

Vergaderjaar 2009–2010

**32 134**

## **Wijziging van enige onderwijswetten inzake samenwerkingscholen**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 12 mei 2009 en het nader rapport d.d. 8 september 2009, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens haar ambtgenoot van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 12 februari 2009, no. 09.000368, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mevrouw S. A. M. Dijkma, mede namens staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mevrouw M. van Bijsterveldt-Vliegenthart, en de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van enige onderwijswetten inzake samenwerkingscholen, met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat een openbare en bijzondere school institutioneel fuseren tot één school die zowel openbaar als bijzonder onderwijs aanbiedt. Het voorstel heeft betrekking op scholen voor primair onderwijs, scholen als bedoeld in de wet op de expertisecentra en scholen voor voortgezet onderwijs.<sup>2</sup>*

*De Raad van State maakt naar aanleiding van dit voorstel opmerkingen over onder meer het criterium dat de reikwijdte van het voorstel aangeeft, de positie van het personeel en de eigenwachtgelder, de beëindiging van de samenwerking en de samenwerkingschool en de planprocedure. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 februari 2009, nr. 09000368, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 12 mei 2009, nr. W05.090034/I, bied ik U hierbij aan.

#### **1. Inleiding**

*Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat in één school zowel bijzonder als openbaar onderwijs wordt gegeven. Lange tijd heeft de wetgever zich op het standpunt gesteld dat het in artikel 23 van de Grondwet neergelegde duale stelsel samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs uitsluit omdat een school die uitgaat van de overheid geen bijzonder onderwijs kan geven, en omgekeerd. Omdat er in de loop der jaren echter enkele tientallen samenwerkingscholen ontstonden die pretenderen openbaar én bijzonder onderwijs aan te bieden, de regering het wenselijk vond om ruimte te bieden*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Hoewel in het advies alleen wordt verwezen naar de voorgestelde wijzigingen in de Wet op het primair onderwijs, zijn de opmerkingen van de Raad ook van toepassing op dienovereenkomstige wijzigingen in de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet op de expertisecentra.

aan nieuwe maatschappelijke initiatieven en zij voor openbaar en bijzonder onderwijs gelijke mogelijkheden tot samenwerking wilde realiseren, werd in 2001 een voorstel tot wijziging van artikel 23 van de Grondwet ingediend. De Raad heeft destijds principiële bezwaren tegen de samenwerkingsschool naar voren gebracht.

In het voorstel van de regering, dat was gebaseerd op een advies van de Onderwijsraad, werd een gewijzigde tekst van het vierde lid voorgesteld, luidend:

«In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.»

Aanvankelijk gaf de regering aan de voorgestelde tekst de uitleg dat de samenwerkingsschool een reguliere variant zou zijn, in plaats van een uitzondering op de hoofdregel dat in elke gemeente «van overheidswege» openbaar onderwijs wordt gegeven in een openbare school. Na parlementaire kritiek sloot de regering zich aan bij de visie van de Onderwijsraad, dat de samenwerkingsschool niet het resultaat kan zijn van schoolstichting, maar slechts mogelijk is als resultaat van een fusie van bestaande scholen.<sup>1</sup> In 2006 werd het voorstel in tweede lezing aanvaard. Daaraan droeg bij dat de grondwetgever beschikte over een proeve van een wetsvoorstel, waarmee inzicht werd geboden in de wijze waarop de regering de samenwerkingsschool wilde regelen. De proeve hanteerde als criterium dat een samenwerkingsschool uitsluitend tot stand kan komen, wanneer een school met opheffing wordt bedreigd als gevolg van te weinig leerlingen (namelijk indien het aantal leerlingen van minstens één van de scholen die een samenwerkingsschool willen vormen, in enig jaar minder bedraagt dan de opheffingsnorm).

## 2. Reikwijdte en criteria

Uit de gewijzigde tekst van artikel 23, vierde lid, van de Grondwet en uit de geschiedenis van deze eerste inhoudelijke wijziging sinds de invoering van het duale bestel in 1917, blijkt dat de samenwerkingsschool slechts in uitzonderingssituaties mogelijk wordt geacht. Het gaat dan om situaties waarin de school als gevolg van een tekort aan leerlingen moet worden opgeheven en er geen mogelijkheid is om samen te gaan met een andere school van dezelfde of andere richting, of, indien het een openbare school betreft, met een andere openbare school. Ook uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat uitdrukkelijk wordt beoogd het duale bestel te handhaven en dat het wetsvoorstel uitsluitend betrekking heeft op het geval dat een samenwerkingsschool een (laatste) mogelijkheid is om opheffing van een school te voorkomen, door openbaar en bijzonder onderwijs met dat oogmerk in één school te laten samenwerken. Het voorgestelde artikel 17a, tweede lid, WPO bepaalt dat een samenwerkingsschool uitsluitend tot stand kan komen indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven en de school daardoor niet onder de opheffingsnormen, bedoeld in artikel 154, blijft of geraakt. In het laatste geval toont het bevoegd gezag aan de hand van een prognose van de ontwikkeling van het aantal leerlingen aan dat de school onder de opheffingsnormen dreigt te geraken. De Raad merkt hierover het volgende op.

Een basisschool wordt in de regel opgeheven, dan wel de bekostiging ervan beëindigd, indien de school meer dan drie achtereenvolgende jaren onder de voor de hem geldende opheffingsnorm blijft.<sup>2</sup> Wanneer een openbare school minder dan 23 leerlingen heeft, kan hij ook open blijven, mits binnen 10 kilometer geen school aanwezig is waarbinnen openbaar onderwijs wordt gegeven.<sup>3</sup> Evident is dat wanneer een school drie achtereenvolgende jaren onder de opheffingsnorm blijft en geen beroep kan doen op de voor die school geldende uitzonderingen of op de garantiefunctie voor het openbaar onderwijs, de continuïteit van het onderwijs in de zin van het voorstel niet langer gehandhaafd kan blijven. Indien aangetoond kan worden dat, nadat de school in enig jaar onder de opheffingsnorm is geraakt, de school over twee jaar van rechtswege zal worden opgeheven, behoort de vorming van een samenwerkingsschool dus tot de mogelijkheden. Volgens het voorstel kan een

<sup>1</sup> Volgens de Onderwijsraad, Samen verder, blz. 9 wordt met deze mogelijkheid «de meest voorkomende situatie bestreken waarin een samenwerkingsschool nodig wordt geacht. Dat is in het geval twee binnen redelijke afstand van elkaar gelegen openbare en bijzondere scholen afzonderlijk niet meer kunnen blijven bestaan, maar op samengaan zijn aangewezen om, zij het in gefuseerde vorm, te kunnen blijven voortbestaan.»

<sup>2</sup> Artikel 153, eerste lid, WPO. Opheffing kan worden voorkomen wanneer de school binnen een straal van vijf kilometer de laatste school van de richting is (of de laatste openbare school) en minimaal 50 leerlingen telt (artikel 153, vierde lid WPO), of wanneer de gemiddelde schoolgrootte van de scholen onder het bevoegd gezag waaronder de school valt boven de norm voor de gemiddelde schoolgrootte zit. In dat geval moet de school wel tenminste 23 leerlingen hebben (artikel 157 WPO).

<sup>3</sup> Artikel 153, vijfde lid, WPO.

samenwerkingsschool ook tot stand komen indien het bevoegd gezag aan de hand van een prognose aantoont dat de school onder de opheffingsnormen dreigt te geraken. Een vraag die het voorstel niet beantwoordt, is aan welke periode daarbij dient te worden gedacht. Omdat de termijn waarop de prognose betrekking moet hebben onbepaald is, is het mogelijk dat een samenwerkingsschool van start gaat voordat de discontinuïteit zich in objectieve zin voordoet, dat wil zeggen het tijdstip aanbreekt waarop de school feitelijk dient te worden opgeheven. De Raad adviseert hieraan nader aandacht te besteden en bij het bepalen van deze termijn uit te gaan van een objectief vast te stellen criterium. Daarbij kan worden gedacht aan een termijn van vijf jaar, die ook geldt bij de termijn voor de oprichting van nieuwe scholen.<sup>1</sup> Op deze wijze wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat de samenwerkingsschool alleen is toegestaan in uitzonderingssituaties en heeft de met opheffing bedreigde school maximaal vijf jaar voor de feitelijke opheffing de tijd om de samenwerking voor te bereiden.

### 3. Personeel en eigen-wachtgelderbepalingen

a. Volgens artikel 17a, vierde lid, wordt het personeel benoemd krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Volgens de toelichting ligt de verantwoordelijkheid voor het personeelsbeleid bij het bevoegd gezag. Daaruit volgt dat als een personeelslid is benoemd aan de samenwerkingsschool, ervan dient te worden uitgegaan dat dit personeelslid inzetbaar is in het openbaar en het bijzonder onderwijs. Derhalve is het van belang dat bij benoeming en ontslag van personeel de bestuursleden van de stichting die de samenwerkingsschool in stand houdt daarmee hun instemming betuigen, zodat in de praktijk van alledag de samenwerking zo goed mogelijk gestalte kan krijgen. Het is de Raad opgevallen dat het voorgestelde artikel 17a, zesde lid, wel bepaalt dat de statuten in ieder geval voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling wat betreft het bestuur, maar niet voorziet in een vergelijkbare regel met betrekking tot het personeelsbeleid. De Onderwijsraad heeft erop gewezen dat het voorstelbaar is dat het bevoegd gezag bij de vervulling van vacatures nu eens het openbaar onderwijs en dan weer het bijzonder onderwijs zal willen bedienen. De Onderwijsraad geeft het advies om in de wet te bepalen te bepalen dat de statuten in dit opzicht waarborgen bevatten, zoals de eis dat benoeming en ontslag van het personeel niet zal plaatsvinden als (een meerderheid van) de bestuursleden van enerzijds het openbaar en van anderzijds het bijzonder onderwijs daartegen bezwaar maken. In de toelichting wordt aan deze aanbeveling geen aandacht besteed. De Raad adviseert dat alsnog te doen, en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. In de toelichting wordt erop gewezen dat de wettelijke verplichtingen omtrent «eigen wachtgelders» onverkort van toepassing blijven. De Raad merkt hierover op dat deze passage in overeenstemming is met de hiervoor geciteerde zin uit de toelichting waarin uiteen wordt gezet dat het personeel dat is benoemd aan de samenwerkingsschool in dienst is van het bevoegd gezag en dus in beginsel benoembaar is op alle scholen. Dit kan anders zijn bij het personeel dat verbonden is aan de scholen die fuseren tot samenwerkingsschool. Omdat wachtgeldconsequenties worden toegerekend aan de instelling, betekent dit dat een leraar die is aangesteld voor het bijzonder onderwijs, in voorkomend geval ook openbaar onderwijs zal moeten verzorgen en omgekeerd. Dit kan er toe leiden dat het bevoegd gezag gehouden is een personeelslid te ontslaan omdat deze in verband met diens godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging een functie weigert. Bij de toepassing van de eigen-wachtgelderbepalingen kunnen deze denominatieve problemen zich eveneens manifesteren. Volgens de Onderwijsraad biedt een bepaling als artikel 184, vierde lid, WPO, waarin het participatiefonds slechts verplicht wordt identiteitsoverwegingen bij zijn oordeelsvorming te betrekken, onvoldoende garanties en zal er een aparte regeling dienen te worden getroffen. Verder heeft de regering toegezegd wat betreft het voortgezet onderwijs aan deze problematiek nader aandacht te besteden.<sup>2</sup> Gelet op het voorgaande adviseert de Raad in de toelichting een duidelijke en consistente uiteenzetting op te nemen ter zake van de toepassing van de eigen-wachtgelderbepalingen en deze zo nodig aan te vullen met bepalingen voor de samenwerkingsschool.

### 4. Beëindiging van de samenwerking

<sup>1</sup> Artikel 75 WPO.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VIII, nr. 3.

*Indien de stichting die de samenwerkingsschool in stand houdt, wordt opgeheven of ontbonden, dient de vraag te worden beantwoord of de school als een openbare of een bijzondere school blijft voortbestaan of dat het einde van de samenwerking tevens het einde van de school betekent. Ook is denkbaar dat de oorspronkelijke scholen als afzonderlijke scholen verder willen gaan.*

*De Raad is van oordeel dat deze scholen, gelet op de bijzondere voorwaarden waaronder zij als samenwerkingsschool tot stand zijn gekomen en hun bijzondere karakter, na splitsing in redelijkheid niet kunnen worden beschouwd als nieuwe scholen. De Raad adviseert te bepalen dat de statuten in elk geval voorzien in een regeling op welke wijze en in welke hoedanigheid de school voortbestaat, en in de wet te voorzien dat de levensvatbaarheid van de afzonderlijke scholen uitsluitend wordt beoordeeld aan de voor die scholen geldende opheffingsnormen.*

#### *5. De samenwerkingsschool en de planprocedure*

*Volgens het voorstel is een samenwerkingsschool een bijzondere noch een openbare school, met dien verstande dat de voorschriften die gelden voor bijzondere scholen van overeenkomstige toepassing zijn. Wanneer een nieuwe school wordt opgericht, moet – alvorens deze voor bekostiging in aanmerking kan worden gebracht – worden bezien op welke scholen binnen redelijk afstand (dat kunnen ook samenwerkingsscholen zijn) het onderwijs van de betreffende richting of openbaar onderwijs wordt gegeven. Indien binnen redelijke afstand een samenwerkingsschool ligt, waarin tevens onderwijs wordt gegeven van de gewenste richting (onderscheidenlijk openbaar onderwijs), wordt de plaatsruimte op die samenwerkingsschool in zijn geheel meegenomen. De situatie is dus voor een nieuwe openbare of een nieuwe bijzondere school niet anders dan wanneer er in plaats van de samenwerkingsschool nog sprake zou zijn van de oorspronkelijke scholen waaruit de samenwerkingsschool is ontstaan, aldus de toelichting.*

*Hoewel een samenwerkingsschool niet uitgaat van de overheid en daarom geen openbare school is, wordt daarin wel openbaar onderwijs gegeven, waartoe ruimte is geboden door het gewijzigde artikel 23, vierde lid, van de Grondwet. In zoverre is het logisch dat bij het bepalen van de behoefte aan openbaar onderwijs rekening wordt gehouden met de leegstand op de samenwerkingsschool. Het bijzonder onderwijs kent verschillende richtingen. Bij het bepalen van de behoefte aan bijzonder onderwijs zal rekening moeten worden gehouden met de richting van het bijzonder onderwijs in de samenwerkingsschool.*

*Het is de Raad niet op voorhand duidelijk hoe de identiteit van de samenwerkingsschool moet worden bepaald, nu de samenwerkingsschool, anders dan een school van een richting, zowel bijzonder onderwijs van een bepaalde richting als openbaar onderwijs verzorgt. Hij adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan.*

#### *6. Overige opmerkingen*

*a. Het voorgestelde artikel 17a, negende lid bepaalt dat de gemeenteraad ingeval van ernstige taakverwaarlozing de maatregelen neemt die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen voor zover het openbaar onderwijs betreft. Volgens de laatste volzin wordt de feitelijke samenwerking beëindigd op 1 augustus van het jaar na een daartoe gezamenlijk genomen besluit.*

*Het is de Raad opgevallen dat slechts bij ernstige taakverwaarlozing kan worden ingegrepen, en dat dit ingrijpen er kennelijk in bestaat dat de school ter waarborging van het onderwijsproces wordt opgeheven. De Raad adviseert toe te lichten waarom deze bevoegdheid beperkt is tot ernstige taakverwaarlozing en aan te geven op welke wijze erin kan worden voorzien dat, ondanks de opheffing van de school, aan de behoefte aan openbaar onderwijs wordt tegemoetgekomen.*

*b. Artikel V bevat overgangsrecht voor bestaande samenwerkingsscholen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen scholen waarin op grond van artikel 84 WPO of artikel 63 van de Wet op het basisonderwijs openbaar en bijzonder onderwijs in een school samenwerken, en scholen waarbij dat formeel niet het geval is, maar die pretenderen bijzonder en openbaar onderwijs aan te bieden. De eerste scholen wordt na aanvaarding van het*

voorstel een termijn van zes maanden gegund om zich om te vormen tot een samenwerkingschool in de zin van het voorstel. Besturen hoeven hun statuten echter niet te wijzigen en kunnen op de oude voet doorgaan. Samenwerkingscholen die niet onder de overgangsbepaling vallen, en die thans een openbare of een bijzondere school zijn, zullen om een samenwerkingschool in de zin van de wet te worden aan alle eisen moeten voldoen waaraan ook nieuw te vormen samenwerkingscholen moeten voldoen. De Raad stelt vast dat als de overgangsbepaling is uitgewerkt, er twee soorten scholen over blijven. Enerzijds samenwerkingscholen in de zin van artikel 23 Grondwet en dit wetsvoorstel en anderzijds, al naar gelang de rechtsvorm, openbare scholen of bijzondere scholen met een eigen identiteit. De Raad adviseert in de toelichting de gevolgen en de betekenis van dit onderscheid nader uiteen te zetten.

c. Het voorgestelde artikel 17a, tiende lid, houdt in dat een geschil omtrent het toezicht op de samenwerkingschool en omtrent de uitlegging van de statuten van de samenwerkingschool wordt voorgelegd aan een geschillencommissie van deskundigen. Het voorleggen van een geschil wordt gelijkgesteld met het instellen van administratief beroep, de uitspraak van de geschillencommissie met een beslissing in administratief beroep. Tegen die uitspraak staat beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Raad merkt op dat een samenwerkingschool in de zin van het wetsvoorstel door een stichting in stand wordt gehouden. Het toezicht op en de uitleg van de statuten is een zaak van het bestuur en dan ook een louter privaatrechtelijke aangelegenheid.<sup>1</sup> Het voorstel om dit soort geschillen onder de bestuursrechter te brengen, doet geen recht aan het in het Nederlandse rechtsstelsel verankerde onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht, en het daarmee samenhangende onderscheid tussen het op het publiekrecht gebaseerde openbaar onderwijs en het in het privaatrecht geordende bijzonder onderwijs, alsmede de daarmee corresponderende rechtsgangen bij respectievelijk de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De Raad adviseert uitsluitend te voorzien in de mogelijkheid een geschil aan een geschillencommissie voor te leggen, wat de gang naar de burgerlijke rechter niet uitsluit.

Volgens de Raad van State is de termijn betreffende de prognose op basis waarvan moet worden aangetoond dat de school onder de opheffingsnorm dreigt te vallen, te onbepaald. Het advies om in de wet een termijn op te nemen waarop de prognose betrekking moet hebben, is overgenomen. Gekozen is voor een termijn van 6 jaar omdat dit aansluit bij de gegevensverzameling door Cfi ten behoeve van de prognoses in het kader van de voorzieningsplanning in het voortgezet onderwijs.

Volgens de Raad van State moet bij een uitspraak van de geschillencommissie worden uitgegaan van de reguliere privaatrechtelijke rechtsgang. Het advies om deze uitspraak niet als administratief beroep aan te merken is overgenomen.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is de memorie van toelichting op de volgende punten aangevuld: evenwichtige zeggenschapsverdeling bij het personeelsbeleid, de toepassing van de eigen wachtgelderbepaling, na splitsing toetsen aan de stichtingsnormen, de identiteit van samenwerkingschool bij het bepalen van leegstand, de taakverwaarlozingsregeling en de situatie na het uitwerken van de overgangsbepaling.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

<sup>1</sup> Zie het voorgestelde artikel 17a, zesde lid, onder d.

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,  
S. A. M. Dijkma