

# Van op overeenstemming gericht overleg naar vereiste

Met de invoering van passend onderwijs op 1 augustus 2014 is het ontwikkelingsperspectief geïntroduceerd. Een plan waarin beschreven staat welke extra ondersteuningsbehoefte een leerling heeft, welke ontwikkeldoelen gesteld worden en hoe deze behaald kunnen worden. Een onderdeel van het ontwikkelingsperspectief is het handelingsdeel, een beschrijving van de individuele begeleiding gericht op de ondersteuningsbehoefte van een leerling. Sinds 1 augustus 2017 hebben ouders instemmingsrecht op het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief.

Mr.dr.s. S. Kruijthof\*

In dit artikel zal ik de (juridische) implicaties bespreken van de invoering van het instemmingsrecht voor ouders op het handelingsdeel. Daarbij zal ik mij richten op de gevolgen voor drie partijen die bij passend onderwijs betrokken zijn, namelijk ouders en leerlingen zelf, scholen en samenwerkingsverbanden, waarbij de nadruk ligt op de juridische gevolgen wanneer geen overeenstemming bereikt wordt over het handelingsdeel.

## 1. Passend onderwijs

Op 1 augustus 2014 is de Wet passend onderwijs in werking getreden. Een verzamelwet die een aantal artikelen heeft gewijzigd en toegevoegd in de verschillende sectorwetten.<sup>1</sup> Op alle scholen<sup>2</sup> rust sinds de invoering van passend onderwijs een zorgplicht; alle leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben dienen een passende onderwijsplek te krijgen en wel zoveel mogelijk binnen het regulier onderwijs. Om dit te kunnen realiseren werken scholen binnen het regulier onderwijs en (voortgezet) speciaal onderwijs cluster 3 en cluster 4 samen in zogenaamde (regionale) samenwerkingsverbanden. Binnen deze samenwerkingsverbanden worden afspraken gemaakt over

begeleiding en zorg die alle scholen kunnen bieden (basisondersteuning) en welke extra ondersteuning voor leerlingen beschikbaar is, gefinancierd door het samenwerkingsverband. Daarnaast adviseert het samenwerkingsverband scholen over de mogelijkheden voor extra ondersteuning aan leerlingen en toetst een samenwerkingsverband of een leerling toelaatbaar is voor het (voortgezet) speciaal onderwijs. Uitgangspunt is dat de extra ondersteuning zoveel mogelijk wordt ingezet binnen het regulier onderwijs en in de klas.

### *Het ontwikkelingsperspectief*

Op scholen binnen het regulier onderwijs dient voor leerlingen waarvan bekend is dat zij een extra ondersteuningsbehoefte hebben een ontwikkelingsperspectief te worden vastgesteld.<sup>3</sup> Binnen het (voortgezet) speciaal onderwijs hebben alle leerlingen een ontwikkelingsperspectief. De wet- en regelgeving schrijft niet uitgebreid voor wat in een ontwikkelingsperspectief moet worden opgenomen. De verplichting om een ontwikkelingsperspectief op te stellen is opgenomen in de sectorwetten<sup>4</sup>, de verplichting om een verwacht uitstrooprofiel op te nemen inclusief een onderbouwing daarvan is opgenomen in de onderliggende besluiten.<sup>5</sup> Die onderbouwing bestaat uit een beschrijving van stimulerende en belemmerende factoren, die van invloed zijn op het onderwijs aan de leerling. Daarnaast worden in het ontwikkelingsperspectief concrete doelen gesteld voor de ontwikkeling van de leerling.

Voor het ontwikkelingsperspectief geldt dat de school met ouders<sup>6</sup> zogenaamd “op overeenstemming gericht overleg” moet voeren, voordat het ontwikkelingsperspectief kan worden vast- of bijgesteld. In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat dit overleg niet slechts het informeren van ouders – als eenzijdige actie – inhoudt, maar dat overleg een inbreng van beide kanten inhoudt.<sup>7</sup> De Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) verstaat onder op overeenstemming gericht overleg, een overleg waarbij met ouders open en reëel overleg wordt gevoerd over het ontwikkelingsperspectief.<sup>8</sup>

### *Het handelingsdeel*

Op 11 april 2013 dienden Ypma c.s. een motie in, waarin zij verzochten om een wetsvoorstel waarin geregeld wordt dat ouders een instemmingsrecht krijgen op het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief.<sup>9</sup> In het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief wordt de individuele ondersteuning en begeleiding van de leerling beschreven, daar waar dat uitstijgt boven het basisaanbod<sup>10</sup>, net als eventuele afwijkingen van het (onderwijs)programma. In de motie overwegen Ypma c.s. dat ouders als volwaardige gesprekspartner moeten kunnen meedenken over de zorg en ondersteuning van kinderen op school en dat het van be-

\* Mr. drs. S. Kruijthof is advocaat bij Brussee Lindeboom Advocaten

lang is dat ouders en de school overeenstemming hebben over het handelingsdeel. Deze motie is aangenomen en heeft uiteindelijk geleid tot het instemmen van de Eerste Kamer met het wetsvoorstel op 7 februari 2017.<sup>11</sup> De wet is gepubliceerd op 2 maart 2017<sup>12</sup> en in werking getreden op 1 augustus 2017.

Met ingang van 1 augustus 2017 geldt voor scholen dus niet uitsluitend de verplichting om met ouders op overeenstemming gericht overleg te voeren over het gehele ontwikkelingsperspectief, over het handelingsdeel moet overeenstemming worden bereikt met ouders voordat dit deel vastgesteld kan worden.

#### *Uitwerking instemmingsrecht in de sectorwetten*

De voorwaarde dat over het ontwikkelingsperspectief op overeenstemming gericht overleg gevoerd moet worden met ouders is reeds opgenomen in de sectorwetten met de invoering van passend onderwijs.<sup>13</sup> Op 1 augustus 2017 is het handelingsdeel - als onderdeel van het ontwikkelingsperspectief - opgenomen in de sectorwetten, samen met de eis dat hierover overeenstemming moet worden bereikt met ouders. Dit is uitgewerkt in artikel 40a lid 2 WPO, artikel 26 lid 2 WVO en artikel 41a lid 2 WEC. Deze bepalingen luiden in de WPO en WVO hetzelfde:

*“In afwijking van het eerste lid [vaststellen van het ontwikkelingsperspectief na op overeenstemming gericht overleg], wordt het deel van het ontwikkelingsperspectief betreffende de individuele begeleiding, bedoeld in artikel 8, vierde lid [WPO, respectievelijk artikel 17b, eerste lid WVO], vastgesteld nadat hierover overeenstemming bereikt is tussen het bevoegd gezag en de ouders.”*

In de WEC luidt de voorwaarde iets anders, daar moet namelijk voordat het handelingsdeel kan worden vastgesteld advies van de commissie voor begeleiding, dan wel de commissie van onderzoek worden gevraagd én overeenstemming worden bereikt tussen ouders en het bevoegd gezag of de leerling (indien meerderjarig en handelingsbekwaam).

Overigens is het opmerkelijk dat in de Memorie van Toelichting niet gesproken wordt van een instemmingsrecht van ouders of een verplichte handtekening van de ouders onder het handelingsdeel.<sup>14</sup> De Memorie van Toelichting veronderstelt aldus een verschil tussen “overeenstemming” en een instemmingsplicht, bijvoorbeeld omdat er een handtekening is vereist. De uitwerking in de sectorwetten is echter duidelijk, zonder overeenstemming kan het handelingsdeel niet worden vastgesteld, waardoor er – in ieder geval de facto – sprake is van een instemmingsrecht van ouders op het handelingsdeel.

#### *Gevolgen instemmingsrecht ouders op handelingsdeel*

Hoewel de bedoeling van de motie begrijpelijk is, namelijk het waarborgen van meer inspraak van ouders als volwaardig gesprekspartner bij het onderwijs aan hun kinderen, roept de wetswijziging ook een aantal vragen op. Zoals hiervoor beschreven zijn er drie belangrijke partijen te definiëren bij passend onderwijs; namelijk allereerst de leerling en diens ouders, de school en ten slotte het samenwerkingsverband.

Het gemeenschappelijke doel is – of zou in ieder geval moeten zijn – om voor leerlingen een zo passend mogelijke onderwijsplek te re-

aliseren, waar mogelijk binnen het regulier onderwijs. Dat er bij het realiseren van dit doel geschillen kunnen ontstaan is duidelijk geworden sinds de invoering van het passend onderwijs. Aan de GPO zijn sinds de oprichting van deze tijdelijke geschillencommissie veelvuldig geschillen voorgelegd<sup>15</sup> en ook de afgifte van toelaatbaarheidsverklaringen door samenwerkingsverbanden leidt regelmatig tot een bezwaarprocedure waarbij een externe bezwaaradviescommissie om advies gevraagd wordt.<sup>16</sup> Deze geschillen gaan veelal over de inhoud van het ontwikkelingsperspectief, hoe daar door de school uitvoering aan wordt gegeven, de stelling van een school dat zij handelingsverlegen is ten aanzien van de extra ondersteuningsbehoefte van een leerling of de aanvraag en afgifte van een toelaatbaarheidsverklaring voor het (voortgezet) speciaal onderwijs.

Het is goed denkbaar dat het per 1 augustus 2017 ingevoerde instemmingsrecht van ouders op het handelingsdeel een rol gaat spelen in geschillen zoals hiervoor beschreven. Immers, wanneer geen overeenstemming wordt bereikt over het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief zullen ouders zich gesterkt voelen door het wettelijk voorschrift dat er overeenstemming moet worden bereikt over de individuele begeleiding aan hun kind door de school.

Daarnaast is de regering helder over het verband tussen dit instemmingsvereiste en de zorgplicht rustend op scholen. Geen overeenstemming over het handelingsdeel ontslaat een school niet van de zorgplicht voor de betreffende leerling. Wat moet een school bijvoorbeeld doen wanneer ouders niet instemmen met het handelingsdeel, maar op haar wel de verplichting rust om binnen zes weken een ontwikkelingsperspectief vast te stellen? Het handelingsdeel maakt namelijk onderdeel uit van het ontwikkelingsperspectief. Kan de school zich dan onttrekken aan haar zorgplicht, of kan zij juist invulling geven aan haar zorgplicht op de manier die haar geraden acht, zonder dat de ouders daarmee hebben ingestemd? En wat gebeurt er wanneer er geen overeenstemming is bereikt over het handelingsdeel en de school wenst over te gaan tot het aanvragen van extra ondersteuning bij het samenwerkingsverband of een toelaatbaarheidsverklaring voor het (voortgezet) speciaal onderwijs?

## **2. Gevolgen instemmingsrecht voor ouders en leerlingen**

Voor de invoering van passend onderwijs hadden ouders een instemmingsrecht op het handelingsplan, de voorganger van het ontwikkelingsperspectief. Met de invoering van passend onderwijs is dit instemmingsrecht komen te vervallen en is gekozen voor de verplichting voor de school om met ouders op overeenstemming gericht overleg te voeren over het ontwikkelingsperspectief. Naar aanleiding van de motie Ypma c.s. is het wetsvoorstel voorbereid om ouders (weer) instemmingsrecht te geven op het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief. Het doel van dit wetsvoorstel is dus primair gericht op het verstevigen van de positie van ouders. Met de wetswijziging van 1 augustus 2017 is dit gerealiseerd en moeten ouders en school het eens zijn over hoe de school uitvoering geeft aan de in het ontwikkelingsperspectief opgestelde extra ondersteuningsbehoefte van een leerling en diens ontwikkeldoelen. Vanaf de invoering van passend onderwijs wordt voorop gesteld dat betrokkenheid van ouders bij het onderwijs aan hun kinderen als

noodzakelijk gezien wordt voor het slagen van passend onderwijs. Het ontwikkelingsperspectief wordt daarbij als een effectief middel gezien, waardoor ouders kunnen worden betrokken maar waarmee ook met ouders kan worden gecommuniceerd en waarmee verwachtingen van ouders en leerlingen kunnen worden 'gemanaged'. Ten tijde van de invoering van passend onderwijs is niet gekozen voor een instemmingsrecht van ouders op het ontwikkelingsperspectief, maar voor een vereist overleg tussen ouders en school voordat het ontwikkelingsperspectief wordt vastgesteld. Na een amendement<sup>17</sup> is er gekozen voor een "op overeenstemming gericht overleg", om de positie van ouders meer – en op dat moment voldoende geacht<sup>18</sup> – te waarborgen.

Bij de invoering van het ontwikkelingsperspectief is een vraag gesteld waarom ouders geen instemmingsrecht werd gegeven op het ontwikkelingsperspectief, zoals dit bij diens voorganger het handelingsplan het geval was. Volgens de regering is het ontwikkelingsperspectief een ander instrument met een andere functie. De regering geeft aan dat het ontwikkelingsperspectief wordt vastgesteld op basis van onderwijskundige gegevens en qua karakter meer lijkt op een schooladvies, waarvoor ook geen handtekening van ouders vereist is. Het overleg an sich, dat wel gericht dient te zijn op overeenstemming maar waarvoor geen overeenstemming vereist is, was voldoende zo stelde de regering bij de invoering van het ontwikkelingsperspectief.<sup>19</sup> Ook voor de wijze waarop de ondersteuning en begeleiding vorm wordt gegeven – nu: het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief – zou het mee mogen praten van ouders voldoende zijn. Wanneer ouders en school er niet uitkomen blijft de school verantwoordelijk een zo passend mogelijke ondersteuning aan de leerling aan te bieden. Wanneer de school daar niet toe overgaat, zijn er voor ouders voldoende waarborgen, zoals de klachtenregeling of de GPO.<sup>20</sup>

Met het aannemen van de motie Ypma c.s. werd duidelijk dat het beter waarborgen van de positie van ouders wenselijk werd geacht. De indieners van het amendement waardoor het op overeenstemming gericht overleg over het ontwikkelingsperspectief is geïntroduceerd, gaven destijds al aan dat dit vooral zou moeten zien op de afspraken over de invulling van de extra begeleiding die benodigd is om het door de school opgestelde ontwikkelingsperspectief waar te maken.<sup>21</sup> Met andere woorden: het handelingsdeel. Hier is dus met ingang van 1 augustus 2017 uitvoering aan gegeven door de inwerkingtreding van de wetwijziging, waarin overeenstemming over het handelingsdeel tussen ouders en school een wettelijke voorwaarde is voor het vaststellen daarvan.

Wanneer ouders en school er niet uitkomen blijft de school verantwoordelijk een zo passend mogelijke ondersteuning aan de leerling aan te bieden. Wanneer de school daar niet toe overgaat, zijn er voor ouders voldoende waarborgen, zoals de klachtenregeling of de GPO.

Zoals de motie van Ypma c.s. aangeeft, zouden ouders als volwaardige gesprekspartners moeten kunnen meedenken over de zorg en ondersteuning van hun kinderen op school. Echter, is de wettelijke vereiste overeenstemming over het handelingsdeel het juiste middel om dit doel te bereiken? De Raad van State adviseerde negatief over het wetsvoorstel.<sup>22</sup> Ook de sectorraden (PO- en VO-Raad) waren kritisch en hebben in een gezamenlijke brief hun zorgen ge-

uit over de vrees voor juridisering in het onderwijs en aantasting van de autonomie van de scholen en de professionele ruimte van leraren.<sup>23</sup> Ouderorganisaties wezen juist op een meer gelijkwaardige positie van ouders ten opzichte van de school, waardoor een open gesprek kan plaatsvinden en mogelijk conflicten voorkomen kunnen worden.

#### *Meer inspraak, meer of minder geschillen?*

Of het ingevoerde instemmingsrecht van ouders op het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief ook tot het verwachte positieve effect van meer inspraak en minder geschillen zal leiden moet nog blijken. Door het op overeenstemming gerichte overleg over het ontwikkelingsperspectief en de vereiste overeenstemming over het handelingsdeel wil de wetgever in ieder geval realiseren dat ouders doorlopend meer betrokken zijn bij het vaststellen, evalueren en bijstellen van het ontwikkelingsperspectief, inclusief het handelingsdeel.

De vraag is of het instemmingsrecht geschillen tussen ouders en de school zou kunnen voorkomen. De geschillen die nu ontstaan tussen ouders en school zijn deels gericht op de inhoud van het ontwikkelingsperspectief of de vraag of dit volgens de geldende procedure is vastgesteld, maar meer geschillen in mijn praktijk richten zich juist op de wijze waarop de school vervolgens uitvoering heeft gegeven aan de op haar rustende zorgplicht om passend onderwijs aan te bieden aan een leerling. Dit wordt (met name) in het handelingsdeel uitgewerkt. Wanneer ouders in een vroeger stadium bij deze invulling worden betrokken en het uitgangspunt is dat hier overeenstemming over bereikt moet worden, zou dit er in het beste geval toe kunnen leiden dat er minder geschillen ontstaan. In dat geval zijn ouders vanaf een vroeg(er) stadium gesprekspartner, wordt onderling besproken welke individuele begeleiding passend is voor hun kind en of de school het hem of haar toekomstige passend onderwijs wel kán bieden. Op die wijze is het mogelijk voor ouders duidelijker wat zij kunnen c.q. mogen verwachten van de door de school aangeboden individuele begeleiding aan hun kind. Toch lijkt mij dit niet waarschijnlijk. Mijn verwachting is, met het advies van de Raad van State in mijn achterhoofd en zoals door de sectorraden is benadrukt, dat het instemmingsrecht op het handelingsdeel in ieder geval niet tot minder, maar waarschijnlijk zelfs tot meer geschillen zal leiden.

#### *Spanningsveld: instemmingsrecht ouders en op school rustende zorgplicht*

Het handelingsdeel kan als onderdeel van het ontwikkelingsperspectief pas worden vastgesteld tot er overeenstemming is tussen ouders en school, zo stelt de wet. Het overleg tussen ouders en school moet dus worden voortgezet zolang er nog geen overeenstemming over het handelingsdeel is bereikt. Dit ontslaat de school niet van de op haar rustende zorgplicht. Zoals de Memorie van Toelichting stelt: "Dit wetsvoorstel strekt er als gezegd toe dat de school het handelingsdeel, als onderdeel van het ontwikkelingsperspectief, pas vast kan stellen nadat de school daarover met de ouders overeenstemming heeft bereikt. Wanneer de school (nog) geen overeenstemming weet te bereiken met ouders over het handelingsdeel, betekent dit niet dat de school de leerling niet meer kan of zou hoeven te begeleiden. (...) Scholen zijn gehouden hun leerlingen in alle gevallen de nodige begeleiding te bieden. Ook als er nog geen overeenstemming is tussen de school en de ouders over het schriftelijk vast te stellen handelingsdeel. Het is de professionele verantwoordelijkheid van de school dat de leerling in de klas daar niets van merkt."<sup>24</sup>

De vraag is echter of de school in de praktijk wel uitvoering kan geven aan de op haar rustende zorgplicht, nu juist voor de individuele begeleiding van de leerling (het handelingsdeel) overeenstemming met ouders is vereist. Dit zal voor de basisondersteuning geen probleem zijn, maar voor het bieden van extra ondersteuning zal het ontbreken van overeenstemming met ouders over het handelingsdeel problemen opwerpen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de aanvraag van extra ondersteuning gefinancierd door het samenwerkingsverband. Sommige samenwerkingsverbanden hebben sinds 1 augustus 2017 al in de procedure opgenomen dat een arrangement (extra ondersteuning) alleen nog kan worden aangevraagd met goedkeuring van de ouders.<sup>25</sup> Er kan dus een situatie ontstaan waarbij de school praktisch geen uitvoering kán geven aan de op haar rustende zorgplicht, juist door het ontbreken van overeenstemming met ouders.

---

De vraag is echter of de school in de praktijk wel uitvoering kan geven aan de op haar rustende zorgplicht, nu juist voor de individuele begeleiding van de leerling (het handelingsdeel) overeenstemming met ouders is vereist.

Daarnaast is het van belang te benadrukken dat een geschil tussen ouders en school over hoe invulling gegeven moet worden aan de zorgplicht door de school, vaak complexer is dan het voorbeeld zoals dit is beschreven in de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging.<sup>26</sup> Daarin wordt gesproken over het aantal uren remedial teaching en of dit alleen ingezet zou moeten worden voor rekenen, of ook voor taal. Dit is een minder complex voorbeeld van individuele begeleiding te noemen dan ik in mijn praktijk regelmatig tegenkom. Hoe onderwijsdoelen kunnen worden behaald en op welke manier aan de individuele begeleiding uitvoering wordt gegeven, is bij uitstek het onderwerp van geschillen tussen ouders en de school. Het betreft vaak niet alleen de vraag hoeveel uren een leerling moet worden begeleid, maar met name de vraag hoe een leerling individueel moet worden begeleid om aan diens extra ondersteuningsbehoefte te voldoen. Er zijn voorbeelden van schoolsituaties waarin ouders hun kinderen zichtbaar achteruit zien gaan omdat het aanbod van de school in hun optiek niet passend is, bijvoorbeeld omdat het ontoereikend is of omdat het van verkeerde uitgangspunten over de ondersteuningsbehoefte van hun kind uitgaat. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om (zeer) hoogbegaafde kinderen, chronisch zieke kinderen met een hoog IQ of kinderen die een complexe ondersteuningsbehoefte hebben waarbij een onderwijszorgarrangement benodigd is. Voor ouders gaat het om het belang van hun kind en het hen toekomende recht op (passend) onderwijs. Om tussen ouders en school tot overeenstemming te komen over het handelingsdeel is het dan enerzijds van belang dat ouders een realistisch beeld hebben van de ontwikkelingsmogelijkheden van hun kind en van de mogelijkheden van de betreffende school (met extra ondersteuning vanuit het samenwerkingsverband), en anderzijds is het van belang dat scholen de op hen rustende zorgplicht nakomen en ook bereid zijn buiten de gebaande paden te bezien of zij een leerling passend onderwijs kunnen bieden.

In die gevallen waarin geen overeenstemming bereikt wordt over het handelingsdeel zal dit zeer waarschijnlijk leiden tot een gang naar de GPO en mogelijk (daarna) tot de rechter. Mogelijk zal dit een doorbraak kunnen geven in een ontstane impasse tussen ou-

ders en school over de vraag hoe en welke individuele begeleiding aan een leerling moet worden geboden. Aan de andere kant geeft de GPO een niet bindend advies aan het bevoegd gezag van de school en kan de school in de tussentijd uitvoering blijven geven aan een handelingsplan waarover geen overeenstemming is bereikt. Zoals de Raad van State ook in het advies over het wetsvoorstel stelt kan het geschil daarna worden voorgelegd aan een rechter. Deze rechter zal echter naar verwachting vooral marginaal toetsen en overwegen of de school de procedure juist heeft doorlopen. Volgens de Raad van State mist het instemmingsrecht hierdoor praktische betekenis, nu de verwachte situatie met instemmingsrecht op het handelingsdeel de facto weinig verschilt van de situatie zoals het was toen er alleen op overeenstemming gericht overleg over het ontwikkelingsperspectief gevoerd moest worden. De school kan immers uitvoering blijven geven aan een ontwikkelingsperspectief, inclusief handelingsdeel, op de manier die de school noodzakelijk acht.<sup>27</sup> In reactie op het advies van de Raad van State stelt de regering de juiste balans te hebben gevonden in een “niet afdwingbaar” instemmingsvereiste van ouders. Een afdwingbaar instemmingsvereiste zou volgens de regering niet verenigbaar zijn met de onderwijskundige verantwoordelijkheid van de school en het belang van het kind. De regering stelt vervolgens dat de wetswijziging wel praktische betekenis heeft, omdat de verwachting is dat ouders en school met elkaar in gesprek blijven over aspecten van het handelingsdeel waartegen door ouders nog bezwaren tegen bestaan.<sup>28</sup>

Het is dus zeer de vraag of ouders niet een verkeerde verwachting hebben wanneer zij met de betreffende wetsbepaling in de hand, denken een afdwingbaar instemmingsrecht op het handelingsdeel van hun kind te hebben. De school zal namelijk bij het ontbreken van overeenstemming toch uitvoering blijven geven aan het ontwikkelingsperspectief en (gedeelten van) het handelingsdeel omdat de op haar rustende zorgplicht haar daartoe verplicht. Toch zal het voor scholen naar verwachting niet gemakkelijker worden om uitvoering te blijven geven aan de zorgplicht, zoals hierna zal worden beschreven.

### 3. Gevolgen instemmingsrecht voor scholen

Het instemmingsrecht van ouders en de op de school rustende zorgplicht kunnen dus zoals gezegd op gespannen voet met elkaar staan wanneer ouders en school geen overeenstemming bereiken over het handelingsdeel. Hoe kunnen scholen in deze situatie toch hun wettelijke verplichtingen in het kader van passend onderwijs nakomen?

*Geen overeenstemming; kan het ontwikkelingsperspectief worden vastgesteld?* Op het bevoegd gezag rust de verplichting om binnen zes weken na inschrijving, althans zo snel mogelijk nadat het vermoedt of dient te vermoeden dat een leerling een extra ondersteuningsbehoefte heeft, na op overeenstemming gericht overleg met ouders een ontwikkelingsperspectief voor de leerling vast te stellen. Het handelingsdeel is onderdeel van het ontwikkelingsperspectief en kan alleen rechtsgeldig worden vastgesteld wanneer er overeenstemming is met ouders over de inhoud. De vraag is aldus of een ontwikkelingsperspectief nog rechtsgeldig kan worden vastgesteld indien er geen rechtsgeldig handelingsdeel vastgesteld kan worden. Over deze vraag was ook de Raad van State in zijn advies kritisch. De tekst

van het wetsvoorstel stelt dat het handelingsdeel pas kan worden vastgesteld nadat daarover tussen ouders en school overeenstemming is bereikt, terwijl de toelichting stelt dat de school zolang er geen overeenstemming is bereikt uitvoering moet (blijven) geven aan het ontwikkelingsperspectief inclusief handelingsdeel.<sup>29</sup>

Zonder overeenstemming over het handelingsdeel is er geen rechtsgeldig handelingsdeel en – dus – eigenlijk ook geen rechtsgeldig ontwikkelingsperspectief vast te stellen, nu het handelingsdeel een onderdeel is van het ontwikkelingsperspectief. Over dit gevolg is niets opgenomen in de wet, de Memorie van Toelichting of het Nader rapport (reactie op het advies) van de regering naar aanleiding van het negatieve advies van de Raad van State op het wetsvoorstel.<sup>30</sup> De Memorie van Toelichting spreekt uitsluitend over het niet vast kunnen stellen van het handelingsdeel, zolang de vereiste overeenstemming tussen ouders en school ontbreekt.

Daarbij is bij de behandeling van het wetsvoorstel door Kamerleden de vraag opgeworpen of het handelingsdeel in de praktijk wel gemakkelijk kan worden onderscheiden van het ontwikkelingsperspectief of dat de verschillende onderdelen van het handelingsdeel verweven zijn in het ontwikkelingsperspectief. In de praktijk kan dit problemen opwerpen, zelf wanneer uitgegaan wordt van de mogelijkheid dat het ontwikkelingsperspectief wél vastgesteld zou kunnen worden zonder dat er overeenstemming is bereikt over het handelingsdeel.

Het instemmingsrecht op het handelingsdeel kan mogelijk wel tot een positief effect leiden wanneer scholen in een vroeg(er) stadium overgaan tot het vaststellen of bijstellen van een ontwikkelingsperspectief, samen met ouders. Nu zien wij vaak dat een ontwikkelingsperspectief pas werd vast- of bijgesteld op een moment dat een geschil met ouders al dreigde. Wanneer scholen zich bewust zijn van het instemmingsrecht en het belang van ouderbetrokkenheid bij passend onderwijs en zij hun werkwijze en procedure zo inrichten dat ouders daadwerkelijk volwaardig gesprekspartner (kunnen) zijn, zou dit in sommige gevallen geschillen kunnen voorkomen.

*Geen overeenstemming; kan uitvoering worden gegeven aan de zorgplicht?*

De vraag is of een school dus wel kan voldoen aan haar wettelijke verplichting binnen zes weken na inschrijving, althans zo snel mogelijk, een ontwikkelingsperspectief (inclusief handelingsdeel) vast te stellen zónder dat de vereiste overeenstemming over het handelingsdeel is bereikt.

---

Door middel van arrangementen wordt aan leerlingen de extra ondersteuning gegeven die een leerling nodig heeft. In dit geval kan het instemmingsrecht van ouders misschien niet afdwingbaar zijn – zoals de regering stelt – maar het ontbreken daarvan kan wel blokkerend werken.

Het ontbreken van overeenstemming met ouders over het handelingsdeel zou het voor een school lastig kunnen worden een arrangement (extra ondersteuning) aan te vragen, zoals in paragraaf 2 beschreven. Juist door middel van arrangementen wordt aan leerlingen de extra ondersteuning gegeven die een leerling nodig heeft. In dit geval kan het instemmingsrecht van ouders misschien niet afdwingbaar zijn – zoals de regering stelt – maar het ontbreken daarvan kan wel blokkerend werken.

Een geschil tussen ouders en school over hoe aan de leerling passend onderwijs kan worden geboden ligt dan al snel op de loer. De school zou zich op een gegeven moment op het standpunt kunnen stellen dat zij handelingsverlegen is. Immers, er is geen overeenstemming over het handelingsdeel waardoor het voor de school moeilijk, zo niet onmogelijk wordt om extra ondersteuning aan te bieden aan de leerling. Terwijl aan de andere kant ouders er voor kunnen kiezen hun kind thuis te houden zolang het geen passend onderwijs ontvangt, of zij trachten via het voorleggen van een geschil aan de GPO of via een procedure bij de rechtbank af te dwingen dat hun kind het volgens hen passende onderwijs ontvangt.<sup>31</sup> Dit roept wellicht een eerste reactie op dat dit niet in het belang van het kind is, immers het kind wordt passend onderwijs onthouden. Toch zijn er in de praktijk voorbeelden waarbij ouders bewust kiezen om een bepaald extra ondersteuningsaanbod van de school te weigeren, zoals ook in paragraaf 2 is beschreven. Dit geeft weer het spanningsveld aan dat kan bestaan tussen ouders, die stellen hun kind het beste te kennen, en de autonomie en professionele ruimte van scholen. Zoals de Raad van State in zijn advies heeft aangegeven en ook door de sectorraden als zorg is geuit, zou de invoering van het instemmingsrecht ver kunnen ingrijpen in die autonomie van scholen en professionele ruimte van leerkrachten. Het is ook moeilijk te rijmen met de wettelijke verplichtingen die op een school rust in het kader van passend onderwijs. Het lijkt voor scholen van belang dat het voor hen in de praktijk in ieder geval mogelijk blijft de extra ondersteuning aan te kunnen bieden die zij nodig acht, zodat zij zolang er geen overeenstemming is met ouders over het handelingsdeel, wel uitvoering kan blijven geven aan de zorgplicht. Dit is in overeenstemming met hetgeen is beschreven in paragraaf 2 over het – volgens de regering – niet afdwingbaar zijn van het instemmingsrecht en hetgeen is beschreven in de Memorie van Toelichting over de relatie tussen het wetsvoorstel en de op de school rustende zorgplicht.

Het blijft echter knellen dat de vereiste overeenstemming voor vaststelling van het handelingsdeel met niet mis te verstane woorden in de wet is opgenomen: het handelingsdeel kan niet worden vastgesteld zonder dat daarover overeenstemming is bereikt met ouders. Hoewel een verharding van geschillen en juridisering in het onderwijs niet is aan te bevelen, is het interessant hoe de GPO en rechters in de toekomst zullen oordelen over hoe het instemmingsrecht van ouders zich verhoudt tot de zorgplicht van scholen en de vraag of een ontwikkelingsperspectief rechtsgeldig kan worden vastgesteld indien er geen overeenstemming is bereikt met ouders over het handelingsdeel.

#### **4. Gevolgen instemmingsrecht voor samenwerkingsverbanden**

*Instemmen met een toelaatbaarheidsverklaring?*

In mijn praktijk kwam de afgelopen maanden vanuit samenwerkingsverbanden de vraag naar voren hoe zij de procedure voor aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring moesten inkleden, nu ouders een instemmingsrecht zouden hebben op de aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring voor het speciaal (basis) onderwijs of voortgezet speciaal onderwijs. Dit zou zonder meer verlamrend werken, nu de overgrote meerderheid van de geschillen tussen ouders en samenwerkingsverbanden situaties betreft waarin ouders het niet eens zijn met de afgifte van een toelaatbaarheidsverkla-

ring. Mijns inziens kan het ingevoerde instemmingsrecht niet zo ver strekken dat ouders hierdoor een aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring door een bevoegd gezag tegen zouden kunnen houden. Deze beslissing van het bevoegd gezag valt immers niet onder een beschrijving van de individuele begeleiding van de leerling in het handelingsdeel. Uitzondering hierop is wanneer het betreffende samenwerkingsverband waar de school bij is aangesloten toestemming van ouders bij de aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring dwingend voorschrijft in de procedure opgenomen in het ondersteuningsplan.<sup>32</sup>

#### *Mogelijk voordeel bij behandeling bezwaar tegen een toelaatbaarheidsverklaring*

Overigens kan de invoering van het instemmingsrecht van ouders op het handelingsdeel mogelijk een positief effect hebben voor samenwerkingsverbanden, wanneer zij worden geconfronteerd met een bezwaarprocedure tegen een afgegeven toelaatbaarheidsverklaring voor het (voortgezet) speciaal onderwijs. Wanneer ouders het niet eens zijn met de aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring richt de discussie zich veelal op de vraag of het bevoegd gezag dat de toelaatbaarheidsverklaring heeft aangevraagd, op een zorgvuldige wijze invulling heeft gegeven aan de op haar rustende zorgplicht. Dit leidt bij de behandeling van het bezwaar vaak tot een discussie tussen ouders en de betreffende school over hoe op de school passend onderwijs aan de leerling is geboden en de vraag of dat afdoende is geweest, terwijl het bezwaar is gericht tegen een besluit van het samenwerkingsverband.

---

Wanneer ouders het niet eens zijn met de aanvraag van een toelaatbaarheidsverklaring richt de discussie zich veelal op de vraag of het bevoegd gezag dat de toelaatbaarheidsverklaring heeft aangevraagd, op een zorgvuldige wijze invulling heeft gegeven aan de op haar rustende zorgplicht.

Het gehoopte positieve effect van de wetswijziging was meer ouderbetrokkenheid bij passend onderwijs. Wanneer ouders in een vroeg stadium worden betrokken bij het opstellen van het ontwikkelingsperspectief en continu betrokken blijven doordat over het handelingsdeel overeenstemming bereikt moet worden, zou dit mogelijk kunnen leiden tot meer inzicht over een weer. Ouders verkrijgen mogelijk meer inzicht in de keuzes die de school en de betrokken deskundigen hebben gemaakt. De school kan in een vroeger stadium - voor een geschil ontstaat - kennis nemen van wat volgens ouders nodig is om aan hun kind passend onderwijs aan te bieden. Ook wanneer dit niet het geval is en ouders toch bezwaar maken tegen de afgifte van een toelaatbaarheidsverklaring zou dit eventueel tot een efficiëntere behandeling van het bezwaar kunnen leiden indien goed gedocumenteerd is dat er regelmatig overleg is geweest tussen ouders en school, inclusief de belangrijkste overwegingen van de school om de individuele begeleiding van de betreffende leerling op een bepaalde wijze in te vullen.

#### *Instemming vereist bij aanvraag extra ondersteuning?*

Samenwerkingsverbanden hebben als wettelijke taak het verdelen en toewijzen van extra ondersteuningsmiddelen en ondersteuningsvoorzieningen aan scholen.<sup>33</sup> Scholen zullen voor leerlingen dus extra ondersteuning aanvragen bij het betreffende samenwerkingsverband naar aanleiding van het ontwikkelingsperspectief en

handelingsdeel, waarin de benodigde individuele begeleiding voor de leerling is beschreven. De extra ondersteuning is bij uitstek de individuele begeleiding van de leerling, zoals moet worden opgenomen in het handelingsdeel, waarvoor samenwerkingsverbanden nu bij de aanvraag van zo een arrangement waarschijnlijk de goedkeuring van de ouders als voorwaarde zullen zien.

De betrokkenheid van ouders is in de procedure van samenwerkingsverbanden voor toewijzing van extra ondersteuning en toelaatbaarheidsverklaringen altijd een belangrijke factor geweest, maar was tot nu toe (althans tot 1 augustus 2017) bij slechts enkele samenwerkingsverbanden een noodzakelijke voorwaarde voor toewijzing van een arrangement of toelaatbaarheidsverklaring. Indien toestemming van ouders ontbrak werd het bevoegd gezag gevraagd een zienswijze van ouders op te nemen bij de aanvraag. Dit leidde in voorkomend geval niet per definitie tot afwijzing van de aanvraag van een arrangement of toelaatbaarheidsverklaring.

Het is een onwenselijke ontwikkeling wanneer het ontbreken van overeenstemming over het handelingsdeel tussen ouders en school zal leiden tot de onmogelijkheid voor scholen om extra ondersteuning aan te vragen bij het samenwerkingsverband en aldus tot de onmogelijkheid voor scholen om te voldoen aan de op hen rustende zorgplicht. Het is zeer goed denkbaar dat in die situatie juist de gevreesde impasse tussen ouders en school ontstaat als gevolg van het instemmingsrecht van ouders. Zoals de Raad van State al constateerde in zijn advies over het wetsvoorstel; de formulering van de betreffende bepaling in de sectorwetten en de manier waarop het instemmingsrecht van ouders wordt uitgelegd in de toelichting strookt niet met elkaar. Samenwerkingsverbanden zullen zich mogelijk gedwongen zien bij het ontbreken van overeenstemming over het handelingsdeel tussen ouders en school een aanvraag voor extra ondersteuning af te wijzen, terwijl de school zich gedwongen ziet uitvoering te geven aan haar zorgplicht.

## 5. Resumerend

Het uitgangspunt van passend onderwijs is dat voor elke leerling een zo passend mogelijke onderwijsplek wordt gevonden. In eerste instantie bij de school van aanmelding of inschrijving en wanneer dit niet mogelijk blijkt bij een andere school binnen het samenwerkingsverband. De extra ondersteuningsbehoefte van leerlingen wordt beschreven in het ontwikkelingsperspectief, waarin in het handelingsdeel beschreven wordt welke individuele begeleiding aan de leerling wordt geboden om zo de in het ontwikkelingsperspectief gestelde doelen te kunnen behalen.

Er zullen weinig tegenstanders zijn voor ouderbetrokkenheid bij het onderwijs aan hun kinderen. In die zin is het doel van het instemmingsrecht op het handelingsdeel goed te begrijpen. Echter, aan het begin van het artikel stelde ik al de vraag of een instemmingsrecht zoals deze nu is opgenomen in de sectorwetten het eigenlijke middel is.

De vraag die de wetswijziging bij mij oproept is of het doel van de wetswijziging ook niet – en misschien wel beter – gewaarborgd had kunnen worden door een verplichting op te nemen met elkaar in overleg te blijven treden over de aspecten van het handelingsdeel waar ouders het niet mee eens zijn. De facto is dit namelijk waar

de wetswijziging op neerkomt, zoals de regering ook aangeeft in het Nader rapport als reactie op het advies van de Raad van State. De wetswijziging zou alleen zorgen voor een verschuiving van het evenwicht tussen de zorgplicht van de school enerzijds en de positie van de ouders anderzijds, in de richting van de ouders.<sup>34</sup> Met andere woorden; de wetswijziging introduceert een waarborg voor ouders dat de school met hen in gesprek blijft gaan over het handelingsdeel van hun kind. Een bepaling in de wet die qua formulering aansluit bij de praktische betekenis van de wetswijziging is aan te bevelen. Het opnemen van een instemmingsvereiste voor het vaststellen van het handelingsdeel, terwijl eigenlijk bedoeld wordt dat er een doorlopend op overeenstemming gericht overleg gevoerd wordt met ouders, is verwarrend.

Er bestaat nog een discrepantie tussen de wettekst opgenomen in de sectorwetten en de toelichting van de regering op de wettekst. Enerzijds kan het handelingsdeel niet worden vastgesteld voordat ouders en school overeenstemming hebben bereikt, terwijl anderzijds de school uitvoering moet blijven geven aan de op haar rustende zorgplicht (lees: het handelingsdeel) om leerlingen passend onderwijs aan te bieden. Dit kan ook bij ouders verkeerde verwachtingen scheppen. Zeker wanneer na adviezen van de GPO en uitspraken van de rechter zal blijken dat het geïntroduceerde instemmingsrecht inderdaad rechtens niet afdwingbaar is. Het risico bestaat dat met deze wetswijziging een extra voorschrift is toegevoegd aan de wet, terwijl het weinig verandert aan de bestaande praktijk en mogelijk extra belemmeringen opwerpt om aan leerlingen passend onderwijs aan te bieden. Als dat het praktische gevolg wordt van de wetswijziging, schiet het zijn doel toch ernstig voorbij.

### Noten

1. Voor het primair onderwijs is dit de Wet op het primair onderwijs (WPO), voor het voortgezet onderwijs de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) en voor het speciaal onderwijs en voortgezet speciaal onderwijs de Wet op de expertisecentra (WEC).
2. Formeel rust de verplichtingen in het kader van passend onderwijs op het bevoegd gezag (het schoolbestuur). De zorgplicht als zodanig is niet gecodificeerd in de sectorwetten. In de praktijk wordt aan deze verplichtingen, zoals het opstellen van een ontwikkelingsperspectief, uitvoering gegeven op de school waar de leerling is/wordt ingeschreven. Daarom zal in dit artikel gesproken worden over 'de school'.
3. Artikel 40a lid 1 en lid 3 WPO, artikel 26 lid 1 en lid 3 WVO en artikel 41a lid 1 en lid 3 WEC.
4. Artikel 40a lid 1 WPO, artikel 26 lid 1 WVO en artikel 41a lid 1 WEC.
5. Artikel 34.7 Besluit bekostiging WPO, artikel 15c Inrichtingsbesluit WVO, artikel 4 en 5 Onderwijskundig besluit WEC.
6. In dit artikel zal gesproken worden over ouders, daar kan ook ouder of verzorger(s) voor gelezen worden.
7. *Tweede Kamer*, 2011-2012, 33 106, nr. 7.
8. Zie onder andere het advies van de GPO van 17 februari 2016, 107087, onder 4.
9. *Tweede Kamer*, 2012-2013, 31 497, nr. 95, "MOTIE VAN HET LID YPMA C.S."
10. Zoals bedoeld in artikel 8 lid 4 WPO en artikel 17b lid 1 WVO, namelijk individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling. Zo nodig na overleg met de gemeente, jeugdgezondheidszorg, een instantie die maatschappelijke ondersteuning biedt of zorgaanbieders. In artikel 41a lid 2 van de WEC wordt niet verwezen naar een artikel in de WEC die invulling geeft aan de individuele begeleiding. In de bepaling in de WEC wordt alleen verwezen naar "de individuele begeleiding van de leerling". De reden hiervoor is dat deze ondersteuning in het (V)SO veelal een breed basisaanbod aan ondersteuning beschikbaar is en is opgenomen in het groepsplan. Een handelingsdeel is in het (V)SO daarom alleen vereist wanneer de ondersteuning boven het basisaanbod uitstijgt, zie ook de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging betreffende het instemmingsrecht op het handelingsdeel, *Tweede Kamer* 2015-2016, 34 446, nr.3, pagina 2.
11. *Eerste Kamer*, 2016-2017, 34 446, nr. A, "Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs in verband met de invoering van het vaststellen van het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief na overeenstemming met de ouders".
12. *Stb.* 2017, nr. 71, "Wet van 10 februari 2017 tot wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs in verband met de invoering van het vaststellen van het handelingsdeel van het ontwikkelingsperspectief na overeenstemming met de ouders".
13. Dit is opgenomen in artikel 40a lid 1 WPO, artikel 26 lid 1 WVO en artikel 41a lid 1 WEC.
14. *Idem*, pagina 4.
15. Zie voor een overzicht tot juni 2016 het artikel van mr. dr. J. Sperling en mr. A.M.T. Wigger in *School en Wet* 2016-3, p.4, 'De Tijdelijke landelijke commissie toelating en verwijdering: een blijvertje!'
16. Dit is in de grote meerderheid van de gevallen de Landelijke Adviescommissie Toelaatbaarheidsverklaring (LBT), ondergebracht bij Onderwijsgechillen.
17. *Tweede Kamer*, 2011-2012, 33 106, nr. 45, waarbij "na overleg" met betrekking tot het vaststellen van het ontwikkelingsperspectief is gewijzigd in "na op overeenstemming gericht overleg". Het amendement geeft aan dat het de indieners met betrekking tot het op overeenstemming gericht overleg vooral gaat om de extra begeleiding die benodigd is om het door de school opgestelde ontwikkelingsperspectief waar te maken.
18. *Tweede Kamer*, 2011-2012, 33 106, nr. 7.
19. *Idem*.
20. *Idem*.
21. *Tweede Kamer*, 2011-2012, 33 106, nr. 45.
22. *Tweede Kamer*, 2015-2016, 34 446, nr. 4.
23. Brief van de PO-Raad en VO-Raad aan de Tweede Kamer, 7 september 2016, kenmerk: 2016.087896/RdB, te raadplegen via: <[https://www.poraad.nl/system/files/themas/passend\\_onderwijs/brief\\_po-raad\\_en\\_vo-raad\\_wetsvoorstel\\_instemming\\_ouders\\_handelingsdeel\\_ontwikkelingsperspectief.pdf](https://www.poraad.nl/system/files/themas/passend_onderwijs/brief_po-raad_en_vo-raad_wetsvoorstel_instemming_ouders_handelingsdeel_ontwikkelingsperspectief.pdf)>.
24. Zie de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging betreffende het instemmingsrecht op het handelingsdeel, *Tweede Kamer* 2015-2016, 34 446, nr.3, pagina 4.