

Aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
De heer drs. S. Dekker
Postbus 16375
2500 BJ Den Haag

Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag

Telefoon: 070 310 00 00
Fax: 070 356 14 74
secretariaat@onderwijsraad.nl
www.onderwijsraad.nl

Ons kenmerk
20140050/1057

Contactpersoon

Plaats/datum
Den Haag, 17 maart 2014

Uw kenmerk

Doorkiesnummer

Onderwerp
Advies Voorkomen draaideurconstructie

Mijnheer de Staatssecretaris,

U heeft op 17 februari jongstleden de Onderwijsraad verzocht om een advies uit te brengen over het kader waarbinnen regelgeving ontwikkeld kan worden om te voorkomen dat scholen worden bekostigd waarvan in redelijkheid te verwachten is dat deze niet zullen voldoen aan de voor hen geldende eisen. U komt tot deze adviesvraag naar aanleiding van het advies dat de Onderwijsraad op 10 juli 2013 aan burgemeester en wethouders van Amsterdam heeft uitgebracht.¹ In het bijzonder gaat het daarbij om de algemene zienswijze die de raad daarin kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van de procedure voor het in aanmerking brengen van scholen voor bekostiging en huisvesting. Hij is in het desbetreffende advies ingegaan op de wijze van vaststelling van de prognose van het aantal leerlingen voor nieuw op te richten scholen en op het stellen van voorwaarden voorafgaand aan bekostiging van scholen. Uw adviesvraag richt zich op laatstgenoemde adviesonderdeel. U verzoekt de raad in te gaan op de volgende vragen:

“1. In voorkomend geval is de bekostiging van een school beëindigd vanwege falende onderwijskwaliteit en/of bestuurlijke wanorde en/of te weinig werkelijke belangstelling/leerlingenaantallen. Welke regels kunnen tot stand komen op grond waarvan kan worden voorkomen dat de verantwoordelijke bestuurders opnieuw een – soortgelijke – school oprichten, terwijl eenzelfde resultaat te verwachten is? In hoeverre moet of kan deze regelgeving specifieke regels over de positie van de bestuurders bevatten? Zijn er naast de algemeen geldende regels voor bestuurders op grond van het Burgerlijk Wetboek aparte regels wenselijk voor bestuurders in het onderwijs?”

2. Zijn er meer in het algemeen wettelijke mogelijkheden nodig om te voorkomen dat er scholen worden gesticht en bekostigd waarvan op voorhand te verwachten is dat deze niet zullen voldoen aan de voor hen geldende wettelijke eisen? Zo ja, welke wettelijke maatregelen zouden dat dan kunnen zijn?”

De raad onderscheidt in de door u gestelde vragen twee verschillende situaties:

- 1) van een bestaande school is de bekostiging beëindigd en deze school wordt opnieuw opgericht, terwijl eenzelfde resultaat (namelijk beëindiging bekostiging) te verwachten is; en

¹ Onderwijsraad (2013). *Adviesaanvraag afwijzing huisvestingsaanvraag SIO*. Den Haag: Onderwijsraad.

- 2) een school wordt opgericht en bekostigd terwijl te verwachten is dat deze niet zal voldoen aan de voor haar geldende wettelijke eisen.²

De raad zal achtereenvolgens voor de twee verschillende situaties bespreken of hij het nodig en mogelijk acht deze te voorkómen, en zo ja binnen welk kader regelgeving daaromtrent gerealiseerd zou kunnen worden.

1. Oprichting school na beëindiging bekostiging voorganger

Het is van belang bij eventueel te nemen maatregelen de reden van beëindiging van bekostiging mee te nemen. Het maakt volgens de raad verschil of dit is vanwege te weinig werkelijke belangstelling/te lage leerlingenaantallen of omdat er sprake is van falende onderwijskwaliteit of bestuurlijk wanbeheer.

a. *Te lage leerlingenaantallen*

De bekostiging van een bijzondere school kan worden beëindigd of een openbare school kan worden opgeheven als het aantal leerlingen gedurende drie achtereenvolgende schooljaren telkens minder is geweest dan de opheffingsnorm. De te lage leerlingenaantallen kunnen een gevolg zijn van het teruglopen van het aantal leerplichtige kinderen in de desbetreffende regio (krimpgebieden) of van schoolgerelateerde oorzaken zoals gebrekkige onderwijskwaliteit of onvrede met het beleid van een school, waardoor leerlingen overstappen naar een andere school. De raad heeft in het advies van juli 2013 voorgesteld om in het geval een school is gesloten vanwege te weinig leerlingen en een vergelijkbare school van dezelfde richting in hetzelfde voedingsgebied opnieuw een aanvraag voor bekostiging indient, niet de indirecte maar de directe meting te gebruiken als methode om het te verwachten aantal leerlingen op deze school te bepalen. Op die manier kan een herhaling worden voorkomen. In de vraagstelling ten behoeve van deze directe meting kan worden betrokken de behoefte aan de concreet voorgestelde school en de vraag hoe ver men bereid is daarvoor te reizen. De afstand tot een school is immers ook een belangrijke factor in de feitelijke schoolkeuze. Overigens is de raad er voorstander van om de directe meetmethode algemeen toe te passen, teneinde een meer waarheidsgetrouw beeld te schetsen van het aantal te verwachten leerlingen.³ Ook u heeft het belang benadrukt van een betrouwbare behoeftepeiling middels een nieuwe, op het principe van directe meting gebaseerde systematiek.⁴

b. *Falende onderwijskwaliteit*

Wat betreft de situatie dat sprake is van falende onderwijskwaliteit wijst de raad erop, dat het bevoegd gezag van een school belast is met de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de onder hem ressorterende school. Zo bepaalt artikel 10 WPO⁵ het volgende: "Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school. Onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs wordt in elk geval verstaan: de zorg voor het personeelsbeleid, voor zover het betreft de duurzame borging van de kwaliteit van het onderwijspersoneel, en het uitvoeren van het in het schoolplan, bedoeld in artikel 12, beschreven beleid op een zodanige wijze dat de wettelijke opdrachten voor het onderwijs en de door het bevoegd gezag in het schoolplan opgenomen eigen opdrachten voor het onderwijs, worden gerealiseerd." En artikel 10a WPO bepaalt: "1. Het bevoegd gezag van een basisschool voldoet in elk geval niet aan de wettelijke opdrachten voor het onderwijs, bedoeld in artikel 10, indien de leerresultaten op de school aan het eind van het zevende of het achtste schooljaar op groepsniveau ernstig of langdurig tekortschieten." In lid 2 wordt onvoldoende leerresultaten omschreven; lid 4 omschrijft wat

² In de adviesaanvraag wordt afwisselend gesproken over stichten, oprichten en bekostigen van scholen. De raad heeft in zijn vorig advies (juli 2013) uitdrukkelijk voor ogen gehad de fase van het in aanmerking brengen voor bekostiging en huisvesting van scholen. De raad zal zich in dit advies hiertoe beperken.

³ Onderwijsraad (2012). *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*. Den Haag: Onderwijsraad.

⁴ Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (2013). *Reactie op Onderwijsraadadvies Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*. Brief van de Staatssecretaris van OCW aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 12 juli 2013. Kenmerk 426681.

⁵ De raad zal in dit advies steeds artikelen van de WPO noemen, maar hij bedoelt hiermee tevens de gelijklopende bepalingen in andere sectorwetten, voor zover relevant.

ernstig of langdurig tekortschieten is. Aldus geeft de wet de indicatoren op grond waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van falende onderwijskwaliteit.

De Inspectie ziet (onder andere) toe op de kwaliteit van scholen en kan op grond van haar bevindingen aangeven of een school voldoende of onvoldoende kwaliteit biedt. In het laatste geval kan de school het predicaat zwak of zeer zwak krijgen. De school (lees: het bevoegd gezag) zal altijd de gelegenheid krijgen om kwaliteit te verbeteren. Omdat veel scholen die gelegenheid ook daadwerkelijk te baat nemen, is de raad met de Raad van State van mening dat het niet aangaat om besturen van een zeer zwakke school niet toe te staan een nieuwe school en/of een nevenvestiging op te richten en bekostiging daarvan aan te vragen.⁶ Scholen moeten in de gelegenheid worden gesteld de kwaliteit te verbeteren. Ook besturen van andere scholen die een (zeer) zwakke school te hulp schieten door deze onder hun hoede te nemen, zouden hiervoor niet moeten worden 'gestraft' door nieuwe scholen en/of een nevenvestiging onder deze besturen niet te bekostigen.

c. Aanwijzing rechtspersoon

Er dient echter een uitdrukkelijk onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de toekenning van het predicaat zwak of zeer zwak en anderzijds de situatie dat het bevoegd gezag (de rechtspersoon) een aanwijzing van de minister heeft gekregen vanwege wanbeheer van een of meer bestuurders of toezichthouders (artikel 163b, eerste lid, WPO). Hieronder is – krachtens een recente wetwijziging⁷ – tevens begrepen de situatie van ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de school en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel van primair onderwijs in gevaar komt (artikel 163b, tweede lid, sub b, WPO). Het geven van een aanwijzing moet worden gezien als een ultimatum remedium en als het bieden van een allerlaatste gelegenheid aan een school om alsnog aan de voor haar geldende eisen te voldoen. Hier is altijd een geïntensiveerd toezichtregime van de Inspectie aan vooraf gegaan, waarvan ook het bestuur van de rechtspersoon op de hoogte is, of althans behoort te zijn.⁸ Van het bestuur van de rechtspersoon mag in dit soort situaties ook worden verwacht dat het zich terdege inzet om de onwenselijke situatie van tekortschieten op de betreffende school op te heffen.

De raad meent dan ook dat als de minister geen andere mogelijkheid rest dan een aanwijzing te geven, het redelijk is de rechtspersoon aan te rekenen dat zij niet in staat is gebleken de ongewenste situatie uit eigen beweging op te heffen. In dit geval acht de raad het proportioneel en adviseert hij te regelen dat de rechtspersoon die met betrekking tot een van haar scholen een aanwijzing heeft gekregen, wordt uitgesloten van het recht op bekostiging van een nieuwe school of nevenvestiging. De aanwijzing geldt dan als (objectieve) grond op basis waarvan dit rechtsgevolg zich voordoet. Een dergelijke uitsluiting dient echter wel in de tijd begrensd te worden.⁹ Het ligt voor de hand om aan te sluiten bij de termijn die het Burgerlijk Wetboek (BW) in soortgelijke situaties voorschrijft, te weten vijf jaren.¹⁰ Overigens dient hiervan te worden uitgezonderd de situatie waarin de rechtspersoon een gemeente is, nu volgens het vierde lid van artikel 23 Grondwet de gemeente tot taak heeft te voorzien in openbaar onderwijs in een genoegzaam aantal scholen. De gemeente kan daarom niet worden uitgesloten van de bevoegdheid om nieuwe scholen te stichten.

⁶ Raad van State (2012). *Advies over initiatiefwetsvoorstel Çelik*. Kamerstukken II, 2011–2012, 33 218, nr. 4.

⁷ Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs, Stb. 2013, 558.

⁸ Artikel 11, vijfde lid, jo. artikel 14 van de WOT.

⁹ Raad van State (2012).

¹⁰ Artikel 2:298, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek.

d. Weren onbehoorlijke bestuurder(s)

Tevens kan de minister, als belanghebbende, via een civielrechtelijke procedure de rechtbank verzoeken de bestuurder(s) te ontslaan in geval van wanbeheer (artikel 2:298 BW).¹¹ Een bestuurder die via deze procedure door de rechtbank ontslagen is, kan van rechtswege gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting meer worden (artikel 2:298, derde lid, BW). In dit geval is aanvullende regelgeving dus niet nodig.

In dit verband wijst de raad ook op het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, dat thans ter consultatie op internet is geplaatst en dat beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht in onder meer de semipublieke sectoren te verbeteren.¹² In dit voorontwerp wordt onder meer geregeld dat bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en dat de mogelijkheden tot ontslag door de rechtbank van bestuurders en toezichthouders van een stichting, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, worden verruimd. Die verruiming behelst ingevolge het voorgestelde artikel 2:298, eerste lid, sub a, BW: "1. Een bestuurder kan op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen indien: a. hij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld." Volgens de toelichting bij dit artikelonderdeel kan hiervan sprake zijn "wanneer de betreffende bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult of heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en daardoor schade voor de stichting en de met haar verbonden organisatie optreedt of is opgetreden. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de betreffende bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak heeft gericht naar zijn eigen belang in plaats van dat van de stichting en de met haar verbonden organisatie en daarvan schade voor de stichting het gevolg is, wanneer de betreffende bestuurder iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten van de stichting en daardoor voor de stichting schade optreedt of wanneer de bestuurder zich zodanig opstelt dat daardoor sprake is van een disfunctioneren van de stichting met schade voor de stichting en de met haar verbonden organisatie als gevolg."¹³ Overigens is deze opsomming niet limitatief bedoeld, maar wil deze laten zien dat de "open geformuleerde ontslaggrond (...) enerzijds ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het geval en anderzijds lichtvaardige ontslagverzoeken zoveel mogelijk tegen gaat."¹⁴

Aangezien deze voorgenomen wetswijziging ook van toepassing is op bestuurders en toezichthouders in het onderwijs, lijkt het niet nodig om daarnaast nog specifieke regels hierover in onderwijswetgeving op te nemen.

De raad heeft in dit kader nog overwogen of het wenselijk is om aan de ministeriële aanwijzing bij wanbeheer het wettelijke gevolg te verbinden dat individuele bestuurders voor een bepaalde periode een bestuursverbod wordt opgelegd. Het verschil met het voorgaande is dat het verbod dan bij bestuursbesluit ontstaat en wordt geëffectueerd, en dat rechterlijke tussenkomst pas achteraf kan plaatsvinden. De raad meent echter dat aan deze constructie een groot bestuurlijk risico verbonden is. Te verdedigen valt dat het rechtsgevolg van het bestuursverbod waartoe de aanwijzing leidt, als gevolg van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten

¹¹ Artikel 2:298 BW luidt als volgt:

1. Een bestuurder die:

a. iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, of
b. niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank, ingevolge artikel 297, gegeven bevel, kan door de rechtbank worden ontslagen. Dit kan geschieden op verzoek van het openbaar ministerie of iedere belanghebbende.

2. De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen.

3. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting worden.

Zie ook: Rechtbank 's Hertogenbosch 30 januari 2008, JOR 2008/69, Stichting Islamitische Scholen Helmond.

¹² *Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen* (2014). Zie

<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

¹³ *Ambtelijk voorontwerp Memorie van Toelichting Voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen* (2014). Zie

<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

¹⁴ Idem.

van de Mens als een strafvervolgung, een 'criminal charge' moet worden aangemerkt in de zin van artikel 6 EVRM. Dat brengt dan met zich mee dat de aanwijzing met de nodige procedurele (onschuldpresumptie, zwijgrecht) en materiële waarborgen (bewijslast minister inzake schuld en wederrechtelijkheid) moet zijn omkleed. Indien dit inderdaad de consequenties zijn, wordt er een zodanig zware last op het handelen van de minister en op het middel van de aanwijzing gelegd dat de 'winst' van deze constructie twijfelachtig is. De raad adviseert daarom hiertoe niet over te gaan. Ook gezien het voorgaande, met name de beschreven initiatieven tot verruiming van de eisen in boek 2 BW, is daarvoor geen urgente noodzaak aanwezig.

2. Voorkomen van ondeugdelijke scholen in het algemeen

De overheid draagt zorg voor de instandhouding van een onderwijsstelsel waarin de kwantiteit en kwaliteit van onderwijs gewaarborgd zijn. Daartoe kan de overheid eisen stellen aan het onderwijs, waarbij de vrijheid van richting en inrichting van bijzondere scholen in acht dient te worden genomen (artikel 23 Grondwet). De raad heeft in eerdere adviezen benadrukt dat deze eisen noodzakelijk, relevant, objectief en proportioneel moeten zijn.

De huidige methode van in aanmerking brengen voor bekostiging en huisvesting beoogt voldoende ruimte te bieden voor de stelselverantwoordelijkheid van de overheid enerzijds en de vrijheid van onderwijs anderzijds. In beginsel slaagt die methode daar in. Toch is recent gebleken dat de huidige procedures op onderdelen soms tekortschieten als het gaat om het waarborgen van kwalitatief goed onderwijs. Naar aanleiding daarvan zijn de vereisten aan het bevoegd gezag van onderwijsinstellingen verscherpt. Er is bepaald dat zij zo spoedig mogelijk na ontvangst van de beschikking waarin is vermeld dat de bekostiging een aanvang zal nemen, bij de Inspectie dienen aan te tonen dat hun instelling kan voldoen aan de vereisten met betrekking tot de bekwaamheid van degenen die onderwijs geven en de voorschriften omtrent onderwijstijd. Binnen een maand na aanvang van de bekostiging dient het bevoegd gezag gegevens te verstrekken met betrekking tot dezelfde aspecten én het schoolplan.¹⁵

De raad heeft in zijn advies *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief* in overweging gegeven om deze eisen reeds in een eerder stadium aan onderwijsinstellingen te stellen, namelijk ná de oprichting maar vóór bekostiging van de school.¹⁶ Hij adviseerde dat de aanvragende rechtspersoon deze bescheiden aan de minister moet verstrekken, zodat laatstgenoemde die kan betrekken bij het besluit om een aanvraag voor bekostiging al dan niet toe te wijzen. Tevens zouden hier eisen ten aanzien van de governance-structuur aan moeten worden toegevoegd. Deze zouden afdoende inzicht moeten bieden in de voorgenomen organisatiestructuur en de daarbij behorende taak- en verantwoordelijkheidsverdeling tussen bestuur en intern toezichthouder. In aanvulling hierop merkt de raad op dat het overleggen van een verklaring omtrent gedrag, zoals thans verlangd van de directie en het onderwijzend en ondersteunend personeel, ook kan worden gevraagd van de bestuurders en toezichthouders. Dit is passend in het kader van de huidige inzichten omtrent de publieke verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichthouders van bekostigde onderwijsinstellingen.

Samenvattend komt de raad tot de volgende aanbevelingen.

- Hij adviseert de directe meting toe te passen om het te verwachten aantal leerlingen op een nieuwe school te bepalen.
- Hij adviseert om het bestuur van een school die een aanwijzing van de minister heeft gekregen, te beperken in zijn mogelijkheden om een nieuwe school/nevenvestiging bekostigd te krijgen.

¹⁵ Wet van 19 november 2012 houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht (WOT) inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen. Inwerkingtreding: 1 augustus 2013. In 2009 als initiatiefwetsvoorstel ingediend door het toenmalige Kamerlid J.J. van Dijk.

¹⁶ Onderwijsraad (2012).

- Hij adviseert om aan het bestuur van een onderwijsinstelling ná oprichting maar vóór bekostiging de eis te stellen dat zij bewijzen te kunnen voldoen aan de volgende voorwaarden:
 - het onderwijspersoneel is bevoegd;
 - de governance-structuur voldoet aan de eisen;
 - een schoolplan is in voorbereiding; en
 - voor de direct onderwijsgevenden, de bestuurders en de toezichthouders kan een verklaring omtrent gedrag worden getoond.

Door bovengenoemde maatregelen kan, meer dan nu het geval is, tegemoet worden gekomen aan het streven om te voorkómen dat scholen zullen worden bekostigd, waarvan in redelijkheid te verwachten valt dat deze niet aan de voor hen geldende wettelijke eisen zullen voldoen.

Met beleefde groet,



Prof. dr. G.T.M. ten Dam
Voorzitter



Drs. A. van der Rest
Secretaris