

NOTITIE

Aan Tweede Kamer der Staten- Generaal, Commissie OCW
Van Martijn Nolen
Inzake rondetafelgesprek wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht
Datum 1 oktober 2015

Geachte leden van de Commissie OCW van de Tweede Kamer,

U heeft het verzoek gedaan om op 1 oktober 2015 te spreken over het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht ("**Wetsvoorstel**"). Het doel van uw gesprek is duidelijkheid te verkrijgen over drie vragen.

1. Draagt het Wetsvoorstel bij aan het versterken van de medezeggenschap?
2. Is het noodzakelijk dat de rol van de toezichthouder verandert ten opzichte van de huidige situatie?
3. Wordt zeggenschap met dit wetsvoorstel voldoende geborgd?

In voorbereiding op dit gesprek, volgt hieronder een toelichting op mijn inbreng.

Vraag 1) Draagt het wetsvoorstel bij aan de versterking van medezeggenschap?

Deels bevestiging staande praktijk

Een aantal voorstellen bevestigen de positie van de medezeggenschap. Het is goed dat (a) ook bij de benoeming van bestuurders gebruik wordt gemaakt van openbare profielen, dat (b) de medezeggenschapsraad op die profielen in elk geval een adviesrecht heeft. Het is voorts ook logisch dat (c) de medezeggenschap aanspraak kan maken op de vergoeding van juridische bijstand en scholing en (d) dat de commissie voor geschillen een bemiddelingsvoorstel kan doen. Deze wettelijke uitgangspunten zijn *best practice* en soms al verwoord in de branchecodes goed bestuur.

Adviesrecht medezeggenschap benoeming en ontslag bestuurders is onverstandig

Het voorstel om medezeggenschap een adviesrecht toe te kennen bij de benoeming en ontslag van bestuurders is onverstandig. Een formeel adviesrecht bij benoeming en ontslag kan in de selectie- en evaluatiefase de werkgeversrol van de raad van toezicht doorkruisen. Door het enkele gegeven dat sprake is van een adviesrecht kunnen intern toezichthouders minder autonoom en onafhankelijk functioneren.

Het is wel aan te bevelen dat medezeggenschap betrokken wordt bij de benoeming van schoolleiders, rectoren, decanen en bestuurders. Dat kan bijvoorbeeld door kennismakingen voorafgaande aan de benoeming. Een instemmingsrecht in plaats van een adviesrecht op het profiel zou bijvoorbeeld een goede zaak zijn. Het door de raad van toezicht bij de benoeming motiveren waarom de te benoemen persoon past binnen het profiel ook. Dat bevordert allebei de betrokkenheid. Het gesprek kan dan gaan over de strategie die nodig is voor de toekomst in plaats van over individuele personen.

Van Doorne N.V. is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34199342. Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op www.vandoorne.com en worden op verzoek toegezonden.

Van Doorne N.V. has its registered offices in Amsterdam and is registered with the Commercial Register under number 34199342. Van Doorne N.V. is the exclusive contracting party in respect of all commissioned work. This work and all legal relations with third parties shall be governed by the General Terms of Van Doorne N.V. and its subsidiaries which include a limitation of liability. These Terms, which have been filed with the District Court at Amsterdam, may be consulted at www.vandoorne.com and will be forwarded upon request.

De huidige praktijk bevestigt dat daar waar het adviesrecht op dit punt al vrijwillig is uitgebreid, dit adviesrecht tot zeer veel discussies leidt. Aangezien het bij benoeming en ontslag om personen gaat, zijn die discussies vaak zeer gevoelig en persoonlijk. Het wettelijk toekennen van een adviesrecht maakt de positie van bestuurders nog kwetsbaarder. Niet voor niets neemt de omloopsnelheid van bestuurders toe.

Verdere formalisering legt nadruk op tegenstellingen en beperkt ruimte voor vernieuwing

Bestuurders hebben met belanghebbenden binnen en buiten de onderwijsorganisatie contact hebben over de strategie van de onderwijsorganisatie. Dit contact over het functioneren van onderwijsorganisatie, scholen/faculteiten en opleidingen wordt informeler en het gesprek wordt met meer belanghebbenden gevoerd dan alleen (formele) medezeggenschap. Het wetsvoorstel houdt hier onvoldoende rekening mee en legt de focus vooral op een verdere formalisering van de relatie medezeggenschap, bestuur en intern toezicht. Hierdoor komt de tegenstelling voorop te staan en wordt de ruimte voor vernieuwing beperkt.¹

Verplicht overleg medezeggenschap en raad van toezicht

Een voorbeeld van formalisering van de medezeggenschap is het verplichte halfjaarlijkse overleg tussen medezeggenschap en raad van toezicht. Het is zeer waardevol als er regelmatig contact is tussen medezeggenschap en raad van toezicht. In dergelijke contacten is de rol van intern toezichthouders dat zij luisteren, observeren en vragen. Als intern toezichthouder behoort je met signalen actief iets te doen en te reageren via de bestuurder. De vraag is of dit ook wettelijke regeling behoeft. Regelmatig contact en kennismaking is *common sense*. Het risico van wettelijke regeling is dat de raad van toezicht gebruikt wordt als interne hogere beroepsinstantie.

Behoeft aan professionalisering praktische medezeggenschap

Een analyse van de 42 uitspraken van de LCG Wms in de periode 2012-2014 leert dat het merendeel van de uitspraken van de geschillencommissie is terug te voeren op een principiële vraag (wel of geen instemmingsrecht) of gebrekkige communicatie over en weer tussen bestuur en medezeggenschap. Gebrekkige communicatie is soms de bestuurders zelf aan te rekenen maar soms ook de medezeggenschapsraad zelf.

Het verdient aanbeveling nader onderzoek te doen naar het praktisch functioneren van medezeggenschapsraden. Kwalitatief onderzoek naar de dagelijkse praktijk van medezeggenschap en de toekomstbestendigheid ontbreekt.² Vragen die gesteld kunnen worden zien op (a) de verhouding tussen medezeggenschap en het algemeen belanghebbendenbeleid, (b) de waarde van *best practices* voor de communicatie tussen medezeggenschap, bestuur en intern toezicht en (c) de mogelijkheid om beginselen van goede medezeggenschap te formuleren. Meer zeggenschap behoeft voorts verantwoording over de wijze waarop met de eigen bevoegdheden wordt omgegaan.³

¹ Zo zijn voorbeelden bekend van onderwijsorganisaties waar vooral op basis van inhoudelijke thema's het contact wordt gezocht en gevonden over de toekomst en het functioneren van de onderwijsorganisatie. Ook kennen we enkele onderwijsorganisaties waar gebruik wordt gemaakt van inhoudelijke commissies gevormd uit intern toezichthouders, leden van de medezeggenschap en overige belanghebbenden.

² De nadruk ligt in de literatuur vooral op de procedure, de uitleg van rechten en de naleving van procedures in kwantitatieve zin.

³ Het gaat dan bijvoorbeeld om de naleving van ongeschreven beginselen als motivering van besluiten, proportioneel gebruik van rechten (geen recht van amendement), transparant handelen (openstellen voor overleg en alternatieven), binnen redelijke termijn formeel reageren op verzoeken tot instemming of advies, tijdig kenbaar maken van mogelijke bezwaren (voorzienbaarheid) en verplicht werken aan de eigen deskundigheid (scholing/bijstand).

Wetsvoorstel beperkt ruimte voor inrichting onderwijsorganisatie op menselijke maat

Het Wetsvoorstel besteedt vooral aandacht aan het bestuursniveau. Die keuze bevreemdt omdat de tendens bij veel (grotere) onderwijsorganisaties is dat juist gezocht wordt naar meer ruimte voor de school, de faculteit of het college als organisatorische eenheid. Ouders, leerlingen/studenten en personeel hebben binding met de eigen eenheid en veel minder met het bestuursniveau. Door medezeggenschap en extern toezicht op bestuursniveau te versterken, neemt de ruimte af om de onderwijsorganisatie op menselijke maat in te richten. Aan die ruimte voor kleinschaligheid bestaat vooral bij roc's en hogescholen behoefte. Op dat niveau zit ook de toegevoegde waarde van medezeggenschap en is sprake van daadwerkelijke betrokkenheid.

Rol opleidingscommissies hoger onderwijs: stel klankbordfunctie meer voorop

Het Wetsvoorstel bevestigt dat de belangrijkste taak van de opleidingscommissies is om te adviseren over (het bevorderen van) de kwaliteit van de opleiding(en). Het is goed dat decanen en opleidingsdirecteuren de inhoud en de kwaliteit van opleidingen regelmatig bespreken en evalueren met studenten en personeel. Daar zit immers de toegevoegde waarde van medezeggenschap.

De motie Duisenberg/Rog⁴ verplicht echter de opleidingscommissies tot het innemen van een standpunt over de kwaliteit van de opleiding en het opnemen van dit oordeel in de studiebijsluiters. Een dergelijk voorstel - bovenop het huidige Wetsvoorstel - leidt tot een aantal vragen.

- Welk toetsingskader hanteert de opleidingscommissie bij de beoordeling?
- Tast een versterking van de positie van de opleidingscommissie niet de professionele autonomie van de docent en de academische vrijheid van de wetenschapper aan?
- Verdraagt een beoordelende rol van de opleidingscommissie zich wel met haar klankbordfunctie?
- Wat betekent een oordeel van de opleidingscommissie voor de positie van de externe toezichthouders?⁵

Indien het de wens is om het goede gesprek over de kwaliteit van de opleiding in het hoger onderwijs te versterken, dan is het raadzaam eerst onderzoek te doen naar het praktisch functioneren van de opleidingscommissies, de verhouding tot interne evaluaties van opleidingen/ vakken en de professionele autonomie van de docent.⁶

Vraag 2) Is het noodzakelijk dat de rol van de toezichthouder verandert ten opzichte van de huidige situatie?

Instrumenten extern toezicht nemen toe

De ervaringen met professioneel intern toezicht en het risicogericht extern toezicht zijn relatief recent. In 2010 trad de Wet goed onderwijs goed bestuur in werking, de bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs zijn in 2012 verruimd en sinds 2013 heeft de minister van OCW in alle onderwijssectoren een aanwijzingsbevoegdheid. Uit de beschikbare literatuur blijkt dat het interne toezicht snel professionaliseert

⁴ Kamerstukken II 2014/15, 31288, nr. 458.

⁵ Bij negatieve oordelen kan van de NVAO en/of de Inspectie van het Onderwijs worden verlangd dat zij nader onderzoek verrichten. Dat leidt tot extra toezichtslasten en heeft extra personele capaciteit.

⁶ Meerdere universiteiten in het buitenland verplichten studenten bijvoorbeeld tot het invullen van een digitaal evaluatieformulier voorafgaand aan het verkrijgen van een tentamenuitslag. In Nederland kan dit niet als voorwaarde voor het verkrijgen van een tentamenuitslag worden opgelegd.

en dat de fijnmazigheid en de intensiteit van het interne en externe toezicht is toegenomen. Het gaat daarbij steeds vaker om cultuur en gedrag.

Het aantal sturings- en sanctie-instrumenten is groeiende. De NVAO en de Inspectie van het Onderwijs zijn veel meer autoriteit geworden, interpreteren wettelijke deugdelijkheidseisen, formuleren zelf nieuwe normen en treden ook handhavend op. De toenemende invloed van extern toezicht leidt tot (a) ongemak over de rolverdeling tussen intern en extern toezicht en (b) te vroeg interveniërende intern toezichthouders. Het botst soms ook met de behoefte aan het zoeken naar bestuurlijke oplossingen.

Voorstel meldingsplicht niet evidence based

De voorgestelde meldingsplicht leidt waarschijnlijk tot een intensivering van het interne en externe toezicht. Het huidige voorstel besteedt hieraan te weinig aandacht en nut en noodzaak zijn niet *evidence based*. Als het de wens is dat extern toezichthouders over meer en tijdiger informatie beschikken, kan - in aanvulling op de figuur van verscherpt toezicht - worden volstaan met het versterken van de algemene informatievoorziening door onderwijsorganisaties. Daarvoor is een instrument zoals de verstrekking van financiële en kwalitatieve kwartaalrapportages geschikter.

1. Goed intern toezicht is een collectieve verantwoordelijkheid.

Het past niet dat leden van een raad van toezicht een eigen, individuele meldingsverplichting hebben. Het ligt veel meer voor de hand dat bij interne conflicten of vermoedens van schending van de integriteit, intern toezichthouders eerst ondersteuning en advies zoeken bij commissies van ervaren toezichthouders.

2. Nut en noodzaak van de meldingsverplichting ontbreekt

De professionaliteit van intern toezichthouders neemt snel toe en de Inspectie van het Onderwijs heeft goed inzicht in financiële continuïteit en risico's. Indien zij behoefte heeft aan extra informatie over de financiële continuïteit, kan zij al kwartaalrapportages opvragen en verplicht stellen of om nadere informatie verzoeken.

3. Een melding is een zeer zwaar instrument

Bij een melding ligt alle informatie op straat (Wet openbaarheid bestuur) en daarmee ook het potentiële conflict en de mogelijke financiële risico's. Dat komt het zelfreinigend vermogen niet ten goede en frustreert het bereiken van oplossingen met schuldeisers. Soms is het in stilte zoeken naar een uitweg beter voor de continuïteit en kwaliteit van het onderwijs. Er bestaat veel meer behoefte aan een tussenstap die ruimte biedt aan bestuurders en interne toezichthouders om in moeilijke situaties tot resultaten te komen.

4. Onnodige overlap van verantwoordelijkheden

Een meldingsplicht heeft als gevolg dat raad van toezicht, medezeggenschap, NVAO en de Inspectie van het Onderwijs in elkaars vaarwater geraken. Wie is aansprakelijk voor goed toezicht? Wat als de NVAO of de Inspectie van het Onderwijs achteraf te weinig doen met een melding? Elke melding vergt ook nader onderzoek. Dit kost veel tijd, bestuurlijke energie en geld voor zowel onderwijsorganisatie als externe toezichthouders. Dat gaat ten koste van de bestuurlijke oplossing. Deze stap vergt ook veel extra capaciteit van de Inspectie van het Onderwijs.

5. Privébelang van bestuurders en toezichthouders neemt toe

Bij meldingen kan het gaan om vermoedens van bestuurlijk wanbeheer. Bij elke melding hebben bestuurders en intern toezichthouders daardoor direct een privébelang bij de uitkomst van het onderzoek door de

Inspectie van het Onderwijs. Gelet op het bijbehorende risico van ontslag en aansprakelijkheid leidt dit tot een verdere juridisering van het interne en externe toezicht.

6. Nadere normstelling meldingsplicht heeft rechtsonzekerheid tot gevolg

Uit de memorie van toelichting blijkt dat wordt gedacht aan een meldingsplicht bij:

- ontwikkelingen die leiden tot zeer zwak onderwijs;
- financiële verwickelingen die ertoe kunnen leiden dat de continuïteit van het onderwijs aan de instelling in het geding is;
- ontwikkelingen die tot het predicaat wanbeheer aanleiding zouden kunnen geven.

Deze open formuleringen leiden bij intern toezichthouders tot rechtsonzekerheid en hebben een intensivering van zowel het interne als het externe toezicht tot gevolg. De valkuil is bange interne en externe toezichthouders en interne toezichthouders die op de stoel van de bestuurder gaan zitten.

Vraag 3) Wordt zeggenschap met dit wetsvoorstel voldoende geborgd?

Medezeggenschap is vooral van toegevoegde waarde op het moment dat het zich richt op daar waar medezeggenschap bij betrokken is. Door de medezeggenschap meer rechten toe te kennen, ontstaat een situatie waarbij de agenda vooral wordt bepaald door die rechten. Hierdoor is er minder ruimte voor vernieuwing, neemt de toegevoegde waarde van medezeggenschap af en komt de menselijke maat van medezeggenschap onder druk.

Het is raadzaam de blik vooral te richten op het praktisch functioneren van medezeggenschap en intern toezicht. Nadeel van de eenzijdige focus op formele rechten en verplichtingen is dat dit leidt tot het aanscherpen van de tegenstelling in plaats van het goede gesprek over de toekomst en de kwaliteit van het onderwijs. De voorgestelde meldingsplicht leidt tot onduidelijkheid over de vraag wie verantwoordelijk is voor het toezicht.

Bestuurders hebben tot taak onderwijsorganisaties te besturen. De overheid houdt toezicht op het functioneren van het stelsel; al zijn overheid en wetgever soms geneigd ook op instellingsniveau te sturen. Ouders, leerlingen/studenten en personeel hebben invloed op het keuzeprocess, op de kwaliteit van het onderwijs en met hun gerechtvaardigde belangen behoort rekening te worden gehouden. Het is binnen deze driehoek een continue zoektocht naar een goede balans. Die balans staat met een aantal voorstellen in dit Wetsvoorstel onnodig onder druk.

Hoogachtend,
mr. M.F. Nolen

Korte biografie

Martijn Nolen is werkzaam bij Van Doorne en een ervaren jurist op het gebied van de publieke adviespraktijk en juridisch expert binnen de sector Kennis & Onderwijs. Hij houdt zich sinds 2004 zowel bezig met civiele en notariële vraagstukken als met de veelvuldig in de publieke sector voorkomende bijzondere wet- en regelgeving.

Hij publiceert regelmatig, richt zich actief op de ontwikkelingen binnen zijn vakgebied en legt eenvoudig de verbinding tussen de maatschappelijke actualiteit en de belangen van zijn cliënt (maatschappelijke organisaties, overheden, bestuurders en medezeggenschap). Om die reden is hij tevens voorzitter van de werkgroep Bestuur en Management van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht.

Martijn Nolen studeerde Nederlands recht aan de Vrije Universiteit en verricht daar thans een onderzoek naar de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs. Tijdens zijn studententijd was hij actief in de medezeggenschap en student-assistent van de bestuursstaf van de Vrije Universiteit.