

Vergaderjaar 2011–2012

**33 218**

## **Voorstel van wet van het lid Çelik houdende wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs teneinde de regels voor bekostiging van een nieuwe school aan te scherpen**

**Nr. 4**

### **ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 25 juni 2012 en de reactie van de indiener d.d. 13 september 2012, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 maart 2012 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Çelik tot wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs teneinde de regels voor bekostiging van een nieuwe school aan te scherpen, met memorie van toelichting.*

*Het initiatiefwetsvoorstel strekt ertoe de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de mogelijkheid te bieden om rechtspersonen die een zeer zwakke school in stand houden of waarvan een school, wegens tekortschieten van de onderwijskwaliteit, niet meer wordt bekostigd, niet meer in aanmerking te laten komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. De weigeringsgrond voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging kan ook gelden voor bestuurders persoonlijk, als zij binnen een ander bevoegd gezag de verantwoordelijkheid voor de oprichting van een nieuwe school op zich willen nemen.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over het nut en de noodzaak van het wetsvoorstel, de bestuurders van de oprichtende rechtspersoon, het verband tussen zeer zwakke scholen en het bestuur van die scholen, de duur van de voorgestelde maatregel, nevenvestigingen en het overgangsrecht. Hetgeen in het advies wordt opgemerkt over de voorstellen ten aanzien van de Wet op het primair onderwijs (WPO) geldt mutatis mutandis voor de in het wetsvoorstel opgenomen vergelijkbare bepalingen in Wet op de expertisecentra (WEC) en de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO). De Afdeling wijst er nog op dat dit advies in het verlengde ligt van de principiële opmerkingen die de Afdeling eerder gemaakt heeft in haar advisering met betrekking tot het*

*onthouden van bekostiging aan nieuwe scholen.<sup>1</sup> Daarbij wees de Afdeling er onder meer op dat het niet bekostigen van een nieuwe school voor een bestuur met een school die tekortschiet in de leerresultaten niet het juiste middel is om zwakke scholen te voorkomen. Voor zover dat tekortschieten niet aan het schoolbestuur toegerekend kan worden komt het voor wat betreft het bijzonder onderwijs in strijd met de vrijheid van onderwijs, en wat betreft het openbaar onderwijs onder omstandigheden met de garantielijkt ex artikel 23, vierde lid, van de Grondwet. De Afdeling wijst er op dat aan de vragen naar nut, noodzaak en proportionaliteit van het voorstel niet wordt toegekomen als regeling in het licht van de Grondwet niet mogelijk is.*

### *1. Nut en noodzaak*

*Het voorstel voegt aan de WPO, de WEC en de WVO een artikel toe dat de minister de bevoegdheid geeft om bekostiging te onthouden aan een nieuwe school die onder het bestuur komt te staan van een rechtspersoon die een bestaande zeer zwakke school in stand houdt, of waarvan de bekostiging om die reden is beëindigd. Bekostiging kan om dezelfde reden worden geweigerd indien die nieuwe school wordt opgericht door bestuursleden van een zeer zwakke school.<sup>2</sup> De toelichting geeft als motivering voor het voorstel «dat bestuurders die verantwoordelijkheid dragen voor een school die de inspectie als zeer zwak beoordeelt, de mogelijkheid mag worden ontzegd om nieuwe scholen te stichten zolang zij de onderwijskwaliteit niet op een aanvaardbaar niveau hebben weten te brengen.»<sup>3</sup>*

*De Afdeling onderschrijft de noodzaak om tijdig en effectief op te treden tegen onderwijsinstellingen die (ernstig) tekort schieten in het aanbieden van deugdelijk onderwijs of waar sprake is van bestuurlijk en/of financieel wanbeheer. De in dat kader te nemen maatregelen dienen echter te voldoen aan een aantal voorwaarden. Zo dient allereerst de aard en omvang van de problematiek die met de te treffen maatregelen wordt bestreden grondig te worden geanalyseerd. Verder dienen de maatregelen te worden beoordeeld op hun proportionaliteit en effectiviteit. Daarbij dient ook rekening te worden gehouden met de in artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs.*

*Tegen die achtergrond is het de Afdeling opgevallen dat dit wetsvoorstel, mede gelet op de ingrijpende aard van de voorgestelde maatregelen, een summiere motivering bevat. Zo ontbreekt in de toelichting een analyse van de aard en omvang van de problematiek. Uit de cijfers van de Onderwijsinspectie blijkt dat het percentage zeer zwakke scholen ongeveer 3–4% van het totale scholenbestand bedraagt.<sup>4</sup> Het is de vraag in hoeveel gevallen besturen van die zeer zwakke scholen overgaan tot het stichten van nieuwe scholen. Een analyse van de aard en omvang van de problematiek acht de Afdeling wenselijk voor de beoordeling van de voorgestelde maatregelen. Meer specifiek dient bij die analyse te worden ingegaan op het verband tussen de kwalificatie van de school (zeer zwak) en het functioneren van het bestuur. De Afdeling zal op dat punt in het vervolg van dit advies nader ingaan.*

De opmerkingen van de Raad van State impliceren dat een schoolbestuur prima kan functioneren zonder dat dit op alle scholen die het bestuurt de onderwijskwaliteit aan de maat is. De indiener is echter van oordeel dat het waarborgen van goed onderwijs zozeer de kerntaak van een schoolbestuur vormt, dat het per definitie zo is dat een schoolbestuur faalt als de inspectie een school waarvoor dit bestuur verantwoordelijk is, moet kwalificeren als zeer zwak. Van een goed functionerend bestuur kan geen

<sup>1</sup> Het betreft in het bijzonder het advies van 2 december 2010 (W05.10 0 173, Kamerstukken II 2011/12, 32 007, nr. 18) op het amendement van de Tweede Kamerleden Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk op het initiatiefvoorstel van Jan Jacob van Dijk, houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen.

<sup>2</sup> Het begrip «zeer zwakke school» is ontleend aan het Toezichtskader PO/VO, een door de minister goedgekeurde beleidsregel, waarmee de onderwijsinspectie aangeeft op welke wijze zij haar toezichtsbevoegdheden invult. Sprake is van een zeer zwakke basisschool, wanneer deze onvoldoende eindopbrengsten heeft en twee of meer normindicatoren van het onderwijsleerproces en de leerlingenzorg, zoals opgenomen in het Toezichtskader, onvoldoende zijn.

<sup>3</sup> Paragraaf 1 van de memorie van toelichting.

<sup>4</sup> Overzicht per 1 mei 2012: 32 basisscholen, 5 scholen voor speciaal basisonderwijs, 31 scholen voor voortgezet onderwijs, 7 scholen voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs en 1 regionaal expertisecentrum speciaal voortgezet onderwijs.

sprake zijn, wanneer dit bestuur kennelijk onvoldoende aandacht en grip heeft op de onderwijskwaliteit.

*Vervolgens komt de vraag aan orde naar de verhouding tussen de voorgestelde maatregelen en de bestaande wettelijke instrumenten om problemen ten aanzien van zeer zwakke scholen op te lossen. Daarbij is in het bijzonder van belang op welke punten de huidige wettelijke bekostigings sancties bij overtreding van de bekostigingsvoorwaarden ontoereikend zijn en de effectiviteit ervan door besturen en bestuurders wordt ondermijnd.<sup>1</sup> Tevens rijst in dat verband de vraag of het met deze maatregel beoogde doel, namelijk het bevorderen van kwalitatief goed onderwijs, niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.*

De indiener is van oordeel dat de huidige bekostigingssancties tekort schieten. In de huidige situatie kan de minister op het oordeel van de onderwijsinspectie reageren dat een school zeer zwak is, reageren door de bekostiging stop te zetten, maar als een schoolbestuur daarop kan inspelen door gewoon weer een nieuwe school op te stichten, die moet worden behandeld alsof het een geheel nieuwe situatie betreft, dan wordt een feitelijk tekortschietende aandacht voor de onderwijskwaliteit in een nieuw jasje gecontinueerd. Dit is niet enkel een theoretische mogelijkheid, maar in Amsterdam is in 2011 gebleken dat er in feite – maar niet formeel – een doorstart van het Islamitisch College Amsterdam (ICA) dreigt te worden gerealiseerd doordat de bestuurders van de Stichting Islamitisch Onderwijs, eerder zaten in het bestuur van het ICA, dat onderwijs van onvoldoende kwaliteit leverde.<sup>2</sup> Het kan niet de bedoeling zijn dat falende schoolbestuurders zich telkens weer in nieuwe onderwijsavonturen storten, met alle kwalijke gevolgen van dien voor de schoolloopbanen voor de leerlingen op de betrokken scholen.

*Ten slotte dient de noodzaak tot het treffen van de voorgestelde maatregelen te worden gemotiveerd in het licht van de in artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde vrijheid tot het stichten van scholen voor bijzonder onderwijs. Daarbij dient in het bijzonder te worden ingegaan op het feit dat nog voordat inzicht bestaat in het daadwerkelijk functioneren van een school reeds wordt vastgesteld dat die school niet voor bekostiging in aanmerking komt. Op die manier is niet langer de deugdelijkheid van het onderwijs dat op een school wordt gegeven bepalend, maar het enkele feit dat de school ressorteert onder een bevoegd gezag dat ook een zeer zwakke school in stand houdt. Daarmee wordt het al dan niet bekostigen van een nieuwe school afhankelijk van aspecten die niet de deugdelijkheid van het onderwijs van de school zelf betreffen. Dit doorbreekt ook de in de Grondwet neergelegde systematiek dat bekostiging plaatsvindt op basis van het onderwijs dat gegeven wordt en niet op basis van de wijze van besturen.*

*De Afdeling adviseert het nut en de noodzaak van het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande nader te bezien.*

De indiener wijst erop dat zijn initiatiefwetsvoorstel vanuit grondwettelijk perspectief is bedoeld om het recht op (kwalitatief voldoende) onderwijs van kinderen te garanderen. De bescherming van het recht op onderwijs is dus de grondslag (legitimiteit) voor dit voorstel. Het Nederlandse interne (grond)recht kent echter geen bepalingen over het recht op onderwijs. Maar het internationale recht kent die wel, bijv. artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM: «No one can be denied the right to education.» Deze bepaling is gericht tegen de staat (het is immers de staat die het EVRM ondertekend heeft). De verplichting van de staat om het recht op onderwijs niet te (laten) ontzeggen geeft de staat het recht (zelfs

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld de artikelen 163b e.v. WPO.

<sup>2</sup> Zie ook het verslag van het schriftelijk overleg op stuk 33 000 VIII, nr. 156.

de verplichting) om maatregelen te nemen om het recht op onderwijs van haar individuele burgers te garanderen. De staat heeft bij de keuze van de maatregelen veel beleidsruimte. In het Belgische Talenarrest overwoog het Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

«The right to education guaranteed by the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1–2) by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals.»<sup>1</sup>

Een andere relevante internationaalrechtelijke bepaling is artikel 13 IVESCR.<sup>2</sup>In lid 1 staat: «The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education.» Uit leden 3 en 4 van dit artikel volgt dat de staat aan ouders en scholen bepaalde (kwaliteits)voorwaarden kan opleggen ter garantie van het recht op onderwijs: «such minimum standards as may be laid down by the State.»

Deze twee bepalingen gaan om twee redenen boven de vrijheid van onderwijs. Ten eerste bepaalt artikel 94 Grondwet: «Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.» Onder «wettelijk voorschrift» valt ook een bepaling uit de Nederlandse Grondwet. Is een maatregel op grond van artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM of artikel 13, lid 1, IVESCR in strijd met artikel 23 Grondwet, dan moet artikel 23 Grondwet wijken.

Ten tweede bepaalt ook het internationaal recht zelf dat het recht op onderwijs boven de vrijheid van onderwijs gaat. Zie bijv. artikel 13 IVESCR: «No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.» Met andere woorden, de staat hoeft de vrijheid van onderwijs alleen te garanderen voorzover die vrijheid niet in strijd is met het recht op onderwijs van het eerste lid van artikel 13.

Voor wat betreft het EVRM, wordt de vrijheid van onderwijs niet eens genoemd in dat verdrag. De vrijheid van onderwijs is dus geen EVRM-grondrecht, en wordt dus niet beschermt in het EVRM, terwijl het recht op onderwijs wel wordt beschermt in het EVRM. In een zaak waarin een schoolbestuur aanvoerde dat bepaalde overheidsmaatregelen de vrijheid van onderwijs (als afgeleide van het keuzerecht van ouders, dat wel in het EVRM staat) te vergaand beperkte, overwoog het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat de staat een hele ruime beleidsvrijheid heeft om die vrijheid te beperken.<sup>3</sup> Die beleidsvrijheid is zelfs zo ruim dat het Hof de overheidsmaatregelen nauwelijks toetst aan beginselen van noodzaak en proportionaliteit.

De conclusie is dan ook dat de wetgever op grond van internationaalrechtelijke bepalingen veel vrijheid heeft om de vrijheid van onderwijs van artikel 23 Grondwet te beperken. Vanuit die bepalingen (die de grondslag en het startpunt zijn van dit initiatiefwetsvoorstel) kunnen de hierboven geciteerde kritiekpunten dus geen stand houden. Artikel 23 Grondwet is ondergeschikt aan het recht op onderwijs in de verdragsbepalingen en geldt niet bij strijd met het internationale recht. Het is daarbij irrelevant of het gaat om een zogenoemde «deugdelijkheidsbepaling» of niet.

<sup>1</sup> Case «*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*» (merits), appl. nrs 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968 (cursief toegevoegd).

<sup>2</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>3</sup> *Jordebo v. Sweden*, appl. nr 11533/85, 6 March 1987.

Het is wellicht nog van belang te vermelden dat de Nederlandse rechter bij botsing van het internationaal recht met de Grondwet een meer zorgvuldige afweging lijkt te maken, waarbij beginselen van noodzaak en proportionaliteit wel een rol spelen bij de beoordeling of de wetgever te vergaande maatregelen heeft genomen. Zie bijv. het SGP-arrest. Die afweging volgt ook uit de Aanwijzingen voor de regelgeving, bijvoorbeeld aanwijzing 7. Het SGP-arrest ging echter niet over onderwijs. In zaken waarin een maatregel ter bescherming van het recht op onderwijs botste met andere grondrechten (bijv. de keuzevrijheid van ouders in het EVRM of IVESCR), gaf de HR ruime voorrang aan het recht op onderwijs, zonder te kijken of de overheidsmaatregel in dat geval wel noodzakelijk of proportioneel was. Zie bijvoorbeeld HR 15 feb 2011, LJN: BM6898.

## 2. Bestuurders van de oprichtende rechtspersoon

*De voorgestelde maatregel van niet-bekostiging kan de minister niet alleen treffen ten aanzien van de rechtspersoon die de school in stand houdt, maar ook ten aanzien van een rechtspersoon die is opgericht door een of meer bestuurders van de rechtspersoon die de zeer zwakke school in stand houdt.<sup>1</sup> Op deze manier beoogt de indiener sluipconstructies te voorkomen.*

*De Afdeling heeft, aangenomen dat het nut en de noodzaak daarvan kan worden aangetoond, op zichzelf begrip voor het afsluiten van sluiproutes voor malafide bestuurders van een zeer zwakke school die zich in het kleed van een nieuwe rechtspersoon hullen om toch weer een school te kunnen oprichten. Gelet op de inbreuk die wordt gemaakt op de vrijheid tot het stichten van bijzondere scholen, dient de groep bestuurders echter nauwkeurig te worden afgebakend. De Afdeling merkt hierover het volgende op.*

- a. *Het rechtspersonenrecht is van toepassing op het bijzonder onderwijs en het openbaar onderwijs voor zover dat uitgaat van een stichting. Volgens dat recht is er een onderscheid tussen externe en persoonlijke (interne) verantwoordelijkheid. In de onderwijswetgeving is het uitgangspunt dat de bekostiging van de rechtspersoon via de school verloopt. Bij het niet nakomen van de bekostigingsvoorwaarden kunnen sancties worden opgelegd aan de rechtspersoon en niet aan de bestuurder persoonlijk. In het initiatiefwetsvoorstel wordt deze systematiek doorbroken, zonder een dragende motivering.*
- b. *Voor een openbare school die rechtstreeks onder het gezag van de gemeente valt is het college van burgemeester en wethouders, dan wel de functionele commissie ex artikel 82 van de Gemeentewet het bevoegd gezag.<sup>2</sup> Op het moment nu dat een openbare school als zeer zwak zou worden aangemerkt, leidt het voorstel ertoe dat alle leden van het college van burgemeester en wethouders, dan wel alle leden van de functionele commissie niet meer betrokken kunnen zijn bij de oprichting van een nieuwe school, hetzij openbaar, hetzij bijzonder. Een dergelijk op de persoon gericht rechtsgevolg staat haaks op het in het openbaar bestuur geldende uitgangspunt dat ambt en persoon dienen te worden gescheiden.*
- c. *Daar komt bij dat ten aanzien van bestuurders geen onderscheid wordt gemaakt naar de aard en mate van hun betrokkenheid bij de zeer zwakke school. Bestuurders die pogen om de school te verbeteren en bestuurders (waaronder leden van het college van burgemeester en wethouders of raadsleden) die geen rechtstreekse betrokkenheid hebben bij de zeer zwakke school, worden in het voorstel over dezelfde kam geschoren als bestuurders die nalatig zijn geweest. Zelfs de bestuurders die deel uitmaken van een bevoegd gezag dat een zeer zwakke school overneemt van een ander bestuur teneinde die school*

---

<sup>1</sup> Het voorgestelde artikel 72b, derde lid, WPO.

<sup>2</sup> Artikel 1 WPO.

*te verbeteren, vallen al binnen de termen van het voorstel. Ook op dit punt is naar het oordeel van de Afdeling sprake van disproportionaliteit.*

- d. *Gelet op de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van stichting voor het bijzonder onderwijs, alsmede de vereiste proportionaliteit, dient de groep bestuurders die in aanmerking kan komen voor de voorgestelde maatregel van niet-bekostiging nader te worden afgebakend.*

*De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt nader te bezien.*

De indiener wijst erop dat artikel 23 van de Grondwet oorspronkelijk niet was bedoeld als een waarborg van vrijheid voor de schoolbesturen, maar als waarborg van de keuzevrijheid voor de ouders. Ouders zullen niet zozeer eraan hechten dat de school van hun kind een bestuur heeft dat ook nieuwe scholen opricht, als wel dat deze school de richting heeft van hun voorkeur onderwijs verzorgt dat aan de maat is. De systematiek van het rechtspersonenrecht is een zaak die naar het oordeel van de indiener niet een onaantastbaarheid heeft die de eveneens grondwettelijke aanhoudende zorg der regering voor het onderwijs zozeer mag inperken, dat men onderwijs dat structureel beneden de maat is, maar voor lief moet nemen. Een beperkte mate van (rechtstreekse) betrokkenheid van bestuurders bij de zeer zwakke school kan geen geldig excuus vormen om de bestuurders hun falen niet aan te rekenen, omdat het bewaken van de onderwijskwaliteit de kerntaak behoort te zijn van een schoolbestuur.

### *3. Verband tussen zeer zwakke school en bestuur*

*Het voorstel strekt ertoe dat de minister kan besluiten dat een bevoegd gezag geen nieuwe (bekostigde) school mag oprichten, wanneer een school die van de betrokken rechtspersoon uitgaat is aangemerkt als zeer zwakke school, of op die grond van verdere bekostiging is uitgesloten. Daarmee gaat het wetsvoorstel ervan uit dat er een direct verband bestaat tussen de kwalificatie «zeer zwakke school» en het functioneren van het bestuur. Naar het oordeel van de Afdeling moet dit beeld echter worden genuanceerd.*

- Zoals de Afdeling reeds eerder heeft opgemerkt,<sup>1</sup> heeft een schoolbestuur vaak meerdere scholen onder zich.<sup>2</sup> Het is zeer wel denkbaar, dat een schoolbestuur een aantal goed functionerende scholen onder zich heeft, en daarnaast een enkele school die ernstig of langdurig tekortschiet ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs.*
- Daar komt bij dat het in veel gevallen niet te verwijten is aan het bestuur dat de school het predicaat «zeer zwak» van de inspectie krijgt; ook de toelichting onderkent dit.<sup>3</sup> Het kan voortkomen uit externe omstandigheden of veroorzaakt worden door onderwijskundige haperingen binnen de school. Hoewel in dergelijke situaties op het bestuur een belangrijke taak rust, is de voorgestelde sanctie niet de eerst aangewezen maatregel om het bestuur bewust te maken van zijn verantwoordelijkheid.*
- Ten slotte is de invloed van het schoolbestuur op de onderwijskwaliteit veelal beperkt, in ieder geval op korte termijn vanwege de smalle marges – rechtsposities, financiële randvoorwaarden en dergelijke – waarbinnen op verbetering gerichte veranderingen ingezet kunnen worden; de kwaliteit van de docenten en schoolleiding en de invulling van het onderwijsleerproces zijn vaak van veel groter belang.*

<sup>1</sup> Advies van 2 december 2010 over de gewijzigde amendementen nrs. 13 en 14 op het voorstel van wet van het lid Jan Jacob van Dijk houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen (Kamerstukken II 2011/12, 32 007, nr. 18).

<sup>2</sup> Zo heeft de Stichting OMO (katholiek onderwijs) 35 scholen(groepen) onder zich, en bestuurt de Stichting BOOR (Rotterdamse openbaar onderwijs) meer dan 80 scholen.

<sup>3</sup> Paragraaf 1 van de memorie van toelichting.

*Tegen deze achtergrond komt de Afdeling tot de conclusie dat de sanctie van het niet-bekostigen van een nieuwe school vanwege het enkele feit dat het bestuur van die school een zeer zwakke school onder zich heeft, hele bestuur volledig diskwalificeert. Het niet bekostigen van een nieuwe school van een dergelijk bestuur lijkt dan disproportioneel. Het*

*wetsvoorstel maakt geen onderscheid in de verschillende situaties die zich kunnen voordoen en houdt evenmin rekening met de mate van verwijtbaarheid van het schoolbestuur of met de beperkte invloed die het bestuur kan aanwenden om de kwaliteit te verbeteren. De enige ruimte die het wetsvoorstel biedt om rekening te houden met de genoemde factoren is gelegen in de discretionaire ruimte van de minister ter zake van het nemen van het besluit om niet in aanmerking te komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. Die discretionaire ruimte biedt evenwel onvoldoende objectieve criteria, die in het licht van artikel 23 van de Grondwet zijn vereist.*

*De Afdeling wijst er in dit verband tevens op dat voor zover dat tekortschieten niet aan het schoolbestuur toegerekend kan worden een dergelijk besluit van de minister wat betreft het bijzonder onderwijs in strijd komt met de vrijheid van onderwijs, en wat betreft het openbaar onderwijs onder omstandigheden in strijd kan komen met de garantieplicht op grond van artikel 23, vierde lid, van de Grondwet. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande te heroverwegen.*

De indiener is van oordeel dat het realiseren van goed onderwijs de kerntaak vormt voor een schoolbestuur. Natuurlijk kunnen externe omstandigheden het voor de ene school moeilijker maken om haar kerntaak waar te maken, maar uiteindelijk verdient het op niveau brengen van de onderwijskwaliteit van zeer zwakke scholen prioriteit boven de stichting van nieuwe scholen. Als een schoolbestuur dat meerdere scholen bestuurt erin slaagt om op alle scholen de onderwijskwaliteit op orde te hebben en te houden, dan is dat vanzelfsprekend prima, maar zodra er op één van de scholen de onderwijskwaliteit tekortschiet, dan moet het verhelpen van dat probleem de prioriteit krijgen en zou het getuigen van een miskenning van de urgentie als er ondertussen weer een nieuwe school of afdeling wordt gesticht. De indiener erkent dat het bij een schoolbestuur dat een groot aantal scholen bestuurt eerder kan gebeuren dat op één van die scholen de onderwijskwaliteit tekort schiet, maar dat kan ook gelden als een argument voor schoolbesturen om het aantal scholen dat onder zijn hoede valt niet ongebreideld te laten groeien. Zo kan het werken als een stimulans een menselijke maat binnen het bestuur en misschien ook voor defusie.

De indiener begrijpt de overweging van de Raad van State met betrekking tot de discretionaire bevoegdheid. Als de minister moet besluiten dat een schoolbestuur, ondanks het feit dat een van de scholen slecht functioneert, toch geld moet krijgen voor een nieuwe school, dan kan de discretionaire ruimte van de minister leiden tot willekeur. De indiener neemt daarom in de initiatiefwet bij Nota van Wijziging een paar objectieve criteria op, op grond waarvan de minister toch bekostiging kan toestaan:

- de Onderwijsinspectie is van oordeel dat het schoolbestuur of de schoolbestuurders zich voldoende en met de juiste maatregelen hebben ingespannen om het zeer zwakke karakter van de school te voorkómen en te verhelpen of
- geen van de natuurlijke personen die in het schoolbestuur zitten, had ook al zitting in het schoolbestuur toen de inspectie de zeer zwakke school als zodanig beoordeelde of
- de Grondwettelijke garantieplicht van een voldoende openbaar onderwijs dat wordt gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen kan niet anders worden waargemaakt dan door via dit bevoegd gezag een nieuwe openbare school te laten stichten.

Omdat de criteria hiermee niet uitputtend zijn opgesomd, blijft er nog wel enige discretionaire bevoegdheid over, maar het risico van willekeur is wel veel kleiner geworden.

#### *4. Duur van de voorgestelde maatregel*

*De duur van de maatregel van niet-bekostiging is in het wetsvoorstel niet nader bepaald. Volgens de toelichting is de indiener van het wetsvoorstel van oordeel dat bestuurders die verantwoordelijkheid dragen voor een school die de inspectie als zeer zwak beoordeelt, de mogelijkheid mag worden ontzegd om nieuwe scholen te stichten, «zolang zij de onderwijskwaliteit niet op een aanvaardbaar niveau hebben weten te brengen». In de tekst van het wetsvoorstel ontbreekt echter de clausule dat de maatregel slechts duurt zolang sprake is van een zeer zwakke school.*

*De onbepaaldheid van de maatregel klemt te meer in de situatie dat de minister besloten heeft de bekostiging van een school wegens tekortschietende leerresultaten te beëindigen. Een dergelijk besluit heeft naar zijn aard een eenmalige werking, maar het in dit wetsvoorstel daaraan verbonden rechtsgevolg, namelijk een verbod tot het stichten van nieuwe bekostigde scholen, duurt «levenslang», zowel voor het betrokken bevoegd gezag als voor de individuele bestuurders. Dit impliceert dat een rechtspersoon, (mede) opgericht door een bestuurder die op enig moment bij een andere rechtspersoon een zeer zwakke school in stand hield, nooit meer een nieuwe school kan stichten.*

*Voorts rijst met betrekking tot de uitvoering van de voorgestelde maatregel de vraag op welke wijze registratie van de betrokken bestuurders plaatsvindt, zodanig dat te allen tijde beschikt kan worden over een actueel inzicht in de samenstelling en het verleden van de besturen. Overigens gaat het voorstel niet in op de vraag op grond van welke bevoegdheid de gemeenteraad geen goedkeuring kan verlenen aan het plan van scholen indien het bestuur niet aan de eisen van dit wetsvoorstel voldoet.*

*Gelet op het feit dat hier naar aard en ernst sprake is van een bestraffende sanctie ten aanzien van zowel het betrokken bestuur als de betrokken individuele bestuurders dient, in het licht van de proportionaliteit, de duur van die sanctie nauwkeurig te worden begrensd. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.*

De indiener meent dat men bij een zeer zwakke school duidelijk onderscheid moet maken tussen de mogelijkheid dat het probleem wordt verholpen doordat de onderwijskwaliteit daar weer op een aanvaardbaar niveau wordt gebracht en de mogelijkheid dat het probleem verdwijnt doordat de minister zich genoodzaakt ziet de bekostiging van de school te beëindigen en de school moet sluiten. In dat laatste geval acht de indiener een «levenslange» sanctie zowel voor het betrokken bevoegd gezag, als voor de individuele bestuurders gepast. Bij de aanvraag om een school te stichten zou een overzicht van de bestuurssamenstelling kunnen worden verlangd en dan zou kunnen worden bepaald dat de aanvraag wordt afgewezen zolang één of meer individuele bestuurders niet uit deze lijst zijn geschrapt. In het (eerstgenoemde) geval dat de onderwijskwaliteit weer op peil is gebracht, heeft het bevoegd gezag alsnog de gewenste resultaten geboekt, en daarom is het dan ook niet gepast om het bevoegd gezag en/of individuele bestuurders te blijven nadragen dat er ooit iets mis was met de onderwijskwaliteit van een school die onder hun verantwoordelijkheid viel. Dit onderscheid zal worden verwerkt in de Nota van Wijziging.

De reden waarom dit wetsvoorstel een bevoegdheid legt bij de minister en niet bij de gemeenteraad, is gelegen in het feit dat de Onderwijsinspectie rapporteert aan de minister en omdat het de minister is die een school op het Plan van Scholen plaatst.



## 5. Nevenvestigingen

*Het voorstel ziet niet alleen op het niet-bekostigen van een nieuwe school, maar ook op het niet-bekostigen van een nevenvestiging. In de voorgestelde artikelen wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de situatie dat één van de scholen van het betrokken bevoegd gezag onder de opheffingsnorm daalt en de situatie dat een nevenvestiging die oorspronkelijk geen school van het betrokken bevoegd gezag was, aansluiting zoekt bij een van de scholen van dat bevoegd gezag. De Afdeling wijst erop dat tussen beide situaties een belangrijk verschil bestaat, aangezien in de eerstgenoemde situatie de nevenvestiging reeds ressorteert onder het betrokken bevoegd gezag en in het voorstel gedwongen zou worden aansluiting te zoeken bij een ander schoolbestuur. In dat geval zouden door de voorgestelde maatregel niet alleen het betrokken schoolbestuur, maar vooral de leerlingen en de ouders van de nevenvestiging worden getroffen. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling rekening te houden met de twee genoemde situaties en het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.*

De indiener is van mening dat een bevoegd gezag dat een zeer zwakke school als nevenvestiging overneemt goed moet overwegen waar het aan begint. Indien het besluit valt om de zeer zwakke school over te nemen, dan mag de consequentie zijn dat er voorlopig geen nieuwe scholen kunnen worden gesticht, totdat ook op die zeer zwakke school de onderwijskwaliteit op peil is gebracht.

## 6. Overgangsrecht

*In het voorstel is geen overgangsrecht opgenomen. Het betreft hier een bestraffende sanctie ten aanzien van zowel het betrokken bestuur als de betrokken individuele bestuurders. In die gevallen dienen zowel de overtreding als de bijbehorende bestraffende sanctie vooraf bekend te zijn. Dit betekent dat bedoelde sanctie slechts kan worden opgelegd ten aanzien van feiten en omstandigheden die zich na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel hebben voorgedaan. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel met inachtneming van het voorgaande aan te vullen.*

De indiener zal via een Nota van Wijziging een overgangsbepaling opnemen, zoals de Raad van State deze adviseert.

*7. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

*De vice-president van de Raad van State,  
J. P. H. Donner*

De indiener zal de redactionele kanttekening verwerken in de Nota van Wijziging.

De initiatiefnemer,  
Çelik

*Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W05.12 0098/I met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.*

- In artikel III (artikel 64a, eerste lid, WVO) «artikel 109a, eerste en tweede lid» vervangen door: «artikel 109a, eerste of tweede lid», nu de beide leden van artikel 109a niet steeds tegelijkertijd van toepassing hoeven te zijn.*