

# Het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' in het licht van artikel 23 Grondwet

Prof. mr. M.T.A.B. Laemers

Mr. S. Philipsen

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

Amsterdam/ Rotterdam/ Tilburg

Mei 2016



## Inhoud

1.	Inleiding	5
1.1	Onderzoeksvraag	6
1.2	Toetsingskader en aanpak	6
2.	Algemene opmerkingen	9
2.1	De noodzaak van stabiliteit en een evenwichtige belangenafweging	9
2.2	Schoolstichting en krimp	10
2.3	Toekomstige ontwikkelingen	11
3.	Richting	13
3.1	Historie	13
3.2	Laatste school van een richting	14
3.2.1	Een (positieve) verplichting?	15
3.2.2	Handhaven bescherming?	16
3.2.3	Overgangperiode	18
3.3	Substituut-kerndoelen	18
3.3.1	Verenigbaarheid met artikel 23 Grondwet	19
3.3.2	Substitutiemogelijkheid en het concept-wetsvoorstel	20
3.4	De 'plaats' van het grondwettelijke begrip richting	20
4.	Aan de bekostigingsbeslissing voorafgaand toezicht	23
4.1	Deugdelijkheidseisen	24
4.2	Overige elementen van kwaliteit	25
4.3	Rol van de minister	27
4.4	Integriteitseisen bij aanvang bekostiging	28
4.3.1	Toetsing rechtspersonen die een school willen stichten	29
4.3.2	Toetsing doel rechtspersoon	30
4.3.3	Toetsing bestuurders	31
4.3.4	Toetsing van het functioneren van de rechtspersoon	32
5.	Belangstellingsmeting	35
5.1	Opzet belangstellingsmeting	35
5.2	Ruime delegatiebevoegdheid	36
5.3	Ouderverklaringen	37
5.3	Marktonderzoek	39
5.4	Opbouw van de nieuwe school	39
6.	Slotopmerkingen met betrekking tot de positie van bestaande scholen en gemeenten	41



## 1. Inleiding

Op 13 januari 2016 verscheen het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' op internet voor consultatie. Dit concept-wetsvoorstel beoogt een wijziging te brengen in de bekostigingssystematiek voor zowel het primair als het voortgezet onderwijs.

Het concept-wetsvoorstel is ingegeven door de constatering dat het in Nederland welhaast onmogelijk is om een bekostigde school te stichten.<sup>1</sup> Als belangrijkste oorzaak voor deze onmogelijkheid wordt door de regering gewezen op de prominente rol die het richtingbegrip in de bekostigingswetgeving speelt. Het concept-wetsvoorstel schrapt dan ook het begrip richting en de daarmee nauw verbonden prognosesystematiek uit de bekostigingswetgeving. De godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school zal in het vervolg geen rol meer spelen bij de bekostigingsbeslissing. Of een school in aanmerking komt voor bekostiging wordt voortaan primair bepaald aan de hand van de vraag of de school in staat zal zijn voldoende leerlingen aan zich te binden. Daarnaast introduceert dit wetsvoorstel in aanvulling op deze kwantitatieve maatstaf een aan de bekostigingsbeslissing voorafgaande kwaliteitstoets.

Als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen zoals secularisatie, individualisering en ontzuiling staat het richtingbegrip als belangrijkste ordeningsprincipe van het onderwijsaanbod al langere tijd onder druk.<sup>2</sup> De vooronderstelling die aan een op richting gebaseerd onderwijsaanbod ten grondslag ligt is immers dat dit recht doet aan de voorkeuren die ouders ten aanzien van het onderwijs van hun kinderen hebben. Het concept-wetsvoorstel gaat ervan uit dat vandaag de dag niet langer kan worden aangenomen dat deze vooronderstelling juist is.

Door het richtingbegrip te schrappen moet een aanbod ontstaan dat beter aansluit bij de belangstelling van ouders. Zo probeert het concept-wetsvoorstel aan stichtingsinitiatieven meer mogelijkheden te bieden om voor bekostiging in aanmerking te komen. De verwachting is dan ook dat door het concept-wetsvoorstel meer dynamiek in het onderwijsaanbod ontstaat. Die dynamiek moet op de eerste plaats ten goede komen aan de ouders die hun (opvoedkundige of godsdienstige) voorkeuren niet in het onderwijsaanbod zien terugkomen, maar daarnaast moet een toename van de dynamiek ook leiden tot (meer) ruimte voor onderwijsvernieuwers. Dit zou positieve uitstralingseffecten voor het stelsel als geheel tot gevolg hebben.<sup>3</sup>

Het scheppen van meer vrijheid voor de stichting van bekostigde scholen gaat in het concept-wetsvoorstel gepaard met de introductie van nieuwe waarborgen die moeten voorkomen dat van de (grotere) vrijheid misbruik gemaakt zal gaan worden. Daartoe wordt een aan de bekostigingsbeslissing *voorafgaande* kwaliteitstoets ingevoerd en wordt het mogelijk om ook van scholen die wel al bekostigd worden, maar nog geen leerresultaten hebben de bekostiging te beëindigen wegens een tekortschietende kwaliteit. De toelichting bij het concept-wetsvoorstel stelt in dit kader: 'De procedure voor het starten van nieuwe scholen moet de juiste balans bevatten tussen ruimte, kwaliteit en doelmatigheid.'<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> In gelijke zin: Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012, p. 27.

<sup>2</sup> M.T.A.B. Laemers, *Richtingvrije planning: een zachte dood gestorven*, in: R. de Lange & L.J.J. Rogier (red.), *Onderwijs en onderwijsrecht in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 99-120.

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, p. 26.

<sup>4</sup> Memorie van toelichting, p. 27.

## 1.1 Onderzoeksvraag

In de adviesopdracht is aan de onderzoekers van het NCOR de volgende vraag voorgelegd:

*Hoe dienen de grondwettelijke aspecten van het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' beoordeeld te worden in het licht van artikel 23 Grondwet en het eerder uitgebrachte advies van de NCOR-hoogleraren 'Vrijheid van Stichting'?<sup>5</sup>*

Het eerdere NCOR-advies 'Vrijheid van stichting' vormt het vertrekpunt van het onderhavige onderzoek. Wij zullen in de navolgende hoofdstukken dan ook niet nogmaals aandacht besteden aan de vragen die in dat eerdere advies onomwonden zijn beantwoord. Dat geldt onder andere voor de vraag of de invoering van een stelsel van richtingvrije planning in overeenstemming is met de Grondwet.<sup>6</sup> Wij concentreren ons in dit onderzoek op de verenigbaarheid van de door de regering uitgewerkte *modaliteit* van richtingvrije planning met artikel 23 Grondwet.<sup>7</sup> Wanneer relevant zullen wij volstaan met een verwijzing naar het eerdere NCOR-advies.

## 1.2 Toetsingskader en aanpak

Het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' beoogt een fundamentele wijziging aan te brengen in de uitwerking van de vrijheid van stichting als een van de kernvrijheden van artikel 23 Grondwet. Op deze wijze wordt beoogd de vrijheid van stichting opnieuw materiële betekenis te geven. Doordat het concept-wetsvoorstel artikel 23 Grondwet in de kern beroert, roept het een groot aantal afzonderlijke (deel)vragen op. Gezien de beperkte tijd die ons voor dit onderzoek ter beschikking stond, hebben wij ons bij de beantwoording van de hoofdvraag evenwel moeten concentreren op de belangrijkste door het concept-wetsvoorstel te introduceren maatregelen, te weten: het schrappen van het richtingbegrip, het invoeren van een ex ante kwaliteitstoets en de wijziging in de methodiek voor de berekening van het leerlingenpotentieel. Daarnaast maken wij onder verwijzing naar het advies 'Vrijheid van stichting' opmerkingen over de invoering van een ex ante rechtsstatelijkheidstoets.

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag vormde artikel 23 Grondwet telkens het centrale toetsingskader. Daarnaast was het NCOR-rapport 'Vrijheid van stichting' het centrale vertrekpunt voor de beantwoording van de hoofdvraag. Waar relevant hebben wij in onze analyse ook het in verdragen neergelegde recht op onderwijs betrokken.

---

<sup>5</sup> P.W.A. Huisman, D. Mentink, M.T.A.B. Laemers en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, Den Haag: Ministerie van OCW 2011.

<sup>6</sup> Huisman, Laemers, Mentink en Zoontjens 2011, p. 40-41.

<sup>7</sup> Op deze plaats zij opgemerkt dat een van de auteurs van het onderhavige rapport niet aan het NCOR-rapport 'Vrijheid van stichting' heeft meegeschreven. Hij zal in zijn volgende publicatie(s) op basis van een eigenstandige afweging de in bedoeld rapport behandelde vragen beantwoorden.

Het onderzoek is verricht met behulp van deskresearch, raadpleging van literatuur en consultatie van een deskundige.<sup>8</sup> Het resultaat is een rapportage waarin aan de hand van het onderwijsconstitutioneel kader, een antwoord op de hoofdvraag is geformuleerd.

Het onderzoek en conclusies hebben zowel betrekking op het primair (po) als het voortgezet onderwijs (vo), maar telkens is het po als vertrekpunt genomen. Hetgeen over het po is opgemerkt geldt dan ook mutatis mutandis voor het vo. Voor zover daartoe aanleiding bestond zijn afzonderlijke opmerkingen over het po en vo gemaakt. Bij verwijzingen naar wetsartikelen gebruiken wij veelal de toevoeging '(nieuw)' als wij het oog hebben op een bepaling zoals deze zal komen te luiden indien het concept-wetsvoorstel wordt aangenomen. Soms wordt in plaats van de toevoeging '(nieuw)' bij het noemen van artikelen uit het concept-wetsvoorstel na het betreffende artikel toegevoegd 'van het concept-wetsvoorstel'.

---

<sup>8</sup> De geraadpleegde deskundige is drs. N. van Kessel, die als senior onderzoeker bij het ITS veel 'verlangdonderwijsenquêtes' heeft uitgevoerd en onderzoek heeft gedaan naar o.a. motieven voor schoolkeuze. Hij heeft ook geparticipeerd in diverse commissies die moesten adviseren over mogelijkheden tot aanpassing van het scholenbestand aan veranderende voorkeuren van ouders. Zie bijvoorbeeld het rapport 'De school voor de samenleving'; Vernieuwingen in de relatie tussen maatschappelijke ontwikkelingen en scholenbestand basisonderwijs'. Nijmegen: ITS 1994.





## 2. Algemene opmerkingen

Alvorens wij ingaan op de inhoud van het concept-wetsvoorstel en de verenigbaarheid daarvan met artikel 23 Grondwet, maken wij in deze paragraaf een aantal algemene opmerkingen. De opmerkingen hebben betrekking op de noodzaak van voldoende stabiliteit en een evenwichtige belangenafweging, de relatie tussen dit wetsvoorstel en het fenomeen krimp, en toekomstige ontwikkelingen.

### 2.1 De noodzaak van stabiliteit en een evenwichtige belangenafweging

Het creëren van meer ‘dynamiek’ en ‘flexibiliteit’ in het onderwijsbestel kan op zichzelf een nastrevenswaardig doel zijn. Als meer dynamiek leidt tot een grotere variëteit in het scholenaanbod, en daardoor meer ouders een school kunnen vinden die past bij hun godsdienstige of pedagogische overtuigingen is dat toe te juichen. Tegelijkertijd zal moeten worden gewaakt voor te veel dynamiek. Dynamiek komt namelijk niet noodzakelijkerwijs ten goede van ouders, leerlingen, docenten en onderwijsaanbieders.<sup>9</sup>

In dit kader maken wij een tweetal opmerkingen. Ten eerste lijkt de toelichting voornamelijk geschreven met een oog voor de positieve effecten die dit wetsvoorstel zal hebben voor de positie van ouders die ontevreden zijn met het huidige onderwijsaanbod en de onderwijsaanbieders die als gevolg van de huidige bekostigingsvoorwaarden niet tot het stelsel kunnen toetreden. Het stichten van nieuwe scholen heeft echter niet alleen invloed op de positie van ouders of onderwijsaanbieders die ontevreden zijn. Meer dynamiek in het onderwijsaanbod raakt ook aan de positie en de rechten van de ouders en leerlingen die wel tevreden zijn met het bestaande aanbod. Hetzelfde geldt voor de positie van de docenten op de bestaande scholen. Het creëren van meer ruimte voor de stichting van nieuwe scholen kan grote gevolgen hebben voor deze betrokkenen, bijvoorbeeld omdat de bestaande school onder de opheffingsnorm raakt en de nieuw gestichte school voor hen wegens haar godsdienstig of uitgesproken pedagogische profiel geen reëel alternatief is.

---

<sup>9</sup> Overigens merken wij op dat de verwijzing naar het sterk teruggelopen kerkbezoek, als onderbouwing voor de vaststelling dat ouders een voorkeur zouden hebben voor scholen met andere – in het bijzonder innovatieve - kenmerken een onvoldoende argumentatie biedt om te rechtvaardigen dat niet meer nadrukkelijk wordt stilgestaan bij de bestaande belangen. Dat er sprake is van teruggelopen kerkbezoek blijkt uit het onderzoek dat iedere tien jaar door de KRO wordt gehouden, *God in Nederland*. Recent (maart 2016) bleek dat een overgrote meerderheid, 82 procent, nooit of bijna nooit in een kerk komt. Een ruime meerderheid vindt dat religie geen bepalende rol meer hoort te spelen in de politiek en het onderwijs. Zie echter: Hans Boutellier *Het seculiere experiment. Hoe we van God los gingen samenleven*. Den Haag: Uitgeverij Boom 2015. Boutellier benadrukt dat religie helemaal niet verdwenen is uit de samenleving, alleen dat deze een andere rol is gaan spelen. “Individueel geloven nog heel veel mensen, maar steeds minder in georganiseerd verband”. Voor sommige scholen geldt daarentegen dat zij juist door een bepaalde geloofsgemeenschap als zeer waardevol worden ervaren. Die scholen zijn de laatste plekken waar op godsdienst of levensbeschouwing gebaseerde activiteiten plaatsvinden en waar juist op die basis meer of minder hechte gemeenschappen bestaan. In reactie op het onderzoek *God in Nederland* roept de besturenorganisatie voor katholiek en christelijk onderwijs, Verus, scholen op te laten zien wie ze zijn ([www.verus.nl](http://www.verus.nl); 17 maart 2016). Verus haalt hoogleraar Stefan Paas aan, die zegt dat veel mensen vaak niet kiezen op basis van religie, maar dat levensovertuiging op een school veel breder doorwerkt, ook in het pedagogisch en didactisch klimaat.

Ten tweede zal het concept-wetsvoorstel niet alleen dynamiek creëren doordat er scholen zullen worden gesticht, maar ook doordat de nieuw gestichte scholen sneller kunnen worden gesloten. Zo creëert het concept-wetsvoorstel aanvullende bevoegdheden om de bekostiging bij een achterblijvende onderwijskwaliteit te beëindigen. Daarnaast kan de bekostiging op grond van het concept-wetsvoorstel ook sneller worden stopgezet bij een tegenvallende groei in het aantal leerlingen. Wanneer de bekostiging van een nieuw gestichte school wordt beëindigd is de kans groot dat de leerlingen die voor de nieuwe school hebben gekozen na een aantal jaren weer terug moeten vallen op het daarvoor reeds bestaande aanbod. Er doen zich dan twee problemen voor. Het 'oude' aanbod zal zich dan hebben aangepast aan de gewijzigde omstandigheden, waarin de nieuwe school (tijdelijk) een deel van de leerlingen heeft aangetrokken en daarnaast kan het snel achter elkaar van school moeten wisselen voor de leerlingen in kwestie nadelig zijn.

Ouders, leerlingen en docenten hebben niet alleen belang bij voldoende dynamiek, maar zeker ook bij voldoende stabiliteit in het onderwijsaanbod. Wij stellen dan ook voor in de toelichting in te gaan op de consequenties van het concept-wetsvoorstel voor de belangen van ouders, leerlingen en onderwijzers. En daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan de gevolgen die de stichting van scholen heeft voor ouders, leerlingen en onderwijzers die tevreden zijn met de bestaande school.

## **2.2 Schoolstichting en krimp**

Sinds enige jaren kampt een groot deel van ons land met dalende leerlingaantallen. In deze gebieden zal de stichting van nieuwe scholen vaak geen prioriteit zijn van lokale school- en gemeentebesturen. De inspanningen zijn erop gericht om bijvoorbeeld door samenwerking het bestaande aanbod te handhaven. De vraag kan worden opgeworpen of de stichting van een nieuwe school in een voedingsgebied waarin de leerlingaantallen teruglopen wel doelmatig is. Toch sluit de toelichting bij het concept-wetsvoorstel de stichting van scholen in zogenaamde krimpgebieden niet uit. Daarbij wordt als enige aantekening gemaakt dat 'verondersteld [kan] worden dat er in gebieden met dalende leerlingaantallen alleen sprake zal zijn van een nieuwe school als een substantieel aantal ouders en leerlingen ontevreden is met het bestaande aanbod of kansen ziet in een ander aanbod.'<sup>10</sup> Wanneer er sprake zal zijn van een substantieel aantal ouders blijft onduidelijk.

Anders dan in gebieden waarin de leerlingaantallen stijgen, zal de stichting van een nieuwe school in een krimpgebied altijd direct de bestaande scholen treffen, simpelweg omdat een dalend aantal leerlingen over een groter aantal scholen verdeeld zal gaan worden. In aanvulling op de voorgaande (deel)paragraaf stellen wij voor in de toelichting expliciet in te gaan op de wijze waarop dit wetsvoorstel zich tot het fenomeen krimp verhoudt en daarbij ook aandacht te besteden aan de gevolgen die schoolstichting in krimpgebieden zal hebben voor de belangen van ouders, leerlingen en docenten.

---

<sup>10</sup> Memorie van toelichting, p. 30.

### **2.3 Toekomstige ontwikkelingen**

Voor de beoordeling van de constitutionnalité van het concept-wetsvoorstel is het van belang een voldoende helder beeld te hebben van de bij het wetsvoorstel gehanteerde uitgangspunten. Wij wijzen er in dit kader op dat vooralsnog niet kan worden uitgesloten dat de verwevenheid van de levensbeschouwelijke identiteit van de school met kenmerken van de school op grond waarvan ouders hun keuze voor een bepaalde school baseren (zoals kwaliteit), groot kan zijn.

De constitutionnalité wordt ook bepaald door de effecten die het wetsvoorstel zal hebben op de belangen van ouders, leerlingen, docenten en onderwijsaanbieders in het algemeen. Met betrekking tot de effecten bestaat er onduidelijkheid, die verder wordt vergroot doordat de regering heeft aangekondigd ook op andere terreinen van de bekostigingsregelgeving met aanpassingen te komen.<sup>11</sup> In dit advies zullen wij niet op deze aangekondigde voorstellen ingaan. Wel merken wij het volgende op. Op grond van - het in voorbereiding op het concept-wetsvoorstel verrichte - onderzoek is het (zeer) waarschijnlijk te achten dat er daadwerkelijk pas meer ruimte voor de stichting van nieuwe scholen ontstaat als ook op andere onderdelen van de bekostigingsregelgeving wetswijzigingen worden aangenomen. Het concept-wetsvoorstel vormt de mogelijke opmaat tot die toekomstige wijzigingen. Tussen de verschillende onderdelen van de bekostigingsregelgeving die nu mogelijk los van elkaar gewijzigd zullen gaan worden bestaat evenwel een grote samenhang. Mocht het ook op andere terreinen van de bekostigingsregelgeving tot wetswijziging komen, dan zal daarmee de dynamiek van het concept-wetsvoorstel veranderen. De betekenis van dit concept-wetsvoorstel zal in het licht van de constitutionele uitgangspunten van ons onderwijsstelsel dan ook pas goed duidelijk worden, wanneer ook de beleidsvoornemens op deze andere onderdelen in wetgeving worden of zijn omgezet. Het loslaten van de richting bij de bekostiging van nieuwe scholen (richtingvrije planning) krijgt bijvoorbeeld een geheel andere dimensie wanneer de aangekondigde verlaging van de stichtings- en opheffingsnormen realiteit wordt. Hetzelfde geldt voor de in het vooruitzicht gestelde vereenvoudiging van de bekostiging (lineaire bekostiging). De doorwerking die deze aanvullende maatregelen hebben op de effecten van het onderhavige concept-wetsvoorstel kan zowel positief als negatief zijn, maar altijd zullen de nieuwe regels invloed hebben op het oordeel aangaande de verenigbaarheid met de geldende constitutionele uitgangspunten.

---

<sup>11</sup> Memorie van toelichting, p. 39-40,41.



### 3. Richting

Het concept-wetsvoorstel schrapt het begrip richting als bekostigingsvoorwaarde. In het verlengde daarvan wordt voorgesteld het begrip richting ook op andere plaatsen in de onderwijswetgeving te doen vervallen.

De betekenis van het richtingbegrip in de onderwijsjuridische wereld kan moeilijk overschat worden. Het is een kernbegrip in het onderwijsartikel van de Grondwet. In artikel 23, lid 5 Grondwet valt te lezen: 'De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.' In het navolgende wordt kort aandacht besteed aan de historie van het begrip en wordt vervolgens stilgestaan bij 'de laatste school van een richting' en het schrappen van de mogelijkheid om substituuat kerndoelen vast te stellen indien een bevoegd gezag dringend bedenkingen heeft tegen de krachtens het vijfde of zesde lid van artikel 9 WPO vastgestelde kerndoelen.

#### 3.1 Historie

Het begrip richting is in 1917 in de Grondwet opgenomen. Wat eronder moet worden verstaan is in de Grondwet noch in de gewone (onderwijs)wetgeving omschreven. Het begrip heeft voornamelijk gestalte gekregen in de (kroon)jurisprudentie over het leerlingenvervoer<sup>12</sup> en door de wijze waarop het werd gehanteerd in de planning van scholen voor voortgezet onderwijs. Daaruit kan afgeleid worden dat richting met name betrekking heeft op het godsdienstige of levensbeschouwelijke karakter van bijzondere scholen.<sup>13</sup> Dit geldt niet voor de algemeen bijzondere scholen, die enkel onder het richtingbegrip lijken te vallen vanwege de bewust gekozen privaatrechtelijke beheersstructuur.<sup>14</sup> De beperkte invulling van het richtingbegrip in de jurisprudentie is – zoals in het advies Vrijheid van stichting betoogd – niet in overeenstemming met de zienswijze van de toenmalige Staatscommissie Bos, die richting zag als synoniem voor opvoedkundige zelfstandigheid.<sup>15</sup>

De Lager-onderwijswet 1920 kende aanvankelijk geen koppeling van stichting (toekenning van bekostiging) en richting, maar ging enkel uit van getalseisen: afhankelijk van de gemeentegrootte was een minimumaantal leerlingen vereist. De getalscriteria waren laag: 40 leerlingen in gemeenten met minder dan 100.000 inwoners en 100 leerlingen in grotere gemeenten. De richting kon een begunstigende rol spelen in bepaalde situaties, waarbij dan het minimumaantal op 25 leerlingen kon worden gesteld.<sup>16</sup> In de beginperiode van de Lager-onderwijswet 1920 werden er zo veel kleine, 'dure' scholen gesticht, hetgeen al in de jaren dertig leidde tot nadere bekostigingsvoorwaarden.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> KB 15 mei 1933, AB 1933, 543.

<sup>13</sup> M.F.J. van Wezel, *Nieuwe wegen voor de vrijheid van richting; Juridische grondslagen en perspectieven*, Kluwer 1989, p. 47.

<sup>14</sup> Onderwijsraad, *Advies m.b.t. het onderscheid tussen openbaar en algemeen-bijzonder onderwijs bij planprocedure W.v.o.*, Den Haag 1985, p. 7.

<sup>15</sup> Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens 2011.

<sup>16</sup> B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier 1999, p. 41.

<sup>17</sup> In het kader van bezuiniging zijn er in de jaren dertig ook veel scholen gesloten. Het betrof met name openbare scholen.

Als gevolg daarvan is richting niet alleen een steeds prominentere rol gaan spelen als bekostigingsfactor bij schoolstichting, maar ook en vooral als negatieve bekostigingsfactor.<sup>18</sup> Met negatieve bekostigingsfactor wordt hier bedoeld dat de richting van een school fungeert als beperking op de mogelijkheid om voor bekostiging in aanmerking te komen. In 1994 werden de stichtingsnormen in de wet aangescherpt om te voorkomen dat bestaande scholen in hun voortbestaan werden bedreigd door de komst van talrijke splinterscholen.<sup>19</sup> Vóór die tijd was het mogelijk dat ‘exotische’ scholen werden opgericht en bekostigd (zoals de Rozenkruiserschool, Platoschool en de School voor transcendente meditatie). De Wet toerusting en bereikbaarheid van 1994 had tot gevolg dat het aantal nieuwe scholen drastisch werd teruggebracht.<sup>20</sup>

Voor de stichting van de eerste school van de richting en de instandhouding van de laatste school van de richting heeft lange tijd een lagere stichtings- respectievelijk opheffingsnorm gegolden. De lagere stichtingsnorm is echter verdwenen met de verhoging van de stichtings- en opheffingsnormen bij de Wet toerusting en bereikbaarheid. Sinds die tijd is de stichtingsnorm (10/6 maal de opheffingsnorm) gerelateerd aan de leerlingdichtheid in de betreffende gemeente met een minimum van 200 leerlingen. De leerlingdichtheid wordt bepaald door het aantal kinderen per vierkante kilometer in een gemeente, waarbij overigens de mogelijkheid bestaat binnen een gemeente een onderscheid aan te brengen tussen een minder en een dichter bevolkt gebied, met elk een eigen lagere respectievelijk hogere stichtingsnorm c.q. opheffingsnorm.

Deze verhoging – in combinatie met de strikte eisen ten aanzien van de richting – maakt de stichting van nieuwe scholen, uitgezonderd in nieuwbouwwijken, bijna onmogelijk. Van belang is natuurlijk ook dat de (potentiële) aanbieder moet kunnen aantonen binnen 5 jaar de norm te halen en 15 jaar lang daarna moet blijven halen.

Opgemerkt zij dat de stichtingsnormen in het voortgezet onderwijs niet regionaal, maar landelijk zijn vastgesteld.

### **3.2 Laatste school van een richting**

Artikel 153, lid 4, WPO beschermt de laatste basisschool van een richting in een bepaald gebied. In de kern luidt de norm als volgt:

“Indien het aantal leerlingen van een bijzondere school (...) in het derde schooljaar van de 3 achtereenvolgende schooljaren, bedoeld in het eerste lid, gelijk is aan of meer bedraagt dan 50 en de school (...) binnen een straal van 5 km de laatste school van de richting is (...), wordt de bekostiging van de bijzondere school niet beëindigd (...) op grond van dit artikel, mits het bevoegd gezag tijdig de in artikel 160, tweede lid, bedoelde mededeling heeft gedaan.”<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Vermeulen a.w. 1999, p. 42.

<sup>19</sup> Wijziging van het stelsel van stichtingsnormen en opheffingsnormen in de Wet op het basisonderwijs en van het huisvestingsstelsel in de Wet op het basisonderwijs en de Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs. Zie *Kamerstukken II 1994/95*, 23070.

<sup>20</sup> Stb. 1993, 716.

<sup>21</sup> Volgens artikel 160 lid 2 WPO deelt het bevoegd gezag dit voor 1 februari voorafgaand aan de datum voor de beëindiging van de bekostiging schriftelijk mee aan de minister van OCW. Daarbij moet hij ook gegevens overleggen welke in het Bekostigingsbesluit WPO zijn voorgeschreven.

Daarmee bevat artikel 153 lid 4 een uitzondering op de opheffingsnormen van artikelen 154 en 155 WPO. Deze opheffingsnormen zijn variabel en afhankelijk van de leerlingdichtheid binnen een (deel van een) gemeente. Deze variabele normen ontmoeten dus hun ondergrens bij het getal 50 als het gaat om een school van een richting die verder niet voorkomt binnen een straal van 5 kilometer van de plaats van vestiging van die school.<sup>22</sup>

Het concept-wetsvoorstel beoogt de afwijkende opheffingsnorm voor de laatste school van de richting te schrappen. Daarmee wordt het begrip richting ook in positieve zin uit de bekostigingsregelgeving verwijderd. We spreken van richting als een positieve bekostigingsfactor, als ze fungeert als criterium om voor afwijkende, gunstiger wettelijke faciliteiten in aanmerking te komen. De vraag die het concept-wetsvoorstel daarmee opwerpt is of op de overheid een aan artikel 23 Grondwet te ontleen verplichting rust om uitzonderingen te maken op de algemene opheffingsnormen. Er zijn verschillende gezichtspunten die bij de beoordeling van de constitutionaliteit van deze maatregel betrokken moeten worden.

### 3.2.1 Een (positieve) verplichting?

Als uitgangspunt geldt dat artikel 23 lid 7 Grondwet de wetgever bij de vormgeving van het bekostigingsstelsel een grote vrijheid laat. Wil het bijzonder onderwijs op gelijke voet als het openbaar onderwijs bekostiging ontvangen, dan moet het ingevolge artikel 23 lid 7 Grondwet voldoen aan bij de wet te stellen voorwaarden. Artikel 23 Grondwet kent wel een aantal grenzen die de wetgever bij het ontwerp van het bekostigingsstelsel moet respecteren. Zo schrijven artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet voor dat de wetgever bij het opstellen van bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van richting en inrichting moet respecteren. Maar in beginsel valt het stellen van algemene stichtings- en opheffingsnormen als voorwaarden voor de bekostiging en het formuleren van uitzonderingen daarop binnen de door artikel 23 Grondwet aan de wetgever geboden discretionaire ruimte.<sup>23</sup>

Naast de negatieve beperkingen die artikel 23 Gw aan bekostigingsvoorwaarden stelt bevat artikel 23 Gw ook een aantal positieve verplichtingen voor de wetgever. Artikel 23 lid 7 Gw bepaalt bijvoorbeeld dat het openbaar en bijzonder onderwijs in principe naar dezelfde maatstaf moeten worden bekostigd. Alleen als de garantiefunctie van het openbaar onderwijs een verschillende behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs rechtvaardigt, staat artikel 23 Gw een uitzondering op dit uitgangspunt toe.<sup>24</sup> Daarnaast draagt de overheid op grond van artikel 23 Gw een verantwoordelijkheid voor de pluriformiteit van het onderwijsbestel. Die verantwoordelijkheid brengt met zich dat het bekostigingsstelsel zodanig zal moeten zijn ingericht dat ten minste de

---

<sup>22</sup> De richtinggebonden uitzondering voor bijzondere nevenvestigingen, zoals opgenomen in artikel 158, lid 1, sub b en c, WPO, komt ook te vervallen.

<sup>23</sup> Vgl. EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak): "the right to education calls by its very nature for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals. Such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention."

<sup>24</sup> Op de positie van het openbaar onderwijs is uitgebreid ingegaan in Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens 2011, p. 31-35.

minimale pluriformiteit van openbaar en bijzonder onderwijs voldoende geborgd is.<sup>25</sup> Die verantwoordelijkheid leidt ertoe dat de stichtingsnormen niet zo hoog mogen zijn dat het onmogelijk wordt een bijzondere school te stichten. Tegelijkertijd gaat ook die verantwoordelijkheid weer niet zover dat daaruit moet worden geconcludeerd dat er voor de overheid een plicht bestaat om de laatste school van een richting te bekostigen.

Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat het schrappen van de uitzondering voor de laatste school van de richting niet in strijd is met artikel 23 Grondwet.

### 3.2.2 Handhaven bescherming?

Voor het geval op een later moment tijdens het wetgevingsproces toch de wens op zou komen de uitzondering voor de bescherming voor de laatste school van de richting te handhaven, gaan wij in het navolgende in op de toelaatbaarheid van een dergelijke regeling. Daarbij moeten we onderscheid maken tussen tenminste twee modaliteiten waarin die regeling zou kunnen voortbestaan.

Ten eerste zou de huidige bescherming gehandhaafd kunnen worden onder gebruikmaking van een ruim richtingbegrip. De ruime interpretatie van het begrip richting werd door de NCOR verdedigd in het rapport 'Vrijheid van stichting'. Later stelde ook de Onderwijsraad zich op het standpunt dat richting in de zin van artikel 23 lid 5 Grondwet ruim moet worden geïnterpreteerd.<sup>26</sup> De ruime interpretatie komt erop neer dat onder het begrip richting ook pedagogisch didactische opvattingen moeten worden verstaan. Steun voor deze opvatting, zo bleek ook in paragraaf 3.1, kan worden gevonden in de constatering dat 'richting' in de toelichting bij de totstandkoming van artikel 23 Grondwet in verband werd gebracht met de veel ruimere notie van 'opvoedkundige zelfstandigheid'.<sup>27</sup> Richting kan in deze visie worden begrepen als het Nederlandse equivalent van 'filosofische overtuigingen' (*philosophical convictions*), als bedoeld in artikel 2, Eerste Protocol, EVRM. Volgens het Hof wordt hier bedoeld op "views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance", welke "are worthy of respect in a democratic society and are not incompatible with human dignity" en die niet mogen conflicteren "with the fundamental right of the child to education".<sup>28</sup>

Het is ons inziens niet goed denkbaar dat de huidige regeling voor de laatste school van een richting ook van toepassing wordt verklaard op scholen met een pedagogisch-didactisch profiel. Zou dat wel gebeuren dan verliest de uitzonderingsbepaling haar functie. De groep scholen die aanspraak zal maken op deze regeling zal fors toenemen. De variatie aan scholen met een eigen pedagogisch-didactisch profiel is immers veel groter dan de variatie in erkende richtingen. Het ontbreekt de overheid aan maatstaven om betekenisvol tussen scholen met een uiteenlopend pedagogisch-didactisch profiel te differentiëren. Overigens is het de verwachting van de regering dat de variatie aan pedagogische en didactische grondslagen op grond van het onderhavige concept-wetsvoorstel alleen maar verder toe zal nemen.

---

<sup>25</sup> Onderwijsraad, *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs*, Den Haag 2008, p. 16; zie uitvoerig: S. Philipsen, Enkele grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs, in: M. Laemers (red.), *Krimp in het onderwijs*. Preadvies voor de NVOR 2013, Den Haag: Sdu, 2013, p. 45-53.

<sup>26</sup> Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012.

<sup>27</sup> Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens 2011, p. 26-27.

<sup>28</sup> EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell and Cosans).



Een tweede mogelijkheid zou zijn de uitzondering voor de laatste school van de richting uitsluitend van toepassing te verklaren op scholen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Daarmee zou de idee achter de huidige wettelijke bescherming, die zich immers ook in de eerste plaats richt op kleine scholen van religieuze of levensbeschouwelijke signatuur, worden gecontinueerd.<sup>29</sup> Steun voor een dergelijke beperkte reikwijdte van de regeling voor de laatste school van een richting, zou gevonden kunnen worden in de aan artikel 23 Grondwet ten grondslag liggende schoolstrijd. Het waren voornamelijk religieuze argumenten en belangen die een rol hebben gespeeld bij de invulling van onderwijsvrijheid. Daardoor zouden deze belangen bijzondere bescherming verdienen.

Ons inziens zou het maken van een uitzondering op de opheffingsnormen voor een beperkte groep van scholen niet in strijd komen met artikel 23 Grondwet. Ook als wordt aangenomen, zoals de NCOR in het rapport 'Vrijheid van stichting' heeft gedaan, dat richting mede pedagogische en didactische opvattingen omvat, brengt dat niet met zich mee dat pedagogische en didactische opvattingen binnen de sfeer van artikel 23 Grondwet onder alle omstandigheden gelijk moeten worden behandeld aan godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen.

Het handhaven van een regeling voor de laatste school van een godsdienstige of levensbeschouwelijke richting komt dus niet in strijd met artikel 23 Grondwet. Voorwaarde is wel dat zij zou moeten toekomen aan alle scholen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. En dus niet uitsluitend aan scholen die gebaseerd zijn op een thans 'erkende' richting.<sup>30</sup> Wanneer voor deze optie gekozen wordt zou dat betekenen dat de overheid – om bescherming van de laatste school mogelijk te maken – in elk voorkomend geval in de toekomst moet gaan uitmaken of een bepaalde school een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag heeft. Er valt dan te vrezen voor twee gevolgen. Ten eerste komt de overheid ook dan voor zeer complexe interpretatievragen te staan. Het ontbreekt haar aan instrumenten om tussen verschillende godsdienstige stromingen en sub-stromingen een gerechtvaardigd onderscheid te maken. Dat zou betekenen dat iedere school met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, die aan zekere formele eisen voldoet, aanspraak kan maken op de vrijstelling. In de tweede plaats kan de bescherming strategisch gedrag van scholen uitlokken. Ook al kenmerkt de identiteit van een school zich *prima facie* door een bepaalde pedagogische-didactische opvatting, het kan lonend zijn daar een bepaalde levensbeschouwing of religie 'onder te schuiven', welke allerlei vormen en gedaanten kan aannemen en de overheid of de rechter voor de schier onmogelijke opgave stelt om uit te maken of die school in aanmerking komt voor bescherming. Hoewel deze problemen met formele criteria, zoals die ook worden toegepast in het kader van de gelijke behandelingswetgeving, deels kunnen worden weggenomen, liggen hier toch serieuze uitvoeringsproblemen op de loer. Zeker als heel veel scholen

---

<sup>29</sup> Volgens Verus, de Vereniging voor katholiek en christelijk onderwijs, zal het eventuele schrappen van artikel 153, vierde lid, WPO (naar cijfers van eind 2015) leiden tot het verdwijnen van 125 basisscholen: Openbaar – 21, Gereformeerd vrijgemaakt – 25, Antroposofisch – 17, Reformatorisch – 12, Algemeen bijzonder – 19, Islamitisch – 11, Protestants-Christelijk – 13, Evangelisch – 1, Hindoeïstisch – 2, Joods – 1, Rooms-Katholiek – 2, Samenwerking p.-c. & r.k. – 1. Zie <http://www.verus.nl/nieuws/125-scholen-moeten-sluiten-door-plannen-dekker>.

<sup>30</sup> Het in de planningssystematiek gehanteerde en op de verzuiling terug te voeren inhoudelijk gekleurde richtingbegrip staat op gespannen voet met de scheiding van kerk en staat en daaruit voortvloeiende gelijke behandeling van godsdiensten, B.P. Vermeulen, *De juridische (on)mogelijkheden van een richtingvrij stelsel van scholenplanning en van vergroting van de ouderinvloed op de identiteit van scholen*, Den Haag 1996, p.17-18; P.W.A. Huisman, *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*, Den Haag 2011, p. 13-15.

dit strategisch gedrag gaan vertonen vervalt ook de zin van deze beschermingsconstructie. Het vervallen van het klassieke richtingbegrip inclusief de inhoudelijke afbakening waarin dit begrip voorzagt, leidt er naar alle waarschijnlijkheid ook bij deze tweede optie toe dat de categorie scholen die voor vrijstelling in aanmerking komt tot onhanteerbare proporties wordt opgeblazen. De enige werkzame manier om aan de bescherming van de laatste religieuze of levensbeschouwelijke school in de directe omgeving, die beneden de opheffingsnorm verkeert, recht te doen, lijkt ons een regeling bij overgangsrecht. Zolang de opheffingsnormen niet substantieel zijn verlaagd, zou kunnen worden bepaald dat de scholen die op het moment van inwerkingtreding van het concept-wetsvoorstel gebruik maakten van de beschermingsregeling ex artikel 153 lid 4 WPO van die regeling gebruik kunnen blijven maken in de toekomst. Die bescherming vervalt uiteraard door fusie, splitsing of verandering van de grondslag.

Deze overgangsregeling gaat verder dan die in het concept-wetsvoorstel is voorgesteld. Het voornaamste bezwaar dat kan worden ingebracht tegen bevestiging van de regeling van de laatste school van de richting tot de scholen die op dit moment aanspraak maken op deze regeling, is dat de ongelijke behandeling tussen scholen op een als richting erkende godsdienstige grondslag en scholen met een godsdienstige grondslag die op dit moment niet als richting is erkend, wordt bestendigd. Ons inziens kan deze ongelijkheid echter worden gerechtvaardigd door het gewicht van de bestaande belangen en de daaraan ontleende verwachtingen. Het loslaten van het richtingbegrip als bekostigingsvoorwaarde betekent immers niet automatisch dat de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van een school ook in positieve zin geen rol meer zou mogen of moeten spelen bij de bekostigingsbeslissing.

### *3.2.3 Overgangperiode*

In het concept-wetsvoorstel wordt voor de laatste scholen van een richting een overgangperiode van tien jaar gecreëerd waarin de lagere opheffingsnorm geldt. Een dergelijk overgangsregime werd zo'n twintig jaar geleden ook voorgesteld door het kabinet.<sup>31</sup> Wij merken op dat deze overgangstermijn betekent dat een kind dat op de laatste school van een richting wordt ingeschreven terwijl de periode van tien jaar al ten minste twee jaar loopt, in ieder geval zijn basisschooltijd niet op die school kan afmaken.

### **3.3 Substituut-kerndoelen**

In het concept-wetsvoorstel wordt het begrip richting, behalve bij de laatste school, ook met betrekking tot de vijf volgende onderwerpen geschrapd: het landelijk samenwerkingsverband, de fusietoets, het 'kleurverschieten' van de school, de eis dat de nevenvestiging van dezelfde richting als de hoofdvestiging moet zijn en bij de mogelijkheid van vervangende kerndoelen. Al deze situaties

---

<sup>31</sup> *Kamerstukken II, 1996/97, 25167, nr.1, p. 11.* Aanpassing scholenbestand; Brief staatssecretaris met notitie 'De identiteit van de school in een pluriforme samenleving'. De staatssecretaris verwierp hier het standpunt van de Onderwijsraad ter zake. Voor een aantal scholen zouden dan voor onbepaalde tijd lagere opheffingsnormen gelden, omdat zij op een bepaald moment onder de opheffingsnorm in stand mochten worden gehouden, terwijl andere scholen die in de toekomst onder de opheffingsnormen zouden zakken niet voor deze regeling in aanmerking zouden komen. De 'oplossing' werd gevonden in de overgangperiode van tien jaar.

vergen nadere beschouwing en beoordeling. Wij beperken ons om redenen die wij in de inleiding uiteen hebben gezet tot het laatste punt, schrapping van de mogelijkheid van vervangende kerndoelen (art. 9 lid 10 WPO). Wij maken ten aanzien van dit onderdeel van het concept-wetsvoorstel twee opmerkingen. Ten eerste zullen wij ingaan op de verenigbaarheid met artikel 23 Grondwet en ten tweede zullen wij de huidige regeling voor substituuat kerndoelen bezien in het licht van de doelstelling(en) van het concept-wetsvoorstel.

### 3.3.1 Verenigbaarheid met artikel 23 Grondwet

Kerndoelen grijpen, als wettelijke deugdelijkheidseisen, naar hun aard diep in de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs in. De kern van de inrichtingsvrijheid wordt gevormd door de vrijheid van richting. Artikel 23 lid 5 Grondwet verplicht de wetgever dan ook bij het stellen van deugdelijkheidseisen de vrijheid van richting te respecteren. De mogelijkheid om substituuat kerndoelen vast te stellen kan de spanning die er tussen het stellen van kerndoelen en de vrijheid van richting *kan* bestaan mitigeren.<sup>32</sup> Het ontbreekt in de toelichting aan een voldoende verklaring waarom aan een dergelijke 'ventielbepaling' nu geen behoefte meer zou bestaan. Duidelijk aangegeven moet worden waarom de grondwettelijke argumenten die destijds tot invoering van deze substitutiemogelijkheid hebben geleid thans niet meer gelden.<sup>33</sup>

Zien wij het goed dan worden er in de toelichting twee argumenten aangehaald ter rechtvaardiging van het schrappen van de substitutiemogelijkheid. Een eerste argument is dat doorhaling van de mogelijkheid om substituuat kerndoelen vast te stellen in het primair onderwijs is toegestaan, omdat deze mogelijkheid in het voortgezet onderwijs tien jaar geleden al is komen te vervallen.<sup>34</sup> Een dergelijke motivering kan op zichzelf echter geen valide argument zijn. Dan moet op zijn minst worden duidelijk gemaakt dat de reden om destijds de WVO te wijzigen ook naar het moment van nu van toepassing is op de regeling in de WPO en dat er ook voor het overige geen norm is die zich tegen gelijke toepassing verzet. Het feit dat in een andere wet een bepaalde maatregel is geschrapt kan in ieder geval niet zonder meer als rechtvaardiging dienen. Bij de motivering ten aanzien van de WPO zal ook (en opnieuw) artikel 23 Grondwet moeten worden betrokken.

Het tweede argument dat in de toelichting wordt aangevoerd is dat er in de praktijk geen gebruik gemaakt wordt van de substitutiemogelijkheid. Ook dat argument kan uiteraard niet zonder meer als rechtvaardiging dienen. Het kan best zijn dat er nu geen noodzaak bestaat om gebruik te maken van de vrijstelling, maar dat kan in de toekomst eenvoudig anders zijn. Dat geldt in het bijzonder nu er in het kielzog van bijvoorbeeld Onderwijs 2032 allerwegen wordt nagedacht over herziening van het

---

<sup>32</sup> Zie als redelijk recent voorbeeld het advies van de Raad van State bij het ontwerp-amvb in verband met aanpassing van de kerndoelen op het gebied van seksualiteit en seksuele diversiteit, Bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13, 33421, nr. 1*.

<sup>33</sup> De Onderwijsraad overwoog eerder in dit kader dat 'een wetgever c.q. een minister die zich nauwgezet aan de Grondwet houdt niet kan voorzien of het bevoegd gezag van een bijzondere school bij het concretiseren van de kerndoelen van welk vak dan ook in het leerplan/schoolwerkplan op problemen zal stuiten die samenhangen met de grondslag van de school.' Zie: Onderwijsraad, *Concept-tweede nota van wijziging op wetsvoorstel 20381*, Den Haag 1990, p. 12; In deze zin ook staatssecretaris Wallage, aangehaald in: P.W.A. Huisman, *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*, Den Haag 2011, p.9-10.

<sup>34</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2005/06, 30323, nr. 3, p. 12*.

curriculum.<sup>35</sup> Daarnaast zijn grondrechten en daaruit afgeleide beschermingsconstructies juist ook bedoeld om te beschermen tegen een mogelijke inbreuk in de toekomst.

### *3.3.2 Substitutiemogelijkheid en het concept-wetsvoorstel*

Blijkens de toelichting is een deeldoelstelling van het concept-wetsvoorstel om (meer) onderwijsvernieuwing mogelijk te maken. In de toekomst is er dan ook een spanning denkbaar tussen de wenselijke ontwikkeling naar pedagogisch-didactische variëteit en uniforme kerndoelen. Op dit moment weten wij niet in welke gedaante de onderwijsvernieuwing als gevolg van het concept-wetsvoorstel zich zal aandienen. Wij weten dus ook niet of, en in welke mate de huidige generatie van wettelijke kerndoelen de juiste grenzen stelt aan de variëteit van de toekomst. Het is in ieder geval zeer goed denkbaar dat onderwijsvernieuwingen niet alleen vereisen dat er meer ruimte komt voor de stichting van nieuwe scholen, maar dat er ook meer ruimte komt voor de inrichting van het onderwijs, in ieder geval meer ruimte dan door de bestaande deugdelijkheidseisen wordt geboden. Er moet met andere woorden ook in de vormgeving van deugdelijkheidseisen een grotere inrichtingsvrijheid komen. De substitutiemogelijkheid zou deze vrijheid ten aanzien van de kerndoelen kunnen creëren.

Tegelijkertijd valt de consequentie van handhaving van de substitutiemogelijkheid in de nieuwe verhoudingen nu moeilijk te overzien. Er kunnen inhoudelijke problemen optreden als de inspectie voor de taak wordt gesteld om te beoordelen of een school van een nieuwe pedagogische richting eigen kerndoelen voorstelt die daadwerkelijk gelijkwaardig zijn aan de wettelijke kerndoelen. Het voorgaande pleit er primair voor om de bijdrage die de substitutiemogelijkheid voor het behalen van de doelstellingen van het concept-wetsvoorstel goed te overdenken. Mogelijk kan in de hiervoor gegeven argumentatie een grondslag worden gevonden om de substitutiemogelijkheid (tijdelijk) te laten voortbestaan. Daarvan zouden dan natuurlijk ook religieus geïnspireerde scholen gebruik moeten kunnen maken.

### **3.4 De 'plaats' van het grondwettelijke begrip richting**

Tot besluit maken wij nog een opmerking over de toekomstige betekenis van de vrijheid van richting in de zin van artikel 23 Grondwet.

Het schrappen van het begrip richting uit de bekostigingswetgeving en op andere plaatsen in de onderwijswetgeving doet de vraag rijzen naar de betekenis van dit begrip in het vijfde lid van artikel 23 Grondwet. Zo valt in de Kamerbrief 'Meer ruimte voor nieuwe scholen', welke brief vooraf ging aan het concept-wetsvoorstel, het volgende te lezen:

'Wanneer richting geen bepalende factor meer is voor het al dan niet toekennen van bekostiging aan nieuwe scholen, heeft dat gevolgen voor het gebruik van het richtingbegrip op andere plaatsen in de wet. De Grondwet garandeert de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs,

---

<sup>35</sup> Daarnaast waren kerndoelen in het verleden ook veel gedetailleerder en is er ook in 2009 nog een voorstel gedaan tot het invoeren van een gedetailleerd kerndoel. Zie in dit kader het advies van de Raad van State over de invoering van de 'Canon van Nederland', *Staatscourant* 2009, 103.

maar wanneer elke school zijn eigen richting heeft, is het de vraag of daarmee nog steeds op dezelfde manier kan worden omgegaan als in de huidige wetgeving.<sup>36</sup>

Klaarblijkelijk gaat de regering ervan uit dat de vrijheid van richting door het concept-wetsvoorstel in de toekomst een andere betekenis kan krijgen. Dat zou een consequentie kunnen zijn van wat eerder door de regering een ‘moderne interpretatie’ van artikel 23 Grondwet is genoemd.<sup>37</sup> Nu de vrijheid van richting de kern van de door artikel 23 Grondwet geboden bescherming vormt ligt het voor de hand dat de regering in de toelichting ingaat op de betekenis die het concept-wetsvoorstel heeft voor de vrijheid van richting in artikel 23 lid 5 Grondwet. Het lijkt mede in het licht van de in de concept-wetstekst voorgestelde maatregelen de bedoeling scholen op pedagogisch-didactische grondslag voor het toepassingsbereik van de vrijheid van richting volledig gelijk te stellen aan scholen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag. Zo deze observatie juist is komt er een groot aantal vragen op. Volgt uit de interpretatie die de regering aan artikel 23 Grondwet geeft dat in de vrijheid van richting in de zin van deze bepaling een verbod op staatspedagogiek moet worden ‘ingelesen’? Wat is dan nog het verschil tussen bijzonder en openbaar onderwijs, nu ten aanzien van de laatste sinds 1848 door de centrale overheid ook zo’n verbod in acht wordt genomen als ongeschreven norm? Wat is de toekomstige verhouding tussen de vrijheid van ‘inrichting’ en ‘richting’? Wat resteert er nog van ‘richting’ in de thema’s van vrijheid van godsdienst, van godsdienstige gemeenschapsvorming via onderwijs, die gedurende de verschillende fasen van de schoolstrijd zo’n bepalende rol hebben gespeeld? Wat houdt het dragerschap van ‘richting’ nog in voor de toekomst?

Door de schrapping van het richtingbegrip uit de bekostigingsregelgeving en de met richting verbonden constructies, zoals de laatste school van een richting en de mogelijkheid van vervangende kerndoelen, dringt zich daarnaast de vraag op of er geen noodzaak meer is tot positieve bescherming van religieuze minderheden in ons bestel. Hoewel de reikwijdte van artikel 23 Grondwet niet is beperkt tot godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes die ouders, en schoolgemeenschappen, tijdens de opvoeding maken, kan niet ontkend worden dat artikel 23 Grondwet gezien zijn ontstaansgeschiedenis en -wijze, in het bijzonder de belangen van religieuze minderheden beoogde te beschermen. Die belangen hebben dan ook een grote invloed gehad op de reikwijdte van zowel artikel 23 lid 2 Grondwet als artikel 23 lid 7 Grondwet.<sup>38</sup> Het is ons inziens dan ook niet zo dat schrapping van het richtingbegrip uit de bekostigingssystematiek automatisch met zich brengt dat er voor religieuze groeperingen geen positieve uitzonderingen meer zouden *kunnen* worden gemaakt om de keuze voor eigen onderwijs daadwerkelijk te verzekeren.

Het voert te ver in het kader van dit onderzoek om op deze vragen en opmerkingen bevredigende antwoorden te geven, maar zij moeten gesteld, gemaakt en beantwoord worden, om ons naar een nieuwe fase van ordening van het Nederlandse onderwijs te leiden.

---

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 31135, nr. 53, p. 13.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164, p. 1

<sup>38</sup> S. Philipsen, Enkele grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs, in: M. Laemers (red.), *Krimp in het onderwijs*. Preadvis voor de NVOR 2013, Den Haag: Sdu, 2013.



#### 4. Aan de bekostigingsbeslissing voorafgaand toezicht

Het concept-wetsvoorstel beoogt de bekostigingsbeslissing mede afhankelijk te maken van een aan die beslissing voorafgaande kwaliteitstoets. Op grond van artikel 11a Wet op het onderwijstoezicht (WOT) is het toezicht op nieuw bekostigde scholen thans geconcentreerd in de periode direct volgend op het moment dat de school voor bekostiging in aanmerking is gebracht. Op dat moment moet het bevoegd gezag aan de inspectie duidelijk maken hoe het denkt te gaan voldoen aan een tweetal deugdelijkheidseisen, te weten de eisen ten aanzien van de bekwaamheid van de docenten zoals die zijn opgenomen in artikel 3 WPO en de door de WPO gestelde voorwaarden omtrent onderwijstijd.<sup>39</sup> Wanneer de bekostiging vervolgens een aanvang heeft genomen bepaalt artikel 11b WOT dat het bevoegd gezag in aanvulling op de twee hiervoor genoemde eisen aan de inspectie ook informatie moet verstrekken over het schoolplan.

De toelichting bij het concept-wetsvoorstel gaat ervan uit dat dit toezicht niet langer volstaat. Meer ruimte voor de stichting van scholen, die daarbij niet gebonden zullen zijn aan klassieke richtingcriteria, betekent dat voorheen binnen het onderwijsbestel niet vertegenwoordigde onderwijsverstrekkers met (soms) tot nu toe onbekende pedagogische en didactische visies een intrede in het bestel zullen doen. Omdat meer ruimte voor nieuwe scholen niet mag leiden tot meer scholen van slechte kwaliteit wordt geprobeerd met de invoering van een ex ante kwaliteitstoets de onzekerheid over de kwaliteit die gepaard gaat met meer ruimte voor schoolstichting zoveel als mogelijk weg te nemen.

Centraal in de nieuwe aanvraagprocedure staat het startdocument. In dit document legt het bevoegd gezag onder andere uit hoe het denkt te voldoen aan de door de wet opgesomde kwaliteitseisen. Zo wordt geprobeerd te bewerkstelligen dat de bestuurders van de nieuw op te richten school hebben nagedacht over de wijze waarop zij denken te kunnen voldoen aan door de wetgever opgesomde kwaliteitseisen. Dit moet er mede toe leiden dat schoolstichters beter voorbereid aan de stichting en inrichting van de nieuwe school zullen beginnen.<sup>40</sup>

In het rapport 'Vrijheid van stichting' werd het standpunt ingenomen dat het stellen van aan de bekostigingsbeslissing voorafgaande deugdelijkheidseisen verenigbaar is met artikel 23 Grondwet.<sup>41</sup> Eerder stelde de Onderwijsraad zich ook al op dit standpunt.<sup>42</sup> De vraag die nu dus voorligt, is of de door de regering uitgewerkte *modaliteit* van voorafgaand toezicht verenigbaar is met artikel 23 Grondwet.

Wij maken in deze paragraaf een viertal opmerkingen over die voorgestelde modaliteit van het ex ante toezicht. Ten eerste gaan wij in op de toetsing door de inspectie aan de in het concept-wetsvoorstel opgesomde deugdelijkheidseisen. Ten tweede zullen wij opmerkingen maken bij de verplichting voor het bevoegd gezag om voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing uiteen te zetten hoe het denkt te voldoen aan wat de toelichting noemt 'overige elementen van kwaliteit'. Ten derde gaan wij in op de positie van de minister. Tot besluit maken wij een vierde opmerking over de

---

<sup>39</sup> Artikel 8 lid 9 WPO.

<sup>40</sup> Vgl. memorie van toelichting p. 37.

<sup>41</sup> Huisman, Laemers, Mentink en Zoontjens 2011, p. 46.

<sup>42</sup> Onderwijsraad, *Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting*, Den Haag 2010, p. 21; Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012, p. 47.

mogelijke invoering van een rechtsstatelijkheidstoets. In het rapport 'Vrijheid van stichting' is voor de invoering van een dergelijke toets gepleit.<sup>43</sup>

#### **4.1 Deugdelijkheidseisen**

Op grond van artikel 74 lid 2 onderdeel b aanhef WPO (nieuw) moet het bevoegd gezag in de bekostigingsaanvraag het beleid dat de school ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs zal gaan voeren uiteenzetten. Deze algemene verplichting wordt in het vervolg van het artikellid nader gespecificeerd. Na de eerste volzin bepaalt artikel 74 lid 2 onderdeel b aanhef WPO (nieuw) dat in het beleid omtrent de kwaliteit in elk geval het te voeren onderwijskundig beleid ten aanzien van een zestal in artikel 74 lid 2 onderdeel b WPO (nieuw) opgesomde deugdelijkheidseisen omvat. Vervolgens beoordeelt de inspectie of aan deze wettelijke verplichting is voldaan. Artikel 75 lid 1 WPO (nieuw) bepaalt dat de inspectie de minister adviseert over de vraag of de aanvraag voldoet aan de wettelijke voorschriften bedoeld in artikel 74 lid 2 onder b WPO (nieuw). Wij plaatsen een tweetal kanttekeningen bij deze wettelijke regeling.

Ten eerste volgt uit de toelichting dat het de bedoeling is de inspectie uitsluitend te laten adviseren over de vraag of de school, naar haar oordeel, in staat zal zijn te voldoen aan de deugdelijkheidseisen opgenomen in artikel 74 lid 2 onder b WPO (nieuw). Het conceptwetsvoorstel verwijst in artikel 75 lid 1 WPO (nieuw) echter naar artikel 74 lid 2 onder b WPO (nieuw) als geheel. De aanhef van artikel 74 lid 2 WPO (nieuw) bepaalt dat het voorgenomen beleid ten aanzien van de kwaliteit dat bij de aanvraag moet worden overlegd 'in elk geval...' een omschrijving bevat van de in die bepaling opgesomde deugdelijkheidseisen. Daarmee is er op grond van artikel 75 lid 1 WPO (nieuw) ruimte voor een verdergaande toets dan alleen een toets aan de in 74 lid 2 WPO (nieuw) genoemde deugdelijkheidseisen. De wettekst zal op dit punt moeten worden gepreciseerd, bijvoorbeeld door de woorden 'in elk geval...' te schrappen.<sup>44</sup>

Ten tweede bestaat het risico dat toetsing aan deugdelijkheidseisen voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing resulteert in een papieren werkelijkheid die niets van doen hoeft te hebben met hoe het onderwijs in de toekomst wordt ingericht. De aannames die aan de ex ante kwaliteitstoets ten grondslag ligt, is dat toetsing aan deugdelijkheidseisen voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing een voorspellende waarde heeft voor het antwoord op de vraag of in de toekomst – als de school haar deuren opent – aan de deugdelijkheidseisen zal worden voldaan. Die aannames staan onder druk als de toetsing een papieren werkelijkheid zal blijken te zijn. Dat risico bestaat met name voor deugdelijkheidseisen die geschreven zijn voor de situatie waarin er daadwerkelijk onderwijs wordt gegeven. Dat geldt bijvoorbeeld voor het in artikel 74 lid 2 onder 1° WPO (nieuw) genoemde artikel 8 lid 3 WPO (uitgangspunten en doelstelling onderwijs), welke bepaling eisen stelt aan de inhoud van het onderwijs. Om dit risico te ondervangen en te voorkomen dat stichtingsinitiatieven na verloop van tijd een *inspectieproof* startdocument naar elkaar doorsturen, zal de inspectie de initiatiefnemers uitnodigen voor een gesprek. Dat gesprek kan er blijkens de toelichting vervolgens toe leiden dat over een startdocument dat op papier aan alle eisen

---

<sup>43</sup> Huisman, Laemers, Mentink en Zoontjens 2011, p. 45.

<sup>44</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2011/12, 32007, nr. 22.*



voldoet toch negatief wordt geadviseerd.<sup>45</sup> De inspectie probeert in het gesprek in te schatten of het schoolbestuur op het moment dat de school haar deuren opent zal voldoen aan de in artikel 74 lid 2 WPO (nieuw) genoemde deugdelijkheidseisen.

In deze situaties waarin op papier aan alle eisen wordt voldaan, maar naar aanleiding van een gesprek toch negatief wordt geadviseerd, ligt spanning met artikel 23 Grondwet op de loer. Het gevaar bestaat dat er teveel subjectiviteit in de oordeelsvorming over het startdocument sluipt. Uit artikel 23 Grondwet en uit het met grondrechtelijke bescherming nauw verbonden belang van rechtszekerheid volgt dat met een voldoende mate van objectiviteit moet kunnen worden bepaald of aan een bekostigingsvoorwaarde is voldaan. Of daar bij toepassing van de in het concept-wetsvoorstel verankerde regeling sprake van zal zijn kan nu niet definitief worden beoordeeld. Daarvoor moet in de toelichting uitgebreider worden ingegaan op de wijze waarop het toezicht en de oordeelsvorming van de inspectie op grond van artikel 75 lid 1 WPO (nieuw) vorm zal krijgen. In het bijzonder zal moeten worden ingegaan op de toetsing aan deugdelijkheidseisen die geen dichotoom karakter hebben.

#### **4.2 Overige elementen van kwaliteit**

In artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) zijn de overige elementen van kwaliteit opgenomen. Het bevoegd gezag moet in de aanvraag ook aangeven hoe het denkt te gaan voldoen aan deze elementen. Ook met deze verplichting probeert de regering veilig te stellen dat het bevoegd gezag over alle voor de schoolstichting relevant geachte kwaliteitsaspecten heeft nagedacht. Daarnaast is deze informatie volgens de toelichting waardevol voor het risicogerichte toezicht.

Ook met betrekking tot de introductie van ex ante toezicht op overige elementen van kwaliteit kunnen een aantal opmerkingen worden gemaakt.

Ten eerste is het voor de constitutionnalité van dit onderdeel van het concept-wetsvoorstel van belang duidelijkheid te creëren over hoe in de praktijk de hand zal worden gehouden aan de in artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) opgenomen verplichting. Uit de toelichting en de concept-wettekst lijkt te volgen dat het de bedoeling is ten aanzien van de overige elementen van kwaliteit geen inhoudelijke beoordeling door de inspectie te laten plaatsvinden. Op grond van artikel 75 lid 2 WPO (nieuw) beslist de minister immers alleen op basis van artikel 74 lid 2 WPO (nieuw) over de bekostigingsaanvraag. De vraag is nu wat er gebeurt als een aanvraag geen overwegingen omtrent de overige aspecten van kwaliteit bevat. Of - misschien wel belangrijker - als de aanvraag overwegingen bevat die door de minister niet worden beschouwd als ten minste een minimale uitwerking van de in de concept-wettekst genoemde kwaliteitsaspecten.

Op grond van artikel 4:5 lid 1 sub a Awb kan een aanvraag die niet voldoet aan de wettelijke vereisten buiten behandeling worden gesteld, mits er gelegenheid is gegeven de aanvraag aan te vullen. Het lijkt voor de hand te liggen dat alleen van deze bepaling gebruik kan worden gemaakt wanneer er in het geheel niets is gezegd over de onderwerpen genoemd in artikel 74 lid 3 WPO (nieuw). Zodra er 'iets' over een kwaliteitselement is opgeschreven, ook als dat 'iets' naar het oordeel van de minister niet als een zinvolle uitwerking van het kwaliteitselement kan worden

---

<sup>45</sup> Memorie van toelichting, p. 31-32.

beschouwd, is aan artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) voldaan.<sup>46</sup> Artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) betreft dus uitsluitend een formele eis. De toelichting lijkt bij deze interpretatie aan te sluiten: ‘Een aanvraag tot bekostiging kan worden afgewezen wegens het ontbreken van informatie met betrekking tot deze overige elementen van kwaliteit, maar niet op de inhoudelijke invulling ervan’.

Voor zover er wel een inhoudelijke beoordeling plaats zou vinden en de bekostigingsaanvraag op basis daarvan niet zou kunnen worden toegewezen ontstaat het probleem dat de overige elementen van kwaliteit volgens de toelichting niet altijd ‘onder de wettelijke deugdelijkheidseisen vallen’.<sup>47</sup> De bekostigingsaanvraag zou dan worden beoordeeld op basis van kwaliteitseisen waar het bevoegd gezag op grond van de onderwijswetgeving en artikel 23 lid 7 Grondwet niet aan is gebonden. Het concept-wetsvoorstel heeft immers niet beoogd nieuwe deugdelijkheidseisen te introduceren en toezicht op de kwaliteit van het onderwijs kan, voor zover daar sancties aan verbonden zijn, alleen zien op naleving van deugdelijkheidseisen.<sup>48</sup>

In aansluiting op de voorgaande observaties valt ten tweede op dat sommige van de in artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) genoemde elementen van kwaliteit volgens de toelichting, aspecten zijn die ‘ten tijde van de aanvraag nog niet overtuigend kunnen worden beschreven’.<sup>49</sup> Dat is logisch, op het moment van de bekostigingsaanvraag zal vaak nog veel onduidelijk zijn over de toekomstige inrichting van de school. Dat zal bijvoorbeeld gelden voor het personeel. De vraag is dan natuurlijk wel wat, zowel voor de initiatiefnemers als de overheid, de meerwaarde is van een verplichting kwaliteitselementen te beschrijven die ‘nog niet overtuigend kunnen worden beschreven’. Wij benadrukken dat de introductie van het ex ante toezicht op de overige kwaliteitselementen een nieuwe bekostigingsvoorwaarde is. Deze voorwaarde moet dan ook als zodanig beoordeeld worden op verenigbaarheid met artikel 23 Grondwet. Dat houdt onder andere in dat er een voldoende noodzaak moet bestaan voor de introductie van de verplichting te beschrijven hoe aan de overige elementen van kwaliteit zal worden voldaan.<sup>50</sup> Als daarbij ook nog wordt betrokken dat het hier gaat om een verplichting waar niet inhoudelijk aan getoetst kan worden, valt niet goed in te zien waarom toetsing aan de overige elementen van kwaliteit noodzakelijk is. Voor zover het opnemen van de overige kwaliteitselementen tot doel heeft initiatiefnemers van een nieuwe school te laten reflecteren op hun plannen en ze bewust te maken van wat zij mogelijk nog over het hoofd hebben gezien, lijkt het creëren van een wettelijke verplichting waaraan in het geheel niet inhoudelijk getoetst kan worden, niet het meest geëigende middel.<sup>51</sup> Waarom zou dit doel niet ook kunnen worden bereikt door middel van een goede voorlichting?<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq).

<sup>47</sup> Memorie van toelichting p. 37.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2014-15, 33862, nr. 5, p.

<sup>49</sup> Memorie van toelichting, p. 37.

<sup>50</sup> Onderwijsraad, *Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting*, p. 21; Zie in vergelijkbare zin: *Kamerstukken II*, 2014/15, 33826, nr. 5, p. 3.

<sup>51</sup> De toelichting vermeldt in dit kader verder dat: “De voorwaarden met betrekking tot de meerjarenbegroting [art. 74, lid 3, onder e, WPO (nieuw), toevoeging onzerzijds] worden vastgelegd in een ministeriële regeling.” Artikel 74, lid 4, WPO (nieuw) biedt een algemene grondslag tot nadere uitwerking in een ministeriële regeling van hetgeen in artikel 74 WPO (nieuw) is bepaald. De vraag is echter wat de functie is van een dergelijke uitwerking bij ministeriële regeling als toch niet inhoudelijk mag worden beoordeeld of aan de in die ministeriële regeling vastgestelde criteria is voldaan.

<sup>52</sup> De memorie van toelichting maakt al melding van een website, p. 31.

Als belangrijkste argument voor de invoering van artikel 74 lid 3 WPO blijft over dat de informatie die door deze verplichting wordt verkregen behulpzaam zal zijn bij het risicogericht toezicht. Voor zover de overige aspecten van kwaliteit niet ‘onder de wettelijke deugdelijkheidseisen vallen’ kan deze doelstelling echter niet worden bereikt.<sup>53</sup> Toezicht op de kwaliteit van het onderwijs kan in het licht van artikel 23 Grondwet alleen zien op de naleving van wettelijke deugdelijkheidseisen. Het recent door de Eerste Kamer aangenomen initiatiefwetsvoorstel Bisschop beoogt dit uitgangspunt duidelijker in de Wet op het onderwijstoezicht te verankeren.<sup>54</sup> Daarnaast kunnen ook de aspecten die wel als deugdelijkheidseisen gelden maar ‘ten tijde van de aanvraag nog niet overtuigend kunnen worden beschreven’ moeilijk als grondslag voor risicogericht toezicht dienen. Welk risico blijkt immers uit een gebrekkige operationalisering van een dergelijk kwaliteitselement?

In de vorige paragraaf hebben wij gerefereerd aan het door de inspectie te voeren gesprek ten aanzien van het uiteengezette kwaliteitsbeleid. Wij merken hier op dat gezien de grote waarde die de toelichting aan het te voeren gesprek hecht, niet kan worden uitgesloten dat de overige aspecten van kwaliteit het oordeel van de inspectie over de vraag of is voldaan aan de deugdelijkheidseisen in zal kleuren. Dit geeft de overige elementen van kwaliteit een onduidelijke status. Als vastgehouden wordt aan de overige elementen van kwaliteit is van belang dat de inspectie ook bij de ex ante toetsing in haar onderzoeksrapport ten minste een helder onderscheid aanbrengt tussen de toetsing aan deugdelijkheidseisen en aan overige aspecten van kwaliteit.<sup>55</sup>

Overigens verplicht artikel 11b WOT op dit moment al om na aanvang van de bekostiging het schoolplan te overleggen.<sup>56</sup> Daaruit kan veel informatie worden vergaard die nu ook op basis van artikel 74 lid 3 WPO (nieuw) lijkt te kunnen worden verkregen. Wij stellen voor in de toelichting nader in te gaan op de noodzaak van de overige elementen van kwaliteit als aanvullende bekostigingsvoorwaarde en daarbij in het bijzonder de reeds bestaande instrumenten voor kwaliteitstoezicht te betrekken. Daarnaast zal moeten worden bezien of er alternatieven bestaan die hetzelfde resultaat bewerkstelligen, maar niet leiden tot de introductie van een nieuwe bekostigingsvoorwaarde.

### **4.3 Rol van de minister**

Aan de minister komt een ruime discretionaire bevoegdheid toe om te beslissen op de aanvraag. Volgens de toelichting wijst de minister de aanvraag af ‘als niet wordt voldaan aan de

---

<sup>53</sup> Memorie van toelichting p. 37.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 33862, nr. 7, p. 17.*

<sup>55</sup> Bij dit wetsvoorstel, op 8 maart 2016 door de Eerste Kamer aangenomen (dossiernummer 33 862), is aan het tweede lid van artikel 20 WOT een volzin toegevoegd: ‘In het inspectierapport wordt onderscheid aangebracht tussen oordelen op grond van de in artikel 3, eerste lid, onderdeel a, bedoelde taak (toezicht op deugdelijkheid) en bevindingen op grond van de in artikel 3, eerste lid, onderdeel b, bedoelde taak (stimulerend toezicht).

<sup>56</sup> De concept-wettekst is ten aanzien van de reikwijdte van artikel 11a WOT (nieuw) onduidelijk. Op grond van artikel V onder A wordt in artikel 11a WOT een nieuw lid c ingevoegd dat luidt: ‘de voorbereiding op het schoolplan, bedoeld in artikel 12 van de Wet op het primair onderwijs, artikel 21 van de Wet op de expertisecentra en artikel 24 van de Wet op het voortgezet onderwijs.’ De Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs zijn echter uit de aanhef van dit artikel verdwenen. Waarschijnlijk is bedoeld hier alleen te verwijzen naar artikel 21 van de Wet op de expertisecentra.

deugdelijkheidseisen bedoeld in het voorgestelde artikel 74, tweede lid, onder b van de WPO'.<sup>57</sup> Daarbij is de minister op grond van de concept-wettekst niet gebonden aan het oordeel van de inspectie. De minister kan gemotiveerd van dit advies afwijken. Denkbaar is dat de minister wegens informatie die is opgekomen nadat de inspectie haar onderzoek had afgerond, anders dan de inspectie had geadviseerd, toch negatief op de bekostigingsaanvraag zou willen beschikken. Bijvoorbeeld omdat de initiatiefnemers tot de schoolstichting uitlatingen hebben gedaan die de in het startdocument neergelegde standpunten in twijfel trekken.<sup>58</sup> Er dreigt in het licht van artikel 23 Grondwet ook op dit onderdeel te veel discretionaire ruimte te ontstaan. Dit zou kunnen worden ondervangen door in het concept-wetsvoorstel een betere afstemming te doen laten plaatsvinden tussen de rol van de inspectie en de minister. Deze afstemming moet er op de eerste plaats toe leiden dat de minister de professionele zelfstandigheid van de inspectie respecteert. Wanneer de minister een oordeel zou willen vellen dat in belangrijke mate afwijkt van het inspectierapport zou de minister terug moet verwijzen naar de inspectie om door de laatste een nieuw onderzoek in te laten stellen.<sup>59</sup> De noodzaak daartoe bestaat in het bijzonder als de minister afwijkt van een positief inspectierapport.

#### **4.4 Integriteitseisen bij aanvang bekostiging**

Het stichten van scholen is vrij. Dat betekent dat hieraan geen voorafgaande beperking door de overheid mag worden gesteld. Dit volgt uit artikel 23 lid 2 Grondwet en uit het internationale recht.<sup>60</sup> Ten aanzien van de komst van nieuwe rechtspersonen op zichzelf mag in principe wel – zij het in zeer uitzonderlijke gevallen die in ernstige mate de openbare orde of nationale veiligheid raken – een (preventieve) beperking door de overheid worden gesteld.<sup>61</sup> Tot 1 juli 2011 gold de regel dat bij de oprichting van een NV of BV, of bij een wijziging van de statuten, een verklaring van geen bezwaar van de minister van Justitie nodig was.<sup>62</sup> Deze verklaring mocht alleen worden geweigerd, wanneer

---

<sup>57</sup> Memorie van toelichting, p. 32.

<sup>58</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 31289, nr. 267; de aanwijzing is te raadplegen op de website van de Tweede Kamer.

<sup>59</sup> Vgl. artikel 8 lid 3 WOT dat inhoudt dat de minister geen aanwijzingen geeft met betrekking tot de in de rapportages neergelegde oordelen van de inspectie 'over de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het onderwijs'. Dit lid is er bij amendement Lambrechts (D66)/Cornielje (VVD) ingebracht. Volgens de toelichting wordt daarmee gewaarborgd dat de inspectie "zonder inmenging van minister of anderen haar oordeel over haar bevindingen met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs" kan geven. Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 783, nr. 10. Zie ook Lambrechts in *Handelingen II* 13 december 2001, TK 36, p. 2708; hetzelfde beginsel ligt vast in artikel 13 WOT zoals dit luidt na aanneming van het wetsvoorstel Bisschop.

<sup>60</sup> Zie D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, vrijheid van onderwijs, digitaal commentaar Grondwet, [www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl), paragraaf 5.

<sup>61</sup> Artikel 8 Grondwet beschermt het recht op vereniging en bepaalt dat dit recht bij wet kan worden beperkt in het belang van de openbare orde. Artikel 11 EVRM beschermt onder meer de vrijheid van vereniging en staat toe dat daaraan bij wet voorziene beperkingen kunnen worden gesteld in het belang van onder meer nationale veiligheid, openbare veiligheid, en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. In bepaalde uitzonderlijke gevallen zijn zelfs preventieve beperkingen ex artikel 11 EVRM toelaatbaar, maar die zijn disproportioneel, als de middelen om achteraf na oprichting van de rechtspersoon op te treden niet of niet volledig worden benut. Vgl. EHRM 10 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Sidiropoulos and others/Greece). De voorbeelden van een preventieve beperking zijn ook, zoals we nog zullen zien, schaars in onze rechtsorde.

<sup>62</sup> Dit volgde uit de toenmalige artikelen 4 juncto 64 en 175 van Boek 2 van het BW.

er gevaar bestond dat de vennootschap zou worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheden zouden leiden tot benadeling van haar schuldeisers, gelet op de voornemens of de antecedenten van de personen die het beleid (mede) bepalen. Verder kon de verklaring van geen bezwaar worden onthouden, wanneer de akte van oprichting in strijd werd bevonden met de openbare orde of de wet.<sup>63</sup>

#### 4.3.1 Toetsing rechtspersonen die een school willen stichten

Ten aanzien van de komst van nieuwe rechtspersonen die als bevoegd gezag zullen optreden van scholen voor bijzonder onderwijs geldt tot op heden geen preventieve toets. De Onderwijsraad heeft gepleit voor de invoering van een preventieve toets voorafgaande aan het aangaan van de bekostigingsrelatie.<sup>64</sup> Invoering van een dergelijke toets is op grond van artikel 23 Grondwet toelaatbaar.<sup>65</sup> De gedachte achter het voorstel van de Onderwijsraad is waarschijnlijk dat het loslaten van het richtingbegrip als bekostigingsvoorwaarde de groep van potentiële schoolstichters verruimt. Men kan dan ook niet meer terugvallen op het vertrouwde kader van een beperkt aantal religieuze en levensbeschouwelijke stromingen dat momenteel het bijzonder onderwijs vormt. Iedereen kan dan wel wat willen bij het aanbieden van wettelijk gereguleerd, door de overheid bekostigd onderwijs. Het is daarentegen de taak van de overheid om specifiek de voorwaarden te scheppen voor onderwijs dat zich richt op – in de terminologie van artikel 29 Kinderrechtenverdrag – het bijbrengen van eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en voor de in het Handvest van de Verenigde Naties vastgelegde beginselen. Volgens het officiële commentaar bij dit verdragsartikel moet de daarin verwoorde aandacht voor mensenrechten en fundamentele vrijheden ook in de schoolorganisatie terugkeren: “In addition, the school environment itself must thus reflect the freedom and the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin called for in article 29 (1) (b) and (d). A school which allows bullying or other violent and exclusionary practices to occur is not one which meets the requirements of article 29 (1). The term ‘human rights education’ is too often used in a way which greatly oversimplifies its connotations. What is needed, in addition to formal human rights education, is the promotion of values and policies conducive to human rights not only within schools and universities but also within the broader community.”<sup>66</sup> Het is de taak van de overheid, zo volgt uit de aard van dit mensenrecht, om een dergelijke open schoolorganisatie mogelijk te maken en krachten die daartegen ingaan te bestrijden. Er zijn op dit moment geen normen in de onderwijswetgeving of daarbuiten aanwezig, die invulling kunnen geven aan de verantwoordelijkheid van de overheid om een open schoolorganisatie vooraf of tijdens het functioneren daarvan te garanderen. In het recente verleden heeft men wel gemeend dat het rechtsstatelijk functioneren van bestaande scholen zou kunnen worden getoetst aan de kerndoelen voor burgerschap, maar dat is sinds 2011 geen begaanbare weg meer. Sindsdien staat vast dat er geen wettelijke verplichting voor scholen is om *op een bepaalde wijze* aan burgerschapsvorming te doen. Er zijn dus geen eenduidig dwingende normen op dat terrein. Volgens

<sup>63</sup> Ontleend aan *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3, p. 2.

<sup>64</sup> Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag april 2012, p. 47/48.

<sup>65</sup> Huisman, Laemers, Mentink en Zoontjens 2011.

<sup>66</sup> Vgl. General Comment no. 1, op artikel 29 van het Verdrag, van de UN-Committee of the Rights of the Child, CRC/GC/2001/1, GE.01-41253 (E), 17 april 2001, randnr. 19.

de hoogste bestuursrechter kan de minister de besturen van scholen niet treffen met een bekostigings sanctie op grond van het argument dat er onvoldoende aandacht wordt besteed aan burgerschapsvorming in het onderwijs. Evenmin kan de onderwijsinspectie bij het toezicht op burgerschapsvorming uitgaan van kerndoelen, nu de wet enkel kerndoelen voorschrijft voor de in artikel 9 WPO bedoelde activiteiten, kennisgebieden en vakken en geen ruimte biedt om kerndoelen te hanteren ten aanzien van de in artikel 8 WPO geformuleerde algemene doelstellingen.<sup>67</sup> Hoe zou een integriteitstoets er dan uit kunnen zien? Een begin is aanwezig in artikel 6 van het voorstel van een Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding:

“Een bestuursorgaan kan een aanvraag voor een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning afwijzen dan wel een beschikking ter zake van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning intrekken, indien:

- a. de aanvrager, subsidieontvanger of houder van een vergunning, ontheffing of erkenning op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan; en
- b. ernstig gevaar bestaat dat de subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning mede zal worden gebruikt ten behoeve van terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan.”<sup>68</sup>

De omschrijving van de handeling van het bestuursorgaan illustreert precies waar het hier om moet gaan: het toetsen van de betrouwbaarheid van degene die voor bekostiging in aanmerking wil komen aan de hand van de bevoegdheid de bekostiging (subsidie) toe te kennen of af te wijzen. De gronden waarop de toetsing plaatsvindt, lijken echter minder geschikt voor het onderwijs. Als het de taak van de overheid is, zoals we juist opmerkten, om een open schoolorganisatie mogelijk te maken en krachten die daartegen ingaan te bestrijden, is het toetsen aan gevallen van terrorisme of de dreiging daarvan te beperkt. Ook schoolorganisaties die abjecte discriminatoire opvattingen huldigen of die een harde disciplinaire aanpak kennen, die met andere woorden qua doel of werkwijze strijdigheid opleveren met algemeen aanvaarde mensenrechten, kunnen – zonder dat ze enig verband met terrorisme demonstreren – ‘verdacht’ zijn. Het lijkt ons van belang dat de minister van OCW een op de maat van het onderwijs toegespitst toetsingsinstrumentarium tot zijn/haar beschikking krijgt. Hoe zou zo’n instrumentarium er dan uit kunnen zien? We onderscheiden, voorafgaande aan het in aanmerking brengen voor bekostiging, twee modaliteiten: 1. toetsing van het doel van de rechtspersoon, 2. het stellen van eisen aan bestuurders van de rechtspersoon. Daarnaast is een instrument wenselijk om 3. rechtspersonen tijdens de bekostigingsrelatie te controleren.

#### *4.3.2 Toetsing doel rechtspersoon*

Er zou overwogen kunnen worden om een soort van figuur als de voormalige verklaring van geen bezwaar (VGB) opnieuw in te voeren, maar nu specifiek toegespitst op rechtspersonen die (bijzondere) onderwijsinstellingen in stand houden. Getoetst zou dan moeten worden op de aspecten van openbare orde en veiligheid, zoals nader ingevuld door de eisen die uit artikel 29 VRK kunnen worden afgeleid: afwezigheid van geweld, discriminatie en uitsluiting. Daarvoor is een wetwijziging noodzakelijk. Als ten aanzien van een rechtspersoon geen VGB wordt afgegeven vindt

<sup>67</sup> ABRvS 30 maart 2011, LJN BP9541.

<sup>68</sup> *Kamerstukken II 2015/16, 34 359, nr. 2.*

geen (eerste) bekostiging van zijn onderwijsinstelling plaats. Het spreekt vanzelf dat met deze toets, zeer terughoudend moet en zal worden omgegaan. Immers, de doelomschrijving van een rechtspersoon is zelden zo concreet dat die zich voor de weigering van een VGB leent. Maar de preventieve en symbolische waarde kan groot zijn. Het gaat er om vooraf de meest uitgesproken, ernstige gevallen uit te zeven. Daarmee neemt de overheid in lijn van artikel 29 VRK haar verantwoordelijkheid in het belang van ouders, leerlingen en studenten.

#### 4.3.3 Toetsing bestuurders

Er zijn in het verleden reeds verschillende gedachten geuit over hoe een eis van integriteit van individuele bestuurders vorm zou kunnen krijgen. De minister van OCW heeft in haar brief van 14 februari 2013, dat een reactie bevat op het rapport van de commissie-Halsema over de problemen bij Amarantis “Niet onwettig, wel onwenselijk”,<sup>69</sup> gewezen op de mogelijkheid van een eed voor bestuurders in het onderwijs.<sup>70</sup> Zij gaf toen aan dit primair als een onderdeel van de professionele codes van de sectoren zelf te zien. Nochtans is over een ‘eed’ tot op heden niets terug te vinden in de branchecodes voor po, vo en mbo.<sup>71</sup> Een andere mogelijkheid is het verplichten van bestuurders om voor zij in functie treden een Verklaring omtrent het gedrag (VOG) te overleggen. Dit fenomeen is sinds 1955 in het onderwijs ingevoerd als verplichting bij de indiensttreding van leraren.<sup>72</sup> Volgens artikel 28 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens is de VOG

“een verklaring van Onze Minister dat uit een onderzoek met betrekking tot het gedrag van de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon ingesteld, gelet op het risico voor de samenleving in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van betrokkene, niet is gebleken van bezwaren tegen die natuurlijke persoon of rechtspersoon.”

Ook voor bestuurders binnen rechtspersonen is een aparte VOG ontwikkeld.<sup>73</sup> In 2013 stelden minister Schippers en staatssecretaris Van Rijn voor om een VOG-verplichting voor bestuurders in de zorg in te voeren.<sup>74</sup> Dat voorstel heeft het evenwel in de parlementaire behandeling niet gehaald. Dat sluit overigens niet uit, zoals de bewindslieden tijdens de parlementaire behandeling hebben betoogd, dat op lokaal niveau, in het kader van de Wmo, die verplichting wel kan worden opgelegd. Ook politieke partijen kunnen bij de selectie van politieke ambtsdragers een VOG eisen. Artikel 1.50, vierde lid, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen stelt ten slotte een VOG verplicht aan “de houder van een kindcentrum en personen werkzaam bij de onderneming”. De discussie over een VOG voor bestuurders heeft buiten de kinderopvang nog niet tot een wettelijke

<sup>69</sup> Kenmerk 487452.

<sup>70</sup> Een regeling dienaangaande voor de financiële sector is vastgesteld door de minister van Financiën, Regeling eed of belofte financiële sector met bijlage, Stct. 24 december 2012, nr. 26874.

<sup>71</sup> Wel wordt aandacht besteed aan de voorkoming van belangenverstremgeling door bestuurders en de rol van het interne toezicht.

<sup>72</sup> Zie hierover meer uitgebreid: C.W. Noorlander, P.J.J. Zoontjens, Handhaving van de zedelijkheid van de leraar in de recente rechtshistorie, in: Wim Deetman, Nel Draijer e.a., *Seksueel misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk*, deel 2, achtergrondstudies, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2011, p. 175-191.

<sup>73</sup> Zie <https://www.justis.nl/producten/vog/vog-aanvragen/vog-rp-aanvragen/>.

<sup>74</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2013/09/19/schippers-en-van-rijn-stellen-strengere-eisen-aan-zorgbestuurders-en-raden-van-toezicht>.

verplichting geleid, maar de maatschappelijke discussie is er wel. In verband met de nieuwe, te verwachten verhoudingen in het scholenveld is het raadzaam hierbij aan te sluiten.

#### 4.3.4 Toetsing van het functioneren van de rechtspersoon

De minister van OCW heeft instrumenten tot zijn of haar beschikking om in te grijpen wanneer bestuurders van schoolorganisaties zich misdragen. Er is een ministeriële aanwijzingsbevoegdheid die de mogelijkheid omvat om in een rechtspersoon in te grijpen bij bestuurlijk wanbeheer en ernstige nalatigheid bij de bewaking van de kwaliteit van het onderwijs.<sup>75</sup> Het niet voldoen door de betreffende rechtspersoon aan een aanwijzing levert een bekostigingssanctie op. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen ontstond er discussie tussen de minister en de Tweede Kamer over de vraag of er voldoende mogelijkheden zijn om bestuurders die zich schuldig maken aan wanbeheer daarvoor civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. De minister verwees naar een door de minister van Veiligheid en Justitie in voorbereiding genomen voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen, dat begin 2014 als concept-wetsvoorstel op internetconsultatie was geplaatst en thans – naar verluidt – bij de Raad van State ligt.<sup>76</sup> Volgens de conceptversie die betrekking heeft op bestuurders van stichtingen, maar ook verenigingen wordt het eerste lid van artikel 298 van boek 2 van het BW gewijzigd tot het volgende:

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; of
  - b. hij niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank, ingevolge het vorige artikel, gegeven bevel.

En nieuwe leden 4 en 5 luiden als volgt:

4. Een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken.
5. Het in de voorgaande leden bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de leden van het toezichthoudend orgaan.

De minister heeft aangegeven dat zij voor het aanpakken van onbehoorlijk bestuur in schoolorganisaties wil wachten op deze wijziging van boek 2 van het BW. En dat lijkt ook voor de problematiek waar het hier om gaat terecht. De minister heeft hiermee naar verwachting een adequaat middel in handen om op te treden tegen bestuurders die systematisch handelen tegen het belang van de onderwijsorganisatie, in de zin ook dat door hun handelen de doelstellingen van artikel 29 Kinderrechtenverdrag zichtbaar aangetast worden.

Voordat de nieuwe wet er is zou overwogen kunnen worden om de aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot de bestaande grond “het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie,

---

<sup>75</sup> Vgl. art. 163b WPO en 103g WVO.

<sup>76</sup> *Handelingen II*, 3 februari 2016, TK 50, p. 50-3-8/9.



waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder” zodanig systematisch te interpreteren dat de doelstellingen van art. 29 Kinderrechtenverdrag gediend worden.

Wat hierboven ten aanzien van het aangaan van de bekostigingsrelatie is opgemerkt, laat zich ook toepassen op organisaties/rechtspersonen die onbekostigd blijven, maar wettelijk geregeld onderwijs willen verzorgen. De afwezigheid van een bekostigingsrelatie maakt de ruimte om in te grijpen weliswaar kleiner, maar de problematiek is niet principieel anders. Uiteindelijk is het belang van het kind doorslaggevend en is het zijn belang dat om preventief ingrijpen (toetsen) vraagt.



## 5. Belangstellingsmeting

In de huidige situatie moet een school die voor bekostiging in aanmerking wenst te komen op basis van een richtinggebonden prognose voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing aantonen in staat te zullen zijn voldoende leerlingen aan zich te binden. Daarnaast moet het bevoegd gezag berekeningen overleggen waaruit blijkt dat de school gedurende een wettelijk vastgelegde periode ten minste een minimumaantal leerlingen zal weten vast te houden. Op grond van de onderwijswetgeving dient het bevoegd gezag bij het opstellen van de leerlingenprognose uit te gaan van een zogenaamde indirecte meting. Bij een indirecte meting wordt het leerlingenpotentieel van een school geëxtrapoleerd uit de leerlingaantallen die reeds bestaande scholen van eenzelfde richting hebben, mede in verhouding tot die op scholen van andere richtingen. Daarnaast spelen demografische gegevens bij de berekening van het leerlingenpotentieel een rol. Als belangrijke beperking geldt dat leerlingen die reeds een school van de richting van de nieuw te stichten school bezoeken van het potentieel moeten worden afgetrokken. Dit samenstel van voorschriften maakt dat er op slechts een zeer gering aantal plaatsen ruimte zal zijn voor de stichting van nieuwe scholen.

De weg waarlangs in recente jaren enkele nieuwe scholen zijn gesticht, namelijk door het afspeuren van het land naar de 'gaten' ofwel 'witte vlekken' in de planningsvoorzieningen als gevolg van niet of onvoldoende benutten van belangstellingspercentages, verdient als methode van oneigenlijk gebruik van de planningsystematiek geen schoonheidsprijs.<sup>77</sup> De toegepaste methode bleek echter te passen binnen de kaders van artikel 23 Grondwet.<sup>78</sup>

In deze paragraaf wordt ingegaan op het onderdeel belangstellingsmeting. Artikel 74, tweede lid, onder a, WPO van het concept-wetsvoorstel vermeldt dat de aanvraag vergezeld gaat van een belangstellingsmeting. Artikel 76 van het concept-wetsvoorstel bepaalt in aansluiting daarop dat een belangstellingsmeting als bedoeld in artikel 74, tweede lid, onder a, aannemelijk dient te maken dat een school in het tiende schooljaar na de indiening van de aanvraag zal worden bezocht door ten minste het aantal leerlingen dat overeenkomt met de voor de gemeente geldende stichtingsnorm. Artikel 66a WVO van het concept-wetsvoorstel gaat over de belangstellingsmeting in het voortgezet onderwijs. Het accent zal in het navolgende vooral liggen op de belangstellingsmeting in het basisonderwijs.

In het navolgende zal blijken dat het concept-wetsvoorstel op het punt van de belangstellingsmeting nog veel vragen onbeantwoord laat. Die vragen zullen wel beantwoord moeten worden om de effecten van het concept-wetsvoorstel voor bijvoorbeeld de individuele keuzevrijheid van onderwijsvragers en de continuïteitspositie van de bestaande scholen in te kunnen schatten.

### 5.1 Opzet belangstellingsmeting

Volgens de memorie van toelichting geschiedt de belangstellingsmeting voor het stichten van een openbare school of het in aanmerking brengen van bekostiging van een bijzondere school door *ouderverklaringen* of *marktonderzoek*. In de huidige (thans geldende) planningsregelgeving wordt

---

<sup>77</sup> Vgl. de scholen voor persoonlijkheidsonderwijs in Tietjerksteradeel en Kapelle, Zeeland.

<sup>78</sup> Vgl. ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013, m.nt. Huisman en Philipsen.

niet gekeken naar de belangstelling voor een specifieke school, maar naar de belangstelling voor een richting. Dat betekent dat het concept-wetsvoorstel een grote omslag in de planningssystematiek te weeg brengt.<sup>79</sup> De gedachte die in de memorie van toelichting wordt geuit is dat er gewerkt gaat worden met een 'meting van de daadwerkelijke belangstelling voor een specifieke nieuwe school'. De initiatiefnemer toont met behulp van die meting aan dat het initiatief aansluit bij de wensen van ouders en leerlingen.<sup>80</sup> 'Dit is niet alleen voordelig voor nieuwe initiatieven voor bijzonder onderwijs met een bepaald pedagogisch concept waar belangstelling voor is. Het biedt ook voordelen voor bijzondere scholen met een geloofsovertuiging of levensbeschouwing die nog niet is erkend als richting of die nog niet aanwezig is in de gemeente.'<sup>81</sup> De regel dat initiatiefnemers van een school leerlingen voor wie nog plaatsruimte is in een bestaande school van dezelfde richting niet mogen meetellen, komt te vervallen met het verdwijnen van richting in de planningssystematiek.

## **5.2 Ruime delegatiebevoegdheid**

Er bestaat op het punt van de belangstellingsmeting een grote discrepantie in de mate van detaillering tussen de concept-wettekst en de daarbij behorende toelichting. Artikel 74 lid 2 sub a WPO (nieuw) schrijft immers uitsluitend voor dat de aanvraag vergezeld gaat van een belangstellingsmeting. Over de vorm van die belangstellingsmeting en de gegevens die bij de belangstellingsmeting moeten worden betrokken, wordt in de concept-wettekst niet gerept. De toelichting bevat daarentegen, zo bleek uit het voorgaande, een gedetailleerde uitwerking van de voorwaarden waaraan de belangstellingsmeting moet voldoen. Klaarblijkelijk is ervoor gekozen de wettekst – in ieder geval op dit punt - tot het minimum te beperken. Een nadere uitwerking zal blijkens artikel 74, lid 4, WPO (nieuw) bij ministeriële regeling worden gegeven. Deze keuze om sterk te leunen op een latere bij ministeriële regeling te geven uitwerking is echter moeilijk verenigbaar met het in artikel 23 Grondwet besloten liggende primaat van de wetgever. Uit artikel 23, lid 7, Grondwet volgt dat wezenlijke elementen van de bekostigingsregelgeving op het niveau van de wet in formele zin moeten worden geregeld. Voor zover dergelijke eisen niet reeds uit artikel 23, lid 7, Grondwet zouden voortvloeien volgen zij uit de aard van de grondrechtelijke bescherming en de daar inherent mee samenhangende beginselen van legaliteit en rechtszekerheid. Ten overvloede merken wij op dat de voorgestelde regeling op het punt van de belangstellingsmeting ook veel minder gedetailleerd is dan de huidige wettelijke regeling. Zo somt het huidige artikel 76 jo 75 WPO uitvoerig de wezenskenmerken van de belangstellingsmeting op. Zelfs artikel 65, lid 1, WVO, welke bepaling ten aanzien van de belangstellingsmeting veel summierder is dan de regeling in de WPO, bevat een meer gedetailleerde uitwerking van de thans voorgestelde concept-wettekst. Het verdient ons inziens dan ook aanbeveling de wettekst in ieder geval op dit onderdeel aan te vullen.

---

<sup>79</sup> Aangetekend moet worden dat thans in sommige gevallen wel degelijk nagegaan wordt hoe de wensen van ouders liggen als stichting van een nieuwe school aan de orde is, getuige de situatie in Amsterdam, alwaar - na een 'wedstrijd' om de beste, nieuwe schoolconcepten te realiseren - enkele prijswinnaars uit de bus zijn gekomen.

<sup>80</sup> Van het geldend maken van een voorkeur van leerlingen voor een school is – gesteld dat deze afwijkt van die van hun ouders – overigens geen sprake.

<sup>81</sup> Memorie van toelichting, p. 32.

En daarbij de belangrijkste elementen van de toekomstige belangstellingsmeting in de wet op te nemen.

### 5.3 Ouderverklaringen

Allereerst zij opgemerkt dat met ouderverklaringen natuurlijk nooit aangetoond kan worden dat de school na tien jaar nog het aantal leerlingen zal hebben conform de stichtingsnorm: met ouderverklaringen kan alleen een beperkt aantal jaren vooruit gekeken worden. Derhalve zullen ook demografische gegevens bij de belangstellingsmeting moeten worden betrokken.<sup>82</sup> Daarnaast is geprobeerd een reële afspiegeling van de (toekomstige) belangstelling te verkrijgen door alleen ouderverklaringen geldig te verklaren van ouders wier kinderen nog niet naar school gaan. Ondanks het feit dat de toelichting vele mate gedetailleerder is dan de concept-wettekst, wordt er ook in de toelichting over de praktijk van het werken met ouderverklaringen niet uitgeweid.<sup>83</sup> Wat het hanteren van dit instrument de facto betekent voor schoolkeuzemogelijkheden van ouders staat of valt met de concrete invulling. Dat betekent dat over de inzet van dit instrument nog de nodige vragen moeten worden beantwoord. De voorzienbare uitvoeringsproblemen betreffen onder meer de volgende zaken:

- Hoe veel ouderverklaringen zijn nodig om tot stichting over te kunnen gaan?
- Zijn evenveel ouderverklaringen nodig als het aantal dat de stichtingsnorm in de betrokken gemeente omvat?
- Welke stichtingsnormen gaan in de (nabije) toekomst gelden?
- Welk voedingsgebied geldt bij het verzamelen van ouderverklaringen? Hoever mag de afstand van het woonadres tot de te stichten school zijn om de verklaring nog mee te tellen?
- Kan een ouderverklaring een ouder binden, en zo ja op welke wijze?
- Mogen alleen ouderverklaringen van ouders met een kind in de leeftijd van 2-3 jaar meetellen? (voor het vo: ouders met een kind in de leeftijd van 10-11 jaar)?<sup>84</sup>
- Is de methode van ouderverklaringen uitgesloten voor een school in een nieuwbouwwijk?
- Hoe kunnen initiatiefnemers beschikken over naw-gegevens van potentiële belangstellenden?<sup>85</sup>
- Wordt de gemeente verplicht de benodigde gegevens uit het bevolkingsbestand aan *iedere* potentiële initiatiefnemer ter beschikking te stellen of mag de gemeente – al dan niet formeel – een check uitvoeren op de potentiële aanbieder?<sup>86</sup>
- Kan de toekomstbestendigheid van een ouderverklaring verzekerd worden?
- Hoe lang is een ouderverklaring ‘geldig’?
- Wie betaalt de kosten voor het verzamelen van ouderverklaringen? (gegevensbestand gereed maken, voorlichting geven e.d.)
- Hoe wordt de gegevensbescherming bij ouderverklaringen geregeld?

---

<sup>82</sup> Memorie van toelichting, p. 34.

<sup>83</sup> Ouderverklaringen konden wel gehanteerd worden in LO-wet, KO-wet en WBO voor 1994.

<sup>84</sup> Memorie van toelichting, p. 32.

<sup>85</sup> Dergelijke gegevens zijn nodig voor marktonderzoek; strikt genomen niet voor ouderverklaringen.

<sup>86</sup> Op dit moment mogen dit soort gegevens alleen gegeven worden aan onafhankelijk onderzoeksbureaus.

- Hoe kan je ouders vragen te verklaren of ze een school willen op basis van:
  - uitgangspunten die niet (algemeen) bekend zijn
  - onbekendheid met de plaats van vestiging van de school (welke wijk, buurt, afstand etc.)
  - onbekendheid met de aard en plaats van huisvesting<sup>87</sup>
  - onbekendheid met het tijdstip waarop de school van start zal gaan
  - onbekendheid met het antwoord op de vraag naar welke school vriendjes en vriendinnetjes heengaan
  - onbekendheid met de bestaansduur/overlevingskans van de school onbekendheid met het personeel dat zal worden aangetrokken
  - overige onzekere factoren?

In het verleden zijn vanwege onder meer deze vragen de voornemens om te komen tot richtingvrije planning met behulp van ouderverklaringen gestrand.<sup>88</sup> Als er inmiddels vooruitgang is geboekt met de uitvoeringsmogelijkheden dan zou dat kunnen gelden als valide argument om thans wel te kiezen voor deze vorm van belangstellingsmeting. De in de memorie vermelde afname van administratieve lasten doordat de wijze van belangstelling aantonen door middel van ouderverklaringen goedkoper en simpeler is dan de huidige prognosesystematiek, alsmede de keuze die is gemaakt voor het afleggen van verklaringen op een website van DUO, waarbij de identiteit van de persoon wordt geverifieerd en wordt voorkomen dat ouders met kinderen in de aangewezen leeftijdscategorie meer dan een keer een verklaring kunnen afleggen, komen echter slechts ten dele tegemoet aan de in het verleden gesignaleerde problemen.<sup>89</sup>

Tot slot merken wij nog maar eens op dat een ouderverklaring juridisch niet kan binden in de zin dat ouders verplicht worden hun kind ook daadwerkelijk op de school waarvoor zij een verklaring hebben gegeven in te schrijven. Dit volgt onder andere uit artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM Artikel 2 EP EVRM verplicht de staat het recht van ouders te respecteren om zich van die opvoeding en het onderwijs te verzekeren dat overeenstemt met hun godsdienstige en filosofische overtuigingen. Dit recht houdt ook de vrijheid in om van de school van keuze te veranderen.<sup>90</sup> Vermeulen betoogt dat een wettelijke regeling op grond waarvan een ouderverklaring, inhoudend dat ouders toezeggen hun kinderen naar een bepaalde school te sturen, juridisch bindt, in strijd is met genoemd artikel. Overigens kan een juridisch binding ook niet worden aangenomen vanwege alle hierboven vermelde onzekerheden. Voor wat betreft de ouderverklaringen in het onderhavige concept-wetsvoorstel ware een formulering te beproeven die duidelijk maakt dat er wel een indicatie

---

<sup>87</sup> Artikel 74 lid 3 sub f WPO (nieuw) schrijft weliswaar voor dat de aanvraag de verwachtingen met betrekking tot de huisvesting vermeldt, maar daarmee is nog niet duidelijk of die ook gerealiseerd zal worden.

<sup>88</sup> Tijdens de operatie Toerusting en Bereikbaarheid begin jaren negentig vormden de met ouderverklaringen gepaard gaande kosten, het feit dat ze slechts een momentopname vormen en de intensieve controle op de correctheid de argumenten om af te zien van het systeem van ouderverklaringen. De regering was in 1999 opnieuw voornemens een voorstel te doen voor de verdere uitwerking van richtingvrije planning (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26134, nr. 5), maar ook toen werden de plannen uiteindelijk afgeblazen vanwege manifeste bezwaren.

<sup>89</sup> Niet alleen de identiteit van ouder/verzorger moet worden gecontroleerd, maar ook het bestaan van het kind.

<sup>90</sup> B.P. Vermeulen, *Constitutioneel Onderwijsrecht*, Elsevier 1999, p. 107-108.

uit gelezen kan worden dat de ouder belangstelling heeft voor de nieuwe school, maar dat de ouder niet ertoe verplicht kan worden gevolg te geven aan de door hem of haar uitgesproken verklaring.

### **5.3 Marktonderzoek**

Marktonderzoek kan plaatsvinden in de vorm van een directe meting. Met dit instrument kunnen discrepanties tussen feitelijk en verwacht schoolkeuzegedrag aan het licht worden gebracht. Bedacht moet worden dat bij de directe metingen die in het verleden zijn uitgevoerd gebruik gemaakt werd van vragenlijsten die een opsomming gaven van de verschillende 'erkende' richtingen waaruit dan een voorkeur kon worden aangegeven. In de nieuw voorgestelde situatie zal een andere opzet van het onderzoek ervoor moeten zorgen dat de plannen van de initiatiefnemers helder aan de doelgroep worden voorgelegd omdat het houvast van een 'vertrouwde' richting ontbreekt. Voor het hanteren van marktonderzoek gelden m.m. dezelfde kritische kanttekeningen als voor ouderverklaringen in bovenstaande opsomming van vragen zijn gemaakt. Hier komt nog bij dat een bepaalde omvang van de te benaderen groep (steekproef of populatie afhankelijk van grootte voedingsgebied) is vereist.

Kan van ouderverklaringen gezegd worden dat de kosten voor de initiatiefnemers laag gehouden kunnen worden, een grootschalig marktonderzoek uitgevoerd door een onafhankelijk, deskundig bureau kost al snel enkele duizenden euro's. Welke criteria worden aangelegd voor het bepalen van de onafhankelijkheid van een marktonderzoeksbureau is vooralsnog niet helder, noch wie of welke instantie gaat bepalen of een bureau aan onafhankelijkheidscriteria voldoet. Opgemerkt zij dat de praktijk heeft laten zien dat scholen gesticht op basis van belangstellingspercentages uit directe meting en referentiegemeente lang niet altijd tot scholen met bestaansrecht hebben geleid. Ouderverklaringen kunnen, mits goed opgezet, als voordeel hebben dat zij door ouders als moreel bindend worden ervaren. Zo kunnen ouderverklaringen leiden tot betrokkenheid van ouders bij het stichtingsinitiatief. Het voorgaande zal in veel mindere mate gelden voor een enquête of marktonderzoek. Het noodzakelijk aantal ouderverklaringen kan zo worden vastgesteld dat de stichtingsnorm met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid gehaald wordt, onder voorwaarde dat de school gesticht wordt op de gewenste locatie, binnen korte termijn, en dat verklaringen zijn afgenomen in een serieuze omgeving (gemeente, notaris, DUO).<sup>91</sup>

### **5.4 Opbouw van de nieuwe school**

Bij het initiatief om een (innovatieve) nieuwe school neer te zetten op een plaats waar al andere scholen zijn, is te verwachten dat de meeste leerlingen aangetrokken worden voor de onderbouw. Het zal dan vooral gaan om ouders die hun kind graag gedurende hun hele basisschoolloopbaan op de nieuwe school zien. Ouders die hun kind(eren) al op een andere school hebben moeten immers zwaarwegende argumenten hebben om hun kind van die school af te halen. Dat kan ertoe leiden dat de nieuwe school voornamelijk leerlingen zal rekruteren uit de onderbouw. Het is – afhankelijk van het benodigde stichtingsaantal - niet denkbeeldig dat bij de start van de school de onderbouw zo

---

<sup>91</sup> Commissie Aanpassing Scholenbestand, *De school voor de samenleving; Vernieuwingen in de relatie tussen maatschappelijke ontwikkelingen en scholenbestand basisonderwijs*, 1994.

omvangrijk is dat de school uiteindelijk (bij realisering van het aanbod van acht schooljaren) structureel veel meer leerlingen herbergt dan initieel het plan was, terwijl in de aanvangsfase de mogelijkheden voor leerlingen buiten de bevroegde leeftijdscategorieën wellicht beperkt zijn. In de memorie van toelichting wordt ervan uitgegaan dat de belangstellingsmeting beperkt blijft tot ouders van 2-3-jarigen voor het basisonderwijs en ouders van 10-11-jarigen voor het voortgezet onderwijs. In een nieuwbouwwijk kunnen ook kinderen komen wonen uit een andere leeftijdscategorie. De belangstelling van deze groep leerlingen mag echter niet meetellen bij de belangstellingsmeting. Het stichten van een school te midden van bestaande scholen is eveneens afhankelijk van de wens van ouders van leerlingen uit de aangewezen leeftijdscategorieën. Wanneer de school er eenmaal is zullen 'overstappers' niet geweerd worden, hetgeen in deze situatie per definitie (alsnog) ten koste gaat van bestaande scholen. Het hanteren van gelijke leeftijdscategorieën voor uiteenlopende situaties (nieuwbouw versus bestaande situatie) behoeft nadere motivering. Om een empirisch gefundeerd oordeel te kunnen geven over de voorgestelde methoden van belangstellingsmeting ware het nuttig te onderzoeken hoe het is gegaan met in recente jaren op basis van marktonderzoek gestichte scholen.<sup>92</sup> Op basis van die uitkomsten valt ook iets te zeggen over de juridische merites van deze methode, met name of deze methode kan leiden tot een stelsel van onderwijsvoorzieningen dat beantwoordt aan de grondwettelijke en verdragsrechtelijke normen, althans voldoende recht doet aan alle grondrechtelijk beschermde belangen.

---

<sup>92</sup> Dat geldt ook voor scholen die op basis van referentiegemeenten zijn gesticht. Daarbij dient wel rekening gehouden te worden met andere factoren die een rol spelen: de uiteindelijke locatie en de staat van het schoolgebouw. Er zijn situaties bekend waarbij de bijvoorbeeld de islamitische school een gebouw kreeg in een andere wijk dan waar de belangstellenden woonden. Is soortgelijks is met openbare scholen gebeurd.



## 6. Slotopmerkingen met betrekking tot de positie van bestaande scholen en gemeenten

Wanneer een nieuwe toetreders op de scholenmarkt wordt toegelaten heeft dat consequenties voor verschillende andere actoren op die markt. Weliswaar is voorzien in een meldingsplicht aan besturen, samenwerkingsverbanden en gemeente, maar dat laat onverlet dat genoemde actoren in hun belang kunnen worden getroffen wanneer een nieuwe school zich aandient. Over de rechtspositie en rechtsbescherming van die andere partijen regelt het concept-wetsvoorstel (nagenoeg) niets.

Andere schoolbesturen kunnen geconfronteerd worden met gevolgen van de komst van een nieuwe school (of een onderdeel daarvan) voor hun eigen scholen. Hoewel bij de stichting van de nieuwe scholen reeds schoolgaande kinderen niet bij de belangstellingsmeting worden meegeteld, is het te verwachten dat een nieuwe school met een aansprekend concept ook attractief kan zijn voor (ouders van) kinderen op bestaande scholen. Deze bestaande scholen zullen hiervan zeker effecten ondervinden. Over het voorkomen van onwenselijke effecten is het concept-wetsvoorstel niet erg duidelijk. Het is van belang dat deze situatie in het concept-wetsvoorstel of in de toelichting nader geduid wordt.

Het concept-wetsvoorstel biedt ongetwijfeld voor vernieuwers in het onderwijs kansen om hun onderwijsideeën te realiseren. Tegelijkertijd zijn de meeste bestaande scholen voortdurend bezig zich te vernieuwen en hun pedagogisch-didactische uitgangspunten aan te passen aan de eisen van de tijd. Steeds meer rooms-katholieke en protestants-christelijke scholen gaan zich profileren als Jenaplan of Montessori. Ook sommige reformatorische scholen dragen uit dat ze het bijbelgetrouw christelijk onderwijs niet zullen loslaten, maar dat minder gaan invullen vanuit de binding aan enkele kerkgenootschappen of een vastomlijnde denominatie. De vertaling van de schoolidentiteit in pedagogisch en onderwijskundig opzicht is dan de reactie op veranderingen in de samenleving.<sup>93</sup> Ook dit soort ontwikkelingen moeten goed in beeld worden gebracht voordat het schrappen van richting uit de onderwijswetten een feit is.

Tot besluit nog een opmerking over de positie van de gemeenten. De gemeente wordt met het concept-wetsvoorstel louter voorziener in de huisvesting van de nieuwe aanbieder. In het voortgezet onderwijs bestaat deze situatie nu reeds. Noodzakelijke inpassing van een nieuwe, mogelijk ongewenste, huisvestingsaanvraag in het bestaande (integrale) huisvestingsplan zal tot problematische situaties, waaronder vertraging kunnen leiden. Een vraag is bijvoorbeeld of nieuwe aanbieders bij voorrang in aanmerking komen voor huisvesting, ook in situaties dat bestaande scholen al lange tijd wachten op vervangende huisvesting.<sup>94</sup> Het is niet denkbeeldig dat nieuwkomers leegstaande lokalen ver weg van de toekomstige leerlingenpopulatie krijgen toegewezen. De bereidheid van de gemeente tot medewerking zal mogelijk minder groot zijn in situaties dat de gemeente niet eerder dan bij de huisvestingsvraag werkelijk betrokken is bij de nieuwe school. Het is in dit licht bezien van groot belang dat initiatiefnemers vroegtijdig met de gemeente in gesprek treden en trachten commitment van de gemeente te verkrijgen voor hun school.

---

<sup>93</sup> Zie Verus 11 februari 2016. Merksnaam voor gereformeerde scholen 'Gereformeerd onderwijs is op meer aanspreekbaar dan op het behoud van de richting' Zie: <http://www.verus.nl/nieuws/merksnaam-voor-gereformeerde-scholen-gereformeerd-onderwijs-is-op-meer-aanspreekbaar-dan-op>.

<sup>94</sup> Vgl. de situatie in Doorn, waar een basisschool al jarenlang zonder succes wacht op vervangende huisvesting (de Volkskrant 7 maart 2016, 'De gammelste school van Doorn').