

Vergaderjaar 2010–2011

**32 540**

## **Wijziging van de Wet op het primair onderwijs en de Wet op de expertisecentra teneinde het Vervangingsfonds en het Participatiefonds onder de werking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen te brengen**

**Nr. 7**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 25 januari 2011

Graag wil ik de leden van de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap danken voor de opmerkingen die zij in het verslag hebben gemaakt en voor de vragen die zij hebben gesteld.

In het onderstaande ga ik in op de vragen en opmerkingen in het verslag. De nota volgt grotendeels de indeling van het verslag. Wel zijn voor de beantwoording van de vragen omtrent het vervangen van «de rechtspersoon» door «het bestuur van de rechtspersoon» de vragen van de leden van de VVD-fractie en de leden van de CDA-fractie bijeengenomen omdat zij het zelfde onderwerp betreffen en zijn de vragen met betrekking tot dit onderwerp om diezelfde reden enigszins anders gerangschikt.

### **I ALGEMEEN**

#### **Doel van het wetsvoorstel**

De leden van de VVD-fractie vragen de regering uiteen te zetten waarom in dit wetsvoorstel publiekrechtelijke taken worden toegekend aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Deze leden merken op dat als de minister oog wil houden op uitoefening van publieke bevoegdheden het de vraag is waarom wordt gekozen voor een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (zbo) en niet voor een publiekrechtelijk zbo.

Naar aanleiding van deze vragen merkt de regering op dat de keuze voor een privaatrechtelijke zbo niet wordt gemaakt in het onderhavige wetsvoorstel. Deze keuze is in het verleden gemaakt en het onderhavige wetsvoorstel, dat voorziet in van toepassing verklaring van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet ZBO) op deze reeds bestaande zbo's en de noodzakelijke technische aanpassingen in verband daarmee, vormt geen aanleiding tot heroverweging van deze keuze.

Bij de oprichting van het Vervangingsfonds (1992) en het Participatiefonds (1995) is de keuze voor een privaatrechtelijke zbo gemaakt. De redenen voor de destijds gemaakte keuze waren de volgende. De fondsen voeren hun bevoegdheden zelfstandig uit. De minister heeft geen bemoeienis

met beslissingen van de fondsen die betrekking hebben op de uitvoering. Uit een en ander vloeide destijds voort dat de fondsen zijn aan te merken als een zbo<sup>1</sup>.

De doelstellingen van het Vervangingsfonds en het Participatiefonds zijn in het belang van zowel werkgevers als werknemers. Participatie van deze maatschappelijke organisaties moet in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen worden geacht (participatiemotief). Het Vervangingsfonds heeft ten doel waarborgen te bieden voor vervanging bij afwezigheid van personeel. Naast de taak met betrekking tot vervanging levert het Vervangingsfonds een belangrijke bijdrage aan het terugdringen van ziekteverzuim en de arbeidsongeschiktheid van onderwijspersoneel. Het Participatiefonds is verantwoordelijk voor het beheren en terugdringen van de werkloosheidsuitgaven in het primair onderwijs. Naast de taak met betrekking tot werkloosheidsuitgaven ondersteunt het Participatiefonds schoolbesturen bij het opzetten van hun personeels- en mobiliteitsbeleid. Het fonds zet zich ook in voor individuele medewerkers die werkloos zijn of worden. De doelstellingen van het Vervangingsfonds en het Participatiefonds zijn van belang voor de continuïteit van het werk en dus in het belang van zowel werkgevers als werknemers. Om de vertegenwoordiging van werkgevers en werknemers in het bestuur tot uitdrukking te kunnen brengen is bij de oprichting gekozen voor een privaatrechtelijke zbo. Dit uitgangspunt is door het Begeleidingsteam Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen overgenomen in het advies over de zbo's in relatie tot de Kaderwet ZBO<sup>2</sup>.

De leden van de VVD-fractie vragen verder in het algemeen in hoeverre voor het Vervangingsfonds en het Participatiefonds de vorm van een zbo de meest aangewezen vorm is.

In de nadere toelichting bij de Mededeling van de minister van OCW in gevolge artikel 42 van de Kaderwet ZBO<sup>3</sup> is aangegeven dat het instellingsmotief voor genoemde fondsen het participatiemotief is. Naast dit participatiemotief, waarop hierboven ook reeds is ingegaan, is destijds gekozen voor een zbo omdat de minister en het departement zich meer op beleids- en/of kerntaken wilden concentreren en zich juist minder wilden gaan bemoeien met de uitvoering. Voorts was het doel de kosten van ziekte en werkloosheid beter beheersbaar te maken. Dit doel kon beter worden bereikt door de oprichting van een zbo waarin werkgevers en werknemers samen verantwoordelijk worden gemaakt voor de kosten daarvan.

Daarnaast wordt nog opgemerkt dat in de rapportage op hoofdlijnen van het ambtelijk Begeleidingsteam Kaderwet ZBO «ZBO's binnen kaders», waarvan de uitgangspunten als leidraad zijn gebruikt bij de besluitvorming ten aanzien van aanpassing van individuele zbo's aan de Kaderwet ZBO<sup>4</sup>, het volgende is opgenomen: «Met de restrictieve interpretatie van de instellingsmotieven voor nieuwe zbo's rijst de vraag wat dit voor de huidige zbo's betekent, voor zover die zijn ingesteld op basis van een instellingsmotief dat thans niet meer als valide wordt beschouwd. De commissie bepleit hier een vooral praktische benadering. De commissie adviseert taken van bestaande zbo's waarvoor het instellingsmotief niet meer past in de huidige, restrictieve uitleg, *alleen* rechtstreeks onder ministeriële verantwoordelijkheid (terug) te brengen als de daarmee te bereiken verheldering van de ministeriële verantwoordelijkheid opweegt tegen de kosten van een dergelijke operatie en als die ministeriële verantwoordelijkheid met volledige toepassing van de Kaderwet niet voldoende geëffectueerd zou kunnen worden». Voor zover in het onderhavige geval reeds sprake zou zijn van een niet valide instellingsmotief is er geen reden te menen dat de ministeriële verantwoordelijkheid niet voldoende kan worden geëffectueerd. De kosten voor

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 693, nr. 3, blz. 9.

<sup>2</sup> Bijlage bij Kamerstukken I 2007/08, 27 426, nr. H.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2007/08, 25 268, nr. 50, blz. 8, bijlage.

<sup>4</sup> Kamerstukken I 2007/08, 27 426, nr. H.

het omvormen van de fondsen naar publiekrechtelijke rechtspersonen lijken dan ook niet gerechtvaardigd.

Voor de beantwoording van de vragen omtrent het vervangen van «de rechtspersoon» door «het bestuur van de rechtspersoon» zijn de vragen van de leden van de VVD-fractie en de leden van de CDA-fractie bijeen genomen.

In dit kader acht de regering het vooreerst van belang aan te geven dat naar aanleiding van het advies van de Raad van State het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel deels is aangepast overeenkomstig het advies. Voor zover het Vervangings- en Participatiefonds in de wet in vermogensrechtelijke zin worden aangeduid wordt thans, naar aanleiding van het advies, in het wetsvoorstel steeds gesproken van «de rechtspersoon». Ook daar waar (publiekrechtelijke) *taken* worden toegekend wordt gesproken over «de rechtspersoon». Een taak kan immers onder meer ook verschillende bevoegdheden impliceren, waarbij het wenselijk kan zijn elk van deze bevoegdheden onder te brengen bij verschillende organen, en kan voorts vermogensrechtelijk optreden met zich meebrengen. Door in het wetsvoorstel in deze gevallen steeds te spreken van «de rechtspersoon» wordt verzekerd dat de wetgever ten aanzien van vermogensrechtelijk optreden door de fondsen niet treedt in de door het Burgerlijk Wetboek beheerste, interne verhoudingen binnen deze rechtspersonen. De wetgever treedt in het wetsvoorstel dus, conform het advies van de Raad, niet in de door boek 2 van het Burgerlijk Wetboek beheerste, verhoudingen binnen de rechtspersoon.

Slechts voor zover het betreft het toekennen van publiekrechtelijke *bevoegdheden* aan deze privaatrechtelijke zbo's, of het uitoefenen daarvan, is het advies van de Raad niet overgenomen en wordt, in plaats van over «de rechtspersoon» gesproken over: het bestuur van de rechtspersoon. Deze formuleringen in de wettekst betekenen in het onderhavige geval dat de bestaande bevoegdheidsverdeling gecontinueerd wordt. Immers, zowel bij het Vervangings- als het Participatiefonds is het thans het bestuur dat de publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent. Dat dit een, ook door de fondsen zelf, onbetwist uitgangspunt is wordt onderstreept door de inhoud van het Besluit Vervangingsfonds en het Besluit Participatiefonds. In deze besluiten zijn uitgebreide waarborgen opgenomen omtrent de samenstelling en benoeming van de besturen. Dit vanuit de gedachte dat het bestuur de drager is van de publiekrechtelijke bevoegdheden en dat het derhalve van belang is dat de regering zich verzekert van een verantwoorde samenstelling van het bestuur. Ook op dit punt wijzigt er in de praktijk derhalve niets in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon.

Zowel de leden van de VVD-fractie als van de CDA-fractie merken op dat er geen eenduidige lijn lijkt te worden gevolgd binnen het ministerie van OCW.

Naar aanleiding van deze opmerkingen kan ik u verzekeren dat de hierboven geschetste uitgangspunten overeenkomen met de eenduidige lijn, die binnen het ministerie van OCW wordt gevolgd. Het advies van de Raad van State is bovendien aanleiding geweest om deze lijn binnen het ministerie nog eens goed te consolideren door middel van interne communicatie. OCW kent een viertal privaatrechtelijke zbo's. In het nader rapport is uiteengezet dat deze lijn in artikel 10 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid ten aanzien van de cultuurfondsen wordt gevolgd. In artikel 2.125 van de Mediawet wordt, evenals in het onderhavige wetsvoorstel, aan het Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Omroepproducties de *taak* toegekend aan de rechtspersoon. Een expliciete toedeling van *bevoegdheden* vindt daar niet plaats. Ten aanzien van de andere twee zbo's, het Vervangings- en het Participatiefonds, wordt met het onder-

havige wetsvoorstel voorgesteld dezelfde lijn te volgen. Bovendien wordt deze lijn niet slechts ten aanzien van privaatrechtelijke zbo's gevolgd maar geldt hij als algemeen uitgangspunt in het onderwijsrecht. Dit is in het nader rapport geïllustreerd aan de hand van de daar genoemde voorbeelden in de Leerplichtwet en artikel 39, vierde lid, van de Wet op het primair onderwijs (WPO). Ook in de wetenschappelijke literatuur wordt de voorgestelde aanpak onderschreven<sup>1</sup>.

In het verleden werd binnen OCW het onderscheid tussen het toekennen van een *taak* en een *bevoegdheid* overigens niet altijd even scherp gemaakt. Dit is de reden dat er, zoals de leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie vragen, in het nader rapport gesproken wordt over «gebruikelijk», «veelal als uitgangspunt» en «in beginsel». De totstandkoming van de Kaderwet ZBO, waarin is bepaald dat de op grond van de Kaderwet ZBO geldende regels alleen van toepassing zijn op zbo's die met openbaar gezag zijn bekleed, maken het naar mijn oordeel wenselijk expliciet tot uitdrukking te brengen dat er een publiekrechtelijke *bevoegdheid*, en dus openbaar gezag, bestaat. Wanneer een taak een bevoegdheid impliceert om openbaar gezag uit te oefenen (het nemen van besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht), zoals het verstrekken van subsidie, verdient het naar mijn oordeel daarom aanbeveling om dit in de toekomst expliciet als bevoegdheid van het bestuursorgaan te formuleren.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe het zit met andere privaatrechtelijke zbo's buiten OCW, en wat daar de algemene lijn is. Naar aanleiding van deze vraag wordt hieronder allereerst meer in detail ingegaan op de voorbeelden die de Raad van State noemt ter ondersteuning van zijn betoog dat sprake is van een gebruikelijke, eenduidige lijn waarbij toekenning van bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen plaatsvindt aan de rechtspersoon zelf. Daarna wordt nog een ander voorbeeld genoemd dat ook de lijn van het onderhavige wetsvoorstel ondersteunt. De Raad van State haalt in zijn advies, en ter onderbouwing van zijn standpunt, onder meer de Wet op de orgaandonatie en de Wet op de organisatie Zorgonderzoek Nederland aan als voorbeelden van privaatrechtelijke zbo's waarbij toekenning van bevoegdheden plaatsvindt aan de rechtspersoon zelf, en niet aan een orgaan. In artikel 3, eerste lid, van de Wet op de organisatie Zorgonderzoek Nederland wordt aan de rechtspersoon echter met zoveel woorden een *taak* toegekend, en geen *bevoegdheid*. De toegekende taak impliceert onder meer wel de bevoegdheid tot verlenen van subsidie maar is niet expliciet als zodanig geformuleerd. In artikel 7, eerste lid, van genoemde wet wordt vervolgens aan het *bestuur* van de rechtspersoon, en derhalve aan het *orgaan* en niet aan de rechtspersoon zelf, de bevoegdheid opgedragen een reglement vast te stellen. De wetgever treedt derhalve ook daar in de interne bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon. Dit is geheel in lijn met het onderhavige wetsvoorstel. Immers, in bijvoorbeeld artikel 183, eerste lid, van de WPO wordt de *taak* toegekend aan de *rechtspersoon* terwijl in bijvoorbeeld het vierde lid van dat artikel de *bevoegdheid* tot het stellen van regels wordt toegekend aan het *orgaan* van de rechtspersoon.

Ook in artikel 24 van de, door de Raad van State als voorbeeld genoemde, Wet op de orgaandonatie is geen sprake van toekenning van *bevoegdheden* aan een rechtspersoon. Daar wordt enkel bepaald dat aan de rechtspersoon een vergunning kan worden verleend, hetgeen iets anders is dan het toekennen van publiekrechtelijke bevoegdheden. In artikel 11 van de Metrologiewet, een van de andere voorbeelden, wordt een publiekrechtelijke bevoegdheid toegekend aan een «instantie». Onduidelijk is hoe het begrip «instantie» juridisch geduid dient te worden. Hieronder zou zowel een rechtspersoon als een orgaan van een rechtspersoon verstaan kunnen worden.

<sup>1</sup> Zie de bijdrage «Het «algemene» bestuursrecht en het «bijzondere» onderwijsrecht» van Prof. mr. B.P. Vermeulen en Prof. mr. P.J.J. Zoontjens in het preadvies «De Awb en de bijzondere wetgeving», p. 82 t/m 86, uitgebracht voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag 2000.

Tenslotte wordt in artikel 2, tweede lid, van de Wet aanwijzing nationale accreditatie-instantie bepaald dat de *taken* worden uitgevoerd door het *bestuur* (en derhalve het *orgaan*) van de rechtspersoon. Eveneens geheel in lijn met het onderhavige wetsvoorstel. Anders dan de Raad van State kom ik derhalve niet tot de conclusie dat sprake is van een eenduidige, gebruikelijke lijn die afwijkt van de in het onderhavige wetsvoorstel gehanteerde lijn.

Daat laat onverlet dat er ook voorbeelden zijn die de Raad noemt, zoals artikel 7c, zesde lid, van de Waarborgwet 1986 waar sprake is van de toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden aan de rechtspersoon, in plaats van aan een orgaan van een rechtspersoon.

Op verzoek van de leden van de VVD-fractie wordt hieronder het standpunt van de regering met betrekking tot de gevolgde OCW-lijn nader toegelicht. Daarmee wordt tevens geantwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie wat er op tegen is de formele lijn van de Raad van State te volgen en waarom het hanteren van het begrip «bestuur van de rechtspersoon» noodzakelijk is.

Voorop zou ik willen stellen dat over dit onderwerp in de literatuur en in de wetenschap genuanceerd wordt gedacht. Door sommige partijen wordt de nadruk gelegd op het primaat van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en staat de vrijheid van de rechtspersoon, om de verdeling van de interne bevoegdheden in de eigen statuten te regelen, voorop. Door deze partijen wordt gesteld dat de wetgever geen directe bemoeienis moet hebben met de algehele inrichting en werkwijze van een privaatrechtelijke rechtspersoon en dat van deze regel slechts in uitzonderlijke gevallen mag worden afgeweken. Anderen benadrukken dat publiekrechtelijke bevoegdheden behoren te worden toegedeeld aan *organen* van rechtspersonen omdat het de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden betreft. Het orgaan neemt besluiten in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht en legt verantwoording aan de minister af. Ik acht het van belang dat de publiekrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend door een *orgaan* dat in staat is het openbaar gezag naar behoren te bekleden en dat daartoe voldoende is uitgerust. De samenstelling van het bestuur van zowel het Vervangings- als het Participatiefonds is, op grond van de hierboven genoemde algemene maatregelen van bestuur, met zodanige waarborgen omkleed dat aan deze vereisten is voldaan. Indien ik, conform het advies van de Raad van State, zou volstaan met het toekennen van de publiekrechtelijke bevoegdheden aan de rechtspersonen zelf dan zouden deze rechtspersonen er voor kunnen kiezen het openbaar gezag te laten uitoefenen door een ander persoon of college (artikel 1:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht), zijnde een orgaan van de rechtspersoon. In theorie zou dit iedere willekeurige functionaris, werkzaam bij de fondsen, kunnen zijn. Teneinde te verzekeren dat de bevoegdheden worden uitgeoefend door het juiste orgaan wordt door de wetgever bepaald welk orgaan de bevoegdheden uitoefent.

Dat toekenning van openbaar gezag kan plaatsvinden aan een *orgaan* van een privaatrechtelijke rechtspersoon kan ook worden afgeleid uit artikel 4, tweede lid, van de Kaderwet ZBO. Daar is bepaald dat alleen «een *orgaan* van een rechtspersoon, die krachtens privaatrecht is opgericht», bij wet met openbaar gezag kan worden bekleed.

Het toekennen van bevoegdheden aan organen betekent inderdaad dat er voor de rechtspersoon op dit punt een beperking is op de vrijheid om volgens de regels van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek de interne verhoudingen te regelen. Ik zie echter geen aanleiding om, waar het gaat om het toekennen van publiekrechtelijke bevoegdheden, het zwaartepunt te leggen bij Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek laat aan stichtingen en verenigingen een ruime vrijheid om de

interne bestuursstructuur te regelen. Dat betekent echter niet dat Boek 2 een absolute betekenis heeft en dat het de onderwijswetgever te allen tijde verboden zou zijn bij wege van *lex specialis* een zekere «inbreuk» te maken op Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De vrijheid die het rechtspersonenrecht biedt, heeft niet het karakter van natuurrecht waarvan geen afwijking mogelijk is.<sup>1</sup> De wetgeving bevat meer voorbeelden van beperkingen van de vrijheid van de rechtspersoon met betrekking tot het regelen van de interne bestuursstructuur. Op het terrein van onderwijs valt bijvoorbeeld te denken aan de recent tot stand gebrachte mogelijkheid om in het primair en voortgezet onderwijs een aanwijzing te geven bij bestuurlijk wanbeheer, en aan de verplichting om ouders in het bestuur van een stichting voor openbaar en bijzonder onderwijs op te nemen.

De leden van de SP-fractie stellen een aantal vragen over het experiment waarbij circa 15 à 20 procent van de schoolbesturen gedurende een periode van twee jaar volledig eigenrisicodragers werden voor de vervanging van personeel.

In totaal hadden 98 scholen zich aangemeld voor het experiment waarbij circa 15 à 20 procent van de schoolbesturen gedurende een periode van twee jaar volledig eigenrisicodragers werden voor de vervanging. De doelstelling van het experiment was te bezien of de huidige verplichte aansluiting bij het Vervangingsfonds op een verantwoorde wijze kan worden gestopt. Toen het experiment niet door ging zijn sociale partners gaan zoeken naar mogelijkheden om het huidige stelsel te moderniseren. Het bestuur van het Vervangingsfonds heeft een besluit genomen om het stelsel te moderniseren. Op basis hiervan wordt gefaseerd gekomen tot een beperkt eigenrisicodragerschap voor de middelgrote en grote schoolbesturen. De reden dat 15 tot 20 procent van de schoolbesturen moest meedoen was een voorwaarde die was gesteld door de vakbonden om een representatief experiment te kunnen starten. De reden dat er te weinig aanmeldingen waren onder de kleine scholen was dat het risico in hun ogen te groot was om bij langdurige afwezigheid zelf de vervangingskosten te moeten betalen uit de opslag die scholen hiervoor ontvangen (als onderdeel van de bekostiging). Uit het geringe aantal aanmeldingen voor dit experiment door de kleine scholen kan niet de conclusie worden getrokken dat scholen zeer tevreden zijn met de manier waarop vervanging nu is georganiseerd. De scholen willen graag zelf hun vervanging regelen. Zoals hiervoor gemeld zien de kleine scholen echter risico's bij langdurige afwezigheid. De regering trekt hier zelf de conclusie uit dat op het moment dat ervoor gekozen zou worden om de huidige verplichte aansluiting bij het Vervangingsfonds te stoppen er een oplossing moet worden gecreëerd voor de kleine scholen.

### **Overleg**

De leden van de VVD-fractie vragen de regering voorts of de besturen van het Participatiefonds en het Vervangingsfonds zijn geraadpleegd over het advies van de Raad van State over de gehanteerde terminologie en wat hun reactie was.

De fondsen zijn op de hoogte van de inhoud van het advies van de Raad van State over de gehanteerde terminologie en zij stemmen in met de door de regering gekozen lijn.

De leden van de SP-fractie vragen naar de reactie van het bestuur van het Vervangingsfonds en het Participatiefonds op het voornemen van de regering voor deze wetswijziging. Zij vragen zich daarbij af of er een verschil in opvatting was tussen het deel dat de werkgevers en dat de werknemers vertegenwoordigt in het bestuur.

---

<sup>1</sup> Vergelijk B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het «algemene» bestuursrecht en het «bijzondere» onderwijsrecht, preadvies over De Awb en de bijzondere wetgeving voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag 2000, p. 85.

Het wetsvoorstel is uitgebreid besproken met de fondsen en zij hadden een aantal technische en tekstuele opmerkingen. Deze opmerkingen zijn verwerkt en over de tekst van het wetsvoorstel is overeenstemming bereikt. Er is één reactie ontvangen namens het hele bestuur, dus zowel namens werkgevers als werknemers. Er is geen verschil in opvatting bekend tussen het deel dat de werkgevers en het deel dat de werknemers vertegenwoordigt in het bestuur.

De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,  
J. M. van Bijsterveldt-Vliegenthart