

No.W05.15.0364/I

's-Gravenhage, 25 februari 2016

Bij Kabinetsmissive van 16 oktober 2015, no.2015001824, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van diverse onderwijswetten in verband met de vereenvoudiging van de vorming van samenwerkingscholen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel wil de mogelijkheden verruimen om een samenwerkingschool – een fusieschool waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden –¹ tot stand te brengen en de bestuurlijke vormgeving ervan vereenvoudigen, met name om tegemoet te komen aan de maatschappelijke behoefte aan samenwerkingscholen in dunbevolkte gebieden met dalende leerlingenaantallen. Daartoe wordt voorgesteld het continuïteitscriterium (inhoudende dat een van beide te fuseren scholen met opheffing wordt bedreigd) te versoepelen. Ook wordt de fusietoets voor fusies die leiden tot de vorming van een samenwerkingschool of een samenwerkingsbestuur afgeschaft. Daarnaast zal het openbare karakter en de bijzondere identiteit van de samenwerkingschool vooral gewaarborgd gaan worden via een identiteitscommissie op schoolniveau. Ten slotte regelt het wetsvoorstel dat een samenwerkingschool in stand kan worden gehouden door een stichting voor openbaar onderwijs.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het voorstel het continuïteitscriterium zodanig versoepelt dat de samenwerkingschool in strijd met de Grondwet een reguliere variant wordt. Wegens strijd met de Grondwet wijst de Afdeling ook de overheidsstichting als bevoegd gezag van de samenwerkingschool af. Tevens adviseert de Afdeling af te zien van het schrappen van de fusietoets bij de vorming van samenwerkingscholen en -besturen. Zij adviseert daarom het voorstel niet in zijn huidige vorm aan de Tweede Kamer te zenden. Wel ziet de Afdeling ruimte om het continuïteitscriterium bij kleine scholen in dunbevolkte gebieden binnen een beperkte bandbreedte aan te passen.

Alvorens inhoudelijk op het voorstel in te gaan, merkt de Afdeling op dat in de memorie van toelichting onvoldoende recht wordt gedaan aan de op verzoek van de regering uitgebrachte adviezen van de Onderwijsraad en het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht (NCOR). Van een toelichting mag worden verwacht dat de argumentatie uit de ontvangen adviezen correct en overtuigend wordt besproken. Daaraan voldoet de toelichting niet.

¹ Zie artikel 17d, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs (WPO): “Een samenwerkingschool is een school waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden. Een samenwerkingschool kan uitsluitend tot stand komen door samenvoeging van één of meer openbare scholen met één of meer bijzondere scholen [...]”.

1. Inleiding

Het wetsvoorstel is ingegeven door de constatering dat het primair onderwijs in de komende jaren geconfronteerd wordt met een scherpe daling van het aantal leerlingen, die in bepaalde gebieden meer dan 30% kan bereiken.² Scholen worden daardoor kleiner en moeten alle zeilen bijzetten om de kwaliteit te blijven waarborgen. Fusies tussen scholen en besturen zijn dan soms onvermijdelijk als alternatief voor sluiting. De Wet samenwerkingsschool (2011) is bedoeld om aan de praktijk van samenwerking een wettelijk kader te bieden dat recht doet aan het duale bestel. Maar sindsdien zijn slechts drie aanvragen ingediend waarvan er twee werden toegekend. Ondertussen gaat de groei van het aantal informele samenwerkingsscholen in het primair onderwijs door en blijkt uit plannen van besturen in krimpgebieden dat er nog meer zullen worden gevormd. Die informele praktijk wordt volgens de toelichting mede in de hand gewerkt doordat besturen in gebieden met lage leerlingenaantallen al lang voordat de opheffingsnorm in het geding is de continuïteit van kwalitatief goed onderwijs zeker willen stellen, of om financiële redenen samenwerking zoeken. Ook zouden schoolbesturen worden afgeschrikt van vorming van een formele samenwerkingsschool omdat dit met zich brengt dat alle scholen die onder de verantwoordelijkheid van het betreffende bestuur vallen te maken zouden krijgen met de regels voor de inrichting van het bevoegd gezag van een samenwerkingsschool. Om de informele praktijk beter te kunnen kanaliseren beoogt het wetsvoorstel de vorming van een formele samenwerkingsschool aantrekkelijker te maken.

In het licht van het gegeven dat sinds 2011 maar zeer beperkt gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot vorming van formele samenwerkingsschool, terwijl de informele praktijk door lijkt te gaan en nog te groeien, is de wens van de regering om te bezien of de figuur van de samenwerkingsschool beter bruikbaar kan worden gemaakt begrijpelijk. Zoals ook in de toelichting wordt onderstreept, kan de wetgever de voorwaarden voor de vorming van een samenwerkingsschool echter niet zonder meer verruimen, in aanmerking genomen dat de samenwerkingsschool een afwijking vormt van de hoofdregel dat openbaar onderwijs in openbare, bijzonder onderwijs in bijzondere scholen aangeboden wordt. Verruiming is derhalve slechts mogelijk indien en voor zover daarbij voldaan wordt aan de gronden en randvoorwaarden waarvoor de grondwetgever deze afwijkingmogelijkheid heeft geboden. Artikel 23, derde en vierde lid van de Grondwet waarborgen sociale grondrechten en zijn mede bedoeld om de rechten en belangen van minderheden te beschermen, met name doordat de overheid garant dient te staan voor voldoende openbaar onderwijs in een genoegzaam aantal openbare scholen. In zoverre kan de behoefte van de praktijk niet doorslaggevend zijn, en zal getoetst moeten worden in hoeverre hieraan kan worden tegemoet gekomen binnen de door de grondwetgever geboden afwijkingmogelijkheid.

² De Afdeling zal zich in het navolgende dan ook concentreren op het primair onderwijs. De opmerkingen zijn mutatis mutandis ook van toepassing op het voortgezet en het speciaal onderwijs.

2. Het grondwettelijke stelsel

Artikel 23 van de Grondwet gaat uit van een duaal stelsel van twee onderscheiden vormen van onderwijs: openbaar en bijzonder onderwijs. Het grondwetsartikel waarborgt enerzijds de vrijheid van private organisaties om scholen voor bijzonder onderwijs op te richten en onder voorwaarden voor overheidsbekostiging in aanmerking te komen.³ Anderzijds waarborgt deze bepaling dat er van overheidswege in een genoegzaam aantal openbare scholen openbaar onderwijs wordt verzorgd, dat zich kenmerkt door levensbeschouwelijke neutraliteit en algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid.⁴ Vanouds bestaat de mogelijkheid van afwijking van de eis van openbaar onderwijs in een of meer openbare scholen in elke gemeente, mits tot het (anderszins) ontvangen van openbaar onderwijs gelegenheid wordt gegeven. Daarbij werd primair gedacht aan de mogelijkheid van door de overheid bekostigd leerlingenvervoer naar een openbare school in een naburige gemeente in het geval in de eigen gemeente onvoldoende vraag naar een openbare school was.⁵ Pas sinds 2006 is daarnaast, door aanpassing van het vierde lid van artikel 23 van de Grondwet, de samenwerkingschool als modaliteit van het anderszins 'tot ontvangen van openbaar onderwijs gelegenheid geven' mogelijk gemaakt.

Bij de introductie van de mogelijkheid tot het vormen van een samenwerkingschool is er steeds van uitgegaan dat het daarbij om een uitzondering zou gaan. De eerste volzin van het vierde lid van artikel 23 van de Grondwet beoogt – als hoofdregel – een waarborg te bieden voor voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs in een genoegzaam aantal openbare scholen. Ingevolge de tweede volzin van het vierde lid van deze bepaling kan volgens bij de wet te stellen regels afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, "al dan niet in een openbare school". Zo stelde de regering bij deze wijziging van het vierde lid: "(v)anaf de indiening van het eerste wetsvoorstel samenwerkingscholen (Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 1–2) heeft de regering benadrukt dat vastgehouden moet worden aan het duale bestel. Het onderwijs kan immers niet zowel openbaar als bijzonder zijn. De dualiteit van het onderwijsbestel hoeft echter niet te betekenen dat er nooit scholen kunnen zijn waarbinnen beide vormen van onderwijs tot hun recht kunnen komen. In uitzonderingsgevallen is dit mogelijk".⁶ Dienovereenkomstig sprak de regering bij de grondwetsherziening de verwachting uit dat "ook in de toekomst niet veel samenwerkingscholen kunnen ontstaan. Immers, het tot stand komen van een samenwerkingschool is alleen in uitzonderingssituaties mogelijk, namelijk alleen

³ Artikel 23, tweede lid en vijfde tot en met zevende lid, van de Grondwet.

⁴ Artikel 23, derde en vierde lid, van de Grondwet.

⁵ Daarnaast dacht de grondwetgever aan de mogelijkheid van "openbaar huisonderwijs", zie D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag 2011, blz. 89-90.

⁶ Kamerstukken II 2002/03, 28 726, nr. 5, blz. 1.

als gevolg van fusie van twee of meer bestaande scholen en bovendien is een samenwerkingschool alleen mogelijk wanneer een school met opheffing wordt bedreigd.”⁷ Met dat laatste werd bedoeld op de situatie dat een school onder de wettelijke opheffingsnorm dreigt te komen.⁸

In zijn advies bij het wetvoorstel samenwerkingschool vatte de Raad van State de betekenis van de Grondwetswijziging als volgt samen: “Uit de gewijzigde tekst van artikel 23, vierde lid, van de Grondwet en uit de geschiedenis van deze eerste inhoudelijke wijziging sinds de invoering van het duale bestel in 1917, blijkt dat de samenwerkingschool slechts in uitzonderingssituaties mogelijk wordt geacht. Het gaat dan om situaties waarin de school als gevolg van een tekort aan leerlingen moet worden opgeheven en er geen mogelijkheid is om samen te gaan met een andere school van dezelfde of andere richting, of, indien het een openbare school betreft, met een andere openbare school.”⁹ Weliswaar is tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel door het Tweede kamerlid Van der Ham (D66) een amendement ingediend om (onder andere) de verbinding met de opheffingsnorm te schrappen.¹⁰ Dit amendement is evenwel door de Tweede Kamer verworpen vanwege strijd met de Grondwet, mede gelet op de geschetste voorgeschiedenis.

Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt derhalve dat binnen het huidige grondwettelijke kader de samenwerkingschool slechts mogelijk is als de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs vanwege een te gering aantal leerlingen op termijn in gevaar komt.¹¹ Indien het wenselijk wordt geacht samenwerkingscholen daarnaast toe te laten in een situatie waarin er op zichzelf voldoende leerlingen zijn om de continuïteit van het openbaar of bijzonder

⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 726, nr. 5, blz. 3.

⁸ “Ondergetekenden kunnen inderdaad onderschrijven dat het wetsvoorstel dat uitwerking zal geven aan de onderhavige wijziging van artikel 23 van de Grondwet, zal inhouden dat een samenwerkingschool uitsluitend mogelijk is voor thans reeds functionerende samenwerkingscholen en bij fusie van een bestaande openbare school en een bestaande bijzondere school in de situatie dat één van beide scholen onder de opheffingsnorm komt” (Kamerstukken II 2002/03, 28 726, nr. 5, blz. 4). Zie ook Kamerstukken I 2004/05, 28 726, C, blz. 4: “De regering (wil) opmerken dat een samenwerkingschool alleen in uitzonderingssituaties mogelijk mag zijn. De regering is daarom van opvatting dat een samenwerkingschool alleen mogelijk is als gevolg van fusie (en dus niet bij schoolstichting, bijvoorbeeld in nieuwbouwwijken) en bij dreigende opheffing.” Gezien het primaat van de historisch-grammaticale interpretatie welke bij de uitleg van artikel 23 Grondwet geldt (Kamerstukken I 2004/05, 28 726, C-E) dienen deze voorwaarden in het vierde lid van artikel 23 Grondwet begrepen te worden. Zie aldus het door de regering gevraagde advies van het NCOR, *Regeling van de samenwerkingschool in krimpgebieden*, 2014, blz. 12-15; alsmede de regering, Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (*uitgangspunten geformuleerd bij wijziging van de Grondwet als belangrijkste kader*).

⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 4, blz. 2. De Raad van State vervolgde: “Ook uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat uitdrukkelijk wordt beoogd het duale bestel te handhaven en dat het wetsvoorstel uitsluitend betrekking heeft op het geval dat een samenwerkingschool een (laatste) mogelijkheid is om opheffing van een school te voorkomen, door openbaar en bijzonder onderwijs met dat oogmerk in één school te laten samenwerken.”

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 18.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (*Uitgangspunten geformuleerd bij wijziging van de Grondwet als belangrijkste kader*).

onderwijs te waarborgen, vergt dit een wijziging van de Grondwet. Het feit dat er informele samenwerkingsscholen bestaan en in aantal toenemen, doet daar niet aan af.

Dat betekent niet dat de huidige wettelijke regeling van de vorming van een samenwerkingsschool de enig denkbare en aanvaardbare invulling van de continuïteitsvoorwaarde vormt. Wel zal ook een eventuele wijziging daarvan vanuit genoemde grondwettelijke optiek gemotiveerd moeten worden (zie hierna punt 3a).

3. Motivering en invulling van de voorgestelde verruiming

Tegen de achtergrond van de scherp dalende leerlingaantallen in de eerstkomende jaren wil de regering met het wetsvoorstel aan schoolbesturen – vooral in dunbevolkte krimpgebieden – meer mogelijkheden geven om samenwerkingsscholen te vormen en zo een bruikbaar alternatief bieden voor de informele samenwerkingsschool, met behoud van het grondwettelijke uitgangspunt dat de samenwerkingsschool in het duale bestel een uitzondering moet blijven. Daartoe wordt het continuïteitscriterium aangepast en verruimd en wordt de fusietoets losgelaten.

a. *Noodzaak van verruiming van het continuïteitscriterium ten behoeve van kleine scholen in dunbevolkte krimpgebieden*

In de toelichting wordt in het bijzonder gewezen op de problematiek van kleine scholen in dunbevolkte gebieden.¹² Terecht spreekt de regering hierover haar zorg uit. In dunbevolkte gebieden staan scholen relatief ver van elkaar, zijn ze in doorsnee kleiner en zijn ze daarmee gevoeliger voor onvoorziene leerlingendaling. Krimp heeft in dunbevolkte regio's ook ingrijpendere gevolgen voor de nabijheid en spreiding van het onderwijsaanbod dan in dichtbevolkte regio's. In dat laatste geval is er doorgaans sprake van een tijdelijk probleem, dat mogelijk gepaard gaat met een aanpassing van het scholenaanbod, evenwel zonder dat de variëteit en de omvang van het aanbod wezenlijk wordt aangetast.

Thans kunnen openbare en bijzondere scholen uitsluitend een samenwerkingsschool vormen wanneer zij met een leerlingenprognose kunnen aantonen dat de school binnen zes jaar dreigt te worden opgeheven of niet meer te worden bekostigd (continuïteitscriterium).¹³ Volgens de regering werkt dit

¹² Memorie van toelichting, paragrafen 1.3 en 2.

¹³ Een basisschool wordt opgeheven, dan wel de bekostiging ervan beëindigd, indien de school meer dan drie achtereenvolgende jaren onder de voor de hem geldende opheffingsnorm blijft, welke norm afhankelijk is van de leerlingdichtheid, en varieert van 200 tot 23 leerlingen (artikel 154 van de WPO). Wanneer een openbare school minder dan 23 leerlingen heeft, kan zij ook open blijven, mits binnen 10 kilometer geen school aanwezig is waarbinnen openbaar onderwijs wordt gegeven (artikel 153, vijfde lid, van de WPO); hetzelfde geldt voor de laatste school van een richting of voor openbaar onderwijs binnen een straal van 5 kilometer met 50 of meer leerlingen (artikel 153, vierde lid, van de WPO). Ten slotte kan een bestuur op basis van de gemiddelde schoolgrootte onder bepaalde voorwaarden een kleine school handhaven (artikelen 157 en 157a van de WPO).

criterium niet steeds goed in gebieden met lage leerlingaantallen (bedoeld is: lage opheffingsnormen) en vanwege de termijn van zes jaar. "Zo kan voor een school met enkele tientallen leerlingen in een gebied met lage opheffingsnormen het verhuizen van een gezin met meerdere kinderen er al toe leiden dat de school onder de opheffingsnorm zakt. Dergelijke verhuizingen zijn vanzelfsprekend nauwelijks te voorspellen".¹⁴

Zoals de regering in het voetspoor van het NCOR opmerkt, is de wetgever bij de vormgeving van het continuïteitscriterium niet gebonden aan de huidige maatstaf dat een samenwerkingschool slechts gerealiseerd mag worden als één van de scholen binnen zes jaar wegens dalend leerlingental dreigt te worden opgeheven.¹⁵ Aanpassing van dit criterium met het oog op de geschetste prognose-problematiek is dan ook mogelijk. Wel dient bij die aanpassing het grondwettelijke uitgangspunt gerespecteerd te blijven, dat slechts sprake kan zijn van een samenwerkingschool als één van de betrokken scholen op termijn onder de opheffingsnorm dreigt te komen.¹⁶

De Afdeling wijst er in dit verband op dat het bijvoorbeeld denkbaar is een school die op enig moment voor de eerste keer op of onder de opheffingsnorm raakt, de mogelijkheid te bieden binnen twee jaar een samenwerkingschool te vormen. Schoolbesturen zijn dan niet langer afhankelijk van een (kwetsbare) prognose, in die zin dat zij minder snel "overvallen" kunnen worden door het vertrek van een gezin met meerdere kinderen. Tegelijk maakt het criterium het mogelijk een fusie door te zetten, ook indien een school in de volgende jaren weer iets boven de opheffingsnorm komt. Een andere optie is het aanpassen van het continuïteitscriterium met een beperkte bandbreedte boven de laagste opheffingsnorm voor kleine scholen in dunbevolkte gebieden. Die scholen zijn immers extra gevoelig voor leerlingenschommelingen en daaruit voortvloeiende risico's om onverhoeds onder de opheffingsnorm te geraken. Het bezwaar van het handhaven van de huidige norm is voor grotere scholen (ongeacht of zij al dan niet in krimpgebieden staan) kleiner, omdat er in gebieden met hoge opheffingsnormen naar verwachting meer mogelijkheden zijn om te fuseren, zonder een samenwerkingschool te moeten vormen.

b. *Generieke aanpassing van het continuïteitscriterium: het +60-criterium*
Het voorliggende wetsvoorstel voorziet echter niet in een op deze krimpsituaties toegespitste, specifieke aanpassing van het continuïteitscriterium, maar in een

¹⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2 (*Instrument leerlingprognose werkt onvoldoende bij lage aantallen*).

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 (*Verruiming van de mogelijkheden om een samenwerkingschool tot stand te brengen*); NCOR, *Regeling van de samenwerkingschool in krimpgebieden*, 2014, blz. 24-25. Evenmin is de wetgever – binnen de marges van de garantiefunctie van het openbaar onderwijs en grosso modo gelijkwaardige bekostiging van openbaar en bijzonder onderwijs gebonden aan het huidige stelsel van opheffingsnormen. Ook ten aanzien van de bestuurlijke inrichting is de wetgever niet gebonden aan de huidige wettelijke vormgeving; zie daarover nader punt 4 onder b.

¹⁶ Kamerstukken I 2004/05, 28 726, C, blz. 5.

generieke verruiming. Voor deze generieke verruiming zoekt de regering aansluiting bij de bestaande praktijk, waarin schoolbesturen in gebieden met leerlingendaling om kwaliteitsredenen soms al tot sluiting van een school van 80 tot 100 leerlingen overgaan, ook al wordt de school niet met opheffing bedreigd.¹⁷ Om hieraan tegemoet te komen stelt de regering in artikel 17, derde lid, van de WPO voor om het criterium voor de vorming van een samenwerkingschool in het primair onderwijs te stellen op zestig leerlingen boven de opheffingsnorm (met 200 als maximum).¹⁸ Volgens de regering zou dit criterium nog steeds voldoen aan het grondwettelijke uitgangspunt dat de samenwerkingschool als een niet-reguliere variant slechts kan worden toegelaten indien de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs vanwege een te gering aantal leerlingen op termijn in gevaar komt.

De Afdeling wijst erop dat met deze introductie van een norm die in de meeste gemeenten ver boven de opheffingsnorm¹⁹ uitkomt, vorming van een samenwerkingschool niet meer verbonden is met de voorwaarde dat objectief gezien sprake is van dreiging van schoolsluiting.²⁰ Er zijn in Nederland ongeveer 6.800 basisscholen.²¹ Volgens informatie van het ministerie vielen er op 1 oktober 2015 2.347 basisscholen binnen de in het wetsvoorstel geformuleerde verruimde norm (de opheffingsnorm plus 60 met een maximum van 200). Een derde van alle basisscholen zou een samenwerkingschool kunnen vormen indien zij dat wensen, ook al zal in de meerderheid van de gevallen de continuïteit niet in het geding zijn.²² Voor dunbevolkte gebieden geldt dat nog sterker. De toelichting biedt weliswaar geen inzicht in de feitelijke en verwachte grootte van scholen, maar uit onderzoek van het IBO blijkt dat in de Noordelijke provincies in 2012 meer dan 60% van de basisscholen minder dan 150 leerlingen hadden, en 40% minder dan 99 leerlingen.²³ Gezien de hier geldende lage opheffingsnormen zal een zeer substantieel deel van deze scholen voor de vorming van een samenwerkingschool in aanmerking komen.

Met het voorgestelde continuïteitscriterium wordt het grondwettelijke uitgangspunt dat een samenwerkingschool alleen mogelijk is indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven, dan ook verlaten, en vindt in feite een stelselwijziging plaats.

¹⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1.

¹⁸ Voor een school van 23 leerlingen (de laagste opheffingsnorm) geldt derhalve als norm 83 leerlingen of minder; voor een school van 140 leerlingen of meer een norm van 200.

¹⁹ De hoogste wettelijke opheffingsnorm bedraagt thans 200, (alleen) voor Den Haag. In alle gemeenten behalve Den Haag vervalt dus de opheffingsnorm als ijkpunt. Voor drie kwart van de gemeenten (waar de opheffingsnorm 140 leerlingen of minder is) zal het 60+ criterium gelden.

²⁰ Vgl. NCOR (2014) *Regeling van de samenwerkingschool in krimpgebieden*, blz. 24; Onderwijsraad (2015), *Advies wetsvoorstel samenwerkingschool*, blz. 11.

²¹ Bron: CBS 2014.

²² Zie voor nadere cijfers de Onderwijsraad (2015), *Advies wetsvoorstel samenwerkingschool*, blz. 10, noot 27. In die cijfers wordt nog uitgegaan van 3.000 scholen. Dat cijfer is gebaseerd op de situatie voor aanpassing van het wetsvoorstel. Het in de tekst genoemde aantal van 2.347 scholen vloeit voort uit de herberekening van dat cijfer op basis van het huidige wetsvoorstel.

²³ Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 31 293, nr. 167.

Samenwerkingsscholen kunnen, in plaats van een uitzondering, tot een regulier verschijnsel worden. Dat scholen ook los van dit criterium de behoefte zouden hebben om tot samenwerking te besluiten of eigen gewenste en geformuleerde 'opheffingsnormen' te hanteren,²⁴ maakt dat niet anders. De wetgever kan deze behoefte alleen faciliteren binnen de door de Grondwet gestelde marges.

c. *Loslaten fusietoets*

Sinds 1 oktober 2011 is voor (vrijwel) elke besturenfusie of institutionele fusie (samenvoeging van twee of meer scholen) goedkeuring van de Minister nodig.²⁵ De fusietoets moet verzekeren dat ouders en leerlingen een reële keuze hebben qua variëteit (richting, spreiding, pedagogische concept) van het scholingsaanbod. In de Regeling en beleidsregels fusietoets wordt per onderwijssoort een aantal omstandigheden omschreven die een belemmering of een 'significante belemmering' kunnen zijn bij een fusie.²⁶ De Minister kan goedkeuring onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting en pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen, op significante wijze wordt belemmerd.²⁷ Indien de fusie leidt tot bestuurlijke samenwerking tussen openbare en bijzondere scholen verleent de Minister *slechts* goedkeuring indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven en voorkomen wordt dat binnen een termijn van zes jaar een of meer van de betrokken scholen onder de opheffingsnormen blijft of komt.²⁸ Wat betreft het samenwerkingsbestuur geldt dus hetzelfde criterium als voor de vorming van een samenwerkingschool.

Ingevolge een toezegging aan de Tweede Kamer naar aanleiding van een motie van het kamerlid Ypma wordt voorgesteld de fusies die nodig zijn voor de totstandkoming van een samenwerkingschool niet langer aan goedkeuring te onderwerpen. De toets zou te grote beperkingen opleggen aan scholen in

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 31 293, nr. 203, blz. 6.

²⁵ In het primair onderwijs gelden wettelijke toetsdrempels voor besturen- en scholenfusies: de drempel voor besturenfusies is gesteld op tien scholen; voor scholenfusies is de drempel gesteld op 500 leerlingen. Beneden deze drempel is een fusie niet toetsplichtig; wel is er de verplichting tot het opstellen van een fusie-effectrapportage. Voor de andere sectoren zijn geen toetsdrempels gesteld. De vorming of uitbreiding van een samenwerkingsbestuur is altijd toetsplichtig, ook als bij de fusie minder dan tien scholen betrokken zijn.

²⁶ Op 1 september 2014 is een aantal wijzigingen in de Regeling fusietoets van kracht geworden, die beogen om met name fusies in gebieden met leerlingendalingen te vergemakkelijken. In gebieden waar schoolbesturen te maken hebben of krijgen met grote demografische krimp (vijftien procent of meer krimp in vijf jaar tijd) is er geen advies nodig van de CFTO, tenzij er meer dan 2500 basisschoolleerlingen bij betrokken zijn of meer dan 5000 leerlingen in het voortgezet onderwijs. Bij fusies die onderworpen blijven aan goedkeuring door de CFTO, wordt een daling van het leerlingenaantal binnen vijf jaar een rechtvaardigheidsgrond. Een institutionele fusie van twee scholen in het primair onderwijs die vallen onder verschillende besturen, geldt niet meer als een besturenfusie en is daardoor niet meer automatisch toetsplichtig. De toetsdrempel van 500 leerlingen voor de nieuw ontstane school blijft wel gelden. Het marktaandeel ter bepaling van een significante belemmering wordt berekend over het totale onderwijsaanbod en niet naar richting.

²⁷ Artikel 64c, eerste lid, van de WPO.

²⁸ Artikel 64c, tweede lid, van de WPO.

krimpgebieden en bovendien niet nodig zijn om de variëteit van het onderwijs in stand te houden omdat een samenwerkingschool alleen kan worden gevormd indien de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs in het geding is, aldus de toelichting.

Het continuïteitscriterium maakt de fusietoets echter niet overbodig en zeker niet bij een verruimd continuïteitscriterium zoals in het wetsvoorstel voorgesteld. De samenwerkingschool biedt weliswaar een mogelijkheid om het openbaar of bijzonder onderwijs in een dorp, kern of wijk te behouden, maar draagt niet per definitie bij aan een evenwichtige spreiding en schaalgrootte van scholen (omdat een kleine, met opheffing bedreigde school met een veel grotere school kan fuseren). Daarvoor is de fusietoets bedoeld, waarin aspecten als keuzevrijheid en (de afbreuk aan) variatie in het onderwijsaanbod juist aan de orde komen. Het wetsvoorstel leidt ertoe dat het fuseren tot een samenwerkingschool gemakkelijker wordt dan een reguliere fusie, hetgeen op gespannen voet staat met het grondwettelijke uitgangspunt dat de samenwerkingschool uitzondering behoort te zijn.²⁹

Ook de toets voor het ontstaan van samenwerkingsbesturen (besturen die zowel openbare als bijzondere scholen onder zich hebben) komt te vervallen. Volgens de wet wordt aan een dergelijke fusie slechts goedkeuring verleend indien een of meer van de betrokken scholen onder de opheffingsnorm raakt.³⁰ In het wetsvoorstel wordt de bestuurlijke fusie, leidend tot totstandkoming of uitbreiding van een samenwerkingsbestuur, niet langer getoetst, tenzij er meer dan tien scholen bij betrokken zijn. Daarmee wordt het huidige buitenwettelijke beleid gelegaliseerd, waarbij besloten is goedkeuring te verlenen zonder dat voldaan is aan de als uitputtend bedoelde goedkeuringsgrond.³¹ De toelichting noemt geen inhoudelijke gronden die deze verruiming zouden kunnen rechtvaardigen. De Afdeling wijst erop dat voor een samenwerkingsbestuur eveneens geldt dat dit uitzondering moet zijn in het duale bestel. Om die reden heeft de wetgever de grond voor goedkeuring van een samenwerkingsbestuur aan laten sluiten bij de grond voor goedkeuring van een samenwerkingschool. Hierbij werd aangegeven dat het duale karakter van het stelsel beschermd moet worden en dat daarom alleen in uitzonderingssituaties daarop een inbreuk zou moeten worden gemaakt. Een bestuurlijke fusie is derhalve alleen toelaatbaar als dit het aangewezen middel is om opheffing van één of meer bij de fusie betrokken scholen te voorkomen. Om die reden is voor alle fusies de fusietoets ingevoerd.³²

²⁹ Aldus ook de Onderwijsraad (2015), *Advies Wetsvoorstel samenwerkingscholen*, blz. 11.

³⁰ Artikel 64, tweede lid, onder b, van de WPO.

³¹ Zie Kamerstukken II 2013/14, 32 040, nr. 22.

³² Kamerstukken I 2009/10, 32 040, C. Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32 040, nr. 6, blz. 24-25. Daar schrijft de regering "dat het samengaan van besturen van verschillende richtingen vaak erg gevoelig ligt en ook een inbreuk is op het duale karakter van het onderwijsbestel. Het bevoegd gezag – als drager van de onderwijsvrijheid – verzorgt namelijk zowel openbaar als bijzonder onderwijs. Ook juridisch is het ontstaan van een samenwerkingsbestuur bijzonder. Alle betrokken scholen willen zo veel mogelijk hun eigen identiteit behouden terwijl dit niet altijd vanzelfsprekend is. Deze identiteit gaat alle betrokkenen (ouders, leraren, leerlingen) aan het hart. Hoe hier mee om

d. *Conclusie*

De voorgestelde wettelijke regeling berust blijkens de toelichting op de overweging om de behoefte aan samenwerkingsvormen tussen scholen zo goed mogelijk te faciliteren. Het voorstel in zijn huidige vorm is echter in strijd met artikel 23, vierde lid, van de Grondwet. Deze bepaling maakt een samenwerkingsschool slechts bij wijze van uitzondering mogelijk voor zover de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs vanwege een te gering aantal leerlingen op termijn in gevaar komt. Binnen die eis bestaat een zekere ruimte voor versoepeling van het geldende continuïteitscriterium voor zover het kleine scholen in dunbevolkte gebieden betreft.

De thans voorgestelde generieke verruiming van het continuïteitscriterium, gevoegd bij het laten vervallen van de fusietoets, komt echter neer op een stelselwijziging waarbij de continuïteit van de betrokken scholen in beginsel geen praktische rol meer zal spelen. Als gevolg daarvan zal de samenwerkingsschool – in afwijking van de Grondwet – niet een uitzondering zijn maar een reguliere tak van het onderwijsbestel kunnen worden. Daar kunnen goede gronden voor zijn, maar om dat mogelijk te maken dient eerst de Grondwet te worden gewijzigd.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het wetsvoorstel te heroverwegen.

4. Bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingsschool

Een samenwerkingsschool valt naar huidig recht onder een stichting waaraan beide oorspronkelijke schoolbesturen hun scholen hebben overgedragen. Volgens het wetsvoorstel zal een samenwerkingsschool (ook) in stand kunnen worden gehouden door een stichting voor openbaar onderwijs. Op dit moment is deze constructie niet mogelijk, omdat de wet bepaalt dat het statutaire doel van een dergelijke stichting uitsluitend het geven van openbaar onderwijs kan zijn.³³

De wetswijziging wordt met het duale bestel verenigbaar geacht omdat de vormgeving en bewaking van de bijzondere identiteit verlegd wordt van het bestuurlijke niveau naar een wettelijk voorgeschreven identiteitscommissie op schoolniveau. Het is dan niet het bevoegd gezag, maar de gemeenschap van ouders en leerkrachten op de school die vorm geeft aan het bijzonder onderwijs, aldus de toelichting. Daarmee zou het bezwaar weggenomen worden dat de overheid bepalende invloed krijgt op het bijzonder onderwijs binnen samenwerkingsscholen die onder dat bestuur vallen. Voorts wordt de invloed van de gemeente beperkt tot het openbaar onderwijs op de samenwerkingsschool.

wordt gegaan voor, tijdens en na een fusie is voor betrokkenen, maar ook voor de keuzevrijheid op de langere termijn, van groot belang. Daarom heeft dit bij de toetsing van een fusievoornemen speciaal onze aandacht."

³³ Artikel 48, vierde lid, van de WPO: "Het statutaire doel van de stichting is uitsluitend het geven van openbaar onderwijs overeenkomstig artikel 46."

a. Samenwerkingsschool onder openbaar gezag

Het wetsvoorstel beoogt het mogelijk te maken dat een stichting als bedoeld in artikel 48 van de WPO een samenwerkingsschool bestuurt. Gezien de overwegende overheidsinvloed op deze stichting³⁴ dient het onderwijs(beleid) te voldoen aan de eisen van levensbeschouwelijke neutraliteit³⁵ en algemene benoembaarheid.³⁶ Dat zou er op neerkomen dat de overheid bevoegd is om bijzonder onderwijs – ook als dat op een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag is gebaseerd – aan te bieden onder gelijktijdige waarborgen van voormelde neutraliteitsvereisten. Dat is niet met de Grondwet verenigbaar.³⁷

b. Toezicht op het openbaar en bijzonder onderwijs

Bij de wijziging van artikel 23 van de Grondwet is ten aanzien van de samenwerkingsschool als belangrijk uitgangspunt geformuleerd dat de gelijkwaardigheid van openbaar en bijzonder onderwijs voldoende gewaarborgd wordt.³⁸ De wettelijke vormgeving van de samenwerkingsregeling wordt thans geregeld door voorwaarden te stellen aan de inrichting van het bevoegd gezag. Dit ligt ook voor de hand, omdat het bevoegd gezag drager van de neutraliteit van het openbaar onderwijs respectievelijk van de onderwijsvrijheid van het bijzonder onderwijs is. In het verlengde hiervan houden de gemeenteraad en een externe rechtspersoon voor het bijzonder onderwijs toezicht op het bestuur wat betreft het openbare karakter respectievelijk de identiteit van de samenwerkingsschool en worden de bestuursleden door de gemeenteraad en de toezichthoudende rechtspersoon benoemd. Overdracht, opheffing of fusie of wijziging van de statuten is voorts slechts mogelijk na instemming van de gemeenteraad en de toezichthoudende rechtspersoon voor het bijzonder onderwijs.

Het wetsvoorstel beoogt de vormgeving van de (openbare respectievelijk bijzondere) identiteit van de samenwerkingsschool te regelen via een verplichte identiteitscommissie op schoolniveau. In het wetsvoorstel wordt – kort gezegd – bepaald dat een identiteitscommissie het bevoegd gezag gevraagd of ongevraagd adviseert over alle aangelegenheden die betrekking hebben op de invulling van het openbare karakter en de (bijzondere) identiteit van de samenwerkingsschool, en dat wijziging van de statuten voor zover die betrekking hebben op de regeling van de identiteitscommissie slechts mogelijk is indien het bevoegd gezag en de identiteitscommissie daartoe gezamenlijk besluiten en de gemeenteraad (vanuit zijn verantwoordelijkheid voor het openbaar onderwijs) daarmee instemt. Daarnaast blijft het bevoegd gezag verplicht verantwoording af te leggen over ten minste de

³⁴ Artikel 48, zesde lid, onder h, van de WPO.

³⁵ Artikel 23, derde lid, van de Grondwet.

³⁶ Artikel 3 van de Grondwet. Vgl. CRvB 13 augustus 2015, JB 2015, 174: gezien de overheersende invloed van de gemeentelijke overheid op het beheer en bestuur van een dergelijke (overheids)stichting heeft het personeel een ambtelijke aanstelling, waarop artikel 3 van de Grondwet van toepassing is.

³⁷ Aldus ook NCOR (2014) *Regeling van de samenwerkingsschool in krimpgebieden*, blz. 32-33; Onderwijsraad (2015), *Advies Wetsvoorstel samenwerkingsscholen*, blz. 13.

³⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 081, nr. 3, blz. 4-6.

materiële kenmerken van het openbaar onderwijs en kan de gemeenteraad ingrijpen bij taakverwaarlozing voor zover dit het openbaar onderwijs betreft.

De Afdeling constateert dat de identiteitscommissie een adviserende functie heeft ten behoeve van het bevoegd gezag. Het bevoegd gezag blijft – in lijn met de onderwijswetgeving en de toelichting –³⁹ verantwoordelijk voor het handhaven van de statutair vastgelegde openbare en bijzondere grondslag van de samenwerkingschool. Het laatste woord bij een conflict over het openbare karakter en de bijzondere identiteit van de school ligt dus altijd bij het bevoegd gezag. Het doel van het wetsvoorstel wordt dus niet bereikt.

De wetgever is bij de bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingschool niet gebonden aan de huidige wettelijke regeling van het toezicht op de identiteit van deze school. Tegen de achtergrond van de in de grondwetsgeschiedenis geformuleerde waarborgen voor het behoud van het duale stelsel is de voorgestelde bestuurlijke vormgeving evenwel te zwak om de belangen van het openbaar en bijzonder onderwijs te waarborgen. Dit wordt veroorzaakt doordat de interne toezichthouder (de identiteitscommissie) geen bevoegdheden heeft en mag hebben om het bestuur te corrigeren; het externe gemeentelijke toezicht op het openbaar onderwijs in het licht van het vereiste dat openbaar onderwijs ‘van overheidswege’⁴⁰ gegeven wordt te zwak is; en de waarborgen voor de identiteit van het bijzonder onderwijs nagenoeg ontbreken.

De Afdeling adviseert af te zien van de constructie van de identiteitscommissie en te voorzien in volwaardig extern gemeentelijk toezicht op het openbaar onderwijs.⁴¹ Tevens adviseert zij te voorzien in wettelijk omschreven en in de statuten uit te werken garanties voor de identiteit van het bijzonder onderwijs.

5. Overgangsrecht

Scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs en scholen die sinds 1 juni 2006 zijn samengevoegd kunnen op grond van artikel VII van het wetsvoorstel worden aangemerkt als formele samenwerkingschool. Daartoe moet binnen twee jaar na inwerkingtreding van de voorgestelde wetswijziging een verzoek bij de minister ingediend worden. Op het moment van het indienen van het verzoek moet de school voldoen aan de wettelijke bepalingen voor een samenwerkingschool, met uitzondering van het continuïteitscriterium.

Volgens de toelichting strekt het overgangsrecht tot legalisering van de bestaande informele samenwerkingscholen. Toetsing van de noodzaak tot samenwerking aan het continuïteitscriterium blijft evenwel achterwege. Artikel VII strekt daarmee

³⁹ Memorie van toelichting paragraaf 5.2. Zo ook de Onderwijsraad (2015), *Advies Wetsvoorstel samenwerkingscholen*, blz. 14.

⁴⁰ Artikel 23, vierde lid, van de Grondwet.

⁴¹ Aldus ook NCOR (2014) *Regeling van de samenwerkingschool in krimpgebieden*, blz. 41; Onderwijsraad (2015), *Advies Wetsvoorstel samenwerkingscholen*, blz. 16-17.

niet tot legalisering van bestaande gevallen, maar creëert voor deze scholen een ongeclausuleerde mogelijkheid om een samenwerkingsschool te vormen, ongeacht de reden van ontstaan. Er is, gezien tegen de achtergrond van het duale bestel, geen grond waarom een toets aan het continuïteitscriterium in deze gevallen achterwege zou moeten blijven. De Afdeling adviseert artikel VII te schrappen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft blijkens het vorenstaande bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en de daarin voorgestelde vormgeving en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De vice-president van de Raad van State,

(get.) Donner