

No. W05.23.00213/I

's-Gravenhage, 27 september 2023

Bij Kabinetsmissive van 20 juli 2023, no.2023001755, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van diverse wetten op het terrein van het funderend onderwijs in verband met aanpassing van het toezicht rondom oprichting van bepaalde niet bekostigde scholen en het wegnemen van hardvochtigheden in het voortgezet speciaal onderwijs en het praktijkonderwijs (Wet startprocedure b3-scholen en hardvochtigheden vso en pro), met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel introduceert inspectietoezicht voorafgaand aan de aanvang van het onderwijs op een niet bekostigde school (in de categorie b-3). Daarnaast neemt het enkele hardvochtigheden in het voortgezet speciaal onderwijs en het praktijkonderwijs weg.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de invoering van voorafgaand toezicht op niet bekostigde scholen (b3-scholen), aangezien daarmee de vrijheid van schoolstichting wordt beperkt. In dit verband ontbreekt een dragende motivering over de noodzaak, de proportionaliteit en de uitvoerbaarheid. Ook merkt de Afdeling op dat de toetsingscriteria te ruim zijn. Daarnaast wijst zij erop dat tussen de twee verschillende onderdelen van het wetsvoorstel samenhang ontbreekt en adviseert zij deze in afzonderlijke wetsvoorstellen in procedure te brengen. In verband daarmee dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Inhoud van het voorstel

Dit wetsvoorstel bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste breidt dit wetsvoorstel het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs (hierna: de inspectie) uit op een specifieke categorie van niet bekostigde scholen (de zogenoemde b3-scholen¹), naar de fase voorafgaande aan de start van het onderwijs op deze scholen. Op dit moment dienen deze scholen vier weken na de oprichting de minister daarvan in kennis te stellen.² Het wetsvoorstel introduceert de plicht de voorgenomen oprichting van een b3-school ten minste twaalf weken voorafgaand aan de beoogde aanvang van het onderwijs te melden, waarbij (onder meer) documenten met betrekking het voorgenomen beleid inzake de burgerschapsopdracht, veiligheid en de meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling moeten worden overgelegd. Op basis hiervan is het mogelijk dat de inspectie tot het oordeel komt dat geen sprake is van een school in de zin van de Leerplichtwet 1969.

Daarnaast neemt dit wetsvoorstel enkele hardvochtigheden weg in de wetgeving ten aanzien van het voortgezet speciaal onderwijs (vso) en het praktijkonderwijs (pro). Deze zijn naar voren gekomen in het onderzoek naar hardvochtigheden in de

¹ Niet bekostigde scholen in de categorie van artikel 1, onderdeel b, subonderdeel 3, van de Leerplichtwet 1969, die moeten voldoen aan artikel 1a1 van de Leerplichtwet.

² Deze huidige procedure voor het primair onderwijs is wettelijk gecodificeerd middels het amendement van het lid Jasper van Dijk, zie Kamerstukken II 2006/07, 30652, nr. 11.

AAN DE KONING

wetgeving, verricht naar aanleiding van de parlementaire ondervraging kinderopvangtoeslagen.³

2. Startprocedure b3-scholen

Bij de voorgestelde startprocedure voor b3-scholen dienen initiatiefnemers van een dergelijke school ten minste twaalf weken voor de beoogde aanvang van het onderwijs melding te doen aan de minister en bepaalde documenten over te leggen, onder meer met betrekking tot de burgerschapsopdracht. De inspectie kan op basis van deze melding overleg voeren met de initiatiefnemers en binnen de twaalf weken oordelen dat geen sprake is van een school⁴ indien aantoonbaar niet zal worden voldaan aan één of meer wettelijke eisen als genoemd in artikel 1a1, eerste lid, aanhef en onder a of b van de Leerplichtwet 1969. De consequentie van een dergelijk oordeel is, dat ouders niet aan de Leerplichtwet voldoen als ze hun kinderen naar een dergelijke 'school' sturen en zij dan derhalve strafbaar zijn. In feite komt de kwalificatie dat geen sprake is van een school in de zin van de Leerplichtwet neer op een verbod.

a. *De vrijheid van schoolstichting*

Ingevolge artikel 23, tweede lid, van de Grondwet, is het geven van onderwijs vrij, behoudens het toezicht van de overheid en eisen van bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijsgevendenden. Deze bepaling waarborgt (onder meer) de vrijheid van schoolstichting, op grond waarvan eenieder de vrijheid heeft eigen (bijzondere) scholen op te richten.⁵

Volgens de regering is de voorgestelde startprocedure voor b3-scholen in overeenstemming met de vrijheid van schoolstichting. Het gaat volgens de toelichting slechts om een procedurele aanscherping, door een eerste beoordeling van de naleving van de in artikel 1a1, eerste lid, van de Leerplichtwet gestelde eisen⁶ te vervroegen naar de fase voorafgaand aan de start van het geven van onderwijs. Daarmee wordt aangesloten bij de bestaande stichtingssystematiek van het bekostigd onderwijs, die al een dergelijke vooraf-toetsing kent.⁷

De Afdeling merkt op de stellingname in de toelichting dat het hierin slechts gaat om een procedurele aanscherping onvoldoende is gemotiveerd. Onder de huidige wetgeving krijgen initiatiefnemers van een b3-school immers niet voorafgaand aan de start van het onderwijs te maken met toezicht. Thans is het dan ook nog niet mogelijk om vóór de aanvang van het onderwijs te oordelen dat nieuwe initiatieven geen school zijn in de zin van de Leerplichtwet 1969.

³ Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 24.

⁴ In de zin van artikel 1, onderdeel b, subonderdeel 3, van de Leerplichtwet 1969.

⁵ P. Zoontjens, *Onderwijsrecht*, 2023, p. 51; S. Philipsen, *De vrijheid van schoolstichting* (diss. EUR), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2017, p. 73-74; P. Huisman e.a., *Vrijheid van stichting*, 2011, p. 46. Zie ook B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 39; HR 17 december 1934, NJ 1935, 392.

⁶ Wat onder meer inhoudt dat niet aantoonbaar blijkt dat niet zal worden voldaan aan de kerndoelen en de burgerschapsopdrachten.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2. 'Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze'. Zie ook artikel 74-75 van de Wet op het primair onderwijs; artikel 4.5-4.5a van de Wet Voortgezet Onderwijs 2020. Zie verder de Beleidsregel advieskader nieuwe scholen 2023.

De voorgestelde startprocedure, waarin dat wel mogelijk is, vormt – ook volgens de toelichting – een drempel voor initiatiefnemers van een b3-school. De toelichting kwalificeert de voorgestelde startprocedure als een instrument dat ‘daadwerkelijk als toegangspoort kan fungeren, waarmee kan worden voorkomen dat de leerlingen onderwijs ontvangen op scholen die niet voldoen aan de minimale kwaliteitseisen’.⁸ Deze procedure vormt derhalve een beperking van de vrijheid van schoolstichting. De stelling van de regering dat geen sprake is van een aanvullende drempel, omdat de vooraf-toets ‘in het overgrote merendeel van de gevallen’ niet tot een negatief besluit zal leiden doet daar niet aan af.⁹

De Afdeling onderschrijft de legitimiteit van het primair beoogde doel, te waarborgen dat leerlingen vanaf de start van een b3-school op die school geen antirechtsstatelijk of antidemocratisch onderwijs ontvangen.¹⁰ Een beperking van de vrijheid van schoolstichting in de vorm van voorafgaand toezicht zou op die grond toelaatbaar kunnen zijn. Dan moeten de noodzaak en proportionaliteit, alsmede de uitvoerbaarheid, en daarmee de relevantie en objectiviteit van het voorgestelde middel en de daarbij gehanteerde eisen dragend worden gemotiveerd.¹¹ Daarnaast geldt als uitgangspunt dat de reikwijdte van het overheidsgezag ten opzichte van b3-scholen beperkter dient te zijn, juist omdat dit onderwijs niet bekostigd wordt en daarmee op grotere afstand staat van de overheid.¹²

De Afdeling adviseert de passages in de toelichting die zien op de vrijheid van schoolstichting aan te passen.

Mede in het licht van het voorgaande maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

b. *Noodzaak en proportionaliteit*

Primair beoogt de regering te voorkomen dat kinderen op school worden blootgesteld aan tendensen die haaks staan op de Nederlandse rechtsstaat, zoals onverdraagzaamheid en isolationisme.¹³ De Afdeling onderschrijft dit doel, met het oog op het belang van het kind en het belang van de handhaving van de democratische rechtsstaat. Volgens de toelichting is daarvoor de voorgestelde startprocedure

⁸ Memorie van toelichting, Artikelsgewijs ‘Artikel V en artikel VI’.

⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2. ‘Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze’.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2. ‘Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze’.

¹¹ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 27 februari 2017 over de Wet meer ruimte voor nieuwe scholen, (W05.16.0307, punt 9), Kamerstukken II 2018/19, 35050, nr. 4.

¹² Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2, ‘Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze’; advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 februari 2011 over de wet tot wijziging van de Leerplichtwet 1969, de Wet educatie en beroepsonderwijs, de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet op het voortgezet onderwijs in verband met onder meer het toevoegen van niet-bekostigd onderwijs aan de systematiek van het persoonsgebonden nummer en het basisregister onderwijs, (W05.10.0576, punt 1a), Kamerstukken II 2010/11, 32713, nr. 4. Zie ook het advies van de Raad van State van 2 maart 2006 over de wet houdende wijziging van de Leerplichtwet 1969 met betrekking tot criteria voor scholen als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, subonderdeel 3, van die wet, (W05.05.0500, punt 3b), Kamerstukken II 2005/06, 30652, nr. 4.

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2. ‘Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze’.

noodzakelijk, omdat op dit moment niet al vanaf de start van een b3-school kan worden gewaarborgd dat leerlingen goed onderwijs ontvangen. Dit zou in het bijzonder gaan om de eisen van veiligheid en burgerschap, bijvoorbeeld als sprake zou zijn van anti-rechtsstatelijke opvattingen. In dit verband stelt de regering dat het de afgelopen jaren ‘wel eens’ is voorgekomen dat de inspectie heeft geoordeeld dat geen sprake is van een school, omdat niet was voldaan aan de wettelijke kwaliteitseisen. Daarbij ging het echter niet om antidemocratisch en antirechtsstatelijk onderwijs.¹⁴

De Afdeling merkt op dat de noodzaak en proportionaliteit onvoldoende zijn gemotiveerd. De minister heeft tijdens de kamerbehandeling van het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium aangegeven dat er geen problemen zijn gebleken met het toezicht op particuliere scholen (waaronder b-3 scholen). In het debat is uiteindelijk toegezegd hier onderzoek naar te doen.¹⁵ In de toelichting wordt niet naar dergelijk onderzoek verwezen, en er zijn geen gegevens over (de omvang en ernst van) de problemen, die gerezen zouden zijn, of mogelijk zullen rijzen bij nieuwe b3-scholen die voornemens zouden zijn om antidemocratisch en antirechtsstatelijk gedachtegoed te onderwijzen.¹⁶ Er is derhalve onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er grond is voor het introduceren van de voorgestelde startprocedure.

De Afdeling adviseert alsnog de noodzaak en proportionaliteit van de startprocedure dragend te motiveren.

c. *Uitvoerbaarheid*

Daarnaast is het van belang dat de voorgestelde startprocedure naar verwachting uitvoerbaar is. Voorkomen moet worden dat er louter een papieren toets plaatsvindt. De inspectie heeft er in haar uitvoeringstoets evenwel op gewezen dat met de voorgestelde startprocedure slechts sprake is van een beperkte, papieren toets, omdat het nodig is om een school eerst daadwerkelijk in werking te zien om te kunnen oordelen of al dan niet voldaan wordt aan de wettelijke eisen van de Leerplichtwet 1969.

De Afdeling merkt op dat voor de gestelde eisen geldt dat deze pas in en aan de hand van de (school)praktijk adequaat kunnen worden getoetst. Dat geldt in het bijzonder voor de burgerschapsopdracht voor zover het gaat om de schoolcultuur en het actief oefenen met en handelen naar de basiswaarden van de democratische rechtsstaat.¹⁷ Zij wijst er op, dat dit laatstgenoemde aspect van de burgerschapsopdracht bij aanvragen voor bekostigde scholen niet beoordeeld wordt.¹⁸

¹⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.1. ‘Probleemomschrijving’. Hierbij wordt verwezen naar één voorbeeld, waarin werd geoordeeld dat een b3-school niet voldeed aan de Leerplichtwet 1969 vanwege het uitsluitend digitale onderwijs: Rb. Zeeland-West Brabant 21 oktober 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:5316.

¹⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35920, nr. 6, p. 3-5; Handelingen II 16 juni 2022, 93, nr. 11, p. 2-3, 54; Handelingen II 29 juni 2022, 98, nr. 11, p. 1, 14.

¹⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 27 februari 2017 over de Wet meer ruimte voor nieuwe scholen, (W05.16.0307, punt 9), Kamerstukken II 2018/19, 35050, nr. 4.

¹⁷ Artikel 8, lid 3a, van de Wet op het primair onderwijs (WPO).

¹⁸ Artikel 74, tweede lid, onder b, subonderdeel 1, van de WPO.

In het kader van de uitvoerbaarheid merkt de Afdeling voorts op dat niet duidelijk is hoe de inspectie in de vooraf-toets invulling moet geven aan begrippen als ‘aantoonbaar niet voldaan aan een of meer wettelijke voorschriften’ waar het gaat om de daadwerkelijke kwaliteit van het onderwijs. De Afdeling merkt op dat een verduidelijking van deze begrippen noodzakelijk is met het oog op de uitvoerbaarheid ervan voor de inspectie.

De Afdeling adviseert de uitvoerbaarheid van de startprocedure aannemelijk te maken en artikel 8, lid 3a, van de WPO als toetsingsmaatstaf in de startprocedure te schrappen.

d. *Toetsingscriteria in de startprocedure*

Met de voorgestelde startprocedure dienen initiatiefnemers van een b3-school op grond van artikel 5, eerste en tweede lid, van de WPO¹⁹ een melding te doen van het voornemen een school te stichten. Daarbij moeten zij documenten over leggen inzake de inhoud van het onderwijs met betrekking tot de burgerschapsopdracht, het veiligheidsbeleid en de meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, alsmede opgave te doen van onder andere de statuten en reglementen. Volgens de toelichting wordt op basis van deze melding een eerste beoordeling van naleving van de gestelde eisen vervroegd naar een aantal weken voorafgaand aan de aanvang van het onderwijs. Daarbij toetst de inspectie op dat moment aan een deel van de reguliere criteria waaraan b3-scholen – wanneer ze gestart zijn – ook nu al moeten voldoen.²⁰

De toelichting gaat ervan uit dat de inspectie op basis van de melding slechts aan een beperkt aantal wettelijke eisen van de Leerplichtwet toetst. Het betreft de eisen die gerelateerd zijn aan de documenten genoemd in artikel 5, tweede lid, van de WPO (burgerschapsopdracht, veiligheidsbeleid, meldcode huiselijk geweld).²¹ De Afdeling merkt echter op dat het voorgestelde artikel 11b, achtste lid, van de Wet op het Onderwijstoezicht (WOT) de inspectie de mogelijkheid biedt om vooraf aan alle wettelijke criteria van artikel 1a1, aanhef en het eerste lid, onderdeel a of b, van de Leerplichtwet 1969 te toetsen en op basis daarvan tot de conclusie te komen dat geen sprake is van een school in de zin van de Leerplichtwet.²² Dit ruimere toetsingskader betreft (onder meer) de uitgangspunten en doelstellingen van het onderwijs, de inhoud van het onderwijs en de kwaliteit van het onderwijs.²³ Dit is een zeer ruime toetsingsmogelijkheid in vergelijking tot de beperkte inhoud van de melding, waardoor de toetsing van de inspectie beduidend verder kan gaan dan de inhoud van de melding rechtvaardigt, wat niet past in de opzet van het wetsvoorstel. Derhalve zal artikel 11b, achtste lid, van de WOT in overeenstemming gebracht moeten worden met de reikwijdte van het voorgestelde artikel 5, tweede lid, van de WPO.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 11b, achtste lid, van de WOT te beperken tot de eisen die samenhangen met de inhoud van de melding.

¹⁹ Let wel: adviesopmerkingen die zien op wettelijke voorschriften van de WPO zijn mutatis mutandis ook van toepassing op soortgelijke wettelijke voorschriften van de WVO 2020, WPO BES en Leerplichtwet BES.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2. ‘Probleemaanpak en motivering instrumentkeuze’.

²¹ Memorie van toelichting, paragraaf 5. ‘Uitvoering, toezicht en handhaving’.

²² Zie voorgesteld artikel 11b, achtste lid, van de Wet op het Onderwijstoezicht.

²³ Voor het primair onderwijs betreft dit de artikelen 8, 9 en 10 van de WPO.

3. Inhoudelijke samenhang

Dit wetsvoorstel bevat twee onderdelen, die inhoudelijk wezenlijk van elkaar verschillen. Naast de hiervoor beschreven startprocedure voor b3-scholen, beoogt dit wetsvoorstel ook enkele hardvochtigheden in de wetgeving ten aanzien van het voortgezet speciaal onderwijs en het praktijkonderwijs weg te nemen. Zo wordt er een uitzonderingsmogelijkheid geschapen om nieuwkomers die de Nederlandse taal al machtig zijn direct toe te laten tot het praktijkonderwijs. Verder wordt er een ontheffingsmogelijkheid ingevoerd om in zeer uitzonderlijke omstandigheden toe te staan dat een leerling, die de leeftijd van 20 jaar heeft bereikt, nog een jaar langer te laten deelnemen aan het voortgezet speciaal onderwijs, met het oog op een passende vorm van arbeidsmarktgerichte dagactiviteiten.

Volgens het vigerend kabinetsbeleid moeten de verschillende onderdelen van een wetsvoorstel samenhang hebben, dienen de omvang en complexiteit van de onderdelen niet zodanig te zijn dat dit een afzonderlijk wetsvoorstel rechtvaardigt, en bevat het voorstel geen onderdeel, dat omstreden is zodat een goede parlementaire behandeling van de andere onderdelen in het geding komt. Deze uitgangspunten zijn van belang voor het waarborgen van de wetgevingskwaliteit en om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de positie van de Eerste Kamer, die een wetsvoorstel immers slechts kan aanvaarden of verwerpen.²⁴

In het licht van het kabinetsbeleid merkt de Afdeling op dat de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel inhoudelijk geen samenhang vertonen. Ook zou het onderdeel over de startprocedure voor b3-scholen omstreden kunnen zijn, gezien de vragen die daarbij aan de orde zijn, zoals ook blijkt uit dit advies.

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande de twee verschillende onderdelen in afzonderlijke wetsvoorstellen in procedure te brengen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

²⁴ Aanwijzing 6.4 Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie ook Kamerstukken I 2010/11, 32500-VI, nr. M en Kamerstukken I 2015/16, 34300, nr. O.