tegen een besluit van het bevoegd gezag de Awb-rechtsgang volgen. Zo kunnen dus vanwege het naast elkaar gelden van de Wmo 1992 en de Awb twee (gedeeltelijk) verschillende rechtsgangen tegen een en hetzelfde besluit lopen, met alle complicaties vandien.

Een voorbeeld uit de praktijk kan dit wellicht verduidelijken. Het navolgende geval culmineerde in de uitspraak van de President van de Rechtbank Groningen op 19 april 1995 en had betrekking op een besluit tot de fusie van twee openbare basisscholen in Slochteren:³⁵¹

- De gemeenteraad van Slochteren besluit op 31 oktober 1994 tot fusie, zulks in afwijking van het advies van de medezeggenschapsraad van een van de scholen.
- Tegen dit besluit gaat de betreffende medezeggenschapsraad in beroep bij de LGC. De LGC oordeelt op 15 februari 1995 bij bindende uitspraak dat het besluit van de gemeenteraad in stand kan blijven.
- Op 13 maart 1995 gaat de medezeggenschapsraad in beroep tegen de LGC-uitspraak bij de Rechtbank Groningen.
- Ouders van dezelfde school als de protesterende medezeggenschapsraad hebben inmiddels tegen het besluit op basis van de Awb bezwaar ingediend en gaan tegelijkertijd, op 8 maart 1995, naar de president van de Rechtbank Groningen voor het vragen van een voorlopige voorziening.
- Op 19 april 1995 doet de president uitspraak, hij schorst het fusiebesluit. De LGC, die op dat moment nog druk bezig is met het voeren van verweer bij de rechtbank (procedure in hoofdzaak), is door de president niet gehoord. Zij was immers geen partij in deze procedure.
- Op 14 juni 1995 deelt de rechtbank aan de LGC mede dat het beroep door de medezeggenschapsraad is ingetrokken. Deze heeft bij de president al zijn zin gekregen.

351. Pres. Rb. Groningen 19 april 1995 (fusie Slochteren), zaaknr. AWB 95/576 BELEI VO3.

Het door elkaar heen lopen van de twee rechtsgangen leidt tot een spoeduitspraak in de ene procedure, waarbij het oordeel van de LGC als instantie van beroep in de andere procedure feitelijk en juridisch opzij wordt geschoven zonder dat zij daarbij tegenpraak heeft kunnen leveren. Het voorbeeld van Slochteren staat niet op zichzelf. Reeds in 1992 heeft Widdershoven erop gewezen dat de Wmo-procedure een bestuursrechtelijke systeemfout oplevert.³⁵² Ook de zaak Hardenberg is hier een illustratie van.³⁵³

7.2.4 Opeenstapeling van rechtsgangen in het openbaar onderwijs

De Wmo-geschillenregeling betreft in een aantal gevallen beroep tegen een voorgenomen besluit van het bevoegd gezag. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de aangelegenheden in verband waarmee de raad een instemmingsbevoegdheid heeft. Nadat het geschil bij de LGC en de bestuursrechter in twee instanties is afgerond en het bevoegd gezag een besluit heeft genomen, staat hiertegen weer de volledige Awb-rechtsgang open. Zo kan men dus bij instemmingsgeschillen tot zesmaal toe in (semi-)rechterlijke procedures in het geweer komen. De voorwaarden voor ondoelmatigheid en stroperigheid van besluitvorming in de openbare school zijn aldus volop aanwezig.³⁵⁴

7.2.5 De toekomst van de geschillenregeling

Het bovenstaande heeft uiteindelijk zijn weerslag op de Wmo-geschillenprocedure als zodanig. Immers, bij de totstandkoming van de Wmo is uitdrukkelijk beoogd om een uniforme procedure van geschillenbeslechting voor openbare en bijzondere scholen tot stand te brengen. Van uniformiteit is momenteel geen sprake meer, zowel wat betreft de ruimte die de burgerlijke en de bestuursrechter zien bij toetsing van de uitspraak, als wat betreft de te volgen procedure. Men kan stellen dat het gezag van de Wmo-geschillenprocedure in het algemeen en die bij de LGC in het bijzonder door deze gang van zaken wordt ondermijnd.³⁵⁵ De vraag hoe het nu verder moet met de

352. Rob Widdershoven, Overdaad aan rechtsbescherming, Uitspraak 1992, nr. 2, p. 3-9.

353. Rb. Zwolle 29 juli 1997, Uitspraak 1998, nr. 1, p. 10-24. Zie ook de commentaren op deze uitspraak in hetzelfde nummer van Uitspraak van Evelien van der Linden, Hans Peters en Wouter Pors.

354. Rob Widdershoven, Een Deltawet voor medezeggenschapsgeschillen, a.w., p. 5; Wim van Gelder en Martin Odekerken, Rechtsbescherming openbaar onderwijs niet doelmatig, Uitspraak 1996, nr. 2, p. 6.

355. Gezagsondermijning van een andere soort betreft de omstandigheid dat de geschillencommissie in openbaar of bijzonder onderwijs, als één instantie tussen vele andere concurrerende instanties, ook kan worden ingeschakeld voor de interpretatie van CAO-bepalingen. Hierdoor worden vaak tegenstrijdige, maar niettemin bindende uitspraken gedaan. Zie ook H.C. Naves, CAO-interpretatiegeschil? Lekker forum-shoppen!, School en Wet 1998, nr. 3, p. 2-6.

geschillenregeling ligt voor de hand. Hieromtrent zijn in de literatuur verschillende suggesties gedaan.

Widdershoven stelt voor om in de wet een bepaling op te nemen die voorschrijft dat de beroepen tegen een uitspraak van de LGC en tegen het onderliggende (fusie)besluit gecombineerd moeten worden behandeld door de bestuursrechter.³⁵⁶ Deze suggestie lost sommige, maar niet alle problemen op. Zij geeft nog geen uitsluitel over de vraag hoe bij een spoedprocedure door de president zal worden geoordeeld en of daarbij de problemen, zoals die zich voordeden in de Slochterenzaak, zullen zijn opgelost. Zij gaat verder voorbij aan de kwestie van de stapeling van rechtsbescherming bij instemmingsgeschillen.

Te Bos kiest voor de instelling van één landelijke geschillencommissie voor het openbaar en bijzonder onderwijs, tegen de uitspraken waarvan voor elke belanghebbende beroep openstaat op de Ondernemingskamer.³⁵⁷ Omdat in zijn voorstel de Awb-rechtsgang niet expliciet wordt uitgesloten voor medezeggenschapsrelevante geschillen, blijft een deel van de problematische afstemming tussen een en ander bestaan. Het blijft immers onduidelijk hoe de bestuursrechter zich zal opstellen tegenover de uitspraken van de Ondernemingskamer en hoe ongewenste samenloop van procedures valt te voorkomen. De Ondernemingskamer is een civiele rechter die reeds oordeelt inzake geschillen op grond van de Wet op de ondernemingsraden.

Peters en Rutten ten slotte, pleiten ervoor om het beroep op de geschillencommissie voor zowel openbaar als bijzonder onderwijs aan te merken als volledig administratief beroep. In plaats van een instantie die een uitspraak kan doen, wordt de commissie in deze visie een bestuursorgaan dat het aangevallen besluit in beroep kan vernietigen en een eigen besluit daarvoor in de plaats kan stellen. Van de besluiten van de commissie staat beroep open op de bestuursrechter. Een andere mogelijkheid is, aldus deze schrijvers, om de commissie als rechterlijk college aan te merken, dat voorafgaat aan het beroep op de Afdeling.³⁵⁸ Het is de vraag of bij beide oplossingen de positie van het bijzonder onderwijs voldoende recht wordt gedaan door de beoordeling van de interne besluitvorming tot de bevoegdheid van de bestuursrechter te rekenen. Ook is het maar de vraag of – in de tweede variant – de eventuele creatie van weer een bijzondere rechter zo'n gelukkige greep zou zijn.

Wat de genoemde schrijvers wel duidelijk maken is dat een oplossing waarschijnlijk niet is te bereiken zonder nieuwe keuzen te maken met betrekking tot de verhouding

356. Rob Widdershoven, Een Deltawet voor medezeggenschapsgeschillen, a.w., p. 13.

357. N.L.P. te Bos, Evaluatie WMO 1992: de geschillenregeling door de LGC tegen het licht gehouden, School en Wet, nr. 10, p. 6-10.

358. Hans Peters en Wilma Rutten, De bomen en het bos. Over de procesrechtelijke complexiteit van de WMO 1992, Uitspraak 1998, nr. 3, p. 3-18.

tussen openbaar en bijzonder onderwijs en de toekomstige status van de commissies. Naar onze opvatting dient hier het pad van de Awb en de daarmee verbonden rechts-gang te worden verlaten. Hoewel we er ons van bewust zijn dat dit geen oplossing biedt voor adviesgeschillen (die overigens maar een beperkt deel van de totale geschillenproblematiek uitmaken) zou in de toekomst van beslissingen van commissies in openbaar en bijzonder onderwijs alleen beroep moeten openstaan op de burgerlijke rechter. Tegenover het mogelijke nadeel van een minder laagdrempelige voorziening staan verschillende evidente voordelen. Door de keuze voor een uniforme rechter worden de complicaties van uiteenlopende toetsing voorkomen. De keuze voor een uniforme rechter biedt verder de mogelijkheid om de voorprocedure van beroep op de commissies van geschillen verdergaand te harmoniseren. De keuze voor de burgerlijke rechter werkt wellicht de (positieve) omstandigheid in de hand dat de commissies voor geschillen meer dan nu het geval is als een feitelijke eindinstantie worden gezien. De keuze voor de burgerlijke rechter maakt ten slotte een eind aan de complicaties van concurrerende en stapelende rechtsgangen die thans onder invloed van de Awb bestaan.

7.3 **Varia en curiosa**

We sluiten dit hoofdstuk af met wat losse einden.

(1) Een eerste te signaleren lijn in de jurisprudentie houdt in, dat *plaatsingsbeslissingen* in het openbaar onderwijs, voorzover ze niet een weigering of verwijdering betreffen, niet appellabel zijn. Dergelijke beslissingen – bijvoorbeeld tot verwijzing van een leerling naar een ander schoolgebouw,³⁵⁹ of plaatsing van een leerling in een bepaalde klas³⁶⁰ – worden geacht de interne organisatie van de school te betreffen en geen rechtsgevolg te hebben nu ze niet de rechtspositie van de leerling raken en derhalve geen besluiten zijn. In dezelfde zin betoogde de regering: ‘Er zij voorts op gewezen dat door het gebruik van het woord ‘rechtshandeling’ duidelijk wordt dat het moet gaan om een besluit dat gericht is op rechtsgevolgen, waarmee uiteraard bedoeld is op externe rechtsgevolgen. (...) Beslissingen van een bestuursorgaan die een zuiver intern karakter hebben (...) zijn dus niet als besluiten in de zin van de wet aan te merken. Tot deze categorie zaken behoren ook bijvoorbeeld beslissingen over de interne gang van zaken zoals die binnen iedere dienst nodig zijn, ook binnen de krijgsmacht of een openbare school of universiteit. Vandaar dat beslissingen om een leerling die te laat komt, een middag te laten terugkomen of een extra les op te dragen, buiten het begrip besluit vallen.’³⁶¹

359. VzARRS 27 augustus 1987, AB 1988, 555; VzARRS 2 september 1988, Gst. 6874, 4 m.nt. HH.

360. Pres. Rb. Den Haag 4 september 1996, Gst. 7046, 8.

361. PG Awb I, p. 155.

Collega-leadadviseur Kortmann kan dit alles niet volgen.³⁶² Inderdaad wordt in de toelichting niet voldoende aangegeven waarom de genoemde beslissingen in de school een intern karakter bezitten. Vanuit algemeen bestuursrechtelijk gezichtspunt ligt zo'n kwalificatie ook niet voor de hand. De leerling behoort immers niet tot het orgaan en diens ambtenaren, neemt dus in aanleg een externe positie in. Met Michiels en Jacobs zouden we in dit verband echter willen bepleiten om het begrip 'extern' wat op te reken tot 'buiten de sfeer van het orgaan'. Aldus wordt bewerkstelligd dat niet elke beslissing van onderwijskundige, organisatorische of ordehandhavende aard een appellabel besluit vormt met alle juridisering van dien. Aldus wordt ook recht gedaan aan de onderwijsinstelling als een pedagogische eenheid met een zekere autonomie.³⁶³

Overigens wordt deze lijn niet onverkort gehandhaafd. In een andere zaak werd een plaatsingsbeslissing wel als een besluit aangemerkt.³⁶⁴ En in een recente casus oordeelde de Amsterdamse president dat de beslissing tot wijziging van de schooltijdenregeling (naar één keer per twee weken een vierdaagse schoolweek) opgevat moest worden als een appellabel besluit van algemene strekking.³⁶⁵ De laatstgenoemde zaak illustreert overigens dat het soms nogal lastig is om te bepalen of een beslissing een intern dan wel een extern karakter heeft; het is in casu moeilijk vol te houden dat de rechtspositie van de leerling door de betreffende beslissing niet (wezenlijk) geraakt wordt. Derhalve lijkt ons de visie van de president in dit concrete geval juist. Een en ander neemt niet weg, dat het begrippenpaar in de andere bovengenoemde zaken een nuttige functie vervult met het oog op het afschermen van de pedagogische autonomie van de school. Wij pleiten dan ook voor handhaving van deze jurisprudentie.

(2) Curieus zijn artikel 140 lid 5 Wpo en artikel 96g lid 5 Wvo, die bepalen dat artikel 8:2 Awb niet van toepassing is op verordeningen die de basis vormen voor gemeentelijke financiering van allerlei onderwijsactiviteiten. Aldus is *rechtstreeks beroep* (en bezwaar) mogelijk tegen deze specifieke categorie van algemeen verbindende voorschriften. Daarmee wordt, aldus de regering, een extra waarborg gecreëerd voor de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs; bovendien kan aldus ervaring opgedaan worden als per 1 januari 1999 artikel 8:2 Awb geschrapt wordt.³⁶⁶ Ons inziens is deze beroepsmogelijkheid een dooie mus. Het is ook een vreemde eend in de bijt, nu artikel 8:2 Awb (voorlopig?) toch niet geschrapt wordt. Genoemde bepalingen kunnen dan ook vervallen.

362. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1997 (3e druk), p. 55 noot 125.

363. Michiels en Jacobs, a.w., p. 311.

364. Pres. Rb. Den Haag 4 augustus 1994, JO 1995/4, p. 77.

365. Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999, AB 2000, 106 m.nt. BPV.

366. Kamerstukken II 1995/96, 24 645, B, p. 6; Kamerstukken II 1995/96, 24 645, nr. 6, p. 18-19.

(3) Interessant is het verschil in *openbaarheidsregime* in het openbaar en bijzonder onderwijs en de rechtsbescherming daartegen. Openbare scholen, voorzover bestuurd door of werkzaam onder verantwoordelijkheid van organen van de gemeente, vallen onder de Wet openbaarheid van bestuur (artikel 1a lid 1b Wob).³⁶⁷ Dat betekent dat bijvoorbeeld de cito-scores van zo'n school via een Wob-procedure verkregen kunnen worden. Evenzo is de Wob van toepassing op de openbare universiteiten en hogescholen (artikel 1a lid 2 Wob jo. artikel 2 Besluit bestuursorganen WNo en Wob).³⁶⁸ Bijzondere onderwijsinstellingen vallen daarentegen, onder meer vanwege de vrijheid van onderwijs, buiten het bereik van de Wob.³⁶⁹

Dit levert op zich natuurlijk een merkwaardig verschil op. Het is echter de vraag of een bijzondere instelling er zoveel aan heeft. Zij dient immers aan de inspectie alle vereiste inlichtingen te geven omtrent de school en het onderwijs (artikel 5 lid 3 Wpo en artikel 115 lid 3 Wvo). En die bij de inspectie rustende gegevens vallen alsdan onder het Wob-regime.³⁷⁰

(4) Een laatste relevante kwestie betreft de rechtsbescherming tegen *inspectie-oordelen*. Allereerst heeft de inspectie tot taak om te beoordelen of de door een schoolbestuur met een beroep op de grondslag voorgestelde alternatieve kerndoelen van gelijk niveau zijn als de door de regering vastgestelde kerndoelen (artikel 9 lid 7 Wpo). Thans³⁷¹ laat de wet volledig in het midden welke rechtsgang het schoolbestuur moet bewandelen als de inspecteur van oordeel is dat de eigen kerndoelen niet gelijkwaardig zijn. Is dat oordeel een appellabele beschikking? Wij sluiten het niet geheel uit, maar prefereren de invoering van een uitdrukkelijk geregelde geschillenvoorziening.

Een tweede – actuele – kwestie betreft de vraag hoe opgekomen kan worden tegen een negatieve beoordeling van de inspectie, gebaseerd op de door haar in het kader van het zogenaamde integraal schooltoezicht vergaarde gegevens.³⁷² Een dergelijk oordeel is openbaar, en kan negatieve gevolgen hebben voor het leerlingental van de betreffende school. Voorshands menen wij dat zo'n oordeel ondanks die mogelijke feitelijke consequenties geen rechtsgevolgen heeft. Derhalve zal een schoolbestuur dat

367. Deze bestuursorganen vallen niet via artikel 1a lid 2 Wob weer buiten het regime van de wet. Artikel 1a lid 1d Wob, waarnaar lid 2 terugverwijst, heeft alleen betrekking op 'andere bestuursorganen' dan – onder meer – bestuursorganen van de gemeente.

368. Stb. 1998, 580.

369. Kamerstukken II 1997/98, 25 456, nr. 6, p. 2-3; Kamerstukken II 1997/98, 25 456, nr. 11, p. 1.

370. Pres. Rb. Amsterdam 20 augustus 1997, Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (NTOR) 1997, 219.

371. Tot voor enkele jaren stond de gang naar de Onderwijsraad open, met beroep op de Afdeling.

372. De regering is van plan hiervoor een wettelijke basis te creëren in een Toezichtswet, zie de nota Variëteit en waarborg, Zoetermeer 1999.

meent onjuist – te negatief – beoordeeld te zijn dus de burgerlijke rechter moeten adïëren. Het gaat hier echter om de uitoefening van publiekrechtelijk genormeerd overheidstoezicht. Ook voor dit type inspectie-oordelen zouden wij derhalve een specifieke geschillenregeling willen bepleiten.³⁷³

7.4 Conclusies

(1) Artikel 8:4 onder e Awb kan worden geschrapt. Zuivere beoordelingsbeslissingen worden reeds, zij het via een omweg, bij de bestuursrechter aangebracht. De afstandelijke toetsing, waarbij de Afdeling zich beperkt tot de vraag of de gedupeerde in redelijkheid kan worden gehouden aan de uitspraak van de instantie in administratief beroep, onderscheidt zich voor het gros der beoordelingsbeslissingen niet van de jurisprudentie van bijvoorbeeld de Duitse bestuursrechter die geen uitzondering in de zin artikel 8:4 onder e Awb kent. Bovendien zijn thans reeds enige (complexe) beoordelingsbesluiten appellabel (7.1.3). Zie echter stelling (1) in 4.6.

(2) De redenering of vaststelling dat bij beroep tegen beslissingen in verband met de afgifte van getuigschriften in het bijzonder onderwijs toegang dient open te staan op de bestuursrechter moet strikt worden beperkt tot die gevallen waarin formele aspecten, optredend na afsluiting van het daarvoor vereiste examen, aan de verlening van een getuigschrift in de weg staan. Dat betekent dat beoordelingsbeslissingen in het bijzonder onderwijs in het kader van het (afsluitend) examen volledig onttrokken dienen te blijven aan het oordeel van de bestuursrechter. Het zou overweging verdienen een daartoe strekkende regel in de verschillende onderwijswetten op te nemen (7.1.4).

(3) Al met al zijn er wat betreft de toetsende rol bij beoordelingsbeslissingen geen dramatische verschillen tussen de burgerlijke rechter en de rol die voor de bestuursrechter wenselijk wordt geacht (7.1.5).

373. Instellingen krijgen overigens het recht van hoor en wederhoor voorafgaande aan publicatie van het oordeel, en kunnen daarnaast conform Hoofdstuk 9 Awb een klacht indienen (zie de vervolgnota Naar een stimulerend toezicht, Zoetermeer 2000). Dat zal evenwel niet altijd soelaas bieden.

(4) Bij de toetsing van uitspraken van commissies voor geschillen ingevolge de Wmo 1992 door de burgerlijke rechter (bijzonder onderwijs) en bestuursrechter (openbaar onderwijs) treden inhoudelijke verschillen op. Deze frustreren de bedoeling van de wetgever om voor medezeggenschapsgeschillen in openbaar en bijzonder onderwijs te voorzien in een gelijkwaardige rechtsgang bij de commissie (7.2.2).

(5) Met de komst van de Awb is de rechtsgang ingevolge de Wmo 1992 in het openbaar onderwijs aanzienlijk gecompliceerd. Naast de medezeggenschapsraad kunnen de ouders of andere belanghebbenden bij geschillen waar besluiten van het bevoegd gezag in het geding zijn, de Awb-rechtsgang volgen die de Wmo-rechtsgang behoorlijk in de weg zit. Een belemmerende factor voor de besluitvorming in de school is de mogelijkheid van stapeling van rechtsgangen (7.2.3, 7.2.4).

(6) Bij de vormgeving van de toekomstige Wmo-rechtsgang kunnen ingrijpende keuzen niet worden vermeden. Geopteerd wordt voor algehele toegang tegen uitspraken van geschillencommissies bij de burgerlijke rechter (7.2.5).

(7) De rechtspraak waarbij plaatsingsbeslissingen in het openbaar onderwijs – daargelaten beslissingen inzake toelating en verwijdering – geacht worden buiten het besluitbegrip te vallen, verdient instemming. Daarmee wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat aan onderwijsinstellingen een pedagogische autonomie toekomt (7.3).

(8) De mogelijkheid om rechtstreeks tegen een gemeentelijke verordening voor financiering van onderwijsactiviteiten (in afwijking van artikel 8:2 Awb) bezwaar en beroep te kunnen instellen, dient te worden geschrapt (7.3).

(9) Er dient een specifieke geschillenregeling open te staan ter zake van inspectie-oordelen (7.3).

8. Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere onderwijsrecht’

We ronden af met enkele algemene beschouwingen over de verhouding tussen het algemene bestuursrecht en het onderwijsrecht.

De Awb-wetgever pretendeert dat de Awb een zekere superioriteit toekomt ten opzichte van de bijzondere rechtsgebieden (voor vindplaatsen zie Kortmann, preadvies par. 2). Het is echter niet zo, en het kan ook niet zo zijn, dat in de verhouding tussen de Awb en het onderwijsrecht sprake is van een suprematie van de Awb. Op enkele plaatsen blijkt uit de tekst van de Awb en de wetsgeschiedenis dat de Awb-wetgever zelf al uitgaat van een zekere autonomie van het onderwijsrecht ten opzichte van de Awb. Te wijzen valt op artikelen 4:21 en 8:4 sub e Awb; op de toelichting waarin school-interne beslissingen buiten het besluitbegrip geplaatst worden; en op het bestaan van een eigen klachtenregeling als *lex specialis* ten opzichte van hoofdstuk 9 Awb. Voor een deel is de terughoudendheid die betracht dient te worden bij de doorwerking van de Awb in het onderwijsrecht te verklaren vanuit een aan de onderwijsinstellingen en de daarbinnen optredende deskundigen toekomende pedagogische (en wetenschappelijke, zie artikel 1.6 Whw) autonomie.

Voor een belangrijker deel is de vereiste terughoudendheid te rechtvaardigen vanuit de grondwettelijk verankerde dualiteit van het onderwijsbestel, bestaande uit twee gelijkwaardige takken: het publiekrechtelijk geordende openbaar onderwijs en het privaatrechtelijk geordende bijzonder onderwijs. Een al te sterke doorwerking van het bestuursrecht in de privaatrechtelijke structuur van het bijzonder onderwijs tast de eigen aard van dat onderwijs en daarmee de vrijheid van onderwijs aan. Daar is overigens niet mee gezegd dat de wetgever nimmer in die structuur mag treden en nimmer daarbinnen Awb-normen mag opleggen.

Zo is het civielrechtelijke rechtspersonenrecht niet ondoordringbaar voor het bestuursrecht. Er kunnen zelfs goede redenen zijn om bestuursrechtelijke begrippen

en normen in het onderwijsrechtspersonenrecht in te voeren. Daarvoor is dan echter niet voldoende dat de Awb-wetgever zich aldus in algemene zin uitlaat; vereist is dat de *onderwijswetgever* zich uitdrukkelijk en specifiek in deze zin uitspreekt. Zo sluiten wij niet uit dat de onderwijswetgever in afwijking van de gebruikelijke privaatrechtelijke systematiek niet de rechtspersoon – de (overheids)stichting – maar een specifiek orgaan binnen de rechtspersoon als bevoegd gezag aanwijst. En evenmin sluiten wij uit, dat de onderwijswetgever beperkingen stelt aan de interne spreiding ('delegatie') van bevoegdheden binnen de privaatrechtelijke rechtspersoon, aldus grenzen stellend aan de statutaire autonomie.

Anderzijds is ook niet uitgesloten dat de onderwijswetgever de toepasselijkheid van de Awb modelleert naar het privaatrecht. Zo zien wij het niet als onjuist als de onderwijswetgever de stichting voor openbaar onderwijs, dus een privaatrechtelijke rechtspersoon – in Awb-termen een b-orgaan – niettemin aanmerkt als een a-orgaan. Evenmin is a priori uitgesloten dat de onderwijswet bepaalde privaatrechtelijke handelingen van onderwijsinstellingen, commissies en dergelijke (bijvoorbeeld de beslissingen van de permanente commissie leerlingenzorg) kwalificeert als appellabele (Awb-) besluiten, al dan niet in administratief beroep genomen.

Kortom: er is geen automatische suprematie van de Awb; evenmin is sprake van een vanzelfsprekende voorrang van het burgerlijk recht. Het is juist de taak van de onderwijswetgever tussen beiden te bemiddelen. Dat doet hij helaas niet altijd met de gewenste zorgvuldigheid. Zo husselt hij privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen soms te veel door elkaar, en geeft zich onvoldoende rekenschap van de eigenstandigheid van het privaatrecht.

Voorzover de onderwijswetgever echter op goede gronden meent een adequate implementatie te realiseren van de grondwettelijke normen zijn wij van oordeel dat – zo het al nodig is om in termen van voorrang te spreken – de onderwijswetgeving om die reden derogeert aan het bestuursrecht (en het privaatrecht). Zo kan bijvoorbeeld de Awb-subsidietitel niet in de weg staan – doet dat overigens waarschijnlijk ook niet – aan de in de onderwijswetten neergelegde uitwerking van de constitutionele eisen met betrekking tot de bekostiging.

Er is nog een andere reden waarom het algemene bestuursrecht niet per definitie voorrang kan hebben. In toenemende mate doen zich in het onderwijsveld allerlei samenwerkingsvormen voor waarbij zowel openbaar als bijzonder onderwijs betrokken zijn: te denken valt aan de samenwerkingsschool, het samenwerkingsbestuur en de samenwerkingsverbanden. Wil het bijzonder onderwijs daarbinnen tot zijn recht kunnen komen, dan zal noodzakelijkerwijs voor een privaatrechtelijke rechtsvorm gekozen moeten worden. Zou namelijk voor een publiekrechtelijke regeling gekozen

worden, dan zouden daarmee ook allerlei inhoudelijke publiekrechtelijke normen (legaliteitsbeginsel, neutraliteit, gelijkheidsbeginsel, grondrechten, abbb) integraal binnengehaald worden. Daarmee zou voor het bijzonder onderwijs onvoldoende ruimte resteren om eigen keuzen te maken.

Dit vloeit voort uit een asymmetrie tussen publiekrecht en privaatrecht. Met een publiekrechtelijke regeling en met de kwalificatie van een instantie als bestuursorgaan is vanzelf ook de toepasselijkheid van een heel stelsel van inhoudelijke publiekrechtelijke normen gegeven, die noties als de vrijheid van onderwijs onvoldoende ruimte laten. Dat is niet het spiegelbeeldige geval bij privaatrechtelijke vormgeving; daarbinnen is het zeer wel mogelijk partieel of in volle omvang publiekrechtelijke normen tot gelding te laten komen. Het privaatrecht laat door zijn openheid, in de zin dat met de privaatrechtelijke *vorm* niet een *materiële normering* voorgegeven is, een naar inhoud publieke, private of gemengde ‘inkleuring’ toe.

In lijn hiermee kiest de wetgever dan ook terecht voor de stichtingsvorm of een andere privaatrechtelijke structuur, en is alle personeel bij samenwerkingsorganisaties werkzaam krachtens arbeidsovereenkomst. Evenzo dient de Awb expliciet buiten toepassing verklaard te worden daar waar geen organisatorische scheiding tussen openbaar en bijzonder onderwijs is te maken (zoals het geval is bij de samenwerkingschool). En generaliserend kan worden gesteld dat, waar een uniform regime voor openbaar en bijzonder onderwijs gekozen wordt, zulks in principe privaatrechtelijk vormgegeven dient te worden. In zoverre is het privaatrecht nog immer het (al)gemeene recht.

9. Stellingen

1. Voorzover het gaat om de verhouding van het bevoegd gezag ten opzichte van de rijksoverheid is er geen wezenlijk onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Het theoretische onderscheid tussen voor het openbaar onderwijs geldende regels (algemeen verbindende voorschriften) en door het bijzonder onderwijs in vrijheid aanvaarde bekostigingsvoorwaarden (subsidiecondities) is voor wat betreft de externe relatie met de rijksoverheid in de praktijk moeilijk te handhaven (hoofdstuk 1 conclusie 4).
2. Er is wel een essentieel verschil in werking van regels respectievelijk bekostigingsvoorwaarden voor wat betreft de interne werking ervan in de verhouding tussen bevoegd gezag en de deelnemers (personeel, leerlingen/ouders). Regels hebben voorzover zij zich daarvoor lenen interne werking. Bekostigingsvoorwaarden hebben dat in principe niet: het bevoegd gezag, drager van de vrijheid van onderwijs, is in beginsel de enige normadressaat van de bekostigingsvoorwaarden (hoofdstuk 1 conclusie 5).
3. Het bevoegd gezag van een openbare school dient een bestuursorgaan te zijn. Dat is niet alleen voor de hand liggend, omdat bevoegdheden nu eenmaal aan bestuursorganen worden toebedeeld. Ook overwegingen van legaliteit, democratische legitimatie en de eis van overwegende overheidsinvloed wijzen in deze richting. Dat geldt ook voor de openbare rechtspersoon en de overheidsstichting (hoofdstuk 2 conclusies 2 en 3). Er zijn goede gronden om de overheidsstichting bij wettelijke regeling als a-orgaan aan te merken (hoofdstuk 4 conclusie 2).
4. De wetgever dient in principe niet te treden in de bestuursstructuur van het bevoegd gezag van een bijzondere school. De grondwettelijke vrijheid van het bijzonder onderwijs in samenhang met de bestuurlijke autonomie die Boek 2 BW

aan verenigingen en stichtingen toekent, vormen hiervoor de grond. Het is de wetgever echter niet te allen tijde verboden aan de vrijheid tot interne regeling grenzen te stellen. Zulks dient dan wel bij expliciete wetgeving te geschieden, en slechts wanneer voor zo'n ingreep zwaarwegende belangen aanwezig zijn (hoofdstuk 2 conclusie 4; hoofdstuk 4 conclusie 4). De huidige regeling van het 'versterkt mandaat' in artikel 32a en 32b Wvo voldoet hier niet aan (hoofdstuk 4 conclusie 5).

5. Delegatie aan ondergeschikten is binnen onderwijsinstellingen met artikel 10:14 Awb niet uitgesloten. Het is aan de onderwijswetgever om in een bepaald geval al dan niet een ambtenarenrechtelijke ondergeschiktheidsverhouding aan te nemen (hoofdstuk 4 conclusie 6).
6. Varianten van samenwerking van openbaar en bijzonder onderwijs dienen privaatrechtelijk vormgegeven te worden. De instellingen moeten uitgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (hoofdstuk 2 conclusie 5). Het personeel bij een samenwerkingschool of een samenwerkingsbestuur dient daar werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst (hoofdstuk 3 conclusie 3). In geval van een samenwerkingsbestuur dienen beslissingen van het bevoegd gezag, voorzover zij uitsluitend de openbare school betreffen, aangemerkt te worden als besluiten; voorzover zij de bijzondere school betreffen, is sprake van handelingen naar burgerlijk recht (hoofdstuk 3 conclusie 6; hoofdstuk 4 conclusie 3). Bij de samenwerkingschool zou de toepasselijkheid van de Awb voor alle beslissingen van het bevoegd gezag moeten worden uitgesloten (hoofdstuk 4 conclusie 3).
7. De verhouding tussen het bevoegd gezag en de leerling dient noch in het openbaar noch in het bekostigd bijzonder onderwijs te worden aangemerkt als een (civielrechtelijke) onderwijsovereenkomst (hoofdstuk 3 conclusies 4 en 5).
8. De aansluiting van de subsidietitel van de Awb op de onderwijsbekostigingssystematiek zal niet op serieuze moeilijkheden stuiten. Voorzover aanpassing evenwel onverhoopt in strijd zou komen met de eisen van artikel 23 Grondwet ter zake van de bekostiging, dient deze achterwege te blijven (hoofdstuk 5 conclusie 2).
9. De in het onderwijsrecht vigerende geschillenregelingen in de voorfase van beroep op de rechter weerspiegelen een 'derde weg' die van belang is voor het nastreven van gelijkwaardige rechtsbescherming aan instellingen van openbaar en bijzonder onderwijs. Deze derde weg past niet binnen de regeling en uitgangspunten van het administratief beroep. Vanuit het bewustzijn een derde weg te bewandelen

dient de onderwijswetgever tot het systematiseren en harmoniseren van de geschillenregelingen over te gaan (hoofdstuk 6, verscheidene conclusies).

10. Het gegeven van toegang tot verschillende rechters bij het beroep tegen beslissingen van openbare en bijzondere onderwijsinstellingen beantwoordt aan fundamentele uitgangspunten van het duale bestel. Soms dient een uitzondering op dit uitgangspunt te worden toegestaan. Dit is het geval als de belangen van ouders of leerlingen tot een uniforme rechtsgang noodzakelijk zijn of als de systeemverschillen tussen de ene of andere rechtsgang dermate groot zijn dat niet meer van een gelijkwaardige rechtsbescherming van de onderwijsinstellingen kan worden gesproken. De keuze voor het primaat van de bestuursrechter bij de verzekering van uniforme rechtsbescherming berust evenwel op een eenzijdige kijk van de werkelijkheid. Soms wordt met de regeling van algemene toegang tot de burgerlijke rechter een betere voorziening geboden (hoofdstuk 6 conclusies 1 en 2, hoofdstuk 7 conclusie 6).
11. Artikel 8:4 onder e Awb dient te worden geschrapt (hoofdstuk 7 conclusie 1). Wel dient daarbij voor ogen gehouden te worden dat de interne verhoudingen van scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs worden beheerst door de pedagogische vrijheid. Deze vrijheid verdraagt zich niet met de juridisering van oordelen en beoordelingen die in het kader van het onderwijs als 'ontwikkelingsgang' ten aanzien van leerlingen gelden. Zij is de rechtsgrond om een aantal beslissingen binnen de openbare school uit te zonderen van het begrip besluit (hoofdstuk 4 conclusie 1). Op dezelfde grond verdient de jurisprudentie waarbij plaatsingsbeslissingen in het openbaar onderwijs niet als besluit gekwalificeerd worden instemming (hoofdstuk 7 conclusie 7).
12. Het is niet zo dat de Awb ten opzichte van het onderwijsrecht de status heeft van een algemene wet die een zekere suprematie ten opzichte van dit specifieke rechtsgebied toekomt. De Grondwet en als uitvloeisel daarvan het privaatrecht verzetten zich daartegen (hoofdstuk 8).

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)

Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)

Mr. B. Verwayen (penningmeester)

Prof. mr. M.A.P. Bovens

Mr. H.J.G. Bruens

Prof. dr. M.W.C. Feteris

Mr. R.H. Lauwaars

Mr. J.B. Mencke

Mr. A.W.H. Meij

Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong

Mr. J. Spier

Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante †

Mr. J. van der Hoeven

Mr. J.M. Polak

Mr. A. Rothuizen-Geerts

Mr. M. Scheltema

Mr. F.W. ter Spill †

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)

XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burger- rechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)

XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)

LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk- Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)

LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)

106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolai mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof.mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor- van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)