

Vergaderjaar 2008–2009

32 040

Wijziging van diverse onderwijswetten in verband met het invoeren van een fusietoets in het onderwijs (fusietoets in het onderwijs)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 13 juli 2009 en het nader rapport d.d. 24 augustus 2009, aangeboden aan de Koningin door de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de staatssecretarissen van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de minister Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 29 april 2009, no. 09.001211, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van diverse onderwijswetten in verband met het invoeren van een fusietoets in het onderwijs (fusietoets in het onderwijs), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bepaalt dat fusies van scholen en van schoolbesturen voortaan moeten worden goedgekeurd door de minister. Dit zal gelden voor de vier sectoren van het onderwijs: primair onderwijs, voortgezet onderwijs, beroepsonderwijs en volwasseneneducatie, en hoger onderwijs. De minister kan goedkeuring weigeren als door de fusie de variatie van het onderwijsaanbod significant wordt belemmerd.

Het voorstel is – mede – tot stand gekomen naar aanleiding van een motie van de Tweede Kamer, waarin wordt aangedrongen op een fusietoets met het oog op de menselijke maat in het onderwijs. De fusietoets is uitgewerkt in een advies van de Onderwijsraad.² Fusies worden ervaren als een groot en acuut probleem. De fusietoets wordt gezien als een eerste maatregel, bedoeld om nieuwe fusies op korte termijn te voorkomen. De regering overweegt verdere maatregelen; daarom is aan de Onderwijsraad gevraagd voorstellen te doen over «defusering».

De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over schaalgrootte in het onderwijs, stelt vragen bij het probleem dat met de fusietoets moet worden opgelost, beoordeelt het voorstel op consistentie en toetst het aan de vrijheid van inrichting. De Raad stelt vast dat niet helder is op welk probleem de fusietoets is gericht: gaat het over de variatie van het onderwijsaanbod als bedoeld in het wetsvoorstel zelf,³ of gaat het over in de toelichting gehanteerde aspecten, zoals de menselijke maat, de keuzevrijheid, de legitimatie van het onderwijs in het algemeen of de legitimatie bij de besluitvorming over de fusie. De Raad constateert voorts dat het wetsvoorstel geen duidelijkheid biedt over de vraag, op welk niveau schaalgrootte aan de orde is; de Raad onderscheidt vier niveaus:

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

² Onderwijsraad, De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs, advies nr. 20080309/930 van 28 november 2008.

³ Voorgesteld artikel 64c van het Wet op het primair onderwijs.

- *de bestuurlijke schaal: het aantal scholen of instellingen (en het aantal leerlingen of studenten) dat een bestuur onder zich heeft;*
 - *de grootte van de school of instelling: het aantal leerlingen of studenten van een school of instelling, al dan niet in meerdere vestigingen;*
 - *de grootte van een locatie: het aantal leerlingen in één schoolgebouw; en*
 - *de schaal waarop het onderwijs daadwerkelijk wordt gegeven, meestal dat van de klas of groep.*
- De Raad is van oordeel dat het voorstel nader dient te worden overwogen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 29 april 2009, nr. 09.001211, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 13 juli 2009, nr. W05.09.0145/l, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Raad van State aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen en de Raad geeft in overweging daarmee rekening te houden. Dit nader rapport gaat allereerst in meer algemene zin in op de opmerkingen van de Raad en vervolgens meer specifiek waarbij zij de indeling volgt van het advies van de Raad van State.

De Raad heeft ten aanzien van het nut en de noodzaak van dit wetsvoorstel in hoofdlijnen de volgende opmerkingen:

- het is onduidelijk op welke van de vier niveaus van schaalgrootte het wetsvoorstel ziet;
- elke schaalomvang van een onderwijsinstelling of van een bestuur heeft voor- en nadelen, een weging daarvan kan niet in abstracto van bovenaf worden uitgevoerd;
- er is geen bewijs voor een samenhang tussen kwaliteit en schaalgrootte;
- het wetsvoorstel is een administratieve belasting voor de onderwijsinstellingen en beperkt hun handelingsvrijheid, de noodzaak om daartoe over te gaan is niet aangetoond;
- het wetsvoorstel is niet consistent met eerder overheidsbeleid, dat gericht was op schaalvergroting; de regering zou veeleer moeten streven naar een schaalneutrale aansturing van het onderwijs.

De Raad meent dat op grond van het voorgaande het wetsvoorstel zou moeten worden heroverwogen.

De regering heeft er behoefte aan om eerst in algemene zin op dit oordeel van de Raad in te gaan.

De fusietoets is een onderdeel van een breder programma menselijke maat waarvoor de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de contouren heeft geschetst in de brief van 28 november 2008 (Kamerstukken II, 2008/09, 31 135, nr. 16). De fusietoets lost dus niet alle problemen op die in die brief aan de orde komen, maar richt zich specifiek op processen van schaalvergroting door fusies en de gevolgen daarvan voor de keuzevrijheid van leerlingen, deelnemers, studenten en ouders.

Ten aanzien van het onderhavige onderwerp hecht de regering aan een breed gedragen opvatting met betrekking tot de noodzaak om een wettelijk instrument te creëren om fusies in het onderwijs tegen het licht te houden en waar de keuzevrijheid wordt beperkt zelfs tegen te houden, tenzij fusie noodzakelijk blijkt voor bijvoorbeeld het voortbestaan van de onderwijsinstelling. Het gaat hier met name om situaties waarin een maatschappelijk ongewenste dominantie van één partij ten aanzien van het onderwijsaanbod dreigt. Dominantie van een partij leidt er namelijk toe dat het noodzakelijke tegenwicht tegen bewegingen die de keuzevrijheid benadelen, wegvalt.

De Raad merkt op dat niet helder is op welke van de vier, door de Raad geïdentificeerde niveaus van schaalgrootte, dit wetsvoorstel ziet. De regering beschouwt alle vier de niveaus (de bestuurlijke schaal, de onderwijsinstellings-schaal, de locatieschaal, en de groepsschaal) als belangrijk voor de menselijke maat. Het wetsvoorstel ziet echter alleen op de bestuurlijke schaal en de schaalgrootte van de onderwijsinstelling. Fusies vinden plaats op bestuurlijk niveau en onderwijsinstellingsniveau en vormen om die reden het kader van het wetsvoorstel. Met betrekking tot de laatste twee niveaus merkt de regering op dat deze allereerst de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag zijn. Het

is tevens de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag om te zorgen voor de menselijke maat, ook gelet op de sociale veiligheid en sociale cohesie, binnen de organisatie. Lokale omstandigheden – zoals het verschil in keuzevrijheid in de stad en op het platteland – kunnen hierbij uitdrukkelijk een rol spelen.

De regering deelt de observatie van de Raad dat elke schaalgrootte voor- en nadelen heeft. In het overheidsbeleid van de afgelopen decennia hebben in het algemeen de voordelen van een grotere schaal de boventoon gevoerd. Zelfstandigheid van onderwijsinstellingen brengt met zich dat deze een breder financieel draagvlak nodig hebben. Personeelsbeleid kan vaak beter professioneel worden vormgegeven in grotere organisaties. Het is van belang te onderkennen dat in het overheidsbeleid op dit moment in het algemeen geen specifieke prikkels gericht op schaalvergroting meer aanwezig zijn. De stimulans tot schaalvergroting wordt nu vooral gevormd door meer algemeen economische wetmatigheden («economy of scale»).

Op veel plaatsen heeft de ontwikkeling van schaalvergroting er toe geleid dat situaties zijn ontstaan die als optimaal kunnen worden ervaren. Er zijn zeker ook onderwijsinstellingen of besturen waar schaalvergroting nog voordelen kan bieden in het licht van het financiële beleid en het personeelsbeleid en waar de kwaliteit van het onderwijsaanbod gebaat is bij de schaalvergroting. De regering heeft er geen behoefte aan om het onderwijs deze mogelijkheden te ontnemen door, zoals de Raad suggereert, over te gaan tot een schaalneutrale aansturing van het onderwijs. Dit zou immers alleen mogelijk zijn door het «afromen» van de voordelen van de «economy of scale» bij grotere onderwijsinstellingen door een degressief tarief per leerling/student.

Waar de regering dus de opvatting van de Raad deelt dat toename van schaalgrootte voordelen kan hebben, heeft zij, met o.a. Onderwijsraad, ouder-, leerlingen-, en lerarenorganisaties en de Tweede Kamer tevens de vraag gesteld of aan schaalvergroting geen grenzen moeten worden gesteld uit het oogpunt van keuzevrijheid en legitimiteit. Dit als onderdeel van de veel bredere discussie over het bevorderen van de menselijke maat in het onderwijs.

Momenteel biedt het wettelijk kader de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap geen enkele bevoegdheid om handelend op te treden als zich fusies voordoen die ertoe leiden dat de keuzevrijheid in het stelsel in gevaar komt.

De regering gaat in beginsel uit van een systeem van zelfregulering voor de instandhouding van een pluriform onderwijsstelsel. Als het systeem van zelfregulering goed functioneert zal het dus niet vaak voorkomen dat goedkeuring aan een fusieaanvraag moet worden onthouden. Anderzijds acht de regering de wettelijke bevoegdheid om een fusieaanvraag af te wijzen een onmisbaar sluitstuk gelet op de stelselverantwoordelijkheid van de minister.

Het borgen van de betrokkenheid van alle belanghebbenden bij een fusie en het kunnen ingrijpen bij fusies waarvan duidelijk is dat deze het algemeen belang niet dienen zijn de hoofdelementen van het wetsvoorstel. Naar het oordeel van de regering zijn dit juist interventies die een goed functioneren van een stelsel waarvan de vrijheid van onderwijs de grondslag is, ondersteunen.

Legitimiteit houdt in dat bestuurders en schoolleiders draagvlak verwerven voor beleidsvoornemens bij leerlingen, ouders en personeel en zich verantwoorden over die beleidskeuzes. Daarvoor organiseren ze processen waarin leerlingen, ouders en personeel zich kunnen laten horen en zeggenschap kunnen uitoefenen. Men zou dit de bestuurlijke vorm van «gezien en gehoord worden» kunnen noemen.

Het doel van de fusietoets is namelijk dat er in een bepaald gebied de mogelijkheid bestaat om te kiezen uit bestuurlijke eenheden of onderwijsinstellingen (keuzevrijheid) en/of dat er op het niveau van onderwijsinstellingen (binnen bestuurlijke eenheden) een gevarieerd aanbod van

onderwijsrichtingen en pedagogisch-didactische concepten blijft bestaan. Daarnaast bevordert de fusietoets legitimiteit.

1. Het probleem

a. Schaalvergroting: oplossing, probleem of dilemma

De Raad merkt om te beginnen op dat het te eenvoudig is te stellen dat een kleine schaal per definitie beter is dan een grote. Elke schaal heeft voor- en nadelen die bij het bepalen van de optimale schaal tegen elkaar moeten worden afgewogen; de uitkomst van die weging staat niet bij voorbaat vast; de weging kan daarom niet goed van bovenaf, in abstracto, worden uitgevoerd. De notie van de kleine schaal kan wel van belang zijn, maar is niet het enige element.

Voorts hoeft de grootte van de organisatie op zichzelf niet van belang te zijn voor het directe contact met de leerling of leraar. Een grote organisatie hoeft niet in de weg te staan aan een menselijke maat, vooral niet als de professionele voldoende ruimte heeft.

De afgelopen jaren is veel onderzoek gedaan naar het verband tussen schaalvergroting en kwaliteit van het onderwijs.

In een onderzoeksrapport van Regioplan uit 2003 kwam naar voren dat er in de bovenbouw van het basisonderwijs niet of nauwelijks verband is tussen schoolgrootte en sociale veiligheid (pesten, bedreiging, fysiek geweld, wapenbezit, vernieling, seksuele intimidatie en misbruik, en discriminatie). De gegevens waren ontleend aan een enquête onder leerlingen, ouders, docenten en directeurs.¹ Uit een onderzoek naar de sociale veiligheid in het voortgezet onderwijs, uitgevoerd in 2006, bleek dat de relatief grootste veiligheidsproblemen zich voordeden in de relatief kleinste locaties.² Uit een onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau blijkt dat het oordeel van ouders over de kwaliteit van de basisschool van hun kind op diverse aspecten niet samenhangt met de grootte van de school.³

De Onderwijsinspectie concludeert in een rapport uit 2003, op basis van eigen waarnemingen, dat er in het voortgezet onderwijs geen duidelijk verband is tussen de kwaliteit van het onderwijs en de grootte van de scholen (hier in de betekenis van vestiging). Er bestaan op sommige aspecten van kwaliteit wel kleine verschillen. Zo is de kwaliteitszorg op kleine scholen voor voortgezet onderwijs minder goed dan op middelgrote en grote; het pedagogisch en didactisch handelen is op kleine scholen het beste, op middelgrote scholen het minste, op grote scholen gemiddeld.⁴ Deze verschillen zijn echter onvoldoende om te concluderen dat kleine scholen beter zijn dan grote. De onderwijsinspectie verwijst naar rapporten die eerder tot dezelfde conclusie zijn gekomen. Uit verschillende versies van het Nationale scholierenonderzoek blijkt dat het voor het oordeel dat leerlingen hebben over hun school, niet uitmaakt of de school groot of klein is; ook hun welbevinden is niet afhankelijk van de schoolgrootte.⁵ Wel oordelen leerlingen op grote scholen voor voortgezet onderwijs iets minder gunstig over het veiligheidsbeleid en signaleren ze vaker pestgedrag.⁶ Het risico van voortijdig schoolverlaten is daarentegen in grote schoolvestigingen kleiner.⁷ Het oordeel van ouders over de kwaliteit van de school van hun kind op diverse aspecten hangt niet samen met de grootte van de school.⁸

In een literatuuronderzoek concludeert de Onderwijsraad dat de sociale samenhang in het voortgezet onderwijs niet zozeer lijkt samen te hangen met de bestuurlijke schaal, mits de school in een aantal herkenbare organisatorische eenheden is opgedeeld.

In de sector beroepsonderwijs en volwasseneneducatie (bve) en het hoger onderwijs is het beeld ongeveer hetzelfde.⁹ Over de bve-sector is verder niet veel onderzoek bekend. Bij de herstructurering van deze sector in 1996 heeft de wetgever gekozen voor grootschaligheid op regionale schaal. In 2005, bij de indiening van een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), gaf de regering echter als haar oordeel dat grote en kleine instellingen allebei hun eigen waarde hebben: grote instellingen bieden een deelnemer meer keuzemogelijkheden en zijn beter in het organiseren van interne vernieuwingsprocessen; kleine instellingen bieden de deelnemer een menselijke maat en daardoor vaak ook meer veiligheid. Het gaat hier dan ook niet om zwart-wit tegenstellingen tussen opvattingen die waar of niet waar zijn, maar om «competing values», aldus de regering.¹⁰

¹ B. Dekker, M. Diepeveen & P.J. Krooneman, Sociale veiligheid op de basisschool, Amsterdam 2003: Regioplan publicatienummer 1025, blz. ii en 6–12 (Kamerstukken II 2003/04, 29 240, nr. 1, bijlage).

² T. Mooij, drs. R. Sijbers, & M. Sperber, Resultaten van de Veiligheidsmonitor Voortgezet (Speciaal) Onderwijs 2006, Nijmegen: ITS, Radboud Universiteit, blz. 14 (Kamerstukken II 2005/06, 29 240, nr. 14, bijlage).

³ Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), De sociale staat van Nederland 2001, blz. 97–98. Die aspecten waren: inspelen op wensen van ouders, begeleiding bij persoonlijke problemen, leerprestaties, leerlingbegeleiding, tegengaan van spijbelen, stimuleren van zelfstandigheid, en optreden tegen vandalisme, diefstal en geweld.

⁴ Inspectie van het Onderwijs, Schoolgrootte en kwaliteit. Groot in kleinschaligheid, april 2003, blz. 17–20.

⁵ Nationale scholierenonderzoeken uit 1996 en 2000, gegevens verkregen van het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting. De schoolmotivatie en het welbevinden, uitgesplitst naar schooltype, lopen op grotere en kleinere scholen uiteen, maar daarin is geen lijn te ontdekken. In H. M. Bronneman-Helmers, L. J. Herweijer & H. M. G. Vogels, Voortgezet onderwijs in de jaren negentig (Sociaal en Cultureel Planbureau 2002), blz. 188–191, komt naar voren dat de schoolbeleving van leerlingen in het voortgezet onderwijs het sterkst wordt bepaald door het schooltype en -niveau, en in iets mindere mate door de etniciteit en het geslacht van de leerling. Schoolgrootte speelt echter nauwelijks een rol.

⁶ A. L. van der Vegt et al., Nationale Scholierenmonitor, meting voorjaar 2007, Sardes, blz. 42.

⁷ Lex Herweijer, Gestruikel voor de start (SCP 2008), blz. 126–127.

⁸ SCP, De sociale staat van Nederland 2001, blz. 95–97. De aspecten waren: begeleiding van hoogbegaafden, inspelen op wensen van ouders, begeleiding bij leerproblemen, prestaties bij rekenen en taal, voorbereiding op het vervolgonderwijs, sfeer in de klas, en stimuleren van zelfstandig werken.

⁹ Onderwijsraad, Variëteit in schaal, oktober 2005, blz. 45–47.

¹⁰ Wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs in verband met de voorschriften inzake educatie, splitsing van instellingen en vaststelling ondergrens aan de bekostiging deeltijdse beroepsopleidingen, kamerstukken II 2004/05, 30 170, nr. 3, blz. 2.

Het voorstel van Wet medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs, dat in 2007 bij de Tweede Kamer is ingediend, was mede ingegeven door het feit dat de participatiegraad van de deelnemers in de medezeggenschapsraad te wensen overliet. De Raad van State merkte in zijn advies op dat de desinteresse in medezeggenschap voor een deel kan worden verklaard door het feit dat de medezeggenschap is georganiseerd op het niveau van de instelling; die laatste heeft een bovenregionale of zelfs provinciale schaal. De deelnemers hebben dus geen medezeggenschap over het onderwijs op de locatie waar zij dat onderwijs volgen.¹ Het voorbeeld laat zien dat in grootschalige onderwijsorganisaties de betrokkenheid laag kan zijn, tenzij die betrokkenheid kleinschalig wordt georganiseerd.

In het hoger beroepsonderwijs heeft, op initiatief van de Minister van Onderwijs, in de afgelopen decennia een sterke schaalvergroting plaatsgevonden. Fusies lijken daar nu niet meer aan de orde te zijn.

In het wetenschappelijk onderwijs is het aantal instellingen de afgelopen tien jaar gelijk gebleven; de gemiddelde instellingsgrootte is wel gestegen, maar dat wordt veroorzaakt door het feit dat het aantal studenten is gegroeid.² Omdat de bekostiging daarmee geen gelijke tred heeft gehouden, is goed voorstelbaar dat die groei wel gevolgen heeft gehad voor de onderwijskwaliteit. Hier is dus sprake van schaalvergroting die niet veroorzaakt is door fusies. Daar komt bij dat de menselijke maat in deze sector minder speelt, omdat de studenten jongvolwassenen zijn die al een bepaald opleidingsniveau hebben en meer zelfredzaam zijn, maar ook omdat het zwaartepunt in het hoger onderwijs ligt op de decentrale organisatie. Bij keuzevrijheid gaat het niet om instellingen of schoolsoorten, maar om variatie en spreiding in de aangeboden opleidingen en vakken. Een fusietoets lijkt dan ook in het hoger onderwijs in het geheel niet aan de orde; er is ook nooit betoogd dat hier sprake is van een probleem.

De verwarring die zich heeft voorgedaan bij discussies over schaalgrootte, houdt wellicht verband met het feit dat schaalgrootte aan de orde is op vier te onderscheiden niveaus:

- de bestuurlijke schaal: het aantal scholen of instellingen (en het aantal leerlingen of studenten) dat een bestuur onder zich heeft;
- de grootte van de school of instelling: het aantal leerlingen of studenten van een school of instelling, al dan niet in meerdere vestigingen;
- de grootte van een locatie: het aantal leerlingen in één schoolgebouw;
- de schaal waarop het onderwijs daadwerkelijk wordt gegeven, meestal dat van de klas of groep.

Voor de kwaliteit van het onderwijs blijkt de grootte van de locatie soms van belang te zijn, waarbij vooral bepalend is of het schoolgebouw zo is vormgegeven dat de individuele leerling kleinschaligheid ervaart; wezenlijk voor de kwaliteit is echter de situatie op het kleinste niveau: in de klas. De bestuurlijke schaal en de grootte van de school zijn echter niet relevant. De Staatssecretaris concludeerde dan ook in februari 2008: «Er is niet wetenschappelijk onderbouwd dat kleinschaligheid van de school bijdraagt aan de veiligheid op de school. Het gaat vooral om een goede organisatie binnen de bestaande gebouwen.»³ De voorgestelde fusietoets heeft nu juist alleen betrekking op bestuurlijke fusies en scholenfusies die zich afspelen op de hogere niveaus. De Raad adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

b. Aanleiding en doel van de fusietoets

In de politiek wordt al geruime tijd bepleit om «de menselijke maat» in het onderwijs terug te brengen. De schaalvergroting in het onderwijs, die zich sinds de jaren '80 heeft voltrokken en nog altijd doorgaat, bedreigt deze menselijke maat, zo is de gedachte. De Tweede Kamer heeft om die reden in een motie van Van Dijk en Depla aangedrongen op een fusietoets.⁴ De Minister heeft bij brief aan de Tweede Kamer van 28 november 2008 uiteengezet welke plannen hij heeft om de menselijke maat in het onderwijs te bevorderen; de fusietoets is een van de maatregelen die hij aankondigde.

De Raad heeft geconstateerd dat het begrip «menselijke maat» in de loop van de brief een andere inhoud krijgt en vervolgens in de toelichting op het wetsvoorstel naar de achtergrond verdwijnt. In het begin van de brief wordt benadrukt hoe belangrijk het is dat leerlingen, studenten, docenten en ouders gezien en gehoord worden, dat zij niet anoniem zijn, maar als zelfstandige personen worden herkend. «Mensen hebben het nodig om nodig te zijn, zoals

¹ Advies van 7 maart 2007, Kamerstukken II 2007/08, 31 266, nr. 4, punt 1c.

² Onderwijsraad, Variëteit in schaal, blz. 22.

³ Kamerstukken II 2007/08, 29 240, nr. 25, blz. 6.

⁴ Motie van de leden Jasper van Dijk en Depla, Kamerstukken II 2008/09, 31 135, nr. 11.

pedagogen zeggen, ze willen dat hun mening er echt toe doet. Dat maakt dat ze samen verantwoordelijk zijn voor de school waarin mensen samen werken en samen leven. Dat je gezien en gehoord kunt worden, houdt in dat de school op «een menselijke maat» is gestoeld.»¹ In het vervolg van de brief verschuift het accent. Gesteld wordt: «De menselijke maat houdt in dat een instelling overzichtelijk is, zodat de betrokkenen en de belanghebbenden zeggenschap en keuzevrijheid hebben en zich samen verantwoordelijk weten voor de school en de lijnen van besluitvorming kort zijn.»

In de eerste zin van de toelichting op het wetsvoorstel wordt deze omschrijving herhaald. In de uitwerking van deze definitie gaat het nog om twee elementen:

- legitimatie: bestuur en management moeten draagvlak hebben bij leerlingen, ouders, studenten en onderwijspersoneel, en in tweede instantie bij externe betrokkenen;
- keuzevrijheid: leerlingen, hun ouders en studenten moeten kunnen kiezen voor het onderwijs dat het beste past bij hun levensovertuiging, hun opvattingen over onderwijs en hun capaciteiten en ambities.²

Legitimatie en keuzevrijheid kunnen op zichzelf van waarde zijn, maar zij houden geen verband met de dagelijkse situatie in de school en evenmin met de omgang tussen leraren en leerlingen of tussen leerlingen onderling. Waar het bij het begrip «menselijke maat» in wezen om te doen was (gezien en gehoord worden, niet anoniem zijn), is in de criteria legitimatie en keuzevrijheid niet terug te vinden.

Het begrip «legitimatie» ondergaat nog enkele veranderingen.

- In de toelichting wordt het begrip nader omschreven. Daar gaat het niet meer over draagvlak voor besluiten van de school in het algemeen, of om de vraag of dat draagvlak na de fusie verzekerd is, maar alleen om de vraag of de besluitvorming rond het fusievoornemen zorgvuldig is geweest,³ dat moet blijken uit een «fusie-effectrapportage», waaraan wettelijke eisen worden gesteld.
- In het wetsvoorstel zelf is «legitimatie» geen toetsingscriterium. De fusie-effectrapportage moet wel aan de minister worden voorgelegd, maar hij kan de meeste onderdelen daarvan niet bij zijn beslissing meewegen. Hij kan goedkeuring alleen onthouden als de variatie van het onderwijsaanbod door de fusie significant wordt belemmerd.

De Raad stelt vast dat niet helder is welk probleem met een fusietoets moet worden opgelost: variatie van het onderwijsaanbod in de zin van het wetsvoorstel, de menselijke maat, de keuzevrijheid, de legitimatie bij het onderwijs in het algemeen, of de legitimatie bij de besluitvorming over de fusie. De Tweede Kamer heeft bij motie aangedrongen op een fusietoets om de menselijke maat terug te brengen; de fusietoets komt echter – zoals hiervoor uiteengezet – neer op een toets op besturen- en scholenfusies, die niet van invloed zijn op de menselijke maat. Door te schuiven met de notie van «de menselijke maat» wordt geprobeerd een ander probleem, namelijk keuzevrijheid, op te lossen. Daarbij wordt nog wel het criterium «legitimatie» genoemd, maar de inhoud ervan wordt in de toelichting sterk beperkt, terwijl het criterium uiteindelijk geen rol speelt bij de toetsing. Daarnaast blijft de vraag onbeantwoord in hoeverre het wettelijke criterium «variatie» kan worden gerelateerd aan (gebrek aan) kwaliteit van het onderwijs. Naar de mening van de Raad is het voor de kwaliteit van een onderwijsinstelling van primair belang dat het te geven onderwijs vakinhoudelijk en in de benadering van leerlingen van voldoende niveau is. Belemmeringen die aan die kwaliteitsdoelstelling in de weg staan, moeten worden opgeheven. Een fusietoets vormt daartoe naar het oordeel van de Raad niet het geëigende instrument.

Een fusietoets betekent veeleer een administratieve belasting voor de scholen en introduceert een verticaal toezichtsinstrument waarmee de handelingsvrijheid van scholen wordt ingeperkt. De noodzaak om daartoe over te gaan is niet aangetoond. De Raad adviseert daarom het wetsvoorstel te heroverwegen.

c. Consistentie van beleid; stelselverantwoordelijkheid

Het is de vraag of een fusietoets en het streven naar «defusering» – stilistisch beter aan te duiden als scholensplitsing of schaalverkleining – passen in het beleid dat de afgelopen jaren is gevoerd.

Schaalvergroting is deels het doel van onderwijsbeleid geweest, deels het – niet speciaal beoogde – resultaat van dat beleid.⁴ Schaalvergroting is doel van het beleid geweest doordat gestreefd is naar schaalvoordelen om te kunnen

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 135, nr. 16, blz. 1.

² Toelichting, § 1 (Doel en achtergrond van het wetsvoorstel), eerste drie alinea's.

³ Toelichting, §2.3 (Fusiecriteria).

⁴ Onderwijsraad, De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs (Kamerstukken II 2008/09, 31 135, nr. 17, bijlage), blz. 15–23. Onderwijsraad, Variëteit in schaal, blz. 28–35.

bezuinigen of de kwaliteit te verbeteren (grotere scholen werken doelmatiger). In het primair onderwijs zijn de stichtings- en opheffingsnormen van scholen verhoogd, zodat kleine scholen niet meer werden bekostigd. In het voortgezet onderwijs werd de vorming van brede scholengemeenschappen gestimuleerd, vooral met het oog op de basisvorming. In de sector beroepsonderwijs en volwasseneneducatie is, met de vorming van regionale opleidingscentra (roc's) in 1996, het aantal instellingen sterk verminderd. In het middelbaar beroepsonderwijs vormen roc's in veel regio's een monopolie.

Schaalvergroting is deels ook resultaat van het beleid, zonder dat dat speciaal werd beoogd, doordat forse verantwoordelijkheden, zoals regionale samenwerking tussen basis- en speciaal onderwijs, zijn overgeheveld naar scholen. Ook zijn financiële risico's bij scholen neergelegd; dit was bij voorbeeld aan de orde bij de invoering van lump sum-bekostiging en bij het overdragen van de financiële verantwoordelijkheid voor werkloze en zieke werknemers naar scholen.¹ Zijn scholen op grotere schaal georganiseerd, dan zijn nieuwe verantwoordelijkheden professioneler en meer gespecialiseerd waar te maken en zijn financiële risico's beter op te vangen en te spreiden.

Staatssecretaris Van Bijsterveldt-Vliegenthart heeft, naar aanleiding van klachten vanuit het veld, onderzocht of de bekostiging van het voortgezet onderwijs kan worden gemoderniseerd. Daarbij is onder meer onderzocht of de menselijke maat kan worden bevorderd door een vergroting van de vaste voet per school of per vestiging. Haar conclusie was dat de modernisering voorlopig niet in gang zal worden gezet, onder andere omdat de operatie budgettair neutraal zou moeten plaatsvinden. De operatie zou waarschijnlijk niet te realiseren zijn zonder dat een aanzienlijk aantal scholen en besturen er structureel op achteruit gaat. «Dit is des te meer lastig omdat de overheid in het verleden schaalvergroting heeft gestimuleerd,» zo schreef de bewindsvrouw.²

Fusies zijn kostbare operaties: ze kosten bij de voorbereiding en bij de uitvoering veel tijd en geld, die niet aan het onderwijs zelf kunnen worden besteed. Het maakt een weinig overtuigende indruk als de overheid nu kleinschaligheid wil bevorderen. Van het onderwijs kan niet worden gevraagd dat het zich steeds weer inspant om mee te bewegen met de laatste beleidsopvattingen van het Rijk.

Volgens de toelichting is de minister verplicht om in te grijpen als wezenlijke stelselkenmerken, zoals legitimatie en keuzevrijheid, in het gedrang komen. Dat kan zich voordoen als de belangen van besturen en instellingen niet stroken met het grotere belang dat de minister dient: het realiseren van de kernwaarden en doelstellingen van het onderwijs.³ Zoals de Raad hiervoor heeft opgemerkt, is de schaalvergroting niet in gang gezet door de scholen zelf, maar door het Rijk; in de toelichting wordt terecht gesteld dat de prikkels van de overheid ertoe leidden dat besturen gingen fuseren.⁴ Klaarblijkelijk is het stimuleren van schaalvergroting en het overhevelen van risico's naar scholen de manier geweest waarop het Rijk in de afgelopen jaren zijn verantwoordelijkheid voor het stelsel heeft vormgegeven. Het invoeren van een fusietoets in een situatie waarin het overheidsbeleid nog steeds tot schaalvergroting prikkelt, is zoiets als remmen en gas geven tegelijk. De Raad wijst in dit verband op twee risico's.

Ten eerste, als scholen door het overheidsbeleid min of meer worden genoodzaakt te fuseren, terwijl de minister die fusie weigert, zullen deze scholen noodgedwongen minder efficiënt met bekostigingsgelden omgaan, omdat de meest efficiënte schaal niet is toegestaan. Dat zal leiden tot een stijging van de overheidsuitgaven, of – als die stijging niet wordt toegestaan – tot tekorten bij de scholen.

Een tweede probleem is dat scholen de verantwoordelijkheden die de afgelopen jaren bij hen zijn neergelegd, niet goed kunnen dragen. Een grote school kan de verantwoordelijkheid voor overtollige medewerkers beter dragen, omdat zo'n school flexibeler is: zij kan een leraar die in één vestiging overtollig wordt, inzetten bij een andere vestiging. Dat maakt de school tot een aantrekkelijke werkgeefster die het personeel rechtszekerheid biedt en daardoor beter in staat is goed personeel aan te trekken. Evenzo kan een grote school kosten van ziekteverzuim of van grote, eenmalige uitgaven beter spreiden. Een grote school is dus zowel flexibeler als robuuster. Bovendien kan een grote school doorgaans een professionelere ondersteuning bieden, zowel in financiële zin als in het omgaan met de grote hoeveelheid regelgeving, en

¹ Dit risico wordt gedeeltelijk opgevangen door het Vervangingsfonds en het Participatiefonds.

Deze fondsen hanteren echter een eigen risico voor scholen.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 289, nr. 46, blz. 8.

³ Toelichting, 1 (Doel en achtergrond van het wetsvoorstel), onder «De noodzaak van overheidsinterventie», tweede alinea.

⁴ Toelichting, § 1 (Doel en achtergrond van het wetsvoorstel), onder «Schaalvergroting in cijfers».

een gevarieerder aanbod verzorgen (interne keuzevrijheid). Als scholen zich genoodzaakt zien te fuseren vanwege deze schaalvoordelen, maar die fusie niet wordt goedgekeurd, zijn de afzonderlijke scholen minder goed in staat hun taken en verantwoordelijkheden te vervullen. De invoering van een fusietoets zou dan ook alleen goed kunnen werken als het Rijk eerst een aantal verantwoordelijkheden, die nu bij scholen zijn neergelegd, weer zou centraliseren.

Nu er geen eenduidig verband is tussen schaalgrootte en kwaliteit, zou het meer in de rede liggen dat het Rijk het bepalen van de gewenste schaalgrootte overlaat aan het onderwijs zelf. Dat zou inhouden dat de overheid het onderwijsbeleid geleidelijk ontdoet van prikkels tot schaalvergroting (of schaalverkleining, voor zover die bestaan) en streeft naar een schaalneutrale aansturing van het onderwijs, zodat de scholen niet op andere dan onderwijskundige gronden beslissingen hoeven te nemen over de gewenste schaalgrootte. Die beslissingen kunnen dan aan het onderwijs zelf worden overgelaten. Een fusietoets is dan niet meer aan de orde. De Raad ontraadt ook om die reden invoering van een fusietoets.

1. Het probleem

a. **Schaalvergroting: oplossing, probleem of dilemma** De regering is het met de Raad eens dat het te eenvoudig zou zijn om te stellen dat er zoiets is als een ideale schaalgrootte voor een onderwijsinstelling of bestuur. Afhankelijk van verschillende factoren is in de ene situatie een kleinere omvang meer ideaal dan een grotere.

De regering is het eveneens met de Raad eens dat er aan de hand van verschillende onderzoeken op deelaspecten die in de diverse sectoren zijn uitgevoerd niet de conclusie te trekken valt dat er een 1-op-1-verband bestaat tussen schaalgrootte en kwaliteit. Zoals de Raad aangeeft zijn er meer oorzaken voor schaalvergroting c.q. verkleining, al verschilt dit per sector. Vooral in het funderend onderwijs is schaalvergroting het gevolg van fusies, zeker op bestuurlijk niveau. In de andere sectoren is daarnaast autonome groei van de deelnemers- of studentenpopulatie een belangrijke oorzaak van schaalvergroting. Dit wetsvoorstel richt zich enkel op fusies en heeft niet tot doel schaalgrootte «an sich» te reguleren.

In het publieke debat over de menselijke maat wordt een relatie gelegd tussen schaalgrootte enerzijds en tal van fenomenen anderzijds, onder meer kwaliteit, beloningen, voortijdig schoolverlaten en administratieve lasten. Daaruit blijkt dat het een complex begrip is waarachter een omvangrijke reeks van vraagstukken kan schuilgaan.

In de omschrijving van de menselijke maat die de minister als uitgangspunt voor zijn beleid heeft gekozen, richt de minister zich enkel op twee waarden die volgens hem cruciaal zijn voor «gezien en gehoord worden», namelijk legitimiteit en keuzevrijheid in relatie tot fusies. De regering is het met de Raad eens dat het vraagstuk menselijke maat zich primair manifesteert in de dagelijkse omgang tussen leerlingen en personeelsleden in het lokaal en op locatie, alsmede tussen het bestuur en de personeelsleden op de werkvloer, zoals ook duidelijk wordt uit de omschrijving in de brief van november 2008. De overheid staat daarvan op grote afstand.

De overheid kan echter wel de organisatorische randvoorwaarden beïnvloeden waarbinnen onderwijsinstellingen een menselijke maat kunnen realiseren. Die randvoorwaarden spelen zich af op de niveaus van bestuurlijke eenheden en onderwijsinstellingen. Daarom gaat het in de brief en zeker in het wetsvoorstel vooral over deze twee niveaus. De bestuurlijke schaal is een van die randvoorwaarden die, zij het indirect, wel degelijk invloed heeft op de dagelijkse gang van zaken in de klas.

De Raad suggereert daarnaast dat er geen fusietoets voor het hoger onderwijs aan de orde zou moeten zijn, omdat er in die sector geen sprake is van een probleem. Deze constatering is deels terecht voor zover het fusies in het wetenschappelijk onderwijs betreft, aangezien deze wetswijziging vereisen. Waar het echter een bestuurlijke fusie betreft tussen een instelling voor hoger beroepsonderwijs en bijzonder wetenschappelijk onderwijs dient zorg gedragen te worden voor het waarborgen van de variatie van het onderwijsaanbod binnen een instelling in het hoger onderwijs en dus op het waarborgen van de keuzemogelijkheid voor studenten. Door fusies en sterk

centrale aansturing vanuit de gefuseerde instelling zou het kunnen dat de variatie aan onderwijsaanbod en wijze van onderwijsorganisatie binnen een instelling verschaalt. In een fusie-effectrapportage kan de instelling aangeven wat de consequenties zijn van de fusie en hoe men ervoor zorgdraagt dat er geen verschraling van onderwijsaanbod ontstaat. Bij de fusietoets zal de commissie macrodoelmatigheid adviseren vanuit haar deskundigheid op het terrein van het onderwijsaanbod in opleidingen.

Terzijde merkt de regering het volgende op. In zijn advies geeft de Raad onder meer aan dat in het wetenschappelijk onderwijs het aantal instellingen de afgelopen tien jaar gelijk is gebleven en dat de gemiddelde instellingsgrootte wel is gestegen, maar dat dit wordt veroorzaakt door het feit dat het aantal studenten is gegroeid. Tevens geeft de Raad aan dat de bekostiging geen gelijke tred heeft gehouden met de toename van het aantal studenten en dat het goed voorstelbaar is dat die groei wel gevolgen heeft gehad voor de onderwijskwaliteit. De regering kan deze analyse niet delen omdat de prijs per student de afgelopen tien jaar redelijk stabiel is gebleven en er geen bewijs is dat de kwaliteit van het onderwijs in het wetenschappelijk onderwijs achteruit is gegaan.

b. Aanleiding en doel van de fusietoets

In reactie op hetgeen de Raad hier stelt, begint de regering met de opmerking dat het voorliggend wetsvoorstel geen wetsvoorstel is over de menselijke maat of schaalgrootte, maar voorziet in een toets op fusies. Het wetsvoorstel probeert een specifieke situatie te adresseren, namelijk de keuzevrijheid die in principe door fusies wordt beïnvloed. Menselijke maat vormt wel het uitgangspunt van dit wetsvoorstel.

De aspecten van de dagelijkse situatie op school en de onderlinge verhouding tussen leerlingen en leraren en leerlingen onderling, zoals de Raad die aanhaalt, zijn inderdaad kernelementen van menselijke maat, maar spelen in zijn algemeenheid in het onderwijs (en dus ook buiten fusies). De criteria (legitimatatie en keuzevrijheid) bieden enerzijds een waarborg voor goede en zorgvuldige totstandkoming van het fusieproces (waaronder de gevolgen van een fusie), uiteengezet in de fusie-effectrapportage, en anderzijds een criterium voor toetsing door de minister.

De constatering van de Raad dat niet duidelijk is welk probleem het wetsvoorstel oplost, lijkt gelegen in de aanname dat de criteria van variatie in het onderwijsaanbod, de menselijke maat, de keuzevrijheid, de legitimatie bij het onderwijs in het algemeen, of de legitimatie bij de besluitvorming over de fusie, los van elkaar staan. In de brief over de menselijke maat (Kamerstukken II, 2008/09, 31 135, nr. 16) heeft de minister deze begrippen met elkaar in verband gebracht, en wel als volgt.

«Gezien en gehoord worden» – ofwel invloed uit kunnen oefenen op de eigen individuele situatie en op het beleid van de eigen onderwijsinstelling – is primair neergelegd in het begrip legitimatie. In het wetsvoorstel uit zich dat in de aandacht voor zorgvuldigheid waarmee het fusieproces en de besluitvorming daarover tot stand is gekomen. Meer specifiek leerlingen, ouders en leraren kunnen hun zeggenschap en invloed uitoefenen binnen een gebalanceerd en transparant traject dat voor, tijdens en na een fusie plaats dient te vinden. De reeds bestaande praktijk wordt neergelegd in één geconcentreerd document, de fusie-effectrapportage. Daarmee is het proces verduidelijkt en wettelijk verankerd in het voorliggende wetsvoorstel, en beperkt in feite dus niet de handelingsvrijheid van betrokkenen, maar geeft extra waarborgen voor zorgvuldigheid. De fusietoets is daarmee een vorm van verantwoording, ook in de horizontale verhoudingen.

«Gezien en gehoord worden», komt ook tot uitdrukking in keuzevrijheid: leerlingen, ouders en leraren en andere betrokkenen kunnen hun invloed uitoefenen en zichzelf laten horen en zien. Enerzijds door vrij te zijn in hun keuze van onderwijsinstelling en anderzijds door de medezeggenschap op onderwijsinstellingen. De regering kan zich vanwege voornoemde uitleg die zij geeft aan de begrippen keuzevrijheid en legitimatie niet vinden in de conclusie van de Raad dat de begrippen «gezien en gehoord worden, niet anoniem zijn» niet in die criteria zijn terug te vinden.

De Raad maakt tevens een kanttekening bij de vraag of het in het wetsvoorstel gehanteerde criterium «variatie in onderwijsaanbod» kan worden gerelateerd aan (gebrek aan) kwaliteit van onderwijs. De regering deelt de mening van de Raad dat belemmeringen die aan kwaliteitsdoelstellingen in de weg staan, opgeheven moeten worden. Andere initiatieven, zoals de Kwaliteitsagenda's, aanpak van zwakke en zeer zwakke scholen, maar ook het toezicht van de inspectie vormen de bouwstenen waarop het beleid ten aanzien van kwalitatief goed onderwijs is gebaseerd. De fusietoets uitgevoerd door de minister ziet niet op de relatie tussen variatie van onderwijsaanbod en kwaliteit, maar heeft het op zichzelf staande doel – in de woorden van de Raad – de pluriformiteit van het stelsel (variatie) te behouden.

c. Consistentie van beleid; stelselverantwoordelijkheid De Raad vraagt zich af of dit wetsvoorstel, in samenhang met het streven naar schaalverkleining, past in het beleid dat de afgelopen jaren is gevoerd. De regering merkt om te beginnen op dat beleid bijgestuurd of omgebogen mag worden als daar goede redenen voor zijn. Uitgangspunt van de regering bij het aanpassen van haar beleid zal altijd een bepaalde mate van terughoudendheid zijn. Daarnaast merkt de regering nog op dat in de eerder genoemde brief menselijke maat deze koerswijziging ook is aangekondigd. Tenslotte ziet dit wetsvoorstel niet op het bewerkstelligen van schaalverkleining, maar op het controleren en zorgvuldig waarborgen van fusiebewegingen in de onderwijssectoren.

De Raad illustreert zijn twijfel met de opmerking dat de stichtings- en opheffingsnormen van onderwijsinstellingen in het primair onderwijs zijn verhoogd, zodat kleine onderwijsinstellingen niet meer werden bekostigd. Dit is echter niet het geval: doel van het gevoerde beleid is juist «niet groter dan nodig, klein waar het kan». Dit uit zich onder meer in de kleine scholentoeslag en gedifferentieerde opheffingsnormen in het primair onderwijs. Met bewegingen als invoering van de lumpsumbekostiging is juist bedoeld meer autonomie aan onderwijsinstellingen te geven. Een neveneffect van deze grotere autonomie is een ontwikkeling naar schaalvergroting met name op bestuursniveau. Anders dan de Raad is de regering de mening toegedaan dat eventuele prikkels (allereerst in het bekostigingstelsel) die gericht zijn op schaalvergroting inmiddels uit het bekostigingssysteem zijn verwijderd. Zekerheidshalve wordt onderzocht of daarmee alle prikkels die schaalvergroting in de hand werken en direct onder de invloedssfeer van de regering vallen, geadresseerd zijn. De regering merkt daarbij nog wel op dat er diverse andere (financiële) prikkels – de eerder genoemde «economy of scale» – zijn die schaalvergroting in de hand werken, m.n. binnen de interne organisatie van de onderwijsinstelling.

Schaalvergroting kan, zoals de Raad terecht opmerkt, veel voordelen hebben, zoals besparingen en professionalisering. Het is echter belangrijk dat deze voordelen niet per definitie prevaleren boven het bestaan van menselijke maat binnen de organisatie. Het besluitvormingsproces rondom een fusie lijkt de regering het aangewezen moment om hierop toe te zien. Het wetsvoorstel tracht dit punt aan te grijpen door het inbouwen van extra waarborgen voor een zorgvuldig proces, draagvlak en een toets door de minister. Daarmee blijft het nog steeds mogelijk dat er fusies in het onderwijsveld plaatsvinden zonder dat er afbreuk wordt gedaan aan de menselijke maat in deze specifieke gevallen. Samengevat komt één en ander neer op het volgende:

- het wetsvoorstel verbiedt fusies niet,
 - besturen houden, in overleg met betrokkenen, de bevoegdheid fusiebeslissingen te nemen,
 - transparantie, draagvlak, motieven voor fusie, e.d. zijn bij elk fusieproces van groot belang.
 - het wetsvoorstel omvat een toets op fusies.
- Dit wetsvoorstel verankert deze basisprincipes.

2. Toetsingscriteria

Onverminderd het voorgaande maakt de Raad opmerkingen over de criteria waaraan fusies zullen worden getoetst: keuzevrijheid en legitimatie.

a. Keuzevrijheid

De minister kan goedkeuring aan een fusie onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod binnen het voedingsgebied significant wordt belemmerd (de formulering is in de verschillende onderwijswetten niet steeds helemaal gelijk).¹ Volgens de toelichting zal het criterium zo worden uitgelegd dat er in het voedingsgebied tenminste twee scholen of instellingen moeten zijn.² De voorgestelde wettekst geeft overigens geen aanleiding voor deze uitleg.

De Raad merkt op dat keuzevrijheid in de toelichting beperkt wordt uitgelegd: het gaat alleen om keuze tussen scholen. Het is echter ook denkbaar dat een grote school, met veel scholen of vestigingen, bewust een breed en gevarieerd aanbod heeft (zogenaamde interne keuzevrijheid);³ in dit verband wordt wel gesproken van de «Unilever-aanpak met vele merken van een anoniem bedrijf».⁴ Schaalvergroting kan meer mogelijkheden bieden om tussen vestigingen te differentiëren, omdat een grote school meer ruimte en financiële armslag heeft voor vernieuwende concepten en experimenten. Nu het de bedoeling is dat in de fusie-effectrapportage ook wordt ingegaan op de gevolgen van de fusie voor de variëteit van het onderwijsaanbod en de keuzevrijheid,⁵ ligt het in de rede – aan de hand van deze informatie – de interne keuzevrijheid te betrekken bij het oordeel over de fusie.

b. Legitimatie

Hiervoor is opgemerkt dat het begrip «legitimatie» volgens de toelichting een toetsingscriterium is, terwijl het wetsvoorstel zelf het criterium niet noemt. Ook is opgemerkt dat de inhoud van «legitimatie» is verschoven van de notie van draagvlak bij het beleid van de school naar zorgvuldigheid bij de besluitvorming over de fusie. In aanvulling daarop merkt de Raad het volgende op. Bij de beoordeling of de besluitvorming over de fusie zorgvuldig is geweest, gaat het, zo stelt de toelichting, om de vraag of is voldaan aan het wettelijke advies- of instemmingsrecht van de medezeggenschapsraad, maar het kan ook nodig zijn om naast medezeggenschap de belanghebbenden op andere manieren te betrekken bij het fusieproces.⁶ De Raad begrijpt dit laatste zo dat het gaat om externe belanghebbenden, elders in de toelichting omschreven als: het toeleverende en het vervolgonderwijs, maatschappelijke partners, het bedrijfsleven en andere potentiële werkgevers.⁷

De kring van «belanghebbenden» is, zo constateert de Raad, vaag; hun belang bij de fusie zal veelal heel beperkt en indirect zijn. Wat zijn maatschappelijke partners en wanneer zijn hun belangen voldoende gewogen? Wanneer is een bedrijf potentiële werkgever? Dit soort algemene beleidsvragen leent zich niet voor toetsing. Het fusieproces zal op dit punt de verantwoordelijkheid moeten zijn van de schoolbesturen zelf.

In het basisonderwijs bestaan, buiten de ouders, geen belanghebbenden die zo wezenlijk bij de school zijn betrokken dat de fusie zou moeten kunnen worden afgewezen omdat zij onvoldoende bij de besluitvorming zijn betrokken.

De Raad adviseert de toetsing aan het criterium «legitimatie», zo daar al behoefte aan bestaat, te beperken tot de vraag of de medezeggenschapsraad zijn advies- of instemmingsrecht heeft uitgeoefend.

¹ Voorgestelde artikelen 64c, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs (WPO), 66c, eerste lid, van de Wet op de expertisecentra (WEC), 53g, derde lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), 2.1.11, eerste lid, WEB, en 16.16b, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW).

² Toelichting, § 2.3, onder «Keuzevrijheid».

³ Onderwijsraad, Variëteit in schaal, blz. 39.

⁴ D. Mentink, «Tien jaar later. Over pluriformiteit en identiteit, over grondwetgever en wetgever, Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid jrg. 20, mei 2008, blz. 3–37 op 15.

⁵ Toelichting, § 2.3 (Fusiecriteria), onder «Fusie-effectrapportage».

⁶ Toelichting, §2.3 (Fusiecriteria), onder «Fusie-effectrapportage».

⁷ Toelichting, § 1 (Doel en achtergrond van het wetsvoorstel), tweede tekstblok.

2. Toetsingscriteria

Onverminderd het voorgaande maakt de Raad opmerkingen over de criteria waaraan fusies zullen worden getoetst: keuzevrijheid en legitimatie.

a. Keuzevrijheid

De constatering van de Raad dat de formuleringen in de verschillende onderwijswetten ten aanzien van de fusietoets niet geheel eensluidend zijn, is terecht. Er is sprake van grote verschillen tussen de onderwijssectoren. Het uitgangspunt van de bepalingen is echter wel steeds hetzelfde voor alle sectoren. Voor de uitwerking is aangesloten bij de eigen identiteit van de verschillende sectoren. De opmerking van de Raad dat de uitleg die aan het criterium daadwerkelijke variatie in het onderwijsaanbod in de toelichting wordt gegeven geen basis vindt in de wettekst is terecht. De memorie van toelichting is hierop aangepast voor zover het de bve-sector betreft. Ook is de memorie van toelichting aangevuld omtrent de door de Raad aangevoerde interne keuzevrijheid.

b. Legitimatie

De opmerking van de Raad dat het begrip «legitimatie» in het wetsvoorstel niet voorkomt, is op zich juist. Het begrip is door de regering verdisconteerd in twee aspecten: draagvlak en zorgvuldigheid.

Draagvlak uit zich in de verklaring van instemming of advies van de medezeggenschapsorganen alsmede in onderdelen van de fusie-effectrapportage (bijvoorbeeld artikel 64b, tweede lid, onderdelen g tot en met i). Zorgvuldigheid uit zich in het opstellen van een fusie-effectrapportage als geheel. De rol van de minister is voor wat betreft de uiting van draagvlak middels de verklaring van instemming slechts een formele aangelegenheid. Immers, een aanvraag tot goedkeuring kan niet worden gedaan zonder die verklaring of de eventuele uitspraak van de geschillencommissie of rechter die daarvoor in de plaats kan treden. Aan de fusie-effectrapportage kan de minister zien of het bevoegd gezag de verschillende stappen bij fusie zorgvuldig heeft doorlopen. Daarbij wordt opgemerkt dat indien de minister strijdigheid constateert met deze verplichtingen aan het bevoegd gezag uiteindelijk een bekostigingssanctie kan worden opgelegd.

Bij het begrip belanghebbenden plaatst de Raad een kanttekening. In het geval van een fusie is het belang van de kring van belanghebbenden beperkt en indirect. Dit is op zich een terechte opmerking, maar het gaat er volgens de regering om dat het bevoegd gezag zich ervan vergewist heeft dat er mogelijk externe belangen kunnen spelen waar rekening mee gehouden dient te worden. Dit punt komt derhalve voor de verantwoordelijkheid van de schoolbesturen zelf en is daarmee, zoals de Raad constateert, geen direct punt van toetsing in het kader van de fusietoets. De toetsing aan het criterium legitimatie beperkt zich slechts tot de formele toetsing van instemming dan wel advies door de medezeggenschapsorganen.

Het wetsvoorstel voldoet op dit punt al aan het advies van de Raad terzake. Op dit punt is de memorie van toelichting aangescherpt.

3. Vrijheid van inrichting

In de toelichting wordt opgemerkt dat de fusietoets een beperking vormt van de grondwettelijke vrijheid van inrichting. De Raad merkt daarover het volgende op.

a. Beperking van de vrijheid van inrichting: materieel

Zoals de Raad eerder heeft opgemerkt, kan de vrijheid van inrichting, voor zover zij niet samenhangt met de richting van het onderwijs, aan nadere begrenzingen worden onderworpen. Uitgangspunt blijft niettemin dat de organisatie van een school overgelaten dient te worden aan het bevoegd gezag van die school, op grond van de eigen regelingen van de betreffende rechtspersoon, en dat terughoudendheid moet worden betracht ter zake van het opleggen van inhoudelijke onderwijsnormen. Voor het inperken van deze eigen ruimte dienen zwaarwegende gronden te bestaan, terwijl de begrenzingen dienen te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.¹

De Raad merkt, wat de fusietoets betreft, op dat de keuzevrijheid van ouders, leerlingen en studenten allereerst hen aangaat. Het is aan hen om te bepalen aan welk soort onderwijs zij behoefte hebben.² Is in die behoefte niet voorzien, dan kunnen zij het initiatief nemen tot het oprichten van een school; bestaat echter in een bepaalde regio geen behoefte aan onderwijs van een bepaalde richting of een bepaald type onderwijs, dan behoort het onderwijsbestel daarin niet te voorzien: de schaarse middelen moeten allereerst worden ingezet naar de behoeften van leerlingen, ouders en studenten. Keuzevrijheid is bovendien geen deugdelijkheidseis. Bij de deugdelijkheid van het onderwijs gaat het om het onderwijs zoals dat aan een bepaalde school wordt aangeboden, ongeacht de richting; het gaat niet om de variatie in de richtingen, of de pedagogisch-didactische aanpak die door de verschillende scholen in een bepaald gebied wordt aangeboden. De overheid kan de beleidsmatige keuze maken om de pluriformiteit te stimuleren, maar pluriformiteit kan op zichzelf geen argument vormen om de vrijheid van inrichting – de vrijheid van schoolbesturen om zich op een bepaalde manier te organiseren – te beperken.³

In het voorgaande is betoogd dat er geen eenduidig verband is tussen, enerzijds, schaalgrootte en, anderzijds, de onderwijskwaliteit en de veiligheid en veiligheidsbeleving in scholen (punt 1b). Bovendien werd gesteld dat keuzevrijheid niet beperkt dient te worden tot externe keuzevrijheid, maar dat

¹ Advies van 11 februari 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 4, punt 3.

² Vergelijk het antwoord van de staatssecretarissen Van Bijsterveldt-Vliegenthart en Dijkzma op schriftelijke kamervragen, waarin zij stelden dat een wettelijk gegarandeerd pluriform onderwijsaanbod binnen de gemeente of regio niet bestaat: «alleen het aanbod van openbaar onderwijs is door de wetgever gegarandeerd. Daarnaast garandeert de wet de vrijheid om (onder voorwaarden) scholen te stichten. De overheid kan een gemeente of regio niet verplichten scholen van alle mogelijke denominaties en onderwijsrichtingen te stichten of in stand te houden. Een dergelijke verplichting is ook niet wenselijk. Dat neemt niet weg dat we een pluriform aanbod van belang achten voor de keuzevrijheid.» (Tweede Kamer 2008/09, Aanhangsel, blz. 1785–1786).

³ De organisatie van het onderwijs is in één opzicht wel de verantwoordelijkheid van de overheid: de overheid dient zorg te dragen dat openbaar algemeen vormend onderwijs in een genoegzaam aantal scholen beschikbaar is (artikel 23, vierde lid, Grondwet).

ook de keuzevrijheid binnen een school van belang kan zijn (punt 2a). De Raad meent dan ook dat er geen zwaarwegende gronden zijn om door middel van een fusietoets de vrijheid van inrichting te beperken.

b. Beperking van de vrijheid van inrichting: regelingsniveau
Onverminderd het voorgaande is nog van belang hoe keuzevrijheid als toetsingscriterium wordt vormgegeven.
Volgens de toelichting is het aan de wetgever om de grenzen van de vrijheid van inrichting te bepalen. Daarom is ervoor gekozen de fusietoets geheel op het niveau van de wet zelf te regelen. Dit geldt nadrukkelijk ook voor de criteria die de minister zal hanteren.¹ Vervolgens wordt uitvoerig uiteengezet dat toepassing van de wettelijke criteria maatwerk is: een norm met algemene kwantitatieve criteria zou te rigide zijn en onvoldoende rekening houden met specifieke omstandigheden in het voedingsgebied, zoals de mate van pluriformiteit van denominaties en pedagogisch-didactische concepten en de bevolkingsdichtheid. De minister zal op basis van de toetsing in concrete gevallen en de ontwikkeling in de jurisprudentie nader uitgewerkte criteria ontwikkelen per sector, aldus de toelichting.²
De Raad constateert dat de criteria voor de fusietoets wel bij wet worden geregeld, maar dat gekozen is voor een open norm, waarvan de uitwerking aan de minister is overgelaten. Formeel is daarmee voldaan aan het vereiste dat de vrijheid van inrichting alleen bij wet kan worden beperkt; feitelijk krijgt de minister een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid.
De Raad meent dat dit een argument temeer vormt tegen een fusietoets.

Onverminderd het voorgaande merkt de Raad het volgende op.

3. Vrijheid van inrichting

a. Beperking van de vrijheid van inrichting: materieel De Raad poneert als uitgangspunt dat de organisatie van een school overgelaten moet worden aan het bevoegd gezag van de school en dat terughoudendheid moet worden betracht ter zake van het opleggen van inhoudelijke onderwijsnormen. Dat het stimuleren van pluriformiteit van het onderwijsstelsel geen argument is voor het beperken van de vrijheid van inrichting is in beginsel correct, echter het gaat hier om het stimuleren van pluriformiteit tussen onderwijsinstellingen als geheel en niet intern bij onderwijsinstellingen.

De regering hanteert als uitgangspunt dat de overtuiging en wensen van leerlingen, deelnemers, studenten en ouders uiteenlopen, ofwel dat pluriformiteit en variëteit de natuurlijke toestand is van het Nederlandse onderwijsstelsel. Een bestaande ordening van het onderwijsaanbod in een bepaald gebied veranderen is voor ouders nog niet zo eenvoudig. Daarom dienen ouders, leerlingen, deelnemers of studenten optimaal betrokken te zijn bij besluitvorming die het aanbod in een bepaald gebied beïnvloedt. Verder is de mogelijkheid om een andere onderwijsinstelling of een andere bestuurlijke eenheid te kiezen een heilzame correctie op het handelen van bestuurders. Bestuurders dienen dan in hun beleid rekening te houden met de wensen van ouders, leerlingen, deelnemers of studenten, meer dan in een situatie waarin ze monopolist zijn. Daarom vindt de regering dat er een minimale variëteit in het onderwijsaanbod in een bepaald gebied moet zijn gewaarborgd. Het is de taak van de overheid om de toegankelijkheid van het onderwijsstelsel te garanderen. Fusies moeten niet onnodig ten koste gaan van de diversiteit van het aanbod (onder meer in richtings- en pedagogisch-didactisch aanbod). De organisatie van de school blijft geregeld worden door de betreffende rechtspersoon en ligt ook na invoering van de fusietoets bij het bevoegd gezag zelf. De fusietoets brengt hierin geen verandering aan. Voor zover er sprake is van een beperking van inrichting, is het een geringe beperking met name op het punt van de medezeggenschapsregels die kan worden onderbouwd door het belang van de betrokkenheid van de diverse geledingen van een onderwijsinstelling bij een fusieproces.

¹ Toelichting, § 1 (Doel en achtergrond van het wetsvoorstel), onder «De noodzaak van overheidsinterventie».

² Toelichting, § 2.3 (Fusiecriteria), onder «Keuzevrijheid».

b. Beperking van de vrijheid van inrichting: regelingsniveau
De Raad merkt op dat hoewel er voldaan is aan het formele vereiste van regeling op wettelijk niveau, de gecreëerde toetsingsbevoegdheid de minister een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid laat. Dit zou een reden temeer zijn tegen een fusietoets. De regering wil hierover het volgende opmerken. De

criteria waaraan de minister toetst zijn inderdaad globaal omschreven. Dat is in dit stadium van de beleidsontwikkeling onontkoombaar. Bij gebrek aan ervaring met een fusietoets in het onderwijs zouden nauwkeurig omschreven criteria een hoog theoretisch gehalte hebben en mogelijk in de praktijk tot onuitvoerbare gevolgen leiden. De regering merkt verder op dat het criterium «keuzevrijheid» het enige criterium is waarop een fusieaanvraag kan worden afgewezen. Voordat er sprake kan zijn van een bevoegdheid tot afwijziging moet voldaan worden aan een «significante belemmering van variatie in onderwijsaanbod». Dat brengt een niet onaanzienlijke bewijslast met zich mee. Vanwege deze normen is er verder nog voor gekozen de minister van advies te laten dienen door een deskundige commissie en zal er voluit bezwaar en beroep mogelijk zijn tegen de beslissingen van de minister. Ingeval de minister van het advies van de adviescommissie afwijkt, zal hij dit gemotiveerd doen en met zwaarwegende redenen. De evaluatie van de wet zou een moment kunnen zijn waarop besloten kan worden of verdere concretisering van de criteria op wetsniveau of bij algemene maatregel van bestuur mogelijk zal zijn.

4. Fusietoets en mededingingstoets

In de toelichting wordt opgemerkt dat instellingen onder de regelgeving die van toepassing is op bekostigde activiteiten, geen vrijheid hebben om bijvoorbeeld de prijs en het eigen aanbod te bepalen, en dat daarom bij de bekostigde activiteiten geen sprake is van economische activiteiten. Daarom wordt het voorstel van de Onderwijsraad om de fusietoets op te dragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) niet overgenomen.¹

Wat hier ook van zij, de Raad merkt op dat roc's en instellingen voor hoger onderwijs, naast de bekostigde activiteiten, ook werkzaamheden voor de markt kunnen verrichten. Op deze activiteiten is het normale markttoezicht van de NMa van toepassing, zodat instellingen die contractonderwijs of -onderzoek verrichten na invoering van het wetsvoorstel zowel een fusietoets als een mededingingstoets zullen moeten ondergaan. Dat betekent een verzwaring van de administratieve lasten. De Raad verwijst naar het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit van 21 december 2001 inzake de fusie van de Hogeschool Alkmaar, de Hogeschool Haarlem, de Hogeschool Holland en de Ictus Hogeschool.² Voor zover het markttoezicht betrekking heeft op grensoverschrijdende concurrentie, vloeit dit toezicht rechtstreeks voort uit het Europese recht; daarvan kan niet bij wet worden afgeweken.

De Raad adviseert het wetsvoorstel zo aan te passen dat instellingen bij een fusie niet twee verschillende toetsen hoeven te ondergaan.

4. Fusietoets en mededingingstoets

In het kader van de mededingingstoets wijst de Raad op het geval dat in bepaalde situaties roc's en instellingen voor hoger onderwijs, omdat zij ook marktwerkzaamheden verrichten, ook onderworpen worden aan de mededingingstoets van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De Raad adviseert het wetsvoorstel zodanig aan te passen dat onderwijsinstellingen bij fusie niet twee verschillende toetsen hoeven te ondergaan.

De Raad merkt terecht op dat roc's en instellingen voor hoger onderwijs ook werkzaamheden voor de markt kunnen verrichten, op welke activiteiten het normale markttoezicht van de Nma van toepassing is. De mededingingstoets door de Nma heeft een overwegend economische invalshoek terwijl de fusietoets zich richt op het onderwijs keuzevrijheid, verschraling van het aanbod, checks & balances binnen de betrokken onderwijsinstellingen, transparantie van het proces en draagvlak. Er is dus geen sprake van een dubbele toets in die zin dat onderwijsinstellingen twee keer aan eenzelfde of een vergelijkbare toets onderworpen worden. De regering ziet geen reden om fuserende onderwijsinstellingen, die economische activiteiten ontplooiën die gezamenlijk de in artikel 29 van de Mededingingswet genoemde omzetrempels overschrijden, van een reguliere mededingingstoets te vrijwaren dan wel te vrijwaren van een fusietoets gezien het belang dat de regering aan dit onderwerp hecht. Gelet op het vigerende Europese recht heeft de regering deze mogelijkheid ook niet. De bestuurlijke last die een eventuele mededingingstoets met zich brengt, vloeit niet voort uit dit wetsvoorstel.

¹ Toelichting, § 2.5 (Uitvoerder), vierde tekstblok.

² Zaaknummer 2760, te vinden op http://www.nmanet.nl/Images/bcm2760-0112_tcm16-47173.pdf.

5. De fusie-effectrapportage

Bij een voorgenomen fusie moet een fusie-effectrapportage worden opgesteld. Deze rapportage moet worden voorgelegd aan de medezeggenschapsraad, de deelnemersraad of de universiteitsraad, voordat die zijn advies- of instemmingsrecht uitoefent.¹ De rapportage moet daarna worden overgelegd aan de minister bij het verzoek om goedkeuring van de fusie.² In het wetsvoorstel wordt omschreven welke onderwerpen ten minste in de fusie-effectrapportage moeten worden weergegeven: de motieven van de fusie, de alternatieven, het tijdsbestek, de doelen, de effecten op de keuzevrijheid, de personele en financiële gevolgen, de communicatie over de fusie en de evaluatie.³

a. De minister toetst uitsluitend of de keuzevrijheid door de fusie significant wordt belemmerd. Om de administratieve lasten tot het noodzakelijke te beperken dient de informatie die aan hem moet worden voorgelegd, beperkt te worden tot informatie die voor die toetsing relevant is. Dat betekent dat het grootste deel van de fusie-effectrapportage niet opgestuurd hoeft te worden. De Raad adviseert het voorstel aan te passen.

b. De fusie-effectrapportage is allereerst van belang voor de besluitvorming over de fusie op scholen- of instellingsniveau, inclusief de medezeggenschap. Het ligt daarom het meest voor de hand de regels voor de fusie-effectrapportage in het primair en voortgezet onderwijs en bij de expertisecentra te regelen in de Wet medezeggenschap op scholen, niet in de afzonderlijke onderwijswetten. Daarvoor pleit ook dat de minister kleinere fusies in het primair onderwijs niet hoeft goed te keuren;⁴ de medezeggenschapsraad heeft echter ook in die gevallen instemmingsrecht.⁵ De Raad adviseert de verplichting tot het opstellen van een fusie-effectrapportage en de bepalingen over de inhoud van die rapportage op te nemen in de Wet medezeggenschap op scholen.

5. De fusie-effectrapportage

De Raad stelt voor het wetsvoorstel zodanig aan te passen dat het grootste deel van de fusie-effectrapportage niet opgestuurd hoeft te worden aangezien dit geen onderdeel is van de toetsing door de minister. Dit zou een administratieve lastenbesparing met zich meebrengen.

De regering vraagt zich af of opsplitsing van de fusie-effectrapportage lastenbesparend zou zijn. De constatering van de Raad dat delen van de fusie-effectrapportage niet getoetst worden is niet geheel terecht. De fusie-effectrapportage geeft namelijk blijk van een zorgvuldig doorlopen proces. Daarnaast schat de regering in dat splitsing en verzending van de betreffende gegevens meer administratieve lasten met zich brengt dan het verzenden van de fusie-effectrapportage in zijn geheel. De fusie-effectrapportage bevat geen gegevens die niet toch al in het kader van een zorgvuldig fusieproces op tafel moeten komen. Daarnaast is het, gelet op hetgeen eerder in dit nader rapport naar voren is gebracht, een belangrijke suggestie van de Onderwijsraad geweest om op deze wijze de staande praktijk te codificeren en verificerbaar te maken met het oog op zorgvuldigheid. Deze suggestie heeft de regering overgenomen.

De Raad stelt voor de betreffende bepalingen op te nemen in de Wet medezeggenschap op onderwijsinstellingen (WMS) in plaats van de sectorwetten. Deze suggestie wordt niet overgenomen door de regering aangezien dit zou indruisen tegen de systematiek van de WMS en die van de sectorale onderwijswetten. In de sectorale onderwijswetgeving worden de bekostigingsvoorwaarden voor de onderwijsinstellingen benoemd. De WMS regelt de bevoegdheden en taken van de medezeggenschapsorganen (in het po en vo). De opzet van de voorgestelde bepalingen zijn bedoeld als verplichting voor het bestuur. Opname in de WMS is om die reden niet wenselijk. Daarnaast wordt opgemerkt dat de WMS niet geldt voor de bve-sector en de ho-sector. Voor de bve-sector is momenteel een apart wetsvoorstel aanhangig en voor wat betreft de ho-sector moeten de betreffende bepalingen sowieso in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek worden opgenomen aangezien er in het geheel geen aparte wetgeving ten aanzien van medezeggenschap bestaat.

¹ Voorgesteld artikel 8, tweede lid, onderdeel i, van de Wet medezeggenschap op scholen (artikel VI van het wetsvoorstel); voorgesteld artikel 8a.2.3 van de Wet educatie en beroeps- onderwijs (artikel VII van het wetsvoorstel);

² Voorgestelde artikelen 64b, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WPO; 66b, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WEC; 53f, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WVO; 2.1.10, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WEB; 16.16a, tweede lid, aanhef en onderdeel a, WHW.

³ Voorgestelde artikelen 64b, tweede lid, WPO; 66b, tweede lid, WEC; 53f, derde lid, WVO; 2.1.10, derde lid, WEB; 16.16a, vierde lid, WHW.

⁴ Voorgesteld artikel 64a, tweede lid, WPO.

⁵ Artikel 10, aanhef en onderdeel h, van de Wet medezeggenschap op scholen.

6. Fictieve goedkeuring («lex silencio positivo»)¹

Als de minister binnen de wettelijke termijn, of de verlengde termijn, geen besluit heeft genomen, wordt de goedkeuring geacht te zijn verleend.²

a. De Raad van State heeft bij eerdere gelegenheden bezwaren geuit tegen de rechtsfiguur van de begunstigende beschikking van rechtswege. Deze rechtsfiguur voldoet niet aan de procedurele en inhoudelijke eisen die gelden voor besluiten: er is geen sprake van zorgvuldige voorbereiding, het besluit heeft geen schriftelijke vorm, is niet bekendgemaakt en is ongemotiveerd. Omdat het niet is bekendgemaakt, is ook niet duidelijk wanneer de termijn voor bezwaar en beroep begint. Dit alles kan leiden tot rechtsonzekerheid. Deze bezwaren spelen slechts beperkt als het gaat om een begunstigende beschikking die geen nadelige gevolgen heeft voor derden of voor het algemeen belang (anders dan dat de beschikking mogelijk geld kost aan de openbare kas). In andere gevallen – bij beschikkingen die gevolgen hebben voor derden of voor «het algemeen belang» – zoals dat van een goede ruimtelijke ordening of de bescherming van het milieu – is toekenning van rechtswege uiterst riskant; de waarschijnlijke negatieve consequenties van het gebrek aan voortvarendheid van het bestuursorgaan – aangenomen dat daar de fout ligt – komen niet daar terecht maar elders. Deze figuur is daarmee hooguit geschikt voor gevallen die door de bijzondere wetgever worden aangewezen, waarbij zorgvuldig kan worden nagegaan dat geen van de genoemde bezwaren zich voordoet en zij ook overigens verantwoord is, zo stelde de Raad.³

Uit de toelichting blijkt niet dat in dit geval is nagegaan of de genoemde bezwaren zich voordoen. In de toelichting wordt slechts kort gesteld dat de stilzwijgende goedkeuring in het belang is van de rechtszekerheid van de aanvrager.⁴ Nu de fusie zal worden getoetst op zijn effect op de keuzevrijheid, is evenwel voorstelbaar dat anderen dan de aanvrager – zoals scholen in dezelfde regio, ouders of studenten – als derde-belanghebbende zullen worden toegelaten tot de procedure.

De Raad adviseert in dit geval af te zien van de goedkeuring van rechtswege.

b. Wordt niettemin aan deze rechtsfiguur vastgehouden, dan adviseert de Raad zoveel mogelijk aan te sluiten bij het voorstel voor een Dienstenwet, dat bij de Tweede Kamer aanhangig is. Dat voorstel bevat een standaardregeling voor de beschikking van rechtswege in de Algemene wet bestuursrecht, die, na tot wet te zijn verheven, door de bijzondere wetgever van toepassing kan worden verklaard.⁵

6. Fictieve goedkeuring («lex silencio positivo»)

De Raad heeft een aantal bekende bezwaren ten aanzien van de toepassing van begunstigende beschikking van rechtswege (lex silencio positivo) en adviseert daarom af te zien van invoering ervan bij de fusietoets in het onderwijs, dan wel de formulering van de bepaling ter zake aan te passen aan het voorstel van de Dienstenwet. Hoewel de regering sympathie kan opbrengen voor de argumenten van de Raad met name waar het gaat om zorgvuldige voorbereiding, schriftelijke vorm van een besluit, bekendmaking en motivering, is zij de mening toegedaan dat in het voorliggende wetsvoorstel voornoemde waarborgen adequaat zijn verdisconteerd. Na afweging van de belangen, acht de regering het belang van de onderwijsinstellingen, om uiterlijk na zes maanden (26 weken) zekerheid te hebben over de voortgang van het fusieproces, groter. Het maatschappelijke risico (of grote onomkeerbare schade in het kader van de fusietoets) blijft hier beperkt omdat vanaf de start van het fusieproces de belanghebbenden al een grote rol spelen. Daarmee is de kenbaarheid van het voornemen tot fusie voldoende geborgd. Op advies van de Raad is de formulering van de Dienstenwet overgenomen en geïntegreerd in het wetsvoorstel.

7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn deels in aangepaste overgenomen, met uitzondering van:

- Artikel I, vierde gedachtestreepje, artikel II, derde gedachtestreepje, artikel

¹ De naam «lex silencio positivo» is taalkundig merkwaardig, omdat het eerste woord Latijn is en het tweede en derde woord Spaans.

² Voorgestelde artikelen 64d, derde lid, WPO; 66d, derde lid, WEC; 53h, derde lid, WVO; 2.1.12, derde lid, WEB; 16.16c, derde lid, WHW.

³ Bij voorbeeld het advies van 1 april 2005 inzake het voorstel van Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen, Kamerstukken II 2004/05, 29 934, nr. 4, punt 2a, en de voorlichting van afdeling III van de Raad van 9 juli 2007 inzake lex silencio positivo/van rechtswege verleende vergunning, Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224, bijlage.

⁴ Toelichting op artikel 64d, vijfde alinea.

⁵ Kamerstukken I 2008/09, 31 579, A. Het gaat om de voorgestelde § 4.1.3.3 (Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen) in de Algemene wet bestuursrecht, met enkele daarop afgestemde bepalingen in verband met beroep tegen het niet bekendmaken van de beschikking van rechtswege.

III, vijfde gedachtestreepje: de voorgestelde wijziging van de Raad houdt geen rekening met de mogelijkheid dat er direct na de besturenfusie een scholenfusie kan volgen.

- Artikel I, zesde gedachtestreepje: het is de bedoeling dat bij iedere fusie, ook één die geen goedkeuring behoeft, een fusie-effectrapportage wordt opgesteld. De opmerking van de Raad gaat hieraan voorbij.
- Artikel III, eerste gedachtestreepje: als gevolg van een andere aanpassing, is overname van deze kanttekening niet meer mogelijk.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
P. van Dijk*

Ik moge U, mede namens de Staatssecretarissen van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en mijn ambtgenoot van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
R. H. A. Plasterk

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W05.09.0145/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

Artikel I (Wet op het primair onderwijs)

- In het opschrift «Wet op primair onderwijs» wijzigen in: Wet op het primair onderwijs.
- Het opschrift van artikel 64 wijzigen in: «Begripsbepalingen». Voorts in het eerste lid, aanhef, «De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op» vervangen door: In deze afdeling wordt verstaan onder.
- In artikel 64 een begrip «fusie» toevoegen, met als omschrijving: «een bestuurlijke of institutionele fusie». Vervolgens in artikel 64a, eerste lid, «Institutionele en bestuurlijke fusies» vervangen door: «Fusies», en in artikel 64b, eerste lid, onderdeel b, en artikel 64c, eerste lid, «institutionele of bestuurlijke fusie» vervangen door: fusie.
- Artikel 64, eerste lid, onderdeel b, vervangen door: «een bestuurlijke fusie die tot gevolg heeft dat een rechtspersoon een groter aantal scholen, als bedoeld in deze wet, de Wet op de expertisecentra of de Wet op het voortgezet onderwijs, in stand houdt dan voor de fusie». Vervolgens het tweede lid schrappen.
- Artikel 64a, eerste lid, aanhef, wijzigen in: «De goedkeuring, bedoeld in het eerste lid, is niet vereist voor:». Voorts onderdeel b wijzigen in: een bestuurlijke fusie, anders dan een fusie bedoeld in artikel 17, waarbij het aantal betrokken scholen minder dan 10 bedraagt.
- Artikel 64a, derde lid, schrappen, nu het daarin bepaalde wordt geregeld in het daaropvolgende artikel en in artikel VI van het wetsvoorstel.
- In artikel 64b, eerste lid, onderdeel c, «Ondernemingskamer» telkens wijzigen in: ondernemingskamer (artikel 66 Wet op de rechterlijke organisatie).
- In artikel 64c, tweede lid, «indien een of meer bij de bestuurlijke fusie betrokken scholen alleen op deze wijze met toepassing van het bepaalde in hoofdstuk II, afdeling 9 voor bekostiging in aanmerking kunnen blijven komen» wijzigen in: indien een of meer bij de fusie betrokken scholen onder de opheffingsnorm van artikel 153 raakt.

Artikel II (Wet op de expertisecentra)

- Het opschrift van artikel 66 wijzigen in: «Begripsbepalingen». Voorts in het eerste lid, aanhef, «De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op» vervangen door: In deze afdeling wordt verstaan onder.
- In artikel 66 een begrip «fusie» toevoegen, met als omschrijving: «een bestuurlijke of institutionele fusie». Vervolgens in artikel 66a «Institutionele en bestuurlijke fusies» vervangen door: «Fusies», en in artikel 66b, eerste lid, onderdeel b, en artikel 66c, eerste lid, «institutionele of bestuurlijke fusie» vervangen door: fusie.
- Artikel 66, eerste lid, onderdeel b, vervangen door: «een bestuurlijke fusie die tot gevolg heeft dat een rechtspersoon een groter aantal scholen, als bedoeld in deze wet, de Wet op het primair onderwijs of de Wet op het voortgezet onderwijs, in stand houdt dan voor de fusie». Vervolgens het tweede lid schrappen.
- In artikel 66b, eerste lid, onderdeel c, «Ondernemingskamer» wijzigen in: ondernemingskamer (artikel 66 van de Wet op de rechterlijke organisatie).
- In artikel 66c, tweede lid, «indien één of meer bij de bestuurlijke fusie betrokken scholen alleen op deze wijze met toepassing van het bepaalde in de artikel 147 en 148, voor bekostiging in aanmerking kunnen blijven komen» wijzigen in: indien een of meer bij de fusie betrokken scholen onder de opheffingsnorm van de artikelen 147 en 148 raakt.

Artikel III (Wet op het voortgezet onderwijs)

- In onderdeel A, aanhef, «wordt» wijzigen in: worden.
- De voorgestelde artikelen 53d tot en met 53h, samen met het geldende artikel 53c, onderbrengen in een afzonderlijke afdeling, met als opschrift «Fusies». De inhoud van artikel 53d binnen deze afdeling vooraan plaatsen.
- Het opschrift van artikel 53d wijzigen in: «Begripsbepalingen». Voorts in het eerste lid, aanhef, «De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op» vervangen door: In deze afdeling wordt verstaan onder.
- In artikel 53d een begrip «fusie» toevoegen, met als omschrijving: «een

bestuurlijke of institutionele fusie». Vervolgens in artikel 53e, eerste lid, «Institutionele en bestuurlijke fusies» vervangen door: «Fusies», en in artikel 53f, eerste lid, onderdeel b, en artikel 53g, eerste lid, «institutionele of bestuurlijke fusie» vervangen door: fusie.

- Artikel 53d, eerste lid, onderdeel b, vervangen door: «een bestuurlijke fusie die tot gevolg heeft dat een rechtspersoon een groter aantal scholen of instellingen, als bedoeld in deze wet, de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet educatie en beroepsonderwijs of de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in stand houdt dan voor de fusie». Vervolgens het tweede lid schrappen.
- In artikel 53f, eerste lid, onderdeel c, «Ondernemingskamer» wijzigen in: ondernemingskamer (artikel 66 van de Wet op de rechterlijke organisatie).
- Ter vermijding van een tangconstructie, artikel 53g, eerste lid, onderdeel a, wijzigen in: «de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod van die scholen binnen de gemeenten waarin de huidige leerlingen van die scholen woonachtig zijn op significante wijze wordt belemmerd, zowel in het opzicht van richting als van pedagogisch-didactische aanpak en schoolsoort, of».

Artikel IV (Wet educatie en beroepsonderwijs)

- Het opschrift van artikel 2.1.8 wijzigen in: «Begripsbepalingen». Voorts in het eerste lid, aanhef, «De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op» vervangen door: In deze afdeling wordt verstaan onder.
- In artikel 2.1.8 een begrip «fusie» toevoegen, met als omschrijving: «een bestuurlijke of institutionele fusie». Vervolgens in artikel 2.1.9 «Institutionele en bestuurlijke fusies» vervangen door: «Fusies», in artikel 2.1.10, eerste lid, onderdeel b, «institutionele of bestuurlijke fusie» vervangen door: fusie, en in artikel 2.1.11, eerste lid, «institutionele fusie of bestuurlijke fusie» vervangen door: fusie.

Artikel V (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek)

- De fusietoets niet vormgeven als een tijdelijke regeling (zie geldend artikel 16.1), nu dat in de andere onderwijswetten evenmin geschiedt.
- In het opschrift van hoofdstuk 16, paragraaf 5, het woord «fusie» opnemen. Voorts in de artikelen 16.15 en 16.16 de termen «(bestuurs-)overdracht» en «bestuurlijke fusie» consequent gebruiken.
- In artikel 16.16, eerste lid, na «hogeschool» telkens invoegen: universiteit. Vervolgens het vierde lid schrappen.
- Artikel 16.16, tweede lid, als volgt formuleren: «Een rechtspersoon die twee of meer hogescholen in stand houdt, kan deze samenvoegen tot één hogeschool. Deze samenvoeging wordt aangemerkt als institutionele fusie.»
- In artikel 16.16b, eerste lid, «institutionele fusie of overdracht door rechtspersonen als bedoeld in artikel 16.16» wijzigen in: fusie. Voorts «hoger beroepsonderwijs» wijzigen in: hoger onderwijs.
- Artikel 16.16b, tweede lid, verduidelijken.
- In artikel 16.16b, derde lid, «artikel 6.2, derde lid,» wijzigen in: artikel 6.2, tweede lid.
- In artikel 16.19, eerste lid, «bestuursoverdracht» vervangen door: fusie, en «hogeschool» vervangen door: instelling. Voorts in het tweede lid, «dan wel in geval van samenvoeging van twee of meer hogescholen» schrappen, nu de term «samenvoeging» elders in de wet niet voorkomt.

Artikel VI (Wet medezeggenschap op scholen)

- In de aanhef, na «wordt», invoegen: , onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel h door een puntkomma, .
- In onderdeel i, «als bedoeld in» wijzigen in: , bedoeld in (aanwijzing 82 van Aanwijzingen voor de regelgeving). Voorts «artikel 64, tweede lid, van de Wet op het primair onderwijs» wijzigen in: artikel 64b, tweede lid, van de Wet op het primair onderwijs.

Artikel VII (Samenloop met wetsvoorstel 31 266)

- In de onderdelen A en B, aanhef, «het voorstel van wet» telkens vervangen door: het bij koninklijke boodschap van 8 november 2007 ingediende voorstel van wet (vergelijk aanwijzing 171b van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Overig

- In verband met de mogelijkheid dat wetsvoorstel 31 266 later dan dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven en in werking treedt, of in het geheel niet, in de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 een bepaling opnemen die erin voorziet dat de medezeggenschapsraad kennisneemt van de fusie-effectrapportage voorafgaand aan de uitoefening van de adviesbevoegdheid, bedoeld in artikel 7, aanhef en onderdeel e, van de Wet medezeggenschap onderwijs 1992.