

# Rechtsbescherming in het passend onderwijs als puzzel. Minder stukjes graag, die beter passen

## Citation for published version (APA):

Jansen, A. M. L. (2021). Rechtsbescherming in het passend onderwijs als puzzel. Minder stukjes graag, die beter passen. *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht*, 33(2), 5-12. [11].

## Document status and date:

Published: 01/06/2021

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Taverne

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 27 Sep. 2021

## ARTIKELEN

# 11. Rechtsbescherming in het passend onderwijs als puzzel

Minder stukjes graag, die beter passen

*Sander Jansen*

## 1. Inleiding

Binnen het veelkleurige Nederlandse onderwijsstelsel moet elke jongere onderwijs worden aangeboden, in beginsel dat onderwijs dat het beste bij het kind past. Soms heeft een leerling specifieke, op hem of haar toegesneden extra ondersteuning, begeleiding of anderszins bijzondere faciliteiten nodig. De achtergrond van passend onderwijs en de relatief jonge Wet passend onderwijs<sup>1</sup> is te garanderen dat alle kinderen een voor hen passende plek krijgen in het onderwijs.<sup>2</sup> Thuiszitten moet worden voorkomen. Op de bevoegde gezagen in het onderwijs rust in dit kader een zorgplicht in de zin van de Wet op het primair onderwijs (WPO), de Wet op de expertisecentra (WEC) en de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO). Het zal niet verbazen dat ouders en schoolbesturen het niet altijd eens zijn wat betreft het passend onderwijs. Zo kunnen geschillen rijzen over (i) (niet-) toelating tot de school van voorkeur, (ii) verwijdering, als het schoolbestuur meent dat het zelf ontoereikende mogelijkheden heeft om passend onderwijs aan die leerling aan te bieden en (iii) de benadering van de leerling, gerubriceerd onder het zogeheten ontwikkelingsperspectief (OPP).

Het is evenwel niet eenduidig, uniform en transparant waar ouders van leerlingen terecht kunnen voor grieven en om een oordeel te vragen over een verschil van inzicht in kwesties rondom passend onderwijs. Er bestaat een

woud aan mogelijkheden van ‘rechtsbescherming’. Ik heb het daarbij over rechtsbescherming in ruime zin: mogelijkheden voor ouders van een leerling om een geschil inzake passend onderwijs via een procedure voor te leggen aan een officieel ingestelde en erkende instantie, welke de bevoegdheid heeft daarover te oordelen en welke oordelen gezag hebben en van invloed (kunnen) zijn op de beslissing van het betrokken bevoegd gezag.

Deze bijdrage<sup>3</sup> is dan ook ingestoken vanuit de constatering dat sprake is van een fragmentatie in geschilbeslechtsprocedures op het gebied van passend onderwijs. Die versnippering lijkt niet wenselijk en de vraag die vervolgens rijst, is of en hoe die fragmentatie kan worden verminderd.

## 2. Rechtsbescherming

### 2.1 Introductie

Hoe ziet het landschap van rechtsbescherming in het passend onderwijs er kort samengevat uit? In het primair en voortgezet onderwijs kunnen vier rechtsbeschermingsmogelijkheden worden onderscheiden als het gaat om geschillen die optreden binnen het passend onderwijs. In de eerste plaats is er de Geschillencommissie Passend Onderwijs (GPO). Een andere instantie die kan worden benaderd in

1 Inwerkingtreding 1 augustus 2014.

2 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 3, p. 10.

3 Deze bijdrage is gebaseerd op het in opdracht van de Stichting Onderwijsgeschillen door de auteur geschreven preadvies *Geschillenbeslechting in het passend onderwijs* (oktober 2020).

geschillen die spelen binnen het passend onderwijs is het College voor de Rechten van de Mens (CRM). Het CRM is bevoegd te oordelen of er sprake is van een verboden onderscheid op grond van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbhcz). Uit art. 2 van deze wet vloeit voort dat de CRM met name toetst of het bevoegd gezag voldoende heeft gedaan aan het *treffen van doeltreffende aanpassingen* en om de toegang en deelname van de leerling met extra ondersteuningsbehoefte mogelijk te maken.<sup>4</sup> Daarnaast bestaat een algemene klachtenprocedure. Ten slotte kan worden gewezen op de mogelijkheid voor belanghebbenden in onderwijsgeschillen om zich tot een rechter te wenden, soms – in bestuursrechtelijke procedures – na een bezwaarschriftprocedure. De rechter vervult geen hoofdrol binnen het passend onderwijs. Of het nu de bestuursrechter is (beslissingen openbare onderwijsinstellingen) of de burgerlijke rechter (beslissingen bijzondere onderwijsinstellingen), zowel de obstakels op de route erheen als hetgeen de rechter – die immers de discretionaire bevoegdheden van schoolbesturen respecteert – vermag in passend-onderwijsgeschillen maakt dat van rechterlijke procedure betrekkelijk weinig heil mag worden verwacht.

Het is duidelijk dat het passend onderwijs te maken heeft met diverse instanties, verschillende rechtsingangen, uiteenlopende procedure-regels en diverse bevoegdheden van de instanties tot het doen van uitspraken of het geven van oordelen. In het huidige domein van rechtsbescherming in het passend onderwijs is een hoofdrol weggelegd voor de GPO. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat die rol nog wordt versterkt in de nabije toekomst.<sup>5</sup> Daarom concentreer ik deze bijdrage op de GPO.

4 Bijvoorbeeld CRM 4 april 2017, 2017-41.

5 Zie ook de Kamerbrief van minister Slob, *Evaluatie en Verbeteraanpak Passend Onderwijs* van 4 november 2020, p. 6: de GPO is thans formeel nog een tijdelijke

## 2.2 Bevoegdheid van en toegang tot de GPO

De GPO is bevoegd in geschillen tussen ouders en het bevoegd gezag in vier gevallen. Meer precies: de competentie van de GPO omvat geschillen inzake: (a) het oordeel van het bevoegd gezag op basis van door ouders aan te leveren gegevens dat een leerling extra ondersteuning behoeft; (b) de weigering van toelating van een leerling die extra ondersteuning behoeft; (c) de vaststelling of bijstelling van het ontwikkelingsperspectief, en (d) de verwijdering van een leerling.<sup>6</sup>

Formeel dient sprake te zijn van een *geschil* om de GPO te kunnen benaderen. In de praktijk interpreteert de GPO haar competentie echter soms ruim(er) en oordeelt zij ook ingeval van dreigende verwijdering, als een formele verwijderingsbeslissing ontbreekt.<sup>7</sup> Datzelfde komt voor in toelatingskwesities. Aldus adviseert de GPO eveneens over voorgenomen besluiten.<sup>8</sup>

voorziening maar wordt permanent, en de GPO gaat wat de minister betreft bindende uitspraken doen.

6 Zie voor het primair onderwijs: art. 43 lid 2 WPO: 'De commissie neemt kennis van geschillen tussen ouders en bevoegd gezag van een school die ontstaan bij de toepassing van: a. artikel 40, derde, vierde, vijfde en elfde lid, en b. artikel 40a, eerste, tweede en vijfde lid.' Het voortgezet onderwijs (art. 27c WVO) en het WEC-domein kennen sterk vergelijkbare bepalingen. Zo luidt art. 45 lid 2 WEC: 'De commissie neemt kennis van geschillen tussen ouders en bevoegd gezag van een school of instelling die ontstaan bij de toepassing van: a. de artikelen 40, vierde, vijfde, zesde en achttiende lid, 41, tweede lid, onderdeel a, en b. artikel 41a, eerste, tweede en vijfde lid.' Van de categorieën geschillen waarover de GPO oordeelt, zijn de oordelen over verwijdering qua aantallen koploper.

7 Voor de goede orde: om bezwaar bij het bevoegd orgaan te kunnen maken, is wel een formeel, schriftelijk verwijderingsbesluit vereist.

8 Onder andere GPO 7 augustus 2020, 109307 (time-out gelijkgesteld aan voorgenomen verwijderingsbeslissing) en GPO 27 januari 2020, 109050 (feitelijke situatie met verwijdering gelijk te stellen). Zie ook S.J.F. Schellens, 'De pseudo-verwijdering: "Jij komt er nooit

Hierdoor functioneert zij niet louter als geschilbeslechter in een reeds conflictueuze en contentieuze fase, maar ook als bemiddelaar die betrokkenen helpt bij het vinden van een oplossing.

### 2.3 Wie hebben toegang tot de GPO?

Ouders van leerlingen kunnen zich wenden tot de GPO. In dit verband zou een codificatie in lijn met art. 2 Leerplichtwet in de rede liggen, teneinde buiten twijfel te stellen dat ook voogden en feitelijke verzorgers onder deze 'ouders' worden begrepen. Leerlingen zelf kunnen niet een procedure bij de GPO starten (tenzij zij meerderjarig zijn). Onderzocht zal worden of in de toekomst niet slechts ouders maar ook leerlingen zelf de GPO kunnen adïëren.<sup>9</sup>

Samenwerkingsverbanden kunnen geen procedure entameren bij de GPO. Een samenwerkingsverband kan optreden als vertegenwoordiger van de gebundelde belangen van bevoegde gezagen die in dat verband vertegenwoordigd zijn. Het valt te bepleiten dat in dergelijke gevallen samenwerkingsverbanden in beroep zouden moeten kunnen worden ontvangen. Dat kan de wetgever vastleggen. Maar hiervoor lijkt een wetswijziging niet noodzakelijk. De erkenning in de jurisprudentie van de GPO dat een samenwerkingsverband als zodanig kan optreden, zou kunnen volstaan.<sup>10</sup> Een mogelijke inspiratiebron voor een dergelijke benadering in de jurisprudentie van de GPO kan zijn art. 1:2 lid 3 Awb. Dat artikel maakt het mogelijk dat een entiteit die collectieve belangen behartigt als belanghebbende wordt aange-

merkt en zich in die hoedanigheid toegang kan verschaffen tot, in casu, de GPO.<sup>11</sup>

Er is wel voorgesteld om ook aan het bevoegd gezag een rechtsingang bij de GPO toe te kennen. Bierkens en Zoontjens voeren daarvoor een tweetal redenen aan.<sup>12</sup> Zo kan het bevoegd gezag belang hebben bij het vooraf verifiëren van de houdbaarheid van voorgenomen maatregelen of beoogd beleid in het licht van de zorgplicht. Daarnaast ligt het voor de hand dat, nu over de totstandkoming van het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief overeenstemming moet worden bereikt tussen het bevoegd gezag en de ouders, het bevoegd gezag buiten eigen toedoen – als de ouders zonder redelijke grond toestemming blijven weigeren – een effectieve basis kan missen om het onderwijs op de juiste wijze af te stemmen op de leerling. Beide argumenten snijden hout. Dat laat onverlet dat het gebrek aan een rechtsingang voor de beslissingsbevoegde entiteit in onderwijsgeschillen wel vaker voorkomt.<sup>13</sup> Voorts is een punt van aandacht dat duidelijk moet zijn waartegen het bevoegd gezag dan opkomt. Dat kan bezwaarlijk zijn eigen beslissing zijn, mogelijk wel een voornemen daartoe.

meer in!”, *School en Wet* 2018, p. 18-23 en J. Sperling & A.M.T. Wigger, ‘De Tijdelijke landelijke commissie toelating en verwijdering: een blijftvte!’, *School en Wet* 2016, p. 8.

9 Kamerbrief van minister Slob, *Evaluatie en Verbeteraanpak Passend Onderwijs* van 4 november 2020.

10 I.C. Bierkens & P.J.J. Zoontjens, *De zorgplicht in passend onderwijs en de juridische handhaving daarvan*, Evaluatierapport 2018, p. 49.

11 Art. 8:1 Awb stelt beroep – en gezien de systematiek van de Awb dan tevens aan beroep voorafgaand bezwaar – open op de bestuursrechter voor die (rechts)personen en entiteiten die de status van belanghebbende hebben. Wie en wat wanneer als belanghebbenden worden gekwalificeerd, wordt bepaald door art. 1:2 Awb. Bij wet in formele zin kan daarvan, in beperkende dan wel uitbreidende zin, worden afgeweken, hetgeen overigens tamelijk uitzonderlijk is.

12 I.C. Bierkens & P.J.J. Zoontjens, *De zorgplicht in passend onderwijs en de juridische handhaving daarvan*, Evaluatierapport 2018.

13 In het hoger onderwijs kan bijvoorbeeld een examenbevoegde docent/examinator niet zelf het College van Beroep voor de Examens (CBE) adïëren ingeval van een besluit van een examencommissie dat hem onwelgevaldig is. Ook een beslissing van het CBE kan louter door de student bij het CBHO worden aangevochten, niet door de docent/examinator en de examencommissie.

#### 2.4 Procedure bij de GPO

Met inachtneming van hetgeen hiervoor in paragraaf 2.2 werd genoteerd, bestaat inmiddels over de soort beslissingen waaromtrent een gang openstaat richting de GPO duidelijkheid. Minder evident is volgens welke regels de procedure en behandeling bij de GPO verlopen. Een wettelijke regeling van het GPO-procesrecht ontbreekt. Er zijn geen wettelijke regels over vormvereisten, termijnen, openbaarheid en evenmin over waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de GPO. In het reglement van de GPO is een deel van deze problemen ondervangen. Maar het reglement lijkt niet bedoeld extern te werken en zonneklaar is dat het reglement geen wettelijke regeling betreft, met alle consequenties van dien, zoals minder status, gezag, binding, rechtszekerheid en bekendheid.

#### 2.5 Toetsingskader GPO

Beslissingen omtrent toelating, verwijdering en ontwikkelingsperspectief geven de bevoegdheid van de GPO. De jurisprudentie van de GPO geeft daar vervolgens in haar oordelen invulling aan. De vraag die daaraan voorafgaat, is welke normen nu het toetsingskader bepalen, en in hoeverre die vooraf helder zijn en geëxpliciteerd. Met andere woorden, welke normen worden nu precies ingevuld? Hier dient een belangrijke constatering te worden gemaakt. De wetgever heeft het kennelijk niet nodig geacht in de wet maatstaven op te nemen die als toetsingskader voor de GPO hebben te gelden.<sup>14</sup> Dat is opmerkelijk. Te meer, wanneer dat ontbreken van die wettelijke maatstaven wordt afgezet tegen andere instanties die net als de GPO adviserend oordelen. Het is niet ongebruikelijk en naar mijn mening wenselijk te achten dat ten aanzien van een commissie die volgens de toepasselijke wettelijke bepalingen

expliciet over geschillen oordeelt (zoals de GPO), iets aan normen in regelgeving is opgenomen waaraan zij bij die geschillenbehandeling toetst. Ik memoreerde hierboven al de CRM.<sup>15</sup> Uit art. 2 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbhcz) volgt dat de CRM met name toetst of het bevoegd gezag voldoende heeft gedaan aan het *treffen van doeltreffende aanpassingen* en om de toegang en deelname van de leerling met extra ondersteuningsbehoefte mogelijk te maken.<sup>16</sup> De GPO gebruikt – bij gebrek aan eigen wettelijke toetsingsnormen...? – het toetsingskader van de CRM, te weten dat van de Wgbhcz, wel eens als inspiratiebron.<sup>17</sup>

De beslissingen tot verwijdering van een leerling, waarover de GPO het meest oordeelt, vereisen voorafgaand overleg van het bevoegd gezag. Dat overleg moet geschieden met de ouders, de leerkracht en (in het voortgezet

<sup>15</sup> Voor het CRM staat de vraag centraal of sprake is van een verboden onderscheid op grond van de Wgbhcz. De normen waaraan het CRM toetst, zijn neergelegd in de Wgbhcz. Anders dan bij de GPO zijn de toetsingsmaatstaven die de CRM aanlegt derhalve geëxpliciteerd in een wet in formele zin. Vgl. art. 1, 1a, 2, 5b en 6 Wgbhcz. De betreffende normen hebben betrekking op personen met een lichamelijke, geestelijke of psychische handicap.

<sup>16</sup> Vgl. ook andere tot – nota bene niet met zoveel woorden via een bepaald ‘geschil’ competent gemaakte – adviserende oordelen bevoegde instanties, zoals de Landelijke Toetsingscommissie Euthanasie, voor welke commissie de nauwkeurig omschreven wettelijke zorgvuldigheidsnormen zijn neergelegd in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Vgl. ook de Nationale ombudsman, voor wie art. 9:27 Awb uitdrukkelijk bepaalt dat hij onderzoekt of het bestuursorgaan zich ‘behoorlijk’ heeft gedragen. De behoorlijkeheidsnormen zijn vervolgens vergaand uitgewerkt in de gepubliceerde gezaghebbende Behoorlijkeheidswijzer.

<sup>17</sup> Zie ook P.J.J. Zoontjens, ‘Rechtsbescherming, een recht!’, *School en Wet* 2020, p. 8.

<sup>14</sup> De toepasselijke wettelijke bepalingen melden slechts dat de GPO een oordeel uitbrengt aan het bevoegd gezag en daarbij rekening houdt met het schoolondersteuningsprofiel en het ondersteuningsplan.

onderwijs) de inspectie.<sup>18</sup> Ook moet, alvorens een beslissing tot verwijdering wordt genomen, het bevoegd gezag deugdelijk onderzoek verrichten naar de ondersteunings- en begeleidingsbehoeften. De beslissing die strekt tot verwijdering is verstrekkend en ingrijpend. Een dergelijke beslissing mag eerst worden ingezet nadat naar alternatieven is gezocht<sup>19</sup> en nadat een belangenafweging heeft plaatsgevonden. Hier figureren de begrippen 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit'.<sup>20</sup> In de meer gebruikelijke bestuursrechtelijke terminologie zien we hier de (impliciete) toepassing van art. 3:4 Awb. Er bestaat een procedurele eis van deugdelijke besluitvorming om überhaupt belangen af te wegen<sup>21</sup> en er is de eis dat het resultaat van die belangenafweging niet onevenredig mag zijn.<sup>22</sup> De toetsing ten aanzien van het ontwikkelingsperspectief (OPP) is dikwijls (mede) procedureel van aard. Zo blijkt uit de oordelen dat volgens de GPO het ontwikkelingsperspectief qua procedure van totstandkoming en inhoud voldoende duidelijk moet zijn voor de ouders. Ook het gegeven dat uit haar jurisprudentie blijkt dat de GPO sterk hecht aan open en reël overleg met de ouders, met overeenstemming als stip aan de horizon, biedt een voorbeeld van toetsing aan het beginsel van de formele zorgvuldigheid. Niettemin is het beeld genuanceerd en gedifferentieerd. Zo is het uitgangspunt bij het OPP dat de daarbij betrokken partijen inhoud geven aan de onderwerpelijke wettelijke waarborgen. Is dat niet goed gebeurd, dan dient dat alsnog te geschieden. Eerst daarna kan de GPO een oordeel geven over de redelijkheid van het plan. Zo zien we dat de GPO in haar

oordelen over OPP meer dan eens de onderhavige beslissing niet (louter) formeel/procedureel toetst maar ook meer materieel.<sup>23</sup>

De GPO hecht, terecht, aan zorgvuldige procedures.<sup>24</sup> De besluitvorming moet duidelijk en kenbaar zijn, onderzoek actueel en volledig. De afweging door het schoolbestuur over toelating, begeleiding of verwijdering dient te worden en wordt getoetst aan normen van zorgvuldigheid van voorbereidingen besluitvorming en van behoorlijke motivering.<sup>25</sup> Die benadering met enig accent op toetsing aan zorgvuldigheids- en motiveringsnormen biedt zowel scholen als ouders een mate van vrijheid om te bezien wat passend is en de mogelijkheid om op het individuele geval toegesneden oplossingen te vinden.<sup>26</sup> Aangetekend zij dat niet slechts bij de toetsing van het OPP maar met name ook bij verwijderingsbeslissingen soms wordt opge-

18 Art. 13 en 13 Inrichtingsbesluit WVO.

19 Ook te scharen onder wat wel wordt aangeduid als het beginsel van de materiële zorgvuldigheid: het beginsel van de minste pijn.

20 Onder andere GPO 1 november 2016, nr. 107360, GPO 21 april 2017, nr. 107567.

21 Zie ook GPO 22 mei 2019, 108672.

22 Zie bijvoorbeeld GPO 27 september 2019, 108888 (te zware sanctie: strijd met evenredigheid).

23 Voorbeelden waarin de GPO zich in zaken over ontwikkelingsperspectief niet beperkt tot een formele toetsing: GPO 109247, 106703 en 106487 (OPP inhoudelijk in orde), GPO 108467 (geen OPP nodig bij dyslexie), GPO 108203 (advies over inhoudelijke grenzen OPP), GPO 107914 (geen beeld van de leerling), 107942 (OPP sluit niet aan op ondersteuningsbehoefte), GPO 107629 en GPO 107388 (aanpassing OPP redelijk), GPO 107090 (OPP voldoet formeel en inhoudelijk niet), GPO 107087 (OPP inhoudelijk onvolledig), GPO 107031 (inhoudelijke aanpassing aangewezen), GPO 106632 (OPP inhoudelijk onvoldoende), GPO 106517 (handelingsdeel ontbreekt).

24 Onder andere GPO 20 maart 2020, 109109 en 109110, GPO 1 juni 2020, 109242, GPO 23 juli 2020, 109268, GPO 9 oktober 2020, 109324, GPO 22 oktober 2020, 109423. Zie ook Evaluatierapport Bierkens & Zootjens 2018, *a.w.*, en het Jaarverslag Geschillencommissie passend onderwijs 2019, waarin wordt opgemerkt dat vanwege het zeer ingrijpende karakter verwijderingsbeslissingen vrij streng worden getoetst, met name op een zorgvuldige belangenafweging.

25 Over motivering bijvoorbeeld GPO 15 juni 2020, 109206 en GPO 29 juni 2020, 109199.

26 Evaluatierapport Bierkens & Zootjens 2018.

schoven naar ook een meer materieelrechtelijke benadering.<sup>27</sup>

### 2.6 Strekking oordelen GPO

De rechtsgang bij de GPO resulteert in een oordeel. De GPO zendt dat oordeel aan partijen: het bevoegd gezag en, in de vorm van een afschrift, aan de ouders. Het bevoegd gezag van de school die het oordeel van de GPO ontvangt, deelt schriftelijk mede aan de ouders en aan de GPO wat er met het oordeel wordt gedaan. Indien de beslissing van het bevoegd gezag van de school afwijkt van het oordeel van de GPO, vermeldt het bevoegd gezag in de beslissing de reden voor die afwijking.

Daarmee is meteen ook iets gezegd over de – formele – status van de ‘uitspraken’ van de GPO. Die zijn belangrijk, gezaghebbend<sup>28</sup> maar niet juridisch bindend. Een juridische verplichting om een oordeel van de GPO ten uitvoer te leggen, ontbreekt; anders dan ten aanzien van rechterlijke uitspraken volgen uit oordelen van de GPO geen afdwingbare rechten en plichten. Over de vraag of dat anders moet, kan verschillend worden gedacht. Minister Slob vindt dat de oordelen van de GPO bindend moeten worden.<sup>29</sup> Bierkens en Zoontjens vinden van niet.<sup>30</sup> Gaat de GPO bindende beslissingen aan ouders en bevoegd gezag opleggen, dan kantelt haar rol

naar een geschilleninstantie, gericht op het ‘scrupuleus’ (Bierkens en Zoontjens) vinden van een evenwicht tussen de belangen van het bevoegd gezag en de ouders. Een geschillencommissie die het laatste woord heeft, geschillen echt ‘beslecht’, hakt knopen door, is dwingend en kan dan onvermijdelijk in een positie komen waarin zij partijen niet nader tot elkaar brengt of de een overtuigt van het inzicht van de ander. De procedure bij de GPO onttaardt dan mogelijk in zwart-wit-oordelen, waarbij de ene partij geheel in het gelijk en de andere geheel in het ongelijk wordt gesteld. De in het ongelijk gestelde partij voelt zich als snel vooral verliezer en verwordt tot een geheel ontevreden betrokkene. Het in gezamenlijkheid – ouders en schoolbestuur – vinden van een passende oplossing en overlegachtige elementen van de adviserende procedure bij de GPO worden mogelijk naar de achtergrond gedrongen. Dat herbergt het risico van juridisering en formalisering. Het is belangrijk dat de wetgever bij een keuze als voorgestaan door minister Slob zich ervan rekenschap geeft dat aannemelijk is dat alsdan de aard van de procedure bij de GPO wijzigt: conflictueuzer, formeler, zakelijker.<sup>31</sup> Onder het huidige regiem wordt de rol van de GPO als in een zeer vroeg stadium adviserende instantie als een groot goed beschouwd.<sup>32</sup> Het gegeven dat veruit de meeste adviezen van haar worden overgenomen onderstreept de effectiviteit van deze rol van de GPO.

27 Onder andere GPO 109249 (terechte verwijdering, zorgplicht geschonden), GPO 109242 (verwijdering redelijk en voldoende steun geboden), GPO 109090, GPO 109056, GPO 109258, GPO 18 december 2020, 109427. Deze meer materiële toetsing kan wel naar terughoudend neigen, vgl. GPO 22 mei 2019, 108672.

28 Plusminus 90% van de adviezen van de GPO wordt door scholen opgevolgd (Jaarverslag GPO 2019). Er gaat ook een lerende werking van uit, zie onder andere Onderzoeksconsortium/G. Ledoux e.a., *Eindrapport Evaluatie Passend Onderwijs*, 2020.

29 Kamerbrief *Evaluatie en Verbeteraanpak Passend Onderwijs* van 4 november 2020, pag. 6.

30 I.C. Bierkens & P.J.J. Zoontjens, *De zorgplicht in passend onderwijs en de juridische handhaving daarvan*, Evaluatierapport 2018.

31 Opgemerkt zij nog dat volgens onderzoek uit 2017 blijkt dat zelfs de huidige procedure bij de GPO de verhouding tussen scholen en ouders dikwijls niet doet verbeteren. Zie W. Smit e.a. (‘Regioplan’), *Doorwerking van de uitspraken van de GPO*, Amsterdam 2017, p. 18.

32 Zie ook het Jaarverslag van de Geschillencommissie passend onderwijs 2019 en de brief van de Geschillencommissie passend onderwijs aan de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media van 18 februari 2020.

### 3. Hoe nu verder met de rechtsbescherming in het passend onderwijs?

#### 3.1 Van bomen naar bos

Er is sprake van een moeilijk doordringbare jungle aan rechtsbeschermingsmogelijkheden in de wereld van het passend onderwijs. Enig kappen lijkt mij aangewezen.<sup>33</sup> Dat kappen zou leiden tot een vereenvoudiging van rechtsbeschermingsmogelijkheden.<sup>34</sup> Bij een woud van rechtsbeschermingsvarianten is niemand gebaat. Bij een exclusieve, uniforme en eenduidige rechtsgang daarentegen wel. De belangrijke rol die de GPO vervult, dient daarbij in elk geval te worden bestendigd. Of vergroot. Zoals in het algemene bestuursrecht de bestuursrechter in geschillen met de overheid dikwijls wordt aangemerkt als ‘de meest gerede rechter’, is op een vergelijkbare manier de GPO de meeste gerede instantie in het passend onderwijs. Wanneer exclusiviteit van (de procedure bij) de GPO in geschillen inzake passend onderwijs niet realistisch zou blijken, dan is op zijn minst een heldere (limitatief-imperatieve) competentieafbakening noodzakelijk, waarbij de ene rechtsgang de andere uitsluit. In het verlengde daarvan is het zaak dat de GPO haar beoordeling niet beperkt tot procedurele, formele aspecten van de besluitvorming maar in voorkomende gevallen ook volop oog heeft voor materiële normen als toetsingskader.

#### 3.2 Het procesrecht

Het verdient voorts aanbeveling om het toepasselijke procesrecht voor de GPO op te stellen en in regelgeving te vervatten. De regeling van deze procedurele kaders kan in een wet in formele zin, zoals de WPO, worden vervat. Maar dat hoeft niet per se, ook bij amvb kunnen dergelijke regels worden gesteld. Het huidige ont-

breken van een dergelijk procesrecht is een gemis dat een intern reglement niet kan compenseren. Nog prangender wordt het wanneer de GPO exclusieve bevoegdheid in passend-onderwijsgeschillen zou krijgen en al helemaal wanneer haar uitspraken (in bepaalde gevallen) bindende kracht zouden krijgen. Dan is een in regelgeving opgenomen procesrecht onontbeerlijk, tegen de achtergrond van transparantie, binding, rechtszekerheid en zorgvuldig en doelmatig procederen, inclusief het voorkomen van kansloze beroepen.

#### 3.3 Toetsing aan...?

Toetsingsmaatstaven van de GPO zijn nergens als zodanig neergelegd. Dat zou wel te overwegen zijn. Ik zou de wetgever in overweging willen geven om aan de toepasselijke normen waaraan de GPO toetst een wettelijke basis te geven. Het gebrek aan wettelijke toetsingsmaatstaven klemt te meer wanneer de GPO de bevoegdheid krijgt om bindende oordelen te geven, om dezelfde reden als zojuist genoemd ten aanzien van de noodzaak alsdan het procesrecht wettelijk te regelen.

#### 3.4 Bindende oordelen?

De GPO vervult verschillende rollen. Zij treedt op wanneer er een formeel juridisch geschil is, maar soms ook waar betrokkenen feitelijk nog in een fase verkeren voordat de relatie tot een conflict is geëscaleerd. Het is discutabel of de positie van betrokkenen (ouders, schoolbesturen, maar niet in de laatste plaats leerlingen) het meest gebaat is bij een dergelijke verbindende kracht van beslissingen van de GPO. De bevoegdheid geschillen bindend te beslechten lijkt prima facie de rechtsbescherming volwassen(er) te maken. Er bestaan echter situaties waarin meer nadelen dan voordelen zijn verbonden aan dergelijke binding. Wanneer oordelen van de GPO generiek juridisch bindend zouden worden gemaakt, is niet onaannemelijk dat dat ten koste gaat van de effectiviteit in die zaken waarin zij laagdrempelig en oplossingsgericht opereert, voordat al sprake is van een

33 Ook te formuleren als: centralisering van de rechtsbescherming in het passend onderwijs: P.J.J. Zootjens, ‘Rechtsbescherming, een recht!’, *School en Wet* 2020, p. 5.

34 Vgl. ook Eindrapport Passend Onderwijs, 2020.



formeel geschil. Daarbij valt met name te denken aan de rol van een soort bemiddelaar die de GPO vervult ingeval van dreigende verwijdering (waarin dus geen verwijderingsbeslissing is genomen en nog niet van een heus geschil sprake is). Hier zou spanning kunnen ontstaan indien de GPO in deze gevallen bindende uitspraken zou doen en daartoe een formeel standpunt/beslissing zou behoeven als beginpunt van het geschil en de procedure.<sup>35</sup> De toekenning van formeel bindende kracht aan oordelen van de GPO impliceert volgens mij dat de wetgever zwaardere eisen aan het procesrecht manifest maakt. Een vermoedelijk gevolg is dat er meer focus komt op de feiten die zich hebben voorgedaan dan op wenselijke veranderingen in het gedrag of de activiteiten van bevoegd gezag of ouders.<sup>36</sup>

Overwogen zou kunnen worden een keuzemodel in te voeren: de GPO doet een bindende uitspraak indien zowel ouders als schoolbestuur daarvoor kiezen. Een andere toekomstige categorie geschillen die zich mogelijk leent voor bindende beslechting door de GPO wordt gecreëerd wanneer de wetgever een zogeheten casusregisseur met doorzettingmacht zou introduceren. Die casusregisseur zou toegang tot de GPO kunnen worden verleend, waarna de GPO bindende uitspraken kan doen over de beschikbare onderwijsplaats en over de instantie die de plaats bekostigt.<sup>37</sup>

Het verlenen van de bevoegdheid om geschillen bindend te beslechten is niet een geïsoleerde maatregel. Het is een maatregel die overige aanpassingen in de procedure, samenstelling en opstelling bij en van de GPO vergt (zie ook par. 3.2). Daar komt bij dat, indien zou worden gekozen voor een variant waarin de GPO in bepaalde gevallen bevoegd wordt bindende uit-

spraken te doen en tegelijk bevoegd is zich te buigen over andere kwesties zonder dat zij partijen bindt, binnen een en dezelfde instantie nog weer een dubbelrol ontstaat, terwijl die verwarring over bevoegdheden en fragmentatie van procedures onwenselijk kan worden geacht. Kort en goed, bindend beslechten van geschillen door de GPO kan op een eerste gezicht rechtsbescherming versterken. Of de belangen van betrokkenen en hun feitelijke beschermingsmogelijkheden daardoor (over de gehele linie) beter worden gewaarborgd, is onzeker.

#### Over de auteur

*Mr. dr. A.M.L. Jansen*

Universitair hoofddocent aan Maastricht University en aan dezelfde instelling voorzitter van een examencommissie en plaatsvervangend voorzitter van het College van Beroep voor de Examens. Hij is daarnaast lid van het College voor Toetsen en Examens.

<sup>35</sup> Zie ook de brief van de Geschillencommissie passend onderwijs aan de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media van 18 februari 2020.

<sup>36</sup> Bierkens & Zoontjens 2018, a.w.

<sup>37</sup> Vgl. P.W.A. Huisman, 'Doorzettingmacht doordenken', *NTOR* 2019, p. 3-4.

## 12. Horizontale werking van grondrechten in het onderwijs

Kees Jansen<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Tijdens de behandeling medio november 2020 van het wetsvoorstel over het verplichte burgerschapsonderwijs<sup>2</sup> in de Tweede Kamer was het weer zover: de grondrechtendiscussie, de vermeende strijd tussen art. 23 van de Grondwet (Gw) en de overige grondrechten, en in het bijzonder art. 1 Gw. Wat is daar toch mee? Hoe komt het dat steeds weer die strijd ontbrandt, en scherpe verwijten over en weer vliegen? Het heeft alles te maken met de vraag of, en zo ja, in welke mate grondrechten ook gelding hebben tussen civiele partijen onderling, de zogeheten horizontale werking van grondrechten. De discussie in de Kamer is een recent en pregnant voorbeeld van het ongemak dat ontstaat wanneer zaken door elkaar gehaald worden die beter gescheiden kunnen blijven, maar er zijn meer voorbeelden geweest, die nog niet zo lang geleden speelden in het onderwijs.

Ik noem de kwestie van de docent van het ROC Nijmegen, die een boek liet verschijnen over de invoering van het gepersonaliseerd onderwijs in haar afdeling.<sup>3</sup> In het boek gaf ze onomwonden blijk van haar afkeuring over het concept als zodanig en over de manier waarop het was ingevoerd. Haar werkgever was 'not amused' en schorste haar. De arbeidsovereenkomst is inmiddels ontbonden, maar een billijke vergoeding voor de ontslagen docent zat er niet in.<sup>4</sup>

De schrijfster is daar hogelijk verbaasd over. Op haar website schrijft ze: 'Ik ben er altijd trots op geweest dat we in Nederland vrijheid van meningsuiting hebben. Dergelijke grondrechten moeten we koesteren, omdat ze van onschatbare waarde zijn. De persvrijheid zal ik met hand en tand verdedigen in de rechtszaal, want daar sta ik voor!<sup>5</sup> Blijkbaar veronderstelt zij dat art. 7 Gw een bredere werking heeft dan de rechter eraan toekent. Die paste gewoon het arbeidsrecht toe en stelde een duurzaam verstoorde arbeidsrelatie vast.<sup>6</sup>

Een tweede situatie, van enkele jaren daarvoor, is de zaak van de docent in het voortgezet onderwijs van wie het ontslag in verband gebracht werd met sympathieën voor het gedachtengoed van de Nederlandse Volks-Unie. Deze Unie is een politieke partij die zich blijkens het staccato geschreven partijprogramma sterk maakt voor een radicaal nationalistische koers, en uit dien hoofde zich fel verzet tegen immigratie, zeker uit niet-Europese landen ('Immigratiestop nu!'), pleit voor de aaneensluiting van Nederland en Vlaanderen ('Nederland en Vlaanderen, herenigd in één Groot-Nederland'), en daarbij een vrij selectieve kijk heeft op dierenwelzijn ('Verbieden van de verkoop van halal vlees').<sup>7</sup> De directeur van de school stuurde een mail naar de zogeheten

1 De auteur schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

2 *Kamerstukken II* 2019/20, 35352, nr. 2, Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met verduidelijking van de burgerschapsopdracht aan scholen in het funderend onderwijs.

3 Paula van Manen, *Wanneer krijgen we weer les? De opmerkelijke praktijk van gepersonaliseerd onderwijs*, Schiedam: Scriptum 2019.

4 ECLI:NL:RBGEL:2020:4638

5 <https://www.paulavanmanen.nl/commentaar/>, geraadpleegd op 22 december 2020.

6 Wel maakte hij nog een opmerking over de werking van art. 7 Gw in het arbeidsrecht: 'Natuurlijk heeft het beginsel van recht op vrijheid van meningsuiting ook gelding binnen de arbeidsverhouding, maar dit doet niet af aan de verplichting tot loyaliteit en discretie die daarbij op [verwerende partij] rust.' (r.o. 4.5).

7 <http://nvu.info/partijprogramma.html>, geraadpleegd op 22 december 2020.