

Vergaderjaar 2011–2012

32 007

Voorstel van wet van het lid Biskop houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen

Nr. 18

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 2 december 2010 en de reactie van de indiener d.d. 11 april 2012 bij de gewijzigde amendementen 32 007, nrs. 13 en 14. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van 22 april 2010 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt 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, met memorie van toelichting.¹

In het gewijzigde amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. wordt voorgesteld om eisen te stellen aan een nieuw te bekostigen school (ten aanzien van de bekwaamheid van leraren, de onderwijstijd en het schoolplan). De school zal aan deze eisen moeten voldoen alvorens de minister plaatsing op het plan van scholen goedkeurt (primair onderwijs) respectievelijk de school in aanmerking brengt voor bekostiging (voortgezet onderwijs).² Het gewijzigde amendement Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk bepaalt dat de minister kan besluiten dat een schoolbestuur niet in aanmerking komt voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging, indien sprake is van ernstig of structureel tekortschieten in de leerresultaten voor rekenen en taal op een van zijn scholen, of indien het schoolbestuur een aanwijzing wegens wanbeheer heeft gekregen en deze niet heeft opgevolgd.³

De Afdeling spreekt in het navolgende gemakshalve voornamelijk over het primair onderwijs; mutatis mutandis is het gestelde ook van toepassing op het voortgezet onderwijs.

Hierbij zend ik u mijn reactie op het uitgebrachte advies door de Afdeling Advisering van de Raad van State (hierna: Raad van State) over de ingediende amendementen bij het initiatiefwetsvoorstel Biskop over verscherpt toezicht voor nieuw bekostigde scholen. Ik dank de Raad van State voor het opgestelde advies dat uitvoerig ingaat op het initiatiefwets-

¹ Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum kent de Raad van State – naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak – een Afdeling advisering. Gelet op de onmiddellijke werking van genoemde wet, worden adviesaanvragen bij de Raad van State van vóór 1 september 2010 na die datum afgedaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 14.

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 13.

voorstel en de daarbij ingediende amendementen. Het advies van de Raad van State d.d. 2 december 2010 is nog niet naar de Kamer gezonden en sluit ik als bijlage bij deze brief mee. Hieronder zal ik kort het oordeel van de Raad van State over het initiatiefwetsvoorstel weergeven. Daarna wordt ingegaan op de reactie van de Raad over de ingediende amendementen.

1. Schets van het advies

De Afdeling bespreekt eerst de aanleiding van het advies en de inhoud van de twee amendementen die aan haar zijn voorgelegd. Waar het om gaat is de vraag of artikel 23 van de Grondwet en de daarop geënte onderwijswetgeving de ruimte bieden om voorafgaande aan de plaatsing van een school op het plan van scholen of voorafgaand aan de daadwerkelijke bekostiging van een nieuwe school aanvullende voorwaarden bovenop de huidige eisen gesteld mogen worden. Ten behoeve van de beantwoording van deze cruciale vraag beschrijft en analyseert de Afdeling de grondwetsgeschiedenis en de wetgeving ter uitvoering van de Grondwet. De Afdeling komt tot de conclusie dat enkele minimale basiseisen gesteld kunnen worden aan scholen die in aanmerking willen komen voor bekostiging nadat zij op het plan van scholen zijn geplaatst. Deze eisen moeten objectief en technisch van aard zijn,¹ en bovendien noodzakelijk en proportioneel. Voorkomen moet worden dat de overheid bekostiging zou onthouden op basis van subjectieve inschattingen van de inhoud van het onderwijs. Daarmee zou immers de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting in het geding komen.²

Om op het plan van scholen te kunnen komen moet een school op grond van de huidige regelgeving bestuurd worden door een rechtspersoon, die middels een leerlingenprognose, gebaseerd op de richting, het voorgeschreven minimumaantal leerlingen zal halen. Met betrekking tot het amendement-Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. is de Afdeling van oordeel dat het in strijd is met artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet om in deze fase nog andere eisen te stellen, aangezien het voor een school onmogelijk dan wel onredelijk bezwarend is om daaraan in die fase te voldoen. Nadat een school op het plan is geplaatst zou de minister als voorwaarden voorafgaand aan de daadwerkelijke bekostiging mogelijk wel bepaalde aanvullende – objectieve, technische – eisen mogen stellen. Voor wat betreft de drie in het amendement genoemde voorwaarden, betekent dit dat de vrijheid van onderwijs op zichzelf onverlet laat dat de minister nadat een school op het plan is geplaatst, maar voorafgaand aan de bekostiging:

- *de bekwaamheid (in termen van formele bevoegdheidseisen) van docenten kan toetsen;*
- *kan controleren of het schoolplan aanwezig is, waarbij hij het schoolplan alleen op formele vereisten, en niet inhoudelijk mag beoordelen;*
- *formeel kan toetsen of de school zal voldoen aan de eisen omtrent de onderwijstijd.*

Volgens de Afdeling is de minister aan de hand van deze drie eisen evenwel niet in staat een objectief onderbouwd oordeel te geven over de te verwachten inhoudelijke kwaliteit van de nieuwe school en het daar te geven onderwijs. Tevens wijst de Afdeling op het risico van belemmering van onderwijsvernieuwers.

Verder acht de Afdeling het noodzakelijk dat de minister, indien al een dergelijke vooraf-toetsing zou worden ingevoerd, deze uitvoert zo kort mogelijk voor het moment waarop de aanvang van de daadwerkelijke bekostiging beoogd is. Zij tekent hierbij echter aan dat het ook dan nog problematisch is om de eis van beschikbaarheid van bevoegde docenten te stellen.

¹ Aldus reeds de minister bij de behandeling van de Lager-onderwijswet 1889: «Ik heb echter gemeend dat de verschillende [bekostigings]voorwaarden die hier gesteld moeten worden, zoodanig moeten zijn, dat men die gemakkelijk en dadelijk kan nagaan, en dat het geene voorwaarden moeten zijn, afhankelijk van het subjectief oordeel van één persoon» (Handelingen II 1888/89, blz. 1638–1639).

² Kamerstukken II 1976/77, 13 874, nr. 6, blz. 24–25 en nr. 10, blz. 12; Kamerstukken II 1985/86, 19 032, nr. 9, blz. 11. Vgl. D. Mentink en B.P. Vermeulen, Artikel 23 van de Grondwet, Den Haag 2007, blz. 106: «Vanaf de eerste subsidiewet van 1889 vormde de «maat van het noodzakelijke» een telkens terugkerend onderwerp van politieke discussie. [...] Deugdelijkheidseisen (al dan niet in de vorm van bekostigingsvoorwaarden) werden bij de totstandkoming van de onderwijspacificatie opgevat als een ultimatum remedium: eerst ware door de wetgever te bezien of het beoogde doel niet op een andere manier kon worden bereikt.»

De Afdeling vestigt ten slotte de aandacht op een mogelijk alternatief dat niet op grondwettelijke en praktische bezwaren hoeft te stuiten. Dit alternatief bestaat uit het benutten van het informele gesprek tussen de Inspectie en het bevoegd gezag van een school in de fase voorafgaande aan de aanvang van de bekostiging. Indien het bevoegd gezag twijfels heeft of het – tijdig – zal kunnen voldoen aan alle wettelijke eisen kan het tijdens dit gesprek daarover een signaal afgeven en kan de Inspectie vroegtijdig de helpende hand bieden. De Afdeling is van oordeel dat deze praktische werkwijze, die eventueel kan worden neergelegd in een beleidsregel, de voorkeur verdient boven het voorgestelde amendement, nu zij genoemde bezwaren niet heeft. Bovendien wordt daarmee de plicht tot inachtneming van de deugdelijkheidseisen en bekostigingswaarden daar gelegd waar zij behoort te liggen: bij het bevoegd gezag. Ten aanzien van het amendement-Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk meent de Afdeling dat er redenen kunnen zijn om een schoolbestuur dat slecht presteert niet in aanmerking te laten komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. Daarbij dient het dan wel te gaan om situaties die het schoolbestuur ook zijn aan te rekenen. In de situatie van tekortschietende leerresultaten zal dat veelal niet het geval zijn; bij bestuurlijk wanbeheer zal dat naar het oordeel van de Afdeling wel het geval zijn.

1. Oordeel Raad van State over het initiatiefwetsvoorstel

De Raad van State oordeelt dat enkele minimale basiseisen gesteld kunnen worden aan scholen die in aanmerking willen komen voor bekostiging, nadat zij op het plan van scholen zijn geplaatst. Deze eisen moeten objectief en technisch van aard zijn, en bovendien noodzakelijk en proportioneel. In haar eerdere advies d.d. 15 oktober 2009 is de Raad al uitgebreid ingegaan op het initiatiefwetsvoorstel, waarop in het nader rapport d.d. 12 januari 2010 is gereageerd. Korthedshalve verwijs ik naar dit advies en nader rapport.¹

2. Aanleiding

De amendementen zijn ingediend bij de behandeling van het initiatiefvoorstel van het lid Van Dijk inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen, dat in juli 2009 aanhangig is gemaakt bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het voorstel geeft de Inspectie voor het onderwijs (de inspectie) de taak om binnen drie maanden na de aanvang van de bekostiging van een nieuwe school een risicoanalyse op te stellen, aan de hand van de bekwaamheid van leraren, de onderwijstijd en het schoolplan van de school. Indien de inspectie onvolkomenheden constateert en de school deze niet binnen één maand herstelt, kan vervolgens een bekostigingssanctie worden opgelegd. Het doel van het voorstel is volgens de initiatiefnemer tweeledig: enerzijds het codificeren van de huidige praktijk en anderzijds het aanscherpen van de wettelijke regels zodat eerder kan worden ingegrepen indien de school onder de maat presteert. In de toelichting bespreekt de initiatiefnemer de reikwijdte van artikel 23 van de Grondwet. Zijn conclusie is dat op grond van de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 van de Grondwet de overheid voorafgaand aan schoolstichting geen nadere deugdelijkheidseisen mag stellen, aangezien dit beperkingen oplegt aan de vrijheid van onderwijs en meer specifiek aan de vrijheid van stichting. Daarom is er in het voorstel voor gekozen om nieuwe scholen direct na aanvang van de bekostiging te toetsen op het schoolplan, de onderwijstijd en de bekwaamheid van leraren, en niet al daaraan voorafgaand.²

¹ Kamerstuknummer 32 007-4

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 6, blz. 12–14 en 19–20, alsmede Handelingen II 2009/10, nr. 80 blz. 6801–6817.

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer bleken verschillende fracties de meerwaarde van het voorstel in twijfel te trekken. De discussie spitste

zich met name toe op de vraag of artikel 23 van de Grondwet de ruimte biedt om een controle op bepaalde eisen nog eerder, voorafgaand aan het ingaan van de bekostiging, te laten plaatsvinden. Verschillende fracties waren de mening toegedaan dat artikel 23 deze ruimte wél biedt en hebben wijzigingsvoorstellen hiertoe gedaan. Zo wordt in het amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. voorgesteld om de onderwijstijd, het schoolplan en de bekwaamheid van leraren vooraf te toetsen, alvorens de school op te nemen in het plan van scholen.¹ Hierdoor wordt voorkomen dat belastinggeld wordt uitgegeven aan een instelling waarvan men van tevoren al sterk overtuigd is dat de onderwijskwaliteit onder de maat zal zijn, aldus de initiatiefnemers.² Daarnaast is er het amendement Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk, dat bepaalt dat de minister, indien een school ernstig of structureel tekortschiet in de leerresultaten voor rekenen of taal, dan wel indien het schoolbestuur wegens wanbeheer een aanwijzing heeft gekregen en deze niet heeft opgevolgd, kan besluiten dat het betreffende schoolbestuur niet in aanmerking komt voor bekostiging van een nevenvestiging of van een nieuwe school.³ De initiatiefnemer heeft deze twee amendementen ontraden. Op 22 april 2010 is door de Tweede Kamer besloten om aan de Raad van State en de Onderwijsraad nader advies te vragen over het wetsvoorstel in relatie tot de ter zake ingediende amendementen.⁴ De Onderwijsraad heeft op 23 juli 2010 advies uitgebracht.⁵ Vervolgens heeft de Afdeling de amendementen aan een beoordeling onderworpen;⁶ het onderhavige advies is daarvan het resultaat.

Voor de beantwoording van de cruciale vraag of artikel 23 van de Grondwet ruimte laat voor deze amendementen biedt de historische interpretatie, waarbij de wording van het grondwetsartikel en de op dit artikel gebaseerde wetgeving ter uitvoering daarvan als uitgangspunt wordt genomen, in dit geval het meeste houvast.⁷ Noch uit de tekst noch uit het systeem van artikel 23 van de Grondwet valt – voor zover relevant voor de voorgelegde amendementen – af te leiden vanaf welk tijdstip toetsing aan welke bekostigingsvoorwaarden mag gaan plaatsvinden. De Afdeling heeft dan ook, alvorens de amendementen te beoordelen, onderzocht welke aanknopingspunten de geschiedenis van artikel 23 van de Grondwet en de onderwijswetgeving waarin deze bepaling nader is uitgelegd bieden voor de beantwoording van de vraag of, wanneer en in welke omvang voorafgaand aan de daadwerkelijke bekostiging van een nieuwe school eisen gesteld mogen worden.

2. Oordeel Raad van State over de ingediende amendementen

Het gewijzigd amendement Kraneveldt-van der Veen c.s. (32 007 – voorheen 9, nu 13) bepaalt in het kort dat de Minister kan besluiten dat een schoolbestuur niet in aanmerking komt voor bekostiging van een nieuwe school indien dit bestuur één of meer scholen onder haar hoede heeft die ernstig of structureel tekortschieten in de leerresultaten voor rekenen en taal, of indien het bestuur een aanwijzing heeft gekregen wegens wanbeheer en deze aanwijzing niet heeft opgevolgd. Het gewijzigd amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. (32 007 – voorheen 12, nu 14) bepaalt dat de school – alvorens plaatsing op het plan van scholen wordt goedgekeurd door de Minister – moet voldoen aan eisen ten aanzien van de bekwaamheid van leraren, de onderwijstijd en het schoolplan.

¹ Gewijzigd amendement van het lid Dezentjé Hamming-Bluemink c.s., Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 14.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 14.

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 13.

⁴ Handelingen II 2009/10, nr. 80, blz. 6812.

⁵ Advies van de onderwijsraad, Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting, Commentaar bij het (geamendeerde) initiatiefwetsvoorstel van het lid Jan Jacob van Dijk, 23 juli 2010, kenmerknummer 20100179/990.

⁶ Aanwijzingen 262 en 268 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁷ Zie over het grote belang van de historische interpretatie voor de uitleg van artikel 23 Grondwet: Kamerstukken I 2004/05, 28 726, C, blz. 3 en E, blz. 1.

2.a Amendement Kraneveldt-van der Veen c.s.

Volgens de Raad van State zijn er redenen om een schoolbestuur dat slecht presteert niet in aanmerking te laten komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging mits het gaat om situaties die het schoolbestuur zijn aan te rekenen. Volgens de Raad van State zal dat niet altijd het geval zijn bij tekortschietende leerresultaten, maar wel bij bestuurlijk wanbeheer.

2.b Amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s.

De Raad van State oordeelt zoals hierboven reeds gesteld dat enkele minimale basiseisen gesteld kunnen worden aan scholen die in aanmerking willen komen voor bekostiging, nadat zij op het plan van scholen zijn geplaatst. Deze eisen moeten objectief en technisch van aard zijn, en bovendien noodzakelijk en proportioneel. Ten aanzien van het amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. oordeelt de Raad van State dat de Minister aan de hand van de drie vooraf te toetsen eisen niet in staat zal zijn een oordeel te vellen over de nieuw te bekostigen school en wijst op het risico van belemmering van onderwijsvernieuwers. Tevens oordeelt de Raad dat het onredelijk en onevenredig is om reeds in het kader van de planprocedure eisen te stellen aan de nieuw te bekostigen scholen. Immers, docenten kunnen pas aangesteld worden door het bevoegd gezag indien de bekostiging van de school is toegezegd en een dergelijke beschikking komt na het volledig doorlopen van het plan van scholen.

De Raad van State komt wel met een alternatief voor het amendement. De Raad stelt dat het in theorie mogelijk is om, na het plaatsen op het plan van scholen, maar voordat daadwerkelijk de bekostiging aanvangt, enkele eisen te stellen aan de nieuw te bekostigen school. Het moet dan wel om objectiveerbare technische eisen gaan. De Raad van State geeft aan dat in de plenaire behandeling van het onderhavige initiatiefwetsvoorstel de Minister heeft aangegeven dat de Inspectie al enkele maanden voor de start van de nieuw bekostigde school wordt geïnformeerd welke besturen met nieuwe scholen starten. Als daartoe aanleiding bestaat, bijvoorbeeld bij scholen met een vernieuwend onderwijsconcept of om een bevoegd gezag met niet een goede staat van dienst, kan de Inspectie in contact treden met het bevoegd gezag. Het gaat hier om een vorm van overleg zonder formele status. De Raad van State verkiest dit gesprek dat kan worden neergelegd in een beleidsregel.

3. Stichtingsprocedure en aanvang bekostiging nieuwe scholen

a. Artikel 23 van de Grondwet en de onderwijswetgeving

De Schoolwet van 1806 bevatte een vergunninginstel­sel: om als particuliere persoon of instantie een lagere school te kunnen stichten was vooraf een vergunning van de overheid vereist. Aan deze vergunningver­lening waren talrijke voorwaarden verbonden. Zo golden er voor al het schoolonderwijs eisen ten aanzien van de normatieve grondslag van het onderwijs, de aan te stellen docenten en de keuze van het onderwijsmate­riaal.¹

Met de grondwetsherziening van 1848, uitgewerkt in de Lager­onderwijswet 1857, werd een duaal, uit twee onderscheiden «takken» bestaand scholenstelsel gevestigd: enerzijds de openbare scholen die van overheidswege werden ingericht en waarvoor een (onder meer financiële) zorgplicht van de regering bestond; anderzijds de bijzondere scholen, gesticht en bestuurd door particulieren. Hiermee samenhangend werd het vergunninginstelsel afgeschaft: het bijzonder onderwijs was sindsdien

¹ D. Mentink en B.P. Vermeulen, Artikel 23 van de Grondwet, Den Haag 2007, blz. 23–24.

vrij om zonder overheidsgoedkeuring vooraf, en naar eigen inzicht, scholen op te richten en in te richten – op eigen kosten. In het grondwetsartikel werd daartoe vastgelegd dat het geven van onderwijs vrij is. Met deze bepaling is sindsdien de vrijheid van individuen en privaatrechtelijke rechtspersonen gewaarborgd om zonder vergunning eigen (bijzondere) scholen op te richten, en daaraan de eigen – onder meer godsdienstige/ levensbeschouwelijke en pedagogische – visies aan ten grondslag te leggen. De regering lichtte de betekenis van het artikel als volgt toe:

«Tegenover dit openbaar onderwijs, door den Staat ingesteld, aangekweekt, aanbevolen en beschermd, zal intusschen overstaan het regt voor elk, die, naar regelen door de wet te stellen, van zijne kundigheden aan anderen mede te deelen. Tegenover dat openbaar onderwijs, van het gezag uitgaande, zal overstaan het regt der ouders om naar hunne begrippen de opvoeding van hun kinderen te regelen, en de ontwikkeling van het verstand toe te vertrouwen aan hen, die, geheel onafhankelijk van het gezag, met bekwaamheid en zedelijkheid toegerust, de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben verkregen».¹

Deze vrijheid was en is evenwel niet onbegrensd, maar werd en wordt begrensd door het voorbehoud «behoudens het toezicht van de overheid en de vereisten van bekwaamheid en zedelijkheid voor docenten, een en ander bij wet te regelen.» Uit de parlementaire behandeling van de wet welke «een en ander nader regelde», de Lager-onderwijswet 1857, valt af te leiden dat het toezicht niet alleen ziet op de expliciet genoemde vereisten van bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, maar bijvoorbeeld ook op het tegengaan van onderwijs in schoollokalen die niet aan minimumeisen voldoen.²

De Lager-onderwijswet 1857 werd vervangen door de Lager-onderwijswet 1878. Deze herziening van de onderwijswetgeving betekende voor het bijzonder onderwijs onder meer het volgende:

- ook op bijzondere scholen moesten de in de wet genoemde vakken worden gegeven;
- er werden specifieke nadere eisen gesteld aan de huisvesting, ook van bijzondere scholen;
- de bijzondere scholen kregen de verplichting jaarlijks voor 1 februari een lijst met hun leerlingen te zenden aan burgemeester en wethouders van een gemeente.

De regering beargumenteerde deze nieuwe voorwaarden als volgt:

«Het geven van onderwijs staat geenszins onbepaald vrij. De Staatspolitiezorg, inzonderheid omtrent de localen, maakt een belangrijk en onbetwistbaar onderdeel uit van hetgeen art. 194 der Grondwet onder toezigt rangschikt. Billijkerwijze mag met opzigt tot het bijzonder onderwijs niet meer geëischt worden, dan de Staat als de natuurlijke beschermer der personae miserabiles in het belang der jeugd volstrekt vorderen moet; de bevoegdheid om dit te doen kan niet worden betwist. Integendeel de Staat is hiertoe verpligt.»³

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever in 1857 en in 1878 het grondwetsartikel zodanig uitlegde, dat enerzijds het oprichten van bijzondere scholen niet aan een voorafgaande toetsing gebonden was, waarop toezicht gehouden werd. Naast de expliciet in het onderwijsartikel genoemde voorwaarden ten aanzien van de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijsgeevenden werden ook bepaalde andere beperkingen op de vrijheid van onderwijs geoorloofd geacht; dit op grond van de opvatting dat het de taak van de overheid is om in het belang van de leerling en de samenleving basale minimumvoorwaarden te stellen aan en met het oog daarop toezicht uit te oefenen op het bijzonder onderwijs.

¹ Handelingen II 1847–1848, blz. 354.

² Th. Storimans, De betekenis van de toezichtsbepaling in het onderwijsartikel van de Grondwet van 1848, blz. 23–30 in: Vereniging voor Onderwijsrecht, De geschiedenis van het rijksschooltoezicht, Lelystad 1984.

³ Memorie van beantwoording, Kamerstukken II 1877–1878, N° 130, nr. 7, blz. 24.

Met de Lager-onderwijswet 1889 werd voor het eerst de mogelijkheid geopend van rijkssubsidie voor het bijzonder onderwijs. Een van de subsidievereisten was dat «de school staat onder bestuur van eene instelling of vereeniging die rechtspersoonlijkheid bezit.»¹ Deze eis fungeerde als voorwaarde vooraf, waaraan voldaan moest worden wilde men voor subsidie in aanmerking komen. Met deze eis werd beoogd te voorkomen dat een als minder betrouwbaar bekend staande onderwijzer misbruik van overheidsgeld zou maken: een schoolbestuur met rechtspersoonlijkheid zou de beste waarborg zijn «om alle mogelijke misbruiken te weren.»² Daarnaast werd het aantal verplichte vakken en het minimum-aantal lessen per week voorgeschreven.

In 1901 werd de Leerplichtwet ingevoerd. Artikel 1 bepaalde dat ouders en verzorgers van kinderen tussen de zeven en dertien jaar ervoor dienden te zorgen dat hun kinderen een openbare of bijzondere school bezochten of thuisonderwijs kregen. Al het onderwijs werd onderworpen aan toezicht door de arrondissementen-schoolopziener. Met de komst van de Leerplichtwet werd het toezicht op bijzondere scholen wederom uitgebreid: de schoolopziener werd tevens bevoegd om de onderwijstijd te controleren:

«Ook voor andere bijzondere scholen wordt een onderzoek onnoodig geacht, indien het slechts vaststaat dat per week minstens 16 uur onderwijs wordt gegeven in de vakken, genoemd onder a–i in art. 2 van de wet tot regeling van het lager onderwijs.»³

Bij de grondwetsherziening van 1917 werden het openbaar en het bijzonder volksonderwijs financieel gelijkgesteld, opdat niemand door geldelijke omstandigheden in zijn keus tussen openbaar en bijzonder lager onderwijs nog zou worden belemmerd. In het eerste lid werd het woord «openbaar» geschrapt: sindsdien is «het onderwijs een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regeering.» Aldus ging de financiële zorgplicht van de rijksoverheid ook onverkort gelden voor het (bekostigd) bijzonder onderwijs. In de nieuwe leden vijf en zes werd de algemene geformuleerde vrijheid van onderwijs in het tweede lid nader uitgewerkt en begrensd voor het bekostigd bijzonder onderwijs.⁴ Daarmee werd vastgelegd dat aan het bekostigd onderwijs – ook buiten het kader van het tweede lid (bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijsgevenden, toezicht)- nadere deugdelijkheidseisen konden worden gesteld, maar dat de wetgever bij het opleggen van die voorwaarden wat betreft het bijzonder onderwijs wel de vrijheid van richting en inrichting (vijfde en zesde lid) in acht diende te nemen.

Tijdens de openbare beraadslagingen in de Tweede Kamer is door het Unie-Liberaal lid Otto een amendement ingediend dat ertoe strekte bijzondere scholen door de Koning te laten erkennen als voorwaarde om voor bekostiging in aanmerking te komen.⁵ Het doel van het amendement was om te voorkomen dat bijzondere scholen nodeloos zouden worden opgericht en het scholenbestand zou versplinteren. Otto benadrukte verder dat het niet zijn bedoeling was om terug te keren tot een vergunningstelsel; in zijn opvatting moest erkenning door de Koning automatisch plaatsvinden als voldaan was aan de formele vereisten van rechtspersoonlijkheid, voldoende leerlingental en het gestort hebben van een waarborgsom ter hoogte van 15% van de som van het schoolgebouw.⁶ Desalniettemin zou van deze – automatische – erkenning gezien de openbaarheid die daarmee gepaard zou gaan een preventieve werking uitgaan, aldus Otto. Het amendement vond geen brede ondersteuning en van verschillende kanten werd er kritiek op geuit. Zo stelde Nolens dat de erkenning ófwel niet anders zou zijn dan een formaliteit, dan wel juist aanleiding zou kunnen geven tot willekeur.⁷ Ook de minister van

¹ Artikel 54 bis Lager-onderwijswet 1889.

² Handelingen I 1889–1890, blz. 97–101.

³ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1897–1898, 160, nr. 3, blz. 23.

⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 331, A, blz. 5.

⁵ J.B. Kan, Handelingen over de herziening der grondwet, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1917, blz. 63.

⁶ Kan, blz. 1003.

⁷ Kan, blz. 1081.

Binnenlandse Zaken, Cort van der Linden, ontried het amendement. Hij stelde:

«Ik kan niet anders dan tot deze conclusie komen: of de erkenning heeft geenerlei beteekenis, of zij heeft wel beteekenis en dan is zij gevaarlijk, omdat de wetgever dan regelen zou kunnen stellen die met de vrijheid van het onderwijs in strijd zouden zijn.»¹

Uiteindelijk heeft Otto zijn amendement ingetrokken.² Uit dit alles blijkt, dat de grondwetgever met het oog op de vrijheid van onderwijs de aanvang van de bekostiging enkel wilde koppelen aan formele criteria, waarvan de toepassing niet afhankelijk was van een subjectieve beoordeling.²

Het grondwetsartikel van 1917 vond nadere uitwerking in de Lager-onderwijswet 1920, waarvan een proeve reeds eerder ontworpen was, en welke wet als een getrouwe nadere toelichting op en uitwerking van het grondwetsartikel beschouwd kan worden. In het kader van het wetsvoorstel inzake de Lager-onderwijswet 1920 werd door de regering omtrent de strekking van de vrijheid van onderwijs het volgende opgemerkt:

«Dat de uitwerking van het stelsel, neergelegd in artikel 192 der Grondwet tot gevolg zal hebben, dat vele ouders, die tot dusver voor hunne kinderen van de openbare school gebruik maakten, tot stichting van bijzondere scholen zullen overgaan, en dat ook groepen, welke tot nog toe bij het bijzonder onderwijs samen gingen, uiteen zullen gaan, is zeer begrijpelijk. Daarin drukt zich juist de vrijheid uit, welke het nieuwe grondwetsartikel heeft willen brengen. De wetgever mag dus niet, zooals sommige leden schijnen te willen, zoodanige belemmeringen voor de oprichting van bijzondere scholen in den weg leggen, waardoor de door de Grondwet gewilde vrijheid vrijwel illusoir zou worden.»³

De Lager-onderwijswet 1920 stelde weliswaar een aantal aanvullende eisen aan het bekostigd bijzonder onderwijs, waarbij er evenwel steeds voor gewaakt werd dat de vrijheid van stichting, richting en inrichting niet illusoir werd gemaakt. Die eisen waren als volgt:

(1) De procedure omtrent het verkrijgen van bekostiging

Voordat een school kon worden bekostigd, moest het bestuur van die school eerst een aanvraag indienen bij de gemeenteraad. Bij die aanvraag diende een verklaring te worden gevoegd waaruit onder meer bleek dat de school door een minimum aantal leerlingen zou worden bezocht, afhankelijk van de gemeentegrootte. Ook gaf de wet voorschriften omtrent de grootte en ruimte van de lokalen.

(2) Het leerplan

Het leerplan gaf de omvang van het onderwijs aan, alsmede de verdeling van de leerstof over de klassen. Wat betreft de omvang werd gesteld dat per jaar ten minste 40 weken onderwijs gegeven moest worden en per week ten minste 22 uren. De school diende het leerplan te zenden aan de inspecteur. Van goedkeuring door de inspecteur of de minister wilde de wetgever echter niet weten. In de Memorie van Antwoord stelde de minister:

«Goedkeuring van het leerplan der bijzondere school acht de ondergeteekende eene te groote vrijheidsbeperving van de schoolbesturen. Bovendien zou uit een dergelijk voorschrift een geheel misplaatst

¹ Kan, blz. 1084.

² Kan, blz. 1134.

³ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1919–1920, N° 86, ondernummer 5, blz. 11.

wantrouwen spreken in het streven die besturen om het onderwijs zoo deugdelijk mogelijk in te richten. De verplichte mededeeling aan den Inspecteur is slechts een contrôlemiddel op de naleving van hetgeen in artikel 89 aangaande de inrichting van het leerplan is voorgeschreven. Goedkeuring van het leerplan zou echter contrôle worden op het onderwijs zelve en dus ook op de richting der school, hetgeen in strijd is met de vrijheid, welke bij artikel 192 der Grondwet aan de bijzondere school is gelaten.»¹

Wel was er een vooraf-toetsing door de onafhankelijke Onderwijsraad, die echter enkel diende te beoordelen of voldaan was aan wettelijke eisen inzake de omvang van het totaal aantal lesuren, en of in het leerplan bepaald was wat het aantal uren per vak was, alsmede de verdeling van de leerstof over de schooljaren. Maar deze toetsing mocht niet treden in de godsdienstige en pedagogische richting van het onderwijs.² Zo diende de overheid niet voor te schrijven hoeveel uur per week aan een bepaald vak gegeven moest worden; dat zou de vrijheid van onderwijs aantasten.³ Derhalve diende wel vastgesteld te (kunnen) worden dat er ter zake een leerplan was, waarin aangegeven werd dat het totaal aantal te geven uren aan het wettelijk minimum voldeed, en waarin bepaald werd hoeveel uren men aan welk vak wilde besteden met de bijbehorende stof; maar de inhoud van het onderwijs vormde geen voorwerp van een aan de bekostiging voorafgaande controle.

(3) De kwaliteit van de leraren

De Lager-onderwijswet 1920 gaf voorschriften omtrent de kwaliteit van de leraren. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is uitgebreid gedebatteerd over de vraag op welk moment de bekwaamheid van de docent diende te worden getoetst. Het oorspronkelijke wetsvoorstel regelde dat onderwijzers van bijzondere scholen niet benoemd werden zonder vooraf gepleegd overleg met de inspecteur. In de Memorie van Antwoord liet de minister evenwel weten:

«Voorafgaande verplichte keuring is aan de openbare onderwijzers bij de wet niet opgelegd. Er bestaat geen enkele reden de bijzondere onderwijzers aan zoodanige keuring te onderwerpen en dit als voorwaarde te stellen op het bekomen van Rijksvergoeding.»⁴

De bepaling betreffende de voorafgaande keuring kwam in de uiteindelijke versie van de wet dan ook te vervallen.

(4) Het onderwijsrooster

Het onderwijsrooster van een bijzondere school werd aan de inspecteur meegegeven en na aanvang van het onderwijs in de school opgehangen. De regering lichtte toe:

«Ter voorkoming van misbruik, hetwelk zou kunnen worden gemaakt van de onbepaalde vrijheid in zake den duur der vacaties is het evenwel noodig in de wet een waarborg te eischen dat het onderwijs gedurende een zeker minimum aantal normale schoolweken wordt gegeven.»⁴

Uit het onderwijsrooster moest blijken, dat het onderwijs dat aan de bijzondere school zou worden gegeven zou voldoen aan de eisen inzake de onderwijstijd. Indien het onderwijs niet aan die bepalingen beantwoordde, kon de school niet in aanmerking komen voor vergoeding uit de openbare kassen.⁵

¹ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1919–1920, N° 86, ondernummer 5, blz. 50 en 51.

² Artikel 90, derde lid, Lager-onderwijswet 1920.

³ Handelingen II 1919–1920, blz. 2357.

⁴ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1919–1920, N° 86, ondernummer 5, blz. 51.

⁵ Artikel 90 Lager-onderwijswet 1920.

De conclusie kan worden getrokken dat de Lager-onderwijswet van 1920 een aantal nieuwe eisen aan bijzondere scholen oplegde, maar onder randvoorwaarden:

- voorafgaand aan de bekostiging werd getoetst of er een minimumleerlingenaantal zou worden gehaald, of er een leerplan aanwezig was en of de schoolgebouwen aan de wettelijke eisen voldeden;*
- het leerplan mocht echter niet aan preventieve inhoudelijke goedkeuring worden onderworpen, omdat dit de vrijheid van richting te zeer zou beperken;*
- uit het onderwijsrooster, dat aan de inspectie moest worden gezonden, diende te blijken dat de school zou gaan voldoen aan de wettelijke eisen omtrent de onderwijstijd;*
- eisen die niet golden ten aanzien van openbare scholen – zoals de voorafgaande «keuring» van docenten – mochten om die reden evenmin voor bijzondere scholen gaan gelden.*

Na de grondwetsherziening van 1917 en de totstandkoming van de Lager-onderwijswet 1920 is de vraag in welke omvang – gegeven de waarborg van de onderwijsvrijheid in het tweede lid van artikel 23 van de Grondwet, en de garanties voor de vrijheid van richting en inrichting in het vijfde en zesde lid van deze bepaling – voorwaarden voor bekostiging voorafgaand aan de start van een school kunnen worden gesteld niet principieel anders beantwoord. Zo bleef artikel 23 Grondwet buiten de algehele grondwetsherziening van 1983. Wel is in de loop der tijd in de onderwijswetgeving opgenomen dat de leerlingen-prognose aan de hand van de in de statuten neergelegde richting van de te bekostigen school opgesteld wordt, op grond waarvan die school op een plan van scholen geplaatst wordt, waarna na verloop van tijd daadwerkelijk bekostigd gaat worden.¹

Geconstateerd kan worden dat het uitgangspunt altijd is gebleven, dat er geen onderwijsinhoudelijke en normatieve voorwaarden vooraf aan de plaatsing op het plan van scholen of het ingaan van de daadwerkelijke bekostiging gesteld mogen worden: dergelijke voorwaarden zouden te zeer zien op het onderwijs en de richting ervan, en daarmee de vrijheid van onderwijs te zeer beperken. Steeds ging en gaat het om objectieve en administratieve eisen: is sprake van een rechtspersoon; is in de leerlingen-prognose, gebaseerd op de richting, het vereiste minimumtal leerlingen gehaald; is er huisvesting conform minimumnormen; is er een leerplan; is er een onderwijsrooster.

Het voorgaande kan als volgt samengevat worden. Individuen en privaatrechtelijke rechtspersonen zijn ingevolge artikel 23, tweede lid, van de Grondwet vrij om eigen onderwijsinstellingen op te richten; vooraf toezicht, onder meer in de vorm van een vergunningenvereiste, op door hen op eigen kosten opgerichte scholen is niet geoorloofd.² Uitdrukking daarvan is onder meer artikel 5 van de Wet op het primair onderwijs (WPO), dat het bevoegd gezag van een bijzondere niet bekostigde school oplegt (eerst) na oprichting de statuten en reglementen aan de minister over te leggen. Vanaf het moment van daadwerkelijk functioneren gelden voor de niet bekostigde scholen (en uiteraard ook voor de bekostigde scholen) evenwel een aantal eisen. Een deel van deze eisen vloeit voort uit de in genoemde bepaling expliciet aangeduide voorwaarden ten aanzien van de bekwaamheid en zedelijkheid van de docenten; een ander deel komt voort uit de algemene eis dat het onderwijs, ook als het niet bekostigd is, aan bepaalde basale minimumeisen van financiële stabiliteit, kwaliteit en veiligheid moet voldoen.³

Voor scholen die voor bekostiging in aanmerking willen komen, geeft artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet de ruimte om – binnen bepaalde marges – voorwaarden vooraf te stellen; in zoverre onderscheidt het te bekostigen onderwijs zich wezenlijk van het niet bekostigd

¹ Artikel 76, tweede lid, en artikel 81, eerste lid, WPO en artikel 65, eerste lid, en artikel 66, vierde lid, WVO.

² Aldus reeds HR 17 december 1934, NJ 1934, 392 (Amsterdamse bewaarschool); HR 10 december 1957, NJ 1958, 176 (Goudse autorischool). En tenslotte, ten aanzien van het schoolonderwijs: «Melding vooraf (dat wil zeggen nog voordat de school daadwerkelijk is opgericht) is in strijd met het beginsel van de vrijheid van onderwijs» (Kamerstukken II 2006/07, 30 652, nr. 7, blz. 2).

³ Kamerstukken II 2006/07, 30 652, nr. 7, blz. 2: «Toezicht (achteraf) door de overheid is aldus in de Grondwet toegestaan».

onderwijs. Tot op heden zijn deze voorwaarden objectief en technisch; eisen die formeel getoetst kunnen worden. Zij zien niet op een normatieve, door subjectieve inschatting bepaalde waardering van het in de toekomst te verwachten onderwijs. Op grond van de huidige onderwijs-wetgeving zijn er slechts twee voorwaarden: de eis van de rechtspersoonlijkheid en de eis van een voldoende leerlingenprognose. Voldoet de school aan deze eisen, dan komt de school op het plan van scholen, en komt zij binnen een bepaalde termijn (afhankelijk van beschikbaarheid van huisvesting) vervolgens voor bekostiging in aanmerking.¹ Vanaf de aanvang van bekostiging is uiteraard het gehele stelsel van – ook onderwijsinhoudelijke – bekostigingsvoorwaarden van toepassing.

Voorts kan uit de geschiedenis worden afgeleid dat het steeds gaat om de afweging van twee beschermenswaardige beginselen, namelijk de vrijheid van onderwijs enerzijds en anderzijds de plicht van de overheid om toe te zien op zowel de kwaliteit van het onderwijs als op een adequate besteding van de publieke middelen. Tot op heden zijn de voorwaarden vooraf aan plaatsing op het plan van scholen en vervolgens vooraf aan het ingaan van de bekostiging zeer beperkt, en zien zij enkel op objectieve eisen, die formeel getoetst kunnen worden. Bij de beoordeling van de amendementen dient de vraag voorop te staan of de daarin neergelegde nadere beperkingen van de onderwijsvrijheid aan diezelfde criteria (objectief, formeel) voldoen en proportioneel zijn gezien de daarmee nagestreefde doeleinden, in casu de kwaliteit van het onderwijs en een adequate besteding van overheidsmiddelen.

b. De thans geldende stichtingsprocedure en aanvang van de bekostiging

De thans in de onderwijswetgeving neergelegde procedure rond de aanvang van de bekostiging van een nieuwe school is verschillend voor het primair onderwijs en het voortgezet onderwijs en kan in verschillende fases worden onderverdeeld.

De procedure rond de aanvang van bekostiging van een nieuwe, bijzondere school in het primair onderwijs is thans als volgt.

Fase 1. Het plan van scholen

Als een school in aanmerking wil komen voor bekostiging, dient ze uit te gaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon en opgenomen te worden in het gemeentelijk plan van nieuwe scholen. Een verzoek hiertoe moet voor 1 februari bij de gemeenteraad worden ingediend.² Het verzoek vermeldt de richting van de school en gaat vergezeld van onder meer een prognose die aannemelijk maakt dat de school zal voldoen aan de stichtingsnorm voor basisscholen, het op de richting gebaseerde belangstellingspercentage en de voorgestelde datum van ingang van de bekostiging. Jaarlijks voor 1 augustus stelt de gemeenteraad het plan van nieuw (te bekostigen) scholen vast.³ Vervolgens wordt het plan ter goedkeuring aan de minister gezonden, die daarover voor 1 januari beslist.⁴ De minister toetst de scholen aan de eisen genoemd in de wet; hij onthoudt zijn goedkeuring voor zover niet aannemelijk is gemaakt dat het aantal leerlingen gehaald wordt, niet voldaan is aan de prognoses of indien de prognoses ondeugdelijk zijn.⁵

¹ Artikel 81, eerste lid, WPO (binnen drie jaar); artikel 66, vierde lid, WVO (binnen vijf jaar).

² Artikel 76, eerste lid, WPO.

³ Artikel 74, tweede lid en derde lid, WPO.

⁴ Artikel 79, derde lid, WPO.

⁵ Artikel 79, vierde lid, WPO.

⁶ Artikel 91, eerste lid, WPO.

⁷ Artikel 79, achtste lid, WPO.

Fase 2. Periode tussen plaatsing op het plan en aanvang bekostiging

De gemeente draagt zorg voor de huisvesting van een school.⁶ Zodra de daadwerkelijke bekostiging van een in het plan opgenomen school een aanvang kan nemen, maakt de minister dit bekend aan het bevoegd gezag.⁷ Het bevoegd gezag zendt de minister uiterlijk drie maanden voor

de datum van de bekostiging de benodigde gegevens en bescheiden voor de vaststelling van de bekostigingsbedragen.¹ Voordat de nieuwe school op 1 augustus met het schooljaar begint, heeft zij op 1 juni al aanspraak op bekostiging voor de uitgaven van het personeel.² Ook wordt aan het bevoegd gezag een voorschot op de bekostiging verstrekt indien het bevoegd gezag uiterlijk op 1 juli het vermoedelijke aantal leerlingen op de teldatum van 1 oktober aan de minister meldt.³

Fase 3. Bekostiging van een school

Vanaf het moment dat de bekostiging aanvangt dient het bevoegd gezag te voldoen aan alle wettelijke normen en bekostigingsvoorwaarden zoals genoemd in titel II, Afdeling 1 van de WPO. Ook gaat vanaf dit moment de Inspectie toezien op de kwaliteit van het onderwijs. Wel wordt er volgens het waarderingskader van de Onderwijsinspectie van uitgegaan dat de kwaliteit pas na twee jaar goed te beoordelen is.

De stichtingsprocedure en aanvang van bekostiging van nieuwe scholen in het voortgezet onderwijs verschilt van het primair onderwijs aangezien sinds 1 augustus 2008 het plan van scholen voor het voortgezet onderwijs is afgeschaft.⁴

Fase 1. In aanmerking gebracht worden voor bekostiging

Om voor bekostiging in aanmerking gebracht te worden moet vóór 1 november een aanvraag worden ingediend bij de minister. Op deze aanvraag wordt in elk geval besloten vóór 1 mei van het jaar daarop. Voorwaarden om voor bekostiging in aanmerking gebracht te worden zijn, dat de school uitgaat van een privaatrechtelijke rechtspersoon, en voldaan wordt aan de stichtingsnorm.⁵ Het bevoegd gezag moet het «halen van de stichtingsnorm» aantonen aan de hand van een bij de minister in te dienen prognose, gebaseerd op de richting van de school.

Fase 2. Periode tussen in aanmerking brengen voor bekostiging en daadwerkelijke bekostiging

De daadwerkelijke bekostiging hangt af van de beschikbaarheid van huisvesting. Het bevoegd gezag moet aantonen dat daarin is voorzien. De bekostiging vangt dan aan op 1 augustus volgend op de datum waarop dat is aangetoond.⁶

Fase 3. Aanvang bekostiging

Na de aanvang van de bekostiging dienen de scholen te voldoen aan de wettelijke normen zoals opgenomen in de WVO, titel II, hoofdstuk 1.

3. Reactie initiatiefnemer

Het advies van de Raad van State gaat diep in op de context en ontstaansgeschiedenis van artikel 23 van de Grondwet. Opvallend is dat de Onderwijsraad de ingediende amendementen milder beoordeelt dan de Raad van State die zich veel meer richt op de reikwijdte van artikel 23 van de Grondwet. In met name het advies van de Raad van State zaten veel elementen die aansluiten bij hetgeen door de vorige initiatiefnemer, het lid J.J. van Dijk, is uitgesproken ten aanzien van de ingediende amendementen in de Kamer tijdens de plenaire behandeling. Net als in het initiatiefwetsvoorstel als tijdens de plenaire behandeling spitste de vraag zich toe op het moment waarop aanvullende eisen kunnen worden gesteld aan nieuw te bekostigen scholen en of deze eisen zowel redelijk, proportioneel als objectiveerbaar zijn.

¹ Artikel 2 Besluit bekostiging WPO.

² Artikel 3a, derde lid, Besluit bekostiging WPO.

³ Artikel 3b, eerste lid, Besluit bekostiging WPO.

⁴ Wet op het WVO ter modernisering, vereenvoudiging en beperking van de wettelijke regels over de voorzieningenplanning bij scholen, Staatsblad 2008, 296.

⁵ Artikel 65 WVO.

⁶ Artikel 66, vierde lid, WVO.

Van het brede gevoel in de Kamer dat het wenselijk zou zijn indien er wettelijke mogelijkheden zijn voor de overheid om voorafgaande aan de feitelijke stichting van een nieuwe school «gepast» te kunnen optreden om excessen te voorkomen ben ik mij wel bewust. Dit gevoel is versterkt door de casuïstiek in Amsterdam rondom het Islamitisch College Amsterdam (hierna: ICA). Het Ministerie heeft per 1 augustus 2010 van rechtswege de bekostiging stopgezet van het ICA wegens teruglopende leerlingenaantallen waardoor de school voor het derde achtereenvolgende jaar onder de opheffingsnorm kwam te vallen. Deze teruglopende leerlingenaantallen waren te wijten aan de dalende kwaliteit van onderwijs dat door het ICA werd gegeven. Deze ondermaatse kwaliteit was de reden dat de school al sinds 2006 onder verscherpt toezicht stond door de Inspectie. Eind 2011 werd bekend dat het Ministerie goedkeuring heeft verleend aan een nieuwe islamitische school in Amsterdam (SIO) waarbij ook een oud-bestuurder van het ICA is betrokken. In de beantwoording op de vragen van de Kamer over deze nieuwe zaak en de vrees voor een herhaling van wat er met ICA is gebeurd heeft de Minister geantwoord dat de Inspectie vanaf dag 1 na de start van de school verscherpt toezicht zal houden op de nieuwe school.

Gezien deze discussie en de discussie rondom de ingediende amendementen wil ik trachten zoveel mogelijk tegemoet te komen aan bovenstaande gevoelens, één en ander uiteraard met inachtneming van de kaders van artikel 23 van de Grondwet. Dit laatste ook gezien de inhoudelijke en principiële opstelling hierover van het lid J.J. van Dijk in zowel het initiatiefwetsvoorstel als de eerste termijn van de plenaire behandeling van dit initiatiefwetsvoorstel.

3.a. Amendement Kraneveldt-van der Veen c.s.

Alhoewel er discussie kan zijn of dit amendement strijdig is met artikel 23 indien de slechte kwaliteit wel toe is te rekenen aan het bestuur¹ blijven de eerder naar voren gebrachte argumenten overeind staan. Het «hebben» van een zeer zwakke school diskwalificeert immers niet automatisch het bestuur als geheel. Op de lijst van zeer zwakke scholen van de Inspectie staan tal van gerespecteerde besturen. Het niet in bekostiging nemen van een nieuwe school door een dergelijk bestuur is dan disproportioneel te noemen. Bovendien is het eenvoudig om het amendement te omzeilen door het oprichten van een nieuwe rechtspersoon. Verder richt het amendement zich op rechtspersonen en niet op individuele (ex)bestuurders, die onder de vlag van een andere rechtspersoon een nieuwe school voor bekostiging in aanmerking willen brengen. Dit amendement zou dus bijvoorbeeld de casus van ICA en SIO niet kunnen voorkomen.

¹ In het RvS advies (p. 20) wordt gesteld dat voor zover het tekort schieten in kwaliteit niet aan het schoolbestuur kan worden toegerekend, het uitsluiten van dat schoolbestuur van stichting van nieuwe scholen in strijd is met artikel 23. Maar dit betekent ook dat indien de slechte kwaliteit wel is toe te rekenen aan het bestuur, dit geen strijd met artikel 23 oplevert! De zwakte in de RvS redenering is de veronderstelling dat het bestuur slechts beperkte invloed heeft op de onderwijskwaliteit. Dit staat haaks op de heersende beleidsopvatting dat het bestuur eindverantwoordelijk is voor de onderwijskwaliteit en daarop ook ten volle wordt aangesproken door de overheid (ook door de Inspectie onder het risicogerichte toezicht). Daarnaast blijkt dat een bestuur ook daadwerkelijk in de praktijk het verschil kan maken door daadkrachtig en ondersteunend op te treden wanneer één van zijn scholen onder de maat is.

Met inachtneming van wat zowel de Onderwijsraad als de Raad van State hierover hebben geadviseerd volhard ik dan ook in het oordeel dat het lid J.J. van Dijk over dit amendement heeft gevelde en ontraad ik het amendement. Tevens geef ik de indieners ter overweging het amendement in te trekken gezien het initiatiefwetsvoorstel van het lid Celik (Kamerstuknummer 33 218) dat hetzelfde wenst te regelen als het onderhavige amendement. Naar mijn mening ligt het meer in de rede dat de Kamer de discussie over het punt van de besturen voortzet in het kader van het initiatiefwetsvoorstel van het lid Celik.

3.b Amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s.

Met veel interesse heb ik kennis genomen van het alternatief dat de Raad van State biedt ten opzichte van het huidige amendement over het informele gesprek. Dit informele gesprek door de Inspectie met het

bestuur van een nieuwe school zou moeten plaatsvinden in de zogenaamde Fase II. Dit is de Fase nadat de nieuw te bekostigen school de beschikking heeft gekregen van het Ministerie (meestal rond februari/maart) dat de school in aanmerking komt voor bekostiging met ingang van 1 augustus van het eerstvolgende schooljaar. Dit gesprek vindt plaats het moment waarop de school een beschikking ontvangt dat de bekostiging daadwerkelijk start (op 1 augustus). In lijn met het initiatiefwetsvoorstel kan een dergelijk informeel gesprek door de Inspectie met het bestuur worden «gecodificeerd». In het oorspronkelijke voorstel wordt immers uit oogpunt van rechtszekerheid en het voorkomen van willekeur een bestaande praktijk gecodificeerd waarbij de Inspectie bij vermoedens van (kwaliteits)risico's op basis van een risicoanalyse kort na de start van een school deze onder verscherpt toezicht kan plaatsen. Codificatie van het alternatief van de RvS leidt er toe dat al kort (dat wil zeggen: enkele maanden) voorafgaande aan de start van de bekostiging per 1 augustus, de Inspectie contact opneemt met het betrokken bestuur als daar aanleiding voor is.

Mijn voorstel is om de indieners van het amendement Dezentjé Hamming-Bluemink in overweging te geven het amendement te wijzigen en het alternatief zoals voorgesteld door de Raad van State over te nemen. Het codificeren van het informele gesprek komt naar mijn mening tegemoet aan de wens om aanvullende eisen te stellen enerzijds en de reikwijdte van artikel 23 anderzijds. Immers, het stichten van scholen wordt niet ingeperkt, want het informele gesprek vindt plaats nadat de school voor bekostiging in aanmerking is gekomen, maar voor het moment waarop de school (en de bekostiging) daadwerkelijk start. In het amendement zou kunnen worden aangegeven dat, nadat DUO (namens de Minister) de melding van de nieuw te bekostigen scholen aan de Inspectie heeft verstrekt, maar voor aanvang van de start van de bekostiging de Inspectie een gesprek aangaat met het betrokken bestuur indien risico's worden vermoed.

Om niet in strijd te komen met het advies van de Raad van State waarbij het stellen van eisen in Fase II van de schoolstichting theoretisch mogelijk wordt geacht, mits het gaat om geobjectiveerde technische eisen, moet de Inspectie geen inhoudelijk oordeel vellen over de informatie die wordt verstrekt. Dan zou er een apart toetsingskader moeten worden ontwikkeld, wat naar mijn mening veel te ver gaat. Wat de Inspectie dus moet doen, is nagaan of het bestuur op de in de wet genoemde punten de informatie levert, de zogenaamde marginale toets. De kwaliteit van de informatie speelt bij deze procedurele toets dus geen rol. De kwaliteit is voor de Inspectie alleen een indicator voor het inschatten van de risico's en dus met andere woorden geen bekostigingsvoorwaarde. Deze inschatting speelt een rol om al dan niet het voorgesprek met het bestuur aan te gaan. In lijn met mijn initiatiefwetsvoorstel ben ik de mening toegedaan dat van codificatie van een dergelijk informeel gesprek een preventieve werking zal uitgaan richting de schoolbesturen.

4. Beoordeling van het amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. (nr. 14)

In het amendement Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. wordt voorgesteld om de onderwijstijd, het schoolplan en de bekwaamheid van leraren vooraf te toetsen, in het kader van de goedkeuring door de minister van opnemings van de school in het gemeentelijk plan van scholen (primair onderwijs) dan wel alvorens deze voor bekostiging in aanmerking te brengen (voortgezet onderwijs).¹ Hierdoor wordt voorkomen dat belastinggeld wordt uitgegeven aan een instelling waarvan men van tevoren al sterk overtuigd is dat de onderwijskwaliteit onder de maat zal

¹ Gewijzigd amendement van het lid Dezentjé Hamming-Bluemink c.s., Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 14.

zijn, aldus de indieners van het amendement.¹

In de Kamerbehandeling van het initiatiefvoorstel heeft initiatiefnemer Van Dijk zich tegen het amendement verzet. Hij was van mening dat de overheid het voornemen om een school te stichten – bedoeld is blijkbaar: goedkeuring van plaatsing op het plan van scholen – slechts op twee punten mag toetsen: de richting en het aantal leerlingen. Het stellen van andere voorwaarden zou op gespannen voet staan met de vrijheid van stichting, aldus Van Dijk. Wel biedt de Grondwet, aldus Van Dijk, misschien ruimte voor een toets op de drie genoemde punten in de tussenperiode, dat wil zeggen nadat de school op het plan van scholen is geplaatst maar voordat tot bekostiging wordt overgegaan.² Hij meende evenwel dat een dergelijke toetsing ook dan nog niet zinvol is, omdat de uitkomst ervan niets zegt over de daadwerkelijke praktijk na aanvang van de school. Bovendien zijn juist in deze periode veel zaken nog sterk in beweging; de werving van leerkrachten is nog in volle gang en veelal wordt het schoolplan juist in deze periode geschreven. Verder was hij van oordeel dat deze toetsing in strijd zou komen met het gelijkheidsbeginsel.³

a. Beoordeling in het licht van artikel 23 Grondwet

De toelichting op het amendement stelt «dat de deugdelijkheid van een nieuwe school moet worden getoetst, alvorens deze kan worden gesticht». De Afdeling vooronderstelt echter dat de toelichting niet zozeer beoogt te stellen dat aan genoemde voorwaarden voldaan moet zijn alvorens de school te stichten – hetgeen in strijd zou zijn met artikel 23, tweede lid, van de Grondwet, dat een vergunningvereiste uitsluit – maar dat een school slechts voor bekostiging in aanmerking kan komen als in het kader van het plan van scholen vastgesteld is dat aan die voorwaarden is voldaan.

De Afdeling merkt vervolgens op dat een toetsing zoals voorgeschreven in de tekst van het amendement, voorafgaand aan de plaatsing op het plan van scholen, onredelijk en disproportioneel is en daarmee in strijd komt met artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet. Op dat moment – veelal jaren voorafgaand aan het daadwerkelijk starten van de school – is het voor een schoolbestuur, dat nog geen enkele zekerheid heeft over de bekostiging, praktisch onmogelijk om te voldoen aan het vereiste dat er reeds (bevoegde) leerkrachten benoemd zijn; en op dat moment is het nog niet reëel om aan de voorwaarden ter zake van schoolplan en onderwijstijd te moeten voldoen. Overigens geldt dit niet alleen voor het bijzonder onderwijs, maar ook voor het openbaar onderwijs.

Als evenwel het eigenlijke oogmerk is om de toets op de reeds in het initiatiefvoorstel geformuleerde voorwaarden weliswaar naar voren te halen in de tijd, voorafgaand aan de daadwerkelijke bekostiging, maar wel pas nadat de school op het plan van scholen is geplaatst, dan merkt de Afdeling het volgende op.¹ De Afdeling leidt uit de hiervoor geschetste historie van artikel 23 Grondwet en de daarop geënte onderwijswetgeving af dat de overheid voordat zij overgaat tot bekostiging met het oog op die bekostiging bepaalde voorwaarden aan scholen kan stellen, mits het gaat om geobjectiveerde en technische eisen, die formeel getoetst kunnen worden en voldoen aan eisen van proportionaliteit. Uit die historie valt op te maken dat op zichzelf het vooraf stellen van de voorwaarden zoals in het amendement voorgesteld niet per definitie ongrondwettig is. Zulke eisen werden reeds onder het regime van de Lager-onderwijswet 1920 gesteld ten aanzien van de aanwezigheid van een schoolplan en een onderwijsrooster. En het grote belang dat de grondwetgever blijkens de clausulering in het tweede lid van artikel 23 van de Grondwet hecht aan de eisen van zedelijkheid en bekwaamheid van docenten zou in beginsel

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 14.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 6, blz. 20.

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 3 alsmede Handelingen II 2009/10, nr. 80, blz. 6802–6812.

kunnen rechtvaardigen dat voorafgaand aan de bekostiging bezien kan worden of aan die eisen is voldaan. Daarbij dient benadrukt te worden dat het steeds moet gaan om het formeel toetsen op de aanwezigheid van een diploma, een bewijs omtrent goed gedrag, een schoolplan en een onderwijsrooster; preventieve goedkeuring op grond van overwegingen inzake de veronderstelde inhoud en kwaliteit van het te geven onderwijs is niet toegestaan.

b. Effectiviteit en onbedoelde neveneffecten

Onverminderd het vorenstaande merkt de Afdeling evenwel het volgende op.

Het amendement-Dezentjé Hamming-Bluemink, geherformuleerd in de hiervoor onder a geschetste zin, houdt in dat de minister een op het plan van scholen geplaatste school toch niet bekostigt, indien het bevoegd gezag van de beoogde school onvoldoende heeft aangetoond dat zal worden voldaan aan eisen betreffende het (aanwezig zijn van een) schoolplan, de bekwaamheid van degenen die onderwijs geven en de voorschriften omtrent onderwijstijd.¹ Volgens de toelichting op het amendement zal een instelling ten genoegen van de minister moeten aantonen dat vooraf al voldaan is aan deze deugdelijkheidseisen, om te voorkomen dat belastinggeld wordt uitgegeven aan een instelling waarvan men van tevoren al sterk overtuigd is dat de onderwijskwaliteit er onder de maat zal zijn.

De Afdeling onderkent het belang van het voorkómen van verspilling van belastinggelden en onderschrijft dat bovenal voorkomen moet worden dat scholen kwalitatief slecht onderwijs geven en leerlingen daardoor achterstand oplopen in hun ontwikkeling. De Afdeling is echter van oordeel dat de minister zich door het controleren van de genoemde drie voorwaarden voor het ingaan van de bekostiging nog geen goed beeld kan vormen van de te verwachten kwaliteit van de nog te starten school. In zijn advies over het initiatiefvoorstel heeft de Raad van State al aangegeven dat nader bezien dient te worden of de drie voorgestelde eisen wel de meest geschikte maatstaven vormen om vooraf de toekomstige kwaliteit van een school te bepalen.² Zo is onduidelijk of de «zwakke» lederwijsscholen en islamitische scholen die de aanleiding voor het initiatiefwetsvoorstel waren op deze drie voorwaarden slecht scoorden, en (mede) daardoor ook onderwijsinhoudelijk slecht presteerden. Daarnaast komt het de Afdeling, met de Onderwijsraad,³ voor dat de voorspellende waarde van de twee «papieren» elementen – schoolplan en onderwijstijd – niet erg groot is. De Afdeling wijst er voorts op dat volgens het waarderingskader van de Inspectie de onderwijskwaliteit doorgaans pas na twee jaar daadwerkelijk functioneren goed te beoordelen is.⁴

Een vooraf-toetsing van de bekwaamheid van de te benoemen docenten kan wel mogelijk een zekere voorspellende waarde hebben, maar ook in deze variant is er nog steeds het probleem dat docenten in de praktijk pas kunnen worden aangetrokken nadat de school zekerheid heeft over de bekostiging.

Naar het oordeel van de Afdeling zal een dergelijke toetsing overigens slechts betrekking dienen te hebben op de wettelijke bevoegdheidseisen. Een aanvullende voorafgaande beoordeling van de bekwaamheid van aan te nemen docenten door de inspectie, zoals voorgesteld door de Onderwijsraad,⁵ raadt zij af vanwege het disproportionele karakter van een dergelijke toetsing. Die aanvullende toetsing is te subjectief, treedt te zeer in de autonomie van het bevoegd gezag, en vormt een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling ten opzichte van reeds bekostigde scholen, aan wie een dergelijke aanvullende toetsing niet opgelegd wordt. Daarnaast merkt de Afdeling op, dat de betekenis van een vooraf-toetsing aan de wettelijke bevoegdheidseisen mogelijk beperkt is. Onbevoegd-

¹ De Afdeling wijst op het feit dat het hergeformuleerde amendement betekent dat de minister opnieuw een bekostigingsbeschikking dient vast te stellen, namelijk na het plaatsen op het plan van scholen en voordat de daadwerkelijke bekostiging ingaat. Voor deze bekostigingsbeschikking zal een grondslag in de wet dienen te worden gecreëerd.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 4, blz. 4.

³ Onderwijsraad, Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting, Commentaar bij het (geamendeerde) initiatiefwetsvoorstel van het lid Jan Jacob van Dijk, 23 juli 2010, kenmerknummer 20100179/990, blz. 27 en 29.

⁴ Zie in deze zin ook de Onderwijsraad, blz. 32.

⁵ Onderwijsraad, blz. 28–29.

heidsproblemen komen in het basisonderwijs nauwelijks voor. En in het voortgezet onderwijs, waar die problemen zich wel op grote schaal voordoen, wordt zeer veelvuldig gebruik gemaakt van de ontsnappingsmogelijkheden in artikel 33 van de Wet op het voortgezet onderwijs, welke mogelijkheden aan nieuw te bekostigen scholen niet ontzegd mogen worden.

Bovendien kunnen door het vooraf controleren van nog te bekostigen scholen op bepaalde eisen de kansen van onderwijsvernieuwers om zich te bewijzen worden beperkt, met name als die eisen geen rekening houden met het ontstaans- en leerproces van nieuwe scholen. De Afdeling is van oordeel dat de vrijheid van onderwijs met name ook betekent dat ruimte moet worden gegeven aan nieuwkomers. Een onbedoeld effect van het amendement kan zijn dat vernieuwingen binnen het onderwijs onvoldoende kans krijgen.

De Afdeling komt derhalve tot de conclusie dat niet aannemelijk is dat de minister aan de hand van de drie gestelde vooraf te toetsen eisen in staat zal zijn om te oordelen over de kwaliteit van nieuw te bekostigen scholen, en wijst op het risico van belemmering van onderwijsvernieuwers. Het vooraf toetsen van de bevoegdheid van de docenten is onredelijk, nu dat vooronderstelt dat deze benoemd worden voordat het schoolbestuur zekerheid heeft over de bekostiging. De Afdeling meent dan ook dat van een dergelijke toetsing dient te worden afgezien.

c. Tijdstip van de toetsing

Onverminderd de vorige twee punten merkt de Afdeling nog het volgende op. Het amendement-Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. stelt voor dat de minister de goedkeuring aan het plan van scholen kan onthouden, indien de school niet voldaan heeft aan de drie in het amendement genoemde voorwaarden. In de toelichting bij het amendement wordt aangegeven dat indien niet voldaan wordt aan deze voorwaarden, de instelling niet op het plan van scholen wordt geplaatst.

De Afdeling heeft hiervoor al opgemerkt dat deze vormgeving van de vooraf-toetsing niet goed past in de planprocedure, en dat het onredelijk en onevenredig is om reeds in het kader van de planprocedure, dus voordat ook maar enige zekerheid is over bekostiging, deze eisen aan nieuwe scholen te stellen. En als er een toezegging tot bekostiging ligt, in de vorm van plaatsing op het plan, is er in het algemeen nog een fors tijdsverloop tot het daadwerkelijke tijdstip van ingang van de bekostiging.¹ Dit betekent dat een vooraf-toetsing door de minister niet alleen pas nadat een school op het plan is geplaatst dient te geschieden, maar dat dat kort voor het beoogde moment van de daadwerkelijke bekostiging moet gebeuren. De Afdeling wijst in dit verband op de bedenkingen die de initiatiefnemer Van Dijk heeft geuit. Deze stelt dat in de maanden voorafgaande aan de bekostiging nog veel zaken sterk in beweging zijn: zo is de werving van leerkrachten nog in volle gang en wordt veelal het schoolplan juist in deze periode geschreven. De Afdeling is dan ook van oordeel dat als al in een toetsing vooraf wordt voorzien, de minister deze zo kort mogelijk voor het moment waarop aanvang van de daadwerkelijk bekostiging beoogd is moet uitvoeren.

Daarenboven wijst de Afdeling op het feit dat het bevoegd gezag van de school al aanloopkosten zal hebben moeten maken voorafgaand aan de daadwerkelijke aanvang van de bekostiging, zoals het aanschaffen van materiaal, het aannemen van personeel en het eventueel huren van huisvesting. Indien de minister vervolgens besluit om de school niet voor bekostiging in aanmerking te laten komen, komen deze kosten voor rekening van het bevoegd gezag. De onzekerheid of de reeds gemaakte

¹ Handelingen II 2009/10, nr. 80, blz. 6816. Zie artikel 81, eerste lid, WPO en artikel 66, vierde lid, WVO, welke uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van ingang van de bekostiging jaren na het principebesluit van de minister dat bekostigd zal gaan worden.

kosten wel door de overheid zullen worden gefinancierd werpt naar het oordeel van de Afdeling dan ook een extra drempel op om een dergelijk initiatief te nemen.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat het amendement-Dezentjé Hamming-Bluemink c.s. het initiatiefvoorstel van Van Dijk ongemoeid laat;¹ dit betekent dat scholen geconfronteerd zullen worden met een herhaling van identieke toetsen: de ene voorafgaand aan het tijdstip van aanvang van de bekostiging, de andere spoedig na dat tijdstip. Een dergelijke dubbele toetsing dient voorkomen te worden.

d. Alternatief

De Afdeling heeft hierboven aangegeven dat het onevenredig bezwarend en irreëel is om aanvullende eisen te stellen aan een nieuw te bekostigen school voordat deze school op het plan van scholen wordt geplaatst; een dergelijke toets is in strijd met artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet.

Vervolgens heeft de Afdeling aangegeven dat het in theorie mogelijk is om, na het plaatsen op het plan maar voordat de daadwerkelijk bekostiging aanvangt, enkele eisen te stellen, mits het gaat om geobjectiveerde technische eisen. De Afdeling komt echter tot de conclusie dat de minister aan de hand van de drie in het amendement genoemde eisen – onderwijstijd, schoolplan, bevoegdheid docenten – niet in staat is een gefundeerd oordeel uit te spreken over de inhoudelijke kwaliteit van de nieuwe school. Voor wat betreft het schoolplan en het onderwijsrooster is de voorspellende waarde niet groot; over de bevoegdheid van docenten stelt de Afdeling dat deze docenten pas kunnen worden aangetrokken nadat de school zekerheid heeft over de bekostiging.

De Afdeling vestigt de aandacht op een mogelijk alternatief dat niet op grondwettelijke en praktische bezwaren hoeft te stuiten. In de mondelinge behandeling van het initiatiefvoorstel heeft de minister van Onderwijs erop gewezen dat de Inspectie al enkele maanden voor de feitelijke start wordt geïnformeerd welke besturen met nieuwe scholen starten. Als daartoe aanleiding bestaat, bijvoorbeeld omdat het om een school gaat met een uitgesproken vernieuwingsconcept of om een bevoegd gezag met een niet zo heel goede staat van dienst, treedt de Inspectie thans al voorafgaande aan de start in contact met het bevoegd gezag van deze school. De minister benadrukte dat het gaat om een vorm van overleg zonder formele status. Het vermindert volgens de minister echter wel de kans dat de school na de start in de problemen komt. Daarenboven gaat er het indringende signaal vanuit dat de Inspectie er bovenop zit, aldus de minister tijdens de mondelinge behandeling.²

De Afdeling merkt op dat vanaf het moment dat de bekostiging aanvangt de nieuwe school dient te voldoen aan alle wettelijke normen en bekostigingsvoorwaarden. Het bevoegd gezag is hiervoor verantwoordelijk en de Inspectie houdt hier vanaf dit moment toezicht op. Hieruit volgt dat het bevoegd gezag zich in de maanden voorafgaand aan de bekostiging al dient voor te bereiden op de start van de nieuwe school. Het bevoegd gezag zou tijdens het informele gesprek met de Inspectie, dat standaard door de Inspectie zou kunnen worden aangeboden, een signaal kunnen afgeven als het twijfels heeft of het – tijdig – zal kunnen voldoen aan alle wettelijke eisen. De Inspectie zal in die situatie de helpende hand kunnen bieden, bijvoorbeeld als er problemen zijn bij het op tijd aantrekken van bevoegde docenten in het voortgezet onderwijs, zodat het bevoegd gezag zijn verantwoordelijkheid wel zou kunnen waarmaken, zonder dat sprake is van verplichte toetsing vooraf. De Afdeling is van oordeel dat deze werkwijze, die eventueel kan worden neergelegd in een

¹ Het voorgestelde artikel 11a Wet op het onderwijstoezicht.

² Handelingen II 2009/10, nr. 80, blz. 6813 e.v.

beleidsregel, de voorkeur verdient boven het voorgestelde amendement. Zij kan zonder wettelijke maatregelen tot stand gebracht worden, en legt de primaire verantwoordelijkheid voor het naleven van bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen daar waar zij hoort te liggen: bij het bevoegd gezag.

5. Beoordeling van het amendement Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk (nr. 13)

Het amendement Kraneveldt-Van der Veen en Jasper van Dijk geeft de minister de bevoegdheid om te besluiten dat de rechtspersoon die reeds een of meer scholen in stand houdt niet in aanmerking komt voor bekostiging van een nieuwe school, indien er sprake is van:

- 1. een situatie als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, WPO en artikel 23a1, eerste lid, WVO welke bepalingen zien op het ernstig of langdurig tekortschieten van de leerresultaten taal en rekenen;*
- 2. een situatie als bedoeld in artikel 163b, eerste lid, WPO en artikel 103g, eerste lid, WVO welke bepalingen zien op het geval van een aanwijzing wegens bestuurlijk wanbeheer waaraan het bestuur geen gevolg heeft gegeven. Volgens de initiatiefnemers dient een schoolbestuur in deze situaties prioriteit te geven aan het oplossen van de gesignaleerde problemen. Het amendement beoogt tegen te gaan dat een bestuur onder die omstandigheden nieuwe vestigingen sticht.¹*

In de Tweede Kamerbehandeling heeft de initiatiefnemer van het initiatiefvoorstel het ingediende amendement afgeraden, vanwege bezwaren van zowel praktische als principiële aard. Hij gaf allereerst aan dat uit onderzoek naar de oorzaken van het ontstaan van zwakke scholen blijkt dat de invloed van het schoolbestuur op de onderwijskwaliteit beperkt is. Andere factoren zoals de kwaliteit van de docenten, de invulling van het onderwijsleerproces en de kwaliteit van de schoolleider, zijn van veel groter belang. Daarom was de initiatiefnemer van mening dat het verbod op het stichten van een nieuwe school door een schoolbestuur met een (zeer) zwakke school in zijn bestand niet het juiste instrument is om zwakke scholen te voorkomen. Verder meende hij dat het verbod eenvoudig omzeild kan worden; door het oprichten van een nieuwe rechtspersoon en na toekenning van de bekostiging kan de nieuwe school alsnog aan een reeds bestaand schoolbestuur overgedragen worden. Daarnaast had de initiatiefnemer principiële bezwaren: hij constateerde dat met het amendement feitelijk wordt overgegaan tot een vergunningstelsel, hetgeen zich niet verdraagt met artikel 23 van de Grondwet. Ook werd volgens hem het gelijkheidsprincipe aangetast, omdat het gevolg van het amendement is dat alleen rechtspersonen die geen zwakke school in hun bestand hebben nog een nieuwe school mogen oprichten.²

De Afdeling heeft hierboven uiteengezet onder welke voorwaarden het op grond van artikel 23 van de Grondwet mogelijk is om eisen te stellen voorafgaande aan de bekostiging. Het moet gaan om objectieve en technische eisen, die formeel afgetoetst kunnen worden zodat er voldoende waarborgen zijn tegen willekeur en onevenredig handelen door de overheid; bovendien moeten deze eisen proportioneel zijn. De Afdeling zal hieronder de twee door het amendement bestreken situaties afzonderlijk bespreken.

a. Artikel 10a, eerste lid, WPO

De eerste situatie die het amendement noemt, ziet op het ernstig of langdurig tekortschieten van de leerresultaten taal en rekenen van een school. Onder deze omstandigheden kan de minister beslissen dat het

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 13.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 007, nr. 8, blz. 6.

schoolbestuur geen bekostiging krijgt voor het stichten van een nieuwe school of nevenvestiging. De Afdeling merkt allereerst op dat een schoolbestuur vaak meerdere scholen onder zich heeft.¹ Uit het amendement blijkt niet of nu bedoeld wordt dat een schoolbestuur met meerdere scholen geen bekostiging ontvangt voor een nieuwe school als op één enkele school de leerresultaten tekortschieten, of dat daarvoor de leerresultaten op meerdere scholen slecht dienen te zijn. Het is zeer wel denkbaar, dat een schoolbestuur een groot aantal goed functionerende scholen onder zich heeft, en daarnaast een enkele school die ernstig of langdurig tekortschiet ten aanzien van rekenen en taal.

Voorts wijst de Afdeling erop dat deze maatregel gericht is tegen het schoolbestuur; het krijgt geen bekostiging meer voor een nieuwe school of nevenvestiging. Zoals de initiatiefnemer van het initiatiefvoorstel ook heeft aangegeven is de invloed van het schoolbestuur op de onderwijskwaliteit echter veelal beperkt, in ieder geval op korte termijn vanwege de smalle marges – rechtsposities, financiële randvoorwaarden e.d. – 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. De Afdeling deelt dan ook de conclusie van de initiatiefnemer dat het niet bekostigen van een nieuwe school door 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 garantielijst ex artikel 23, vierde lid, van de Grondwet.

b. Artikel 163b, eerste lid, WPO

Het amendement bepaalt tevens dat indien een aanwijzing als bedoeld in artikel 163b, eerste lid, niet of niet volledig is opgevolgd, de minister kan besluiten om een school niet in aanmerking te laten komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. Op grond van artikel 163b, eerste lid, WPO kan de minister besluiten een aanwijzing te geven indien sprake is van wanbeheer van een of meer bestuurders of toezichthouders.

De Afdeling begrijpt dat er behoefte kan bestaan om schoolbesturen waarbij sprake is van financieel wanbeheer via onthouding van bekostiging feitelijk te verbieden om nieuwe scholen of nevenvestigingen te stichten. Voorkoming van financieel wanbeheer lag in 1889 als motief ten grondslag aan het rechtspersoonlijkheidsvereiste als voorwaarde vooraf om voor rijksfinanciering in aanmerking te komen. Het amendement ligt in zoverre in lijn met dit reeds in 1889 ingevoerde vereiste. Wel wijst de Afdeling op de kanttekening van de Onderwijsraad, die van oordeel is dat dit element van het amendement nader te overwegen is. De Onderwijsraad stelt: «Het bevoegd gezag van een bijzondere school hoeft de aanwijzing (de inhoud van de aanwijzing is niet omschreven in de wet) niet op te volgen. Er kunnen wel bekostigingssancties volgen, maar dit zal uiteindelijk door de rechter getoetst worden. Het is daarom onduidelijk wanneer sprake is van «niet volledige» opvolging. Gezien ook het feit dat volgens het amendement de minister kan besluiten tot niet in aanmerking nemen van bekostiging (hij kan het dus in gegeven omstandigheden ook wel doen) levert dit al met al een te onnauwkeurig toetsingskader op, met onvoldoende waarborgen tegen willekeur vanuit de overheid. Ten behoeve van de rechtszekerheid die verbonden is met de bekostiging zal de wet (c.q. het amendement) strikter moeten omschrijven in welke situaties bekostiging bij aanvang wordt uitgesloten.» De Afdeling acht het

¹ Zo heeft de Stichting OMO (katholiek onderwijs) 35 scholen(groepen) onder zich, en bestuurt de Stichting BOOR (Rotterdams openbaar onderwijs) meer dan 80 scholen.

noodzakelijk, mede in het licht van artikel 23 van de Grondwet, dat nauwkeuriger in de wet wordt beschreven in welke situaties de minister kan besluiten om niet te bekostigen, zodat dit objectief en eenduidig kan worden vastgesteld.

c. Conclusie

Samenvattend meent de Afdeling dat er redenen kunnen zijn om een schoolbestuur dat slecht presteert niet in aanmerking te laten komen voor bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. Daarbij dient het dan wel te gaan om situaties die het schoolbestuur ook zijn aan te rekenen. In de situatie van tekortschietende leerresultaten zal dat lang niet altijd het geval zijn; bij bestuurlijk wanbeheer kan dat naar het oordeel van de Afdeling wel het geval zijn.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Indien de indieners van het genoemde amendement bereid zijn in de tweede termijn van de behandeling van het initiatiefvoorstel, de eerdere eisen zoals geformuleerd in het amendement in te trekken, ten gunste van het codificeren van het informele gesprek, ben ik bereid mijn oordeel te wijzigen van ontraden naar oordeel Kamer.

Biskop