

# Fusies in het primair, speciaal en voortgezet onderwijs: handvatten bij de toepassing van de fusietoets

Ruim één jaar na inwerkingtreding van de fusietoets heeft de minister van OCW in nagenoeg alle lagen van het onderwijs voorgenomen bestuurlijke en/of institutionele fusies tussen onderwijsorganisaties beoordeeld. Hierbij maakt de minister gebruik van onderliggende adviezen over die voorgenomen fusies van de Adviescommissie. De besluitvorming op grond van de fusietoets en de ervaringen van de onderwijssector met die toets zijn aanleiding geweest voor een onderzoek naar de werking van de fusietoets. In deze bijdrage komen wij op basis van de huidige fusietoetspraktijk tot praktische aanbevelingen voor de wetgever, de minister van OCW, de Adviescommissie en onderwijsorganisaties om te komen tot een verbeterde werking van de fusietoets. Ook worden tips gegeven aan onderwijsorganisaties om de huidige fusietoets tot een goed einde te brengen.

Prof. mr. T. Barkhuysen\* en mr. M. Claessens\*

## 1. Inleiding

Op 1 oktober 2011 is de zogenaamde “fusietoets” voor het onderwijs in werking getreden. Onderwijsorganisaties die met elkaar op bestuurlijk of instellingsniveau willen fuseren, dienen hiervoor ingevolge de fusietoets eerst om toestemming van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (“de minister”) te vragen. De fusietoets is inmiddels ruim een jaar van kracht en de eerste beslissingen op basis

daarvan zijn door de minister genomen. Hij heeft zich daarbij laten adviseren door de Adviescommissie Fusietoets in het onderwijs (“Adviescommissie”). De besluitvorming van de minister en de daaraan ten grondslag liggende adviezen hebben ons ertoe gebracht om de ervaringen met de fusietoets te onderzoeken. De resultaten hiervan zijn verwerkt in deze bijdrage.

Het juridisch kader (paragraaf 2) en de adviezen van de Adviescommissie (paragraaf 3) vormen het uitgangspunt van ons onderzoek. In deze paragrafen geven we hiervan ook direct onze eerste beoordeling. Verder hebben wij ons onderzoek gebaseerd op de uitwisseling van praktijkervaringen tijdens een rondetafelgesprek op 26 september 2012 met verschillende onderwijsinstellingen en -raden. Gelet op de toegestane omvang van dit artikel hebben wij hiervan geen verslag opgenomen.<sup>1</sup> Wel geven we mede naar aanleiding daarvan in paragraaf 4 ons eigen oordeel met betrekking tot het functioneren van de fusietoets. Waar er zich naar ons idee knelpunten voordoen bij de toepassing van de fusietoets, doen wij ook voorstellen voor het wegnemen daarvan. In paragraaf 5 volgen enkele slotopmerkingen.

## 2. Juridisch kader van de fusietoets

In deze paragraaf beschrijven we ten eerste het doel van de fusietoets en wat onder een “fusie” in de zin van die toets moet worden verstaan. Ook beschrijven we het “systeem” van de fusietoets, die in de verschillende onderwijswetten en de onderliggende Regeling en Beleidsregels fusietoets in het onderwijs (“Regeling fusietoets”) is neergelegd.<sup>2</sup> In het hiernavolgende spreken we van “de wet”, waarmee de gezamenlijke onderwijswetten waarin de fusietoets is neergelegd, worden bedoeld. Daarna komen we toe aan een uitwerking van het criterium “keuzevrijheid” op basis waarvan de minister beoordeelt of de voorgenomen fusie toelaatbaar is. Vervolgens komen we toe aan een beschrijving van de procedure van de fusietoets. Tot slot beantwoorden we de vraag in hoeverre de legitimiteit van de voorgenomen fusie een rol kan spelen in het kader van de fusietoets.

Het doel van de fusietoets is het “bevorderen dat onderwijsinstellingen zich op een menselijke maat organiseren.”<sup>3</sup> De fusietoets is in dat kader gericht op het beperken van de bestuurlijke schaal

\* Tom Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

\* Machteld Claessens is advocaat bij Stibbe. Auteurs danken de verschillende onderwijsraden en -instellingen die zij over de fusietoets hebben mogen spreken. Zij danken ook Anne Vos (masterstudente UU) voor haar hulp bij de totstandkoming van dit artikel. Een uitgebreidere versie met betrekking tot alle onderwijssectoren verschijnt in de Netherlands Administrative Law Library. Deze is gratis toegankelijk via [www.nall.nl](http://www.nall.nl). Voor suggesties zijn wij bereikbaar op [tom.barkhuysen@stibbe.com](mailto:tom.barkhuysen@stibbe.com) en/of [machteld.claessens@stibbe.com](mailto:machteld.claessens@stibbe.com).

(het aantal scholen dat een bestuur onder zich heeft) en de schaal-grootte van de onderwijsinstelling (het aantal leerlingen dat een school heeft).<sup>4</sup>

Onder een fusie in de zin van de fusietoets wordt een "bestuurlijke fusie" of een "institutionele fusie" verstaan. Het onderscheid tussen beide soorten fusies is dat in het eerste geval de privaatrechtelijke rechtspersonen (bijvoorbeeld stichtingen of verenigingen), die elk scholen in het primair, (voortgezet) speciaal of voortgezet onderwijs en/of onderwijsinstellingen in de sector van het beroeps-onderwijs in stand houden, fuseren.<sup>5</sup> De scholen en/of onderwijsinstellingen blijven door deze fusie bestaan. In het tweede geval is sprake van een fusie tussen de scholen en/of onderwijsinstellingen, die een publiekrechtelijk karakter hebben. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij – waar mogelijk – spreken van een fusie van "onderwijsorganisaties".

Alle voorgenomen fusies die kunnen worden aangeduid als een bestuurlijke of een institutionele fusie zijn fusietoetsplichtig. Een uitzondering hierop vormen de institutionele fusies in het primair onderwijs waarbij het totaal aantal leerlingen van de betrokken scholen minder dan 500 bedraagt of bestuurlijke fusies in het primair onderwijs waarbij het aantal betrokken scholen minder dan tien bedraagt en er geen zowel openbare als bijzondere scholen bij betrokken zijn (artikel 64a WPO). Deze fusies blijven onder de zogenaamde "toetsdrempel".

*Systeem van de fusietoets: de keuzevrijheid van onderwijs als criterium en de rechtvaardigingsgronden*

Onderwijsorganisaties die met elkaar willen fuseren en fusietoetsplichtig zijn, hebben voor deze fusie voorafgaande goedkeuring van de minister nodig.<sup>6</sup> Tegen het besluit van de minister tot honorering of afwijzing van de fusietoetsaanvraag kunnen de betrokken rechtspersonen die de scholen en/of onderwijsinstellingen in stand houden en andere belanghebbenden<sup>7</sup> binnen zes weken bezwaar maken bij de minister en indien gewenst later beroep instellen bij de bestuursrechter. Fuseren de fusietoetsplichtige onderwijsinstellingen zonder goedkeuring van de minister, dan kunnen de betreffende onderwijsinstellingen hiervoor in hun bekostiging worden gesanctioneerd.<sup>8</sup>

De minister "kan" op grond van de wet goedkeuring aan de voorgenomen bestuurlijke of institutionele fusie onthouden, wanneer met die fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod significant wordt belemmerd. Er is dan sprake van een in beginsel onaanvaardbare beperking van de keuzevrijheid van het onderwijs.<sup>9</sup> Dit criterium wordt afhankelijk van de onderwijssector waarop de fusie betrekking heeft en de soort voorgenomen fusie telkens anders ingevuld. Gelet op de vage formulering van het wettelijke criterium "de significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod" komt de minister bij de beoordeling van een fusietoetsaanvraag beoordelingsvrijheid toe. Immers, het begrip "keuzevrijheid" – en wanneer dit significant wordt belemmerd – kan de minister op verschillende manieren interpreteren.

Ter invulling van de beoordelingsvrijheid heeft de minister er voor gekozen om in de Regeling fusietoets vast te leggen wat "in ieder geval" onder "de significante belemmering van de daadwer-

kelijke variatie van het onderwijsaanbod" wordt verstaan.<sup>10</sup> Echter, ook in dit beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets is het begrip "keuzevrijheid" niet uitputtend gedefinieerd. De woorden "in ieder geval" laten namelijk nog steeds ruimte voor andere interpretaties van het criterium. Ook dient de minister telkens na te gaan of er door de toepassing van de wel in de beleidsregel vastgelegde criteria geen onevenredige gevolgen voor belanghebbenden ontstaan in verhouding tot de met de Regeling fusietoets te dienen belangen (artikel 4:84 Awb). Gelet op de beoordelingsvrijheid van de minister zal de bestuursrechter de besluiten ten aanzien van de fusietoetsaanvraag marginaal toetsen. Hij beoordeelt enkel of de minister "in redelijkheid" tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>11</sup>

De minister heeft ten aanzien van de fusietoets beoordelings- en beleidsvrijheid. Hierdoor kan hij maatwerk leveren. Alle relevante feiten en omstandigheden kunnen hierdoor worden meegewogen in de besluitvorming. De keerzijde hiervan is echter dat de bestuursrechter daardoor weinig handvatten heeft om in de besluitvorming van de minister in te grijpen en de voorspelbaarheid van de uitkomst van de fusietoetsaanvraag ondanks het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets nog beperkt is.

De minister heeft blijkens de fusietoetswetgeving de bevoegdheid om een fusie toch goed te keuren, ondanks dat door die fusie de keuzevrijheid significant wordt belemmerd. Dit volgt uit het feit dat de wet bepaalt dat de goedkeuring "kan" worden onthouden, indien er sprake is van een significante belemmering van de keuzevrijheid (zie bijvoorbeeld artikel 64c WPO), hetgeen beleidsvrijheid voor de minister op dit punt impliceert. Artikel 19 Regeling fusietoets geeft mede invulling aan deze beleidsvrijheid. In deze beleidsregel is een niet-limitatieve opsomming van zogenaamde "rechtvaardigingsgronden" opgenomen, die kunnen nopen tot het alsnog verlenen van goedkeuring. Deze rechtvaardigingsgronden zien op de omstandigheid dat bij het achterwege blijven van een fusie de continuïteit of de variatie van het onderwijsaanbod in gevaar komt (sub a), de kwaliteit van het onderwijs in redelijkheid niet geborgd kan blijven (sub b) en/of er geen beschikbare financiële middelen zijn om alternatieven voor de fusie te vinden (sub c). De beleidsvrijheid van de minister is met de beleidsregel (deels) ingevuld. De minister dient daarom mede in het licht van de rechtszekerheid in beginsel conform deze beleidsregel te beslissen. Wanneer zich aldus een rechtvaardigingsgrond voordoet zal hij de fusie goedkeuren, ook als hierdoor de keuzevrijheid significant wordt belemmerd. Deze beslissing van de minister wordt door de bestuursrechter marginaal getoetst. De inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb kan evenwel nog om een extra afweging vragen. Deze wetsbepaling vraagt in elk geval om een motivering met betrekking tot het navolgende. Een nadere afweging in het kader van artikel 4:84 Awb kan ten eerste nodig zijn in de situatie waarin de minister beslist goedkeuring aan een fusie te onthouden, omdat de keuzevrijheid ernstig met de voorgenomen fusie zal worden belemmerd en er geen rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 19 Regeling fusietoets aan de orde is. Ten tweede kan artikel 4:84 Awb een rol spelen in de situatie waarin de betrokken onderwijsorganisaties een geslaagd beroep doen op een rechtvaardigingsgrond. In beide situ-

aties dient dan ook nog de vraag te worden beantwoord of er met de door de minister voorgenomen beslissing tot afwijzing respectievelijk goedkeuring van de fusie ingevolge artikel 4:84 Awb geen (andere) belanghebbenden onevenredig worden getroffen. In dergelijke bijzondere gevallen zal dan namelijk goedkeuring alsnog moeten worden gegeven respectievelijk onthouden.

Kortom, de minister heeft ten aanzien van de fusietoets beoordelings- en beleidsvrijheid. Hierdoor kan hij maatwerk leveren. Alle relevante feiten en omstandigheden kunnen hierdoor worden meegewogen in de besluitvorming. De keerzijde hiervan is echter dat de bestuursrechter daardoor weinig handvatten heeft om in de besluitvorming van de minister in te grijpen en de voorspelbaarheid van de uitkomst van de fusietoetsaanvraag ondanks het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets nog beperkt is.

#### *Het keuzevrijheidscriterium voor een bestuurlijke of institutionele fusie*

In het voorgaande hebben wij al uiteengezet wanneer de minister kan overgaan tot al dan niet goedkeuring van een fusietoetsaanvraag. In deze paragraaf gaan we nader in op het criterium "keuzevrijheid". Dit criterium wordt in het primair onderwijs zo ingevuld, dat met name de richting en de pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen relevant zijn (artikel 64c WPO). Dit is verder uitgewerkt in artikelen 10 en 11 Regeling fusietoets voor de bestuurlijke respectievelijk de institutionele fusie. Gelet op die bepalingen wordt er met betrekking tot de bestuurlijke fusie sterk gekeken naar objectieve marktaandeelcijfers: overstijgt de nieuwe rechtspersoon die de scholen in stand houdt niet de 50% grens? Ten aanzien van de institutionele fusie wordt veel meer inhoudelijk gekeken of er nog voldoende verschillend aanbod is in de richting en de pedagogisch-didactische aanpak van de onderwijsorganisaties.

Voor het (voortgezet) speciaal onderwijs is de te toetsen norm neergelegd in artikel 66c WEC. De minister kan goedkeuring aan een bestuurlijke en/of institutionele fusie onthouden, "indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het bijzonder ten aanzien van de evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen binnen het voedingsgebied, op significante wijze wordt belemmerd." Aldus geldt hier een andere inhoudelijke norm in het kader van de keuzevrijheid dan in het primair onderwijs. In het (voortgezet) speciaal onderwijs is veeleer de spreiding van de onderwijsvoorzieningen van belang dan de denominatie van dat onderwijs. In artikelen 12 (bestuurlijke fusie) en 13 (institutionele fusie) Regeling fusietoets is dit nader uitgewerkt.

De fusietoets in het voortgezet onderwijs is tweeledig (artikel 53h, eerste lid, WVO). Het uitgangspunt is – eigenlijk net als in het primair onderwijs – dat de leerlingen en ouders van die leerlingen voldoende keuze hebben en het onderwijs bereikbaar is. Aldus staan ook in het voortgezet onderwijs de richting en pedagogisch-didactische aanpak van de betreffende onderwijsorganisaties centraal. Daarenboven is voor het voortgezet onderwijs ook relevant dat per schoolsoort het aandeel van de bij de fusie betrokken scholen in het totaal aantal leerlingen in de gemeenten waarin de huidige leerlingen van de betrokken scholen woonachtig zijn, niet

boven de 50% uitstijgt. Een en ander volgt uit artikelen 14 en 15 Regeling fusietoets.

#### *Procedure van de fusietoets: aanvraag met fusie-effectrapportage*

De aanvraag van de fusietoets bestaat uit een drietal onderdelen. Ten eerste dient het gestandaardiseerd Aanvraagformulier te worden ingevuld (artikel 9 Regeling fusietoets). Het tweede onderdeel is de fusie-effectrapportage, waarin de betrokken onderwijsorganisaties onder meer de motieven, doelen en effecten van de voorgenomen fusie uiteenzetten. Ook dient in het primair-, het (voortgezet) speciaal- en het voortgezet onderwijs de fusie-effectrapportage een advies te bevatten van de colleges van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten (vgl. artikel 53g, derde lid en onder i, WVO). De aanvraag bestaat ten derde uit een schriftelijke instemming met de fusie van de betrokken medezeggenschapsraden. De minister toetst vervolgens of de fusie toelaatbaar is. Hij laat zich bij zijn besluitvorming hierover, zoals aangegeven, adviseren door de Adviescommissie. Deze commissie kwalificeert als een "wettelijke adviseur" ex artikel 3:5 Awb. Dit heeft tot gevolg dat de minister voor de motivering van zijn besluit inzake de fusietoets in beginsel mag verwijzen naar het advies van de Adviescommissie. Hij moet zich er uiteraard wel van vergewissen dat die motivering deugdelijk is (artikel 3:9 Awb).

De toetsing of de fusie toelaatbaar is, wordt verricht aan de hand van ten eerste de door de onderwijsorganisaties aangeleverde informatie. Ten tweede baseert de Adviescommissie zich op zelfstandig verkregen informatie van bijvoorbeeld de Dienst Uitvoering Onderwijs ("DUO") of de Inspectie van het Onderwijs. Van belang achten wij dat wanneer het advies ook is gebaseerd op eigen onderzoek van de commissie, er naar aanleiding van dit onderzoek hoor en wederhoor met de betrokken partijen plaatsvindt door middel van bijvoorbeeld het houden van een hoorzitting. Ook kan de Adviescommissie naar aanleiding van haar onderzoek hierover een (extra) schriftelijke ronde organiseren, waarin de onderwijsorganisaties op de bevindingen van de commissie kunnen reageren.

---

Behalve het criterium "keuzevrijheid" is volgens de minister ook de "legitimiteit" van de voorgenomen fusie van belang. De "legitimiteit" heeft betrekking op het draagvlak dat bestuur en management voor de fusie zouden moeten creëren onder de belanghebbenden en betrokkenen bij de onderwijsinstelling. De legitimatie is volgens de minister een "procescriterium".

#### *"Legitimiteit" als tweede criterium?*

Behalve het criterium "keuzevrijheid" is volgens de minister ook de "legitimiteit" van de voorgenomen fusie van belang. De "legitimiteit" heeft betrekking op het draagvlak dat bestuur en management voor de fusie zouden moeten creëren onder de belanghebbenden en betrokkenen bij de onderwijsinstelling.<sup>12</sup> De legitimatie is volgens de minister een "procescriterium".<sup>13</sup> Echter, gelet op de formulering van de wet kan goedkeuring niet worden onthouden wegens een gebrek aan legitimatie; alleen het criterium "keuzevrijheid" is volgens de wet daarvoor bepalend. Dit roept de vraag op wat de minister zou doen als er geen draagvlak is voor een fusie, maar er wel wordt voldaan aan het criterium "keuzevrijheid".

Gezien het juridisch kader kan de minister dan namelijk niet tot onthouding van de goedkeuring overgaan.<sup>4</sup> Wij kunnen dan ook niet anders dan tot de conclusie komen dat hoewel in de parlementaire geschiedenis waarde wordt gehecht aan de legitimiteit van de fusie, dit gelet op de huidige wetgeving geen rol kan spelen in de beoordeling van de fusieaanvraag op basis van het criterium "keuzevrijheid". Wel kunnen wij ons voorstellen dat de mate van draagvlak meetelt voor de vraag of een rechtvaardigingsgrond alsnog kan leiden tot toestemming voor de fusie, ondanks dat de keuzevrijheid hierdoor in het geding komt. In het geval de onderwijsorganisaties hierover geen nadere informatie in hun fusieaanvraag hebben aanleverd, zou de Adviescommissie op dat punt bij de onderwijsorganisaties navraag moeten doen en hen indien nodig een nadere termijn moeten geven om de gevraagde informatie (alsnog) te kunnen aanleveren.

### 3. Advisering door de Adviescommissie Fusietoets

Op 1 januari 2013 zijn er 28 besluiten en bijbehorende adviezen over fusievoorstellen op de website van DUO gepubliceerd.<sup>15</sup> De adviezen verdienen in deze bijdrage nader de aandacht. De minister heeft namelijk telkens de adviezen gevolgd en verwijst ter motivering van zijn besluit integraal naar het onderliggende advies. In deze paragraaf gaan wij eerst in op de procedure bij de Adviescommissie. Daarna komen we toe aan de inhoud van de adviezen.

#### *De procedure bij de Adviescommissie*

De Adviescommissie mag blijkens artikel 4 Regeling fusietoets haar eigen werkwijze vaststellen. Deze werkwijze is niet formeel bekendgemaakt en informatie daarover wordt na indiening van een fusietoetsaanvraag niet aan de betrokkenen toegezonden. Ons is niet bekend of de Adviescommissie voorafgaand aan haar advisering een bezoek brengt aan de betreffende onderwijsorganisaties. Verder volgt niet uit alle adviezen van de Adviescommissie of er een hoorzitting heeft plaatsgevonden. Wij hebben wel vernomen dat de Adviescommissie geen conceptadvies aan de betrokken onderwijsorganisaties voorlegt met de mogelijkheid om daarop te reageren, alvorens zij haar advies bij de minister indient. Bij andere adviesorganen is dit geen ongebruikelijke stap in de procedure.<sup>16</sup>

Voor wat betreft het tijdpad bij de behandeling van een fusieaanvraag dient de Adviescommissie binnen acht weken na ontvangst van de volledige aanvraag advies uit te brengen aan de minister. Er is geen mogelijkheid tot verlenging van deze termijn. De minister heeft een termijn van dertien weken gerekend vanaf de indieningsdatum van de fusieaanvraag om te beslissen op die aanvraag. Deze termijn kan één keer met nogmaals dertien weken worden verlengd.

Voor wat betreft het tijdpad bij de behandeling van een fusieaanvraag dient de Adviescommissie binnen acht weken na ontvangst van de volledige aanvraag advies uit te brengen aan de minister (artikel 9, vijfde lid, Regeling fusietoets). Er is geen mogelijkheid tot verlenging van deze termijn. De minister heeft een termijn van dertien weken gerekend vanaf de indieningsdatum van de fusieaanvraag om te beslissen op die aanvraag. Deze termijn kan één

keer met nogmaals dertien weken worden verlengd (zie o.a. artikel 66d WEC). Is er haast geboden bij een fusieaanvraag en zijn deze doorlooptijden daarvoor te lang, dan zouden de betrokkenen expliciet om een versnelde behandeling kunnen vragen. Dit had de Onderwijs Autoriteit Zeeland ook gedaan ten aanzien van de aanvraag om toestemming voor een bestuurlijke fusie tussen de Stichting voor openbaar voortgezet onderwijs op Walcheren en de Stichting Scheldemonde College (advies d.d. 22 december 2011).

#### *Inhoudelijke beoordeling: legitimiteit en de fusie-effectrapportage*

De adviezen laten zien dat de Adviescommissie niet alleen inhoudelijk nagaat of de keuzevrijheid door de voorgenomen fusie significant zal worden belemmerd, maar ook of er voor de fusie voldoende draagvlak bestaat. De Adviescommissie beoordeelt namelijk in elk advies ten eerste of de fusie-effectrapportage de vereiste elementen bevat. Mocht dat niet het geval zijn, dan geeft zij de betrokkenen een extra termijn voor het alsnog toezenden van een (volledige) fusie-effectrapportage.<sup>7</sup> Ten tweede beoordeelt de Adviescommissie of de bespreking van de fusie-effectrapportage en de besluitvorming over de wenselijkheid van de fusie (met de medezeggenschapsraad) in twee afzonderlijke vergaderingen heeft plaatsgevonden. Deze eis volgt echter niet uit de wet- en regelgeving over de fusietoets. Vooral nog heeft de Adviescommissie hieraan nog geen consequenties verbonden: "De Commissie constateert dat er ondanks bovenvermelde tekortkoming geen evidentie is, die wijst op het ontbreken van draagvlak."<sup>18</sup> Wij hebben reeds de vraag opgeworpen of de Adviescommissie überhaupt consequenties aan een eventueel gebrek van legitimiteit kan verbinden. Wij menen van niet, wanneer blijkt dat de keuzevrijheid door de fusie niet in het geding komt. Wel kan – zoals ook in het advies over de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College (d.d. 18 april 2012) – de legitimiteit een rol spelen in de aanvaarding van rechtvaardigingsgronden. In het genoemde advies was de keuzevrijheid in het geding, maar door de aanwezigheid van enkele rechtvaardigingsgronden én een sterke legitimiteit was de voorgenomen fusie toch toelaatbaar.

#### *Inhoudelijke beoordeling: keuzevrijheid*

Het belangrijkste (of eigenlijk enige) criterium is – ook in de adviezen – de keuzevrijheid. De Adviescommissie heeft zich pas één keer over een aanvraag voor een institutionele (en tevens bestuurlijke) fusie in het primair onderwijs hoeven te buigen, namelijk over die tussen de Graaf Florisschool en de Sint Jozefschool (d.d. 18 september 2012). Een voorgenomen institutionele fusie dient in ieder geval niet te worden toegestaan (behoudens de eventuele aanwezigheid van één of meer rechtvaardigingsgronden), wanneer er door de fusie minder dan twee scholen overblijven zowel wat betreft de richting als de pedagogisch-didactische aanpak. Hierbij dient met een voedingsgebied van tien kilometer te worden gerekend vanaf het vestigingsadres van de hoofdvestiging van de school. Voor de bedoelde concrete fusieaanvraag heeft de Adviescommissie een positief advies afgegeven aan de minister.

Ten behoeve van een aanvraag voor een bestuurlijke fusie in het primair onderwijs berekent de Adviescommissie conform artikel 10 Regeling fusietoets, of de met de fusie ontstane rechtspersoon geen marktpositie creëert van meer dan 50% van het onderwijsaanbod

in de gemeente (of gemeenten) waarin die rechtspersoon scholen in stand houdt. Alleen wanneer een rechtvaardigingsgrond aan de orde is, kan een fusie met een groter marktaandeel dan 50% in het aantal scholen nog worden toegestaan. Uit het advies van 22 december 2011 over de Professor Gielenstichting en de Stichting Het Barlake blijkt dat de nieuwe rechtspersoon een marktaandeel van 45% zou verkrijgen. Hiermee blijven de onderwijsorganisaties onder de grens van artikel 10 Regeling fusietoets. Desalniettemin vindt de Adviescommissie dit marktaandeel aan de forse kant en verricht zij verder onderzoek.<sup>19</sup> De Adviescommissie weegt onder meer mee wat het marktaandeel van de nieuwe rechtspersoon zal worden in het totaal aantal leerlingen in de betrokken gemeenten. Dit komt blijkens het advies neer op 52%, hetgeen reden kan zijn "om de beoogde fusie niet goed te keuren." De Adviescommissie constateert verder nog dat ook het beoogde aantal leerlingen van de bij de fusie betrokken stichtingen (3912) ver boven het referentieniveau ligt dat zij hanteert (2200 leerlingen). Ondanks het voorgaande adviseert de Adviescommissie om aan de fusie geen goedkeuring te onthouden, mede gelet op de geografisch-regionale situatie (krimp) en de geringe leerlingbewegingen tussen de aanbieders. Hoewel het niet zo nadrukkelijk wordt benoemd, kunnen deze feiten als rechtvaardigingsgronden worden aangemerkt.

Het zelfstandige onderzoek dat de Adviescommissie in haar advies over de Professor Gielenstichting en de Stichting Het Barlake verricht roept de vraag op of zij daartoe bevoegd is. Mede onder verwijzing naar onze eerdere uiteenzetting hierover is ons antwoord bevestigend. Wel kan worden betwijfeld in hoeverre dit onderzoek bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. Het is immers voor de sector onduidelijk op grond van welke gegevens er nu eigenlijk wordt getoetst of de voorgenomen fusie toelaatbaar is. Het toepassen van "hoor en wederhoor" zou al enige rechtsonzekerheid kunnen wegnemen.

---

Een voorgenomen institutionele fusie dient in ieder geval niet te worden toegestaan (behoudens de eventuele aanwezigheid van één of meer rechtvaardigingsgronden), wanneer er door de fusie minder dan twee scholen overblijven zowel wat betreft de richting als de pedagogisch-didactische aanpak. Hierbij dient met een voedingsgebied van tien kilometer te worden gerekend vanaf het vestigingsadres van de hoofdvestiging van de school.

Met betrekking tot het (voortgezet) speciaal onderwijs heeft de Adviescommissie zich eveneens pas hoeven te buigen over één advies, namelijk over een voorgenomen institutionele fusie. Het criterium van de significante belemmering van de variatie in het onderwijsaanbod richt zich voor een dergelijke fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs op de vraag of er na de fusie nog een evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen is binnen het voedingsgebied (artikel 66c WEC). In artikel 13 Regeling fusietoets is de terminologie van voedingsgebied nader uitgelegd als een "maatschappelijk aanvaarde afstand van de leerlingen". De minister heeft in navolging van het advies van de Adviescommissie goedkeuring verleend aan de institutionele fusie tussen De Poarte en de G.N. Gerritsmaschool. Voor de vraag of sprake is van een evenwichtige spreiding van onderwijsvoorzieningen neemt de Adviescommissie de provincie (in dit geval Friesland) als uitgangspunt. Dit is dus een groter gebied in vergelijking met bijvoorbeeld

het primair onderwijs, waarin wordt uitgegaan van de gemeentegrenzen. Bij een voorgenomen bestuurlijke fusie in het (voortgezet) speciaal onderwijs wordt net als in het primair onderwijs een grens van 50% marktaandeel gehanteerd, maar dan in het onderwijsaanbod van de betreffende onderwijssoort in het (voortgezet) speciaal onderwijs dat in Nederland wordt verzorgd. Derhalve is hier het voedingsgebied nog groter dan ten aanzien van institutionele fusies in het (voortgezet) speciaal onderwijs.

In het voortgezet onderwijs heeft de Adviescommissie voor zover ons bekend ook over slechts één aanvraag voor een institutionele fusie geadviseerd. In het advies over de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College stelt de Adviescommissie ten eerste vast uit welke gemeenten de leerlingen van de betrokken middelbare scholen komen en ten tweede welke andere scholen in de betreffende regio aanwezig zijn en de grondslag die zij hanteren in het aanbieden van onderwijs.<sup>20</sup> Vervolgens berekent de Adviescommissie ten aanzien van elke schoolsoort (vwo, havo, vmbo en/of vbo) het marktaandeel van de betrokken scholen in het totale aantal leerlingen van die schoolsoort. Bij een percentage van 50% of meer is er sprake van een significante belemmering (artikel 53h, eerste lid en onder b, WVO en artikel 15, aanhef en onder b, Regeling fusietoets). In het genoemde advies komen de verschillende percentages veelal boven de 50%, zodat in beginsel de fusie geen doorgang kan vinden. Echter, vanwege de te verwachten krimp van leerlingenaantallen in die regio en de zorgelijke financiële situatie op korte termijn adviseert de Adviescommissie toch om geen goedkeuring te onthouden. De toets van artikel 14 Regeling fusietoets voor een bestuurlijke fusie in het voortgezet onderwijs is feitelijk gelijk aan die van een institutionele fusie. In zoverre verschilt het advies over bijvoorbeeld de SKO Leiden en SCVO Leiden (d.d. 18 april 2012) niet wezenlijk van het hiervoor genoemde advies over de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College. Behalve dat de door de Adviescommissie berekende marktaandelen niet boven de 50% komen met betrekking tot de scholen in Leiden, zal de nieuw op te richten Stichting voor Confessioneel Onderwijs Leiden ten doel hebben zowel rooms-katholiek als protestants-christelijk onderwijs aan te bieden. Derhalve treedt door de fusie geen reductie op van het aantal scholen met de genoemde denominaties van onderwijs en blijft de "interne keuzevrijheid" behouden.

#### *Inhoudelijke beoordeling: rechtvaardigingsgronden*

Nadere aandacht verdient tot slot de advisering met betrekking tot de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Een vaker aangevoerde rechtvaardigingsgrond heeft betrekking op de financiële situatie van één of meer bij de voorgenomen fusie betrokken onderwijsorganisaties. De advisering over deze rechtvaardigingsgrond komt er kort gezegd op neer dat het met een onderwijsorganisatie dusdanig (financieel) slecht moet gaan dat die situatie niet anders dan met een fusie kan worden opgelost. De Adviescommissie gaat daarbij af op door haarzelf opgevraagde informatie van de Inspectie. Eenzelfde strenge norm geldt ook voor de regelmatig aangevoerde rechtvaardiging van krimp in de leerlingenaantallen. De Adviescommissie gaat in dat kader na of de betrokken onderwijsorganisaties door de krimp onder de opheffingsnorm dreigen te komen.<sup>21</sup> Van een rechtvaardiging wegens krimp kan pas worden gesproken, wanneer die ontwikkelingen zodanig zijn dat een en ander "nu al moet leiden

tot een onomkeerbaar proces in de vorm van een fusie”, aldus de Adviescommissie in het advies over de Bve-instellingen ROC Eindhoven en ROC Ter AA. Dit is vergelijkbaar voor het primaire, voortgezet en (voortgezet) speciaal onderwijs.

#### 4. Beoordeling van de fusietoets in de praktijk en enkele aanbevelingen

Uit onze gesprekken met verschillende onderwijsinstellingen en -raden kan de conclusie worden getrokken dat de fusietoets na één jaar praktijkervaring vanuit “het veld” nog niet wordt overladen met complimenten. Hoewel de minister op drie fusietoetsaanvragen na goedkeuring aan alle ingediende fusie-aanvragen heeft verleend, begrijpen wij dat er van de fusietoets een preventieve werking uitgaat. Onderwijsorganisaties zien vanwege het bestaan van de fusietoets van een fusie(aanvraag) af, ook als er zich mogelijk rechtvaardigingsgronden voor die fusie voordoen. Naar ons idee zou er mede daarom op enkele onderdelen van de fusietoets nog eens kritisch naar de werking ervan kunnen worden gekeken. Wij hebben begrepen dat de Adviescommissie momenteel ook het eerste jaar van de fusietoets evalueert. Wellicht zouden in die evaluatie de volgende voorstellen kunnen worden meegenomen.

Met een fusietoetsregeling kan worden voorkomen dat er zich excessen en ongewenste monopolieposities in het onderwijs voordoen. Net als de bij het rondetafelgesprek aanwezige onderwijsinstellingen en -raden zijn wij in dat opzicht positief over de fusie-effectrapportage. Een vergelijking maken wij daarbij met de milieu-effectrapportage. Dit is door de jaren heen een goedwerkend instrument gebleken.

Echter, ook wij menen dat bepaalde andere onderdelen van de fusietoets voor verbetering vatbaar zijn. Een eerste juridische hobbel is dat de fusietoets naar ons idee nog onvoldoende rechtszekerheid biedt. De aanwezigen tijdens het rondetafelgesprek gaven dit ook aan. Daarbij wegen wij mee dat elke nieuwe regel zich eerst nog in de praktijk moet “zetten”, mede door middel van rechterlijke procedures over de toepassing van die nieuwe regel. Die rechtszekerheid is nu één jaar na inwerkingtreding van de fusietoets nog te gering. Mede door de open normen in de fusietoets en de beoordelings- en beleidsvrijheid van de minister is het voor de onderwijsorganisaties op voorhand niet altijd goed in te schatten hoe de fusietoets voor hen zal uitpakken. Bovendien is het voor hen niet duidelijk welk effect de “legitimiteit” van de fusie kan hebben op de beslissing van de minister. Wanneer wij daarbij meewegen dat de adviezen van de Adviescommissie voor het oog van de onderwijsorganisaties nog geen bestendige lijn hebben, begrijpen wij dat zij geen goede inschatting van de kansen van een fusievoorstel kunnen maken. Dit gebrek aan rechtszekerheid zou met de volgende maatregelen kunnen worden weggenomen.

De rechtszekerheid zou ten eerste kunnen worden vergroot met het toevoegen van een simpele stap in de procedure: alvorens de onderwijsorganisatie een fusievoorstel gaat schrijven waarbij de medezeggenschapsraden en stakeholders worden betrokken, legt de onderwijsorganisatie eerst haar voornemen voor aan de minister. Die kan het voornemen op basis van een *quick scan* informeel in één van drie categorieën indelen: een “rode categorie” voor aanvragen die

vrijwel kansloos zijn, een “groene categorie” voor aanvragen waarvan de kans van slagen groot is en een “oranje categorie” waarvan de beslissing nog beide kanten kan uitvallen. Deze fase van het fusietoetstraject zou kunnen worden aangeduid als de “indicatieve drempelfase”. Op basis van de *quick scan* kan de instelling dan zelf kiezen of zij verder wil gaan of niet. Daarenboven vermindert de drempeltoets de kans dat de met het voorbereiden van een fusietoetsaanvraag gecreëerde legitimiteit rauwelijks wordt gepasseerd door een negatieve beslissing van de minister, waarover hierna meer.

De rechtszekerheid zou kunnen worden vergroot met het toevoegen van een simpele stap in de procedure: alvorens de onderwijsorganisatie een fusievoorstel gaat schrijven waarbij de medezeggenschapsraden en stakeholders worden betrokken, legt de onderwijsorganisatie eerst haar voornemen voor aan de minister.

Ten tweede zou de rechtszekerheid door de Adviescommissie kunnen worden bevorderd, door (i) het kenbaar maken van haar werkwijze en (ii) door het beter kenbaar maken van de door haar gehanteerde richtlijnen bij de toetsing van het criterium “keuzevrijheid” en de toepassing van rechtvaardigingsgronden. Voor de onderwijsorganisaties is het momenteel niet duidelijk welke procedure de Adviescommissie hanteert bij het opstellen van adviezen aan de minister. Deze zou de Adviescommissie schriftelijk vast kunnen leggen en bekend kunnen maken, en na ontvangst van een fusietoetsaanvraag bij wijze van een service aan de betrokken onderwijsorganisaties kunnen toezenden. Vaste onderdelen van deze procedure zouden ons inziens in ieder geval moeten zijn het organiseren van een hoorzitting met de betrokken partijen naar aanleiding van de fusietoetsaanvraag, het bieden van de mogelijkheid aan onderwijsorganisaties om te reageren op onderzoek dat de Adviescommissie zelfstandig heeft verricht bij bijvoorbeeld DUO of de Inspectie van het onderwijs en het bieden van de mogelijkheid om te reageren op een conceptadvies van de Adviescommissie. Tevens zou de Adviescommissie vooraf meer duidelijkheid kunnen bieden over de wijze waarop zij (los van de normen in de wet en beleidsregel) invulling geeft aan het criterium “keuzevrijheid”. Wij hebben namelijk gezien dat de Adviescommissie ook andere normen dan die zijn genoemd in de Regeling fusietoets, toepast. Tevens zou de Adviescommissie vooraf meer inzicht kunnen geven in de weging van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. De adviezen laten tot nu toe namelijk een wisselend beeld zien van de honorering van rechtvaardigingsgronden. De ene keer is de in het geding zijnde keuzevrijheid al gerechtvaardigd met de toelichting dat “het aannemelijk [is] dat voor beide besturen in de nabije toekomst de noodzaak voor een fusie van groter belang zal worden om de continuïteit van alle betrokken scholen te kunnen voorzien”.<sup>22</sup> Andere keren wordt de opheffingsnorm als uitgangspunt gehanteerd: “Op dit moment zitten op De Regenboog 230 leerlingen, waardoor zij ruim boven de opheffingsnorm zitten. (...) Wat dit betreft is de continuïteit van de school op dit moment niet in het geding.”<sup>23</sup>

De meest vergaande maatregel om de rechtszekerheid te bevorderen, is ten derde aanpassing van het juridisch kader. In de Regeling fusietoets zouden enerzijds de beleidsregels kunnen worden uitgebreid met normen die reeds thans zelfstandig door de Adviescommissie zijn toegepast.<sup>24</sup> Het gaat dan zowel om de invul-



ling van het begrip "keuzevrijheid" als de gehanteerde rechtvaardigingsgronden. Anderzijds is het ook mogelijk om de woorden "in ieder geval" waar het betreft de criteria ten aanzien van de keuzevrijheid uit de Regeling fusietoets weg te laten, zodat de Adviescommissie alleen aan de al in de Regeling fusietoets genoemde normen kan toetsen. Beide opties zullen leiden tot meer rechtszekerheid, waarbij er nog maatwerk kan worden geleverd via de werking van artikel 4:84 Awb. Een alternatief voor deze maatregel is dat de Adviescommissie zelf een zogeheten "beoordelingskader" opstelt, zoals de reviewcommissie dat ten aanzien van de prestatiebekostiging bijvoorbeeld heeft gedaan. Een dergelijk beoordelingskader dient dan wel bekend te worden gemaakt. Nadeel van dit alternatief is dat de (juridische) status van beoordelingskaders onduidelijk is. Daarom geven wij de voorkeur aan een wijziging van het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets.

Een tweede knelpunt van de fusietoets vinden wij het "procescriterium" van de legitimiteit. In het voorgaande hebben wij al toegelicht dat de legitimiteit geen (wettelijk) vereiste is. Een "legitimiteitsvereiste" volgt evenmin uit de Regeling fusietoets. Tegelijk benadrukken de minister en de Adviescommissie steeds het belang van de legitimiteit. Dat wordt onderstreept door de toelichting op de relevante regelgeving. Het komt daarom voor onderwijsorganisaties vreemd over dat wanneer zij de betrokkenen eenmaal "op de trein" hebben gekregen voor de voorgenomen fusie, die met een simpel "nee" door de minister weer abrupt zou kunnen worden stopgezet. Ligt het dan nog wel in de rede dat de minister de ontstane legitimiteit doorbreekt? Dit brengt ons bij de relatie tussen de legitimiteit en keuzevrijheid. Deze zouden als communicerende vaten moeten kunnen werken via de band van de rechtvaardigingsgronden, hetgeen echter wel een wettelijke basis (die thans ontbreekt) vereist. Immers, wanneer de keuzevrijheid niet in het geding is, is het al dan niet ontbreken van legitimiteit van de fusie op grond van de huidige wet niet relevant. De fusie moet dan hoe dan ook door de minister worden toegelaten. Dit stelsel, waarbij alleen de keuzevrijheid een criterium is, zou in de wet zo kunnen worden aangepast dat ook de legitimiteit een rol gaat spelen. Wanneer de keuzevrijheid door de fusie niet significant wordt belemmerd, zou het systeem zo kunnen zijn dat er dan minder eisen hoeven te worden gesteld aan het legitimiteitsaspect. Andersom, wanneer er wel sprake is van een significante belemmering in de keuzevrijheid, kan de legitimiteit van de fusie zwaar(der) wegen bij het oordeel of er een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Wanneer de legitimiteit groot is, kan dit de minister aanleiding geven om eerder in te stemmen met de aangevoerde rechtvaardigingsgrond en zo aldus alsnog goedkeuring te verlenen aan de voorgenomen fusie. Deze laatste variant zou ook al zonder wetswijziging kunnen worden toegepast. Wel zou deze toetsing van de legitimiteit dan een steviger basis kunnen krijgen, wanneer dit ook uitdrukkelijk in het beleidsregelgedeelte van de Regeling fusietoets wordt opgenomen.

Een derde knelpunt dat wordt ervaren is dat er bij de toepassing van de fusietoets niet altijd verder wordt gekeken dan de bestuurlijke schaal en de schaalgrootte van de onderwijsorganisatie. De fusietoets zou in het onderwijsveld op meer instemming kunnen rekenen, wanneer consequenter ook de interne keuzevrijheid en de schaalgrootte van iedere afzonderlijke vestiging wordt meegewogen. Met andere woorden, wanneer ook de organisatie van de grootschaligheid in de fusietoets wordt meegewo-

gen. De minister heeft dit echter expliciet uitgesloten,<sup>25</sup> hoewel deze schaalgrootte wel altijd nog als rechtvaardigingsgrond zou kunnen worden geaccepteerd. In ieder geval is de volledige uitsluiting van het meewegen daarvan niet terecht. Voor een betere aansluiting op de praktijk raden wij daarom ook aan om de interne keuzevrijheid en de omvang van de vestigingslocaties consequenter mee te wegen in de beoordeling of de fusie toelaatbaar kan worden geacht en eventueel hiervoor de wet- en regelgeving aan te passen.

Ten vierde menen wij dat de fusietoets een vreemde eend in de bijt van het onderwijsbeleid is. Dit zou ten eerste door de commissie kunnen worden ondervangen door de financiële, demografische en onderwijsinhoudelijke rechtvaardigingsgronden die in het kader van een fusievoorstel worden aangevoerd, zwaarder mee te wegen. Dit gaat te meer op wanneer de fusietoets zich blijft richten op enkel een beoordeling van de bestuurlijke schaal en de grootte van de onderwijsinstelling. Vooralsnog blijkt nu namelijk in de praktijk dat de "keuzevrijheid" als heilig huisje soms juist ten koste gaat van de onderwijskwaliteit. Weliswaar is het kiezen tussen twee mogelijke kwaden, maar wanneer een fusie kan bewerkstelligen dat het risico op krimp van leerlingenaantallen wordt ondervangen, zou dit naar ons idee voorrang moeten hebben op de eis van keuzevrijheid. In dit verband roepen wij de minister op om het door hem aangekondigde onderzoek naar de werking van de fusietoets in relatie tot de krimpgebieden verder uit te breiden.<sup>26</sup> Dit onderzoek zou mogelijk moeten leiden tot bijstelling van de (wettelijke) fusietoetscriteria. Een minder vergaande oplossing is het invoeren van een "ex postevaluatietoets", die zowel voor de minister als voor de onderwijsorganisaties opgaat. De minister en onderwijsorganisaties monitoren na de goedkeuring van een fusie of onthouding ervan wat de effecten van de (uitgebleven) fusie zijn. Dergelijke evaluaties zouden tot nieuwe inzichten kunnen leiden over fusies en samenwerkingen tussen onderwijsorganisaties en eventueel tot bijstelling van de regelgeving.

---

Onderwijsorganisaties die met elkaar willen fuseren, moeten zowel ten opzichte van hun medezeggenschapsorganen en overige betrokkenen als ten opzichte van de minister goed beslagen ten ijs komen.

Ten vijfde geven wij in overweging om het juridisch (beleids)kader zodanig aan te passen dat de bij een voorgenomen fusie behorende (toekomstige) plannen van de betrokken onderwijsorganisaties al bij de beoordeling van de fusietoetsaanvraag kunnen worden betrokken. Aanleiding hiervoor zijn de huidige plannen van de ROC's Albeda College en Zadkine om zich ná een fusie op te splitsen in een aantal vakscholen. Deze toekomstideeën zouden thans in het kader van de fusietoets via de rechtvaardigingsgronden kunnen worden meegewogen. Dit zou echter een meer gedegen grondslag hebben, wanneer expliciet in de (beleids)regels wordt opgenomen dat concrete voorname van eerst een fusie en later opsplitsing in meerdere (vak) scholen of splitsing op andere wijze van het onderwijsaanbod als rechtvaardigingsgronden kunnen gelden. Een alternatief daarvoor zou nog kunnen zijn dat de minister voorschriften/voorwaarden aan zijn goedkeuring zou kunnen verbinden. Daarvoor is echter niet (alleen) een aanpassing van de beleidsregel nodig, maar dient ook het wettelijk kader te worden aangepast. Dit geldt temeer wanneer de

niet-naleving van een dergelijk voorwaarde/voorschrift via de bekostiging gesanctioneerd zou moeten kunnen worden. De Nederlandse Mededingingsautoriteit beschikt bijvoorbeeld, in een ander verband, over een vergelijkbare bevoegdheid.

Wij raden tot slot de onderwijsorganisaties aan om een fusie(toets)-traject gedegen voor te bereiden. Onderwijsorganisaties die met elkaar willen fuseren, moeten zowel ten opzichte van hun medezeggenschapsorganen en overige betrokkenen als ten opzichte van de minister goed beslagen ten ijs komen. Tevens bevelen wij hen aan tijdig (de voorbereiding van) het fusie(toets)traject op te starten, omdat de fusietoets een aanmerkelijke periode in beslag neemt. Niet alleen hoeft de fusietoetsaanvraag zelf de nodige voorbereiding; ook de Adviescommissie en minister hebben op grond van de wet en de Regeling fusietoets een vrij ruime termijn van om en nabij een half jaar om op een aanvraag te beslissen (maximaal tweemaal 13 weken). Zolang er verder op dit punt nog geen formele veranderingen met betrekking tot de fusietoets hebben plaatsgevonden, raden wij de onderwijsorganisaties verder aan om op eigen initiatief aan de minister de vraag voor te leggen om enige inschatting van de kansen van de voorgenomen fusie te geven.

## 5. Slotopmerkingen

In deze bijdrage staat de fusietoets centraal. Deze toets verplicht onderwijsorganisaties om voorafgaand aan een fusie goedkeuring te vragen aan de minister. Gelet op de door ons geconstateerde knelpunten in de werking van de fusietoets hebben wij enkele aanbevelingen gedaan, waaronder de invoering van een zogenaamde indicatieve drempeltoets: de minister zou op basis van een quick scan in een eerder stadium kunnen aangeven of de voorgenomen fusie enige kans van slagen heeft. Deze en andere aanbevelingen zijn veelal simpel en relatief eenvoudig te implementeren en leiden tot aanzienlijke verbeteringen. Het is hoe dan ook belangrijk om de werking van de fusietoets kritisch te blijven volgen en te voorkomen dat deze een doel op zich wordt.

### Noten

1. Een verslag hiervan is wel opgenomen in de uitgebreide versie van dit artikel in de Nall.
2. Artikelen 64 tot en met 64d WPO, artikelen 53e tot en met 53i WVO en artikelen 66 tot en met 66d WEC.
3. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 1.
4. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 1-2.
5. Fusies tussen besturen van openbaar en bijzonder onderwijs (samenwerkingsbesturen) zijn ook toetsplichtig. Dit type fusies laten we in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Evenmin gaan wij in op fusies die intersectoraal zijn.
6. Van belang is dat de bij de onderwijsinstellingen betrokken rechtspersonen zelf ook nog een privaatrechtelijk besluit tot fusie dienen te nemen volgens het bepaalde in hun statuten.
7. Of de leerlingen, ouders en/of studenten van een onderwijsinstelling voldoende rechtstreeks belang hebben om te kunnen procederen tegen een besluit tot honorering of afwijzing van een fusieaanvraag, kan volgens de minister worden betwijfeld (Kamerstukken II 2009/10, 32040, nr. 6, p. 22). De Afdeling heeft in twee verschillende zaken ouders ontvankelijk verklaard, maar deze zaken betroffen geen fusiekwesties (ABRvS 11 november 2009, LJN: BK2913 en ABRvS 15 augustus 2012, LJN: BX4695.) In de laatste zaak waren de leerlingen en het personeel volgens de Afdeling geen belanghebbenden.
8. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 16. De grondslag voor deze sanctieering is gelegen in al bestaande bepalingen over inhouding van bekostiging wegens het in strijd handelen met het bepaalde bij of krachtens de wet (bijv. artikel 164 WPO). Voorafgaand aan deze inhouding kan de minister nog een aanwijzing aan de rechtspersoon die de school in stand houdt, geven wegens het in strijd handelen met de fusietoetswetgeving (bijv. artikel 163b WPO).
9. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 1.
10. Stcrt. 2011, 13592.
11. Vgl. Vz. Rb. 's-Gravenhage 8 maart 2011, LJN: BP9891.
12. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 2008/09, 31135, nr. 16, p. 2.
13. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 11.
14. Hij kan naar ons idee evenmin de legitimiteit aanmerken als een ontvankelijkheidsis om bij een gebrek aan legitimiteit de aanvraag buiten behandeling te laten (artikel 4:5 Awb). Immers, uit o.m. ABRvS 11 mei 2005, LJN: AT5365 volgt dat het buiten behandeling laten van een aanvraag alleen is toegestaan wanneer het niet mogelijk is om zonder de ontbrekende informatie op de aanvraag te beslissen. Dat is niet het geval, indien er informatie is aangeleverd met betrekking tot het criterium van de keuzevrijheid.
15. Adviezen en besluiten die na 1 januari 2013 zijn gepubliceerd, zijn niet in dit artikel meegenomen.
16. Te denken valt hierbij aan de reviewcommissie met betrekking tot de prestatiebekostiging in het hoger onderwijs.
17. Gezien het advies inzake de bestuurlijke fusie van de COG Vallei & Gelderland-Midden en de Stichting voor Christelijk Voorbereidend Middelbaar Beroepsonderwijs en Praktijkonderwijs (d.d. 3 juli 2012).
18. Zie bijv. het advies inzake de institutionele fusie tussen het Fivelcollege en het SGM Ommelander College (d.d. 18 april 2012).
19. Dit doet zij vaker, waaronder bijv. ook in het advies over de bestuurlijke fusie tussen de Vereniging Onderbouw Vrije School Groningen en de Stichting Vrijescholen Athena (d.d. 18 september 2012).
20. Deze toets komt overeen met het vereiste van artikel 53h, eerste lid en onder a, WVO en artikel 15, aanhef en onder a, Regeling fusietoets.
21. Vgl. bijv. het advies inzake de bestuurlijke fusie tussen de Vereniging voor Christelijk Basisonderwijs Heerenveen en de Stichting voor Protestants Christelijk Primair Onderwijs Tsjukemar (d.d. 22 mei 2012).
22. Advies over de bestuurlijke fusie van VCO in Midden Groningen en VCO in Oost-Groningen (22 december 2011).
23. Advies over de bestuurlijke fusie van VPCS te Slikkerveer en VPCPO Barendrecht en Ridderkerk (7 augustus 2012).
24. Zoals in het primair onderwijs, waarin er ook wordt onderzocht of het aantal leerlingen dat onder de nieuwe rechtspersoon valt niet boven de door de referentienorm van 2200 uitkomt.
25. Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 4, p. 2.
26. Kamerstukken II 2012/13, 31293, nr. 151.