

Coöperatie van kleine scholen

Onderzoek voor de directie PO, ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht (NCOR), Den Haag

Prof. mr. P.W.A. Huisman, Erasmus School of Law/ De Haagse Hogeschool

Mw. prof. mr. M.T.A.B. Laemers, Rechtenfaculteit Vrije Universiteit/Radboud Universiteit Nijmegen

Mw. mr. dr. C.H.C. Overes, Rechtenfaculteit Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens, Tilburg Law School

Den Haag, 1 oktober 2014

Inhoud

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | Aanleiding en onderzoeksvragen | 5 |
| 1.1 | Krimpontwikkelingen: motie Ypma en het Plan Kleine Scholen Coöperatie (KSC)..... | 5 |
| 1.2 | Adviescontext en onderzoeksvragen..... | 7 |
| 1.3 | Toetsingskader en aanpak | 10 |
| 2. | Is een coöperatie als rechtsvorm geschikt om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen?..... | 13 |
| 2.1 | De coöperatie: een korte typering..... | 13 |
| 2.2 | Coöperaties in het onderwijs..... | 16 |
| 2.3 | Coöperatie als bevoegd gezag van scholen | 18 |
| 2.4 | Kan het bevoegd gezag van een openbare of bijzondere school op grond van de onderwijswetgeving worden ondergebracht bij een coöperatie? | 20 |
| 2.5 | Is een coöperatie een geschikte rechtsvorm en heeft de coöperatie meerwaarde ten opzichte van de vereniging of stichting? | 22 |
| 2.6 | Conclusie | 27 |
| 2.7 | Conclusie toegespitst op de Kleine Scholen Coöperatie..... | 27 |
| 3. | Modaliteiten voor overdracht naar een ander bevoegd gezag en versterking positie ouders | 31 |
| 3.1 | Wettelijke randvoorwaarden voor bestuursoverdracht..... | 31 |
| 3.2 | Overdracht met medewerking van het bevoegd gezag..... | 34 |
| 3.3 | Overdracht zonder medewerking van het bevoegd gezag..... | 36 |
| 3.4 | Conclusie | 42 |
| 4. | Bekostiging KSC en experimenteerartikel 176k Wpo | 45 |
| 4.1 | Inleiding..... | 45 |
| 4.2 | Een afwijkend bekostigingsregime? | 46 |
| 4.3 | Een experimentele status? | 49 |
| 4.4 | Conclusie | 53 |
| 5. | Beantwoording van de vragen | 55 |
| | Literatuurlijst..... | 59 |
| | Bijlage | 63 |

1. Aanleiding en onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk schetst de aanleiding en de problematiek die leidt tot de centrale onderzoeksvragen. Leerlingendaling vormt een behoorlijke opgave voor het onderwijs. In gebieden met leerlingendaling wordt gezocht naar oplossingen om scholen die dreigen gesloten te worden zo lang mogelijk open te houden. Als schoolbesturen geconfronteerd worden met een school die wegens het leerlingenaantal niet open kan blijven, ontstaan soms initiatieven om het onderwijsaanbod toch in stand te houden. In enkele kringen leeft de gedachte dat de vorming van een coöperatie soelaas kan bieden. De wens om te komen tot een coöperatie roept wel een aantal juridische vragen op. Welke mogelijkheden zijn er voor ouders en personeel om scholen te verzelfstandigen van het bestuur? Wat zijn de financiële, personele, arbeidsvoorwaardelijke en huisvestingsaspecten van de vorming van een coöperatie? Biedt de coöperatie méér dan de bestaande mogelijkheden, welke voordelen ten opzichte van de gebruikelijke rechtspersonen biedt de coöperatie ten aanzien van de realisatie van een kwalitatief goed onderwijsaanbod; welke financiële consequenties heeft het werken met coöperaties en welke andere onderwijsjuridische knelpunten dienen zich aan?

1.1 Krimpontwikkelingen: motie Ypma1 en het Plan Kleine Scholen Coöperatie (KSC)

Op 20 februari 2014 werd een (gewijzigde) motie ingediend betreffende een onderzoek naar de versterking van de positie van ouders. De motie luidt als volgt:

GEWIJZIGDE MOTIE VAN HET LID YPMA C.S. TER VERVANGING VAN DIE GEDRUKT ONDER NR. 378

Voorgesteld 20 februari 2014

De Kamer,

¹ Kamerstukken II, 2013/14, 31288, nr. 381. In de adviesaanvraag is sprake van de motie zoals eerder geformuleerd door Ypma c.s. (nr. 378). Daarin verzoekt ze de regering om binnen het experimenteerartikel in de WPO ouders in het kader van de medezeggenschap initiatiefrecht te geven om de laatste dorpsschool op te nemen binnen een coöperatie; ook verzoekt ze de regering om advies te vragen aan het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht over de juridische gang van zaken bij het benutten van een coöperatie die dient als bevoegd gezag. Een eerdere motie ingediend door Ypma en Rog (Kamerstukken II, 2013/14, 31288, nr. 367) rept niet van coöperaties, maar wel van onderzoek naar de vraag '...of de positie van ouders versterkt kan worden en de mogelijkheden voor ouders verruimd kunnen worden om een school die voldoet aan de bekostigingsvoorwaarden open te houden'. Deze motie is eveneens op 20 februari 2014 aangenomen.

gehoord de beraadslaging,
constaterende dat schoolbesturen in krimpgebieden ervoor kiezen om de laatste school in een dorp te sluiten, terwijl deze school onderwijs van goede kwaliteit aanbiedt;
constaterende dat ouders van leerlingen of de leerkracht een dergelijke sluiting momenteel niet kunnen voorkomen;
van mening dat in het onderwijs de kwaliteit van een school voorop moet staan en tegelijk de wensen van leerlingen en leerkracht zo veel mogelijk leidend moeten zijn;
overwegende dat daarom de directe invloed van ouders en docenten versterkt moet worden, zodat er sprake is van een volwaardige gesprekspartner;
overwegende dat het idee van de coöperatieschool (zoals geopperd door coöperatie van kleine scholen) van dorpscholen die kwalitatief goed presteren een alternatief kan bieden om alsnog te blijven voortbestaan;
verzoekt de regering, om binnen het experimenteerartikel in de WPO ouders in het kader van de medezeggenschap initiatiefrecht te geven om de laatste dorpschool op te nemen binnen een coöperatie;
verzoekt de regering, tevens om advies te vragen aan het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht over de juridische gang van zaken bij het benutten van een coöperatie die dient als bevoegd gezag, en gaat over tot de orde van de dag.

Ypma

Rog

Bisschop

Jasper van Dijk

Deze motie vormt tezamen met de indiening van een projectplan door de Kleine Scholen Coöperatie (KSC) de aanleiding voor het onderhavige onderzoek.² De gedachte van de KSC is dat initiatiefnemers zeven kleine scholen van verschillende denominaties verspreid over het land bij elkaar brengen. De zeven dorpen en scholen vormen een coöperatief verband. De coöperatie heeft dependances (deelcoöperaties) in de verschillende dorpen. Het bestuur van de school wordt georganiseerd (in een deelcoöperatie) door docenten, ouders en de dorpsgemeenschap. De financiering verloopt via de coöperatie 'naar en op basis van iedere deelnemende school alsof er

² Kleine Scholen Coöperatie, Onderwijs in een nieuw verband; Projectplan, 28 januari 2014.

sprake is van zeven Brin-nummers'.³ Dit plan is gedacht als experiment waarin op bestuurlijk en onderwijskundig vlak intensief wordt samengewerkt. Het kent een looptijd van ten minste acht jaar.

Om te komen tot de door de KSC gewenste coöperatie is nodig dat het bestuur van de betrokken scholen in handen komt van de coöperatie als het nieuwe bevoegd gezag. Een dergelijke overgang is complex als het oorspronkelijke bestuur niet wenst mee te werken aan verzelfstandiging van de school.

1.2 Adviescontext en onderzoeksvragen

De Onderwijsraad heeft in twee adviezen zijn visie gegeven over verzelfstandiging in het onderwijs. In zijn advies onderscheidt de Onderwijsraad interne en externe verzelfstandiging. De externe verzelfstandiging is de meest vergaande variant en die bestaat in de afsplitsing van een bestaand bestuur. Deze vorm leidt tot volledige verzelfstandiging en permanente overdracht. De Onderwijsraad stelt dat eerst vormen van interne verzelfstandiging uitgewerkt moeten worden en eerst een dialoog tussen bevoegd gezag, initiatiefnemers en docenten gevoerd moet worden: 'In alle varianten is een procedurele waarborg nodig via de medezeggenschapsraad, waarbij er ook in alle gevallen een robuust draagvlak moet zijn bij de ouders van de desbetreffende school(locatie). Ook zal binnen het docententeam werkzaam op de desbetreffende school een twee derde meerderheid zich moeten kunnen vinden in de nieuwe constellatie.'

Externe verzelfstandiging

Vrijwillige bestuurlijke overdracht naar een ander of nieuw bestuur dat bereid is mee te werken aan een ouderinitiatief is wettelijk mogelijk. Bij initiatieven tot externe verzelfstandiging geldt het primaat van het bevoegd gezag. Het bevoegd gezag zal toetsen welke de consequenties zijn van de externe verzelfstandiging, bijvoorbeeld ten aanzien van continuïteit en toegankelijkheid, en of er alternatieven voorhanden zijn. De belangen van andere scholen binnen het bestuurlijk verband zullen worden meegewogen. Als het bestaande bevoegd gezag akkoord is met de externe verzelfstandiging, dan komt er een nieuw bevoegd gezag. In de huidige situatie is het juridisch

³ Zie projectplan p. 7.

mogelijk dat een coöperatie het bevoegd gezag vormt van een of meer scholen.⁴ De coöperatie heeft specifieke kenmerken die beogen de economische belangen van leden te behartigen. Om lid te kunnen worden van een coöperatie is nodig dat sprake is van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon. Een school is geen van beide. Een oplossing zou gezocht kunnen worden in één overkoepelende coöperatie met leden –rechtspersonen. Kennen deze rechtspersonen een verenigingsstructuur (vereniging/coöperatie) dan zouden deze rechtspersonen ouders, leerkrachten en dorpsgenoten als leden kunnen toelaten.

Was in genoemde adviezen van de Onderwijsraad het zoeken naar een optimale verhouding tussen centraal en decentraal of ‘de menselijke maat’ bij scholen met grote leerlingenaantallen leidend, in het onderhavige onderzoek gaat het juist om het zoeken naar mogelijkheden voor het behoud van kleine scholen, soms de laatste school van een dorp, waarvan het voortbestaan door een dalend leerlingaantal in gevaar komt.

De probleemstelling luidt: welke zwaarwegende argumenten gelden bij het overgaan tot (onvrijwillige) verzelfstandiging van een school? De probleemstelling wordt door de adviesvrager vervolgens toegespitst op het plan van de Kleine Scholen Coöperatie (KSC), die een experiment wenst te realiseren waarbij het mogelijk is om scholen van een bestuur over te brengen naar een coöperatie, ook als een bestuur daar niet mee instemt.

Het wettelijk kader voorziet in verschillende mogelijkheden voor het bevoegd gezag om het bestuur van zijn scholen anders te organiseren, zoals vrijwillige overdracht van het bestuur van een school aan een ander bestuur of vorming van een samenwerkingsbestuur. Tot heden is door de overheid afgedwongen overdracht van een school door een schoolbestuur aan een ander schoolbestuur wettelijk niet mogelijk. Dit wettelijk uitgangspunt roept vragen op in gebieden met leerlingendaling wanneer ouders en personeel - anders dan het schoolbestuur - behoefte hebben om een (kleine) school voor de verdere toekomst te behouden. De staatssecretaris van OCW wil voorkomen dat de huidige wetgeving en de wensen van ouders in krimpgebieden uit de pas gaan lopen. Het regeerakkoord Rutte II zegt hierover het volgende: ‘In krimpgebieden moeten alle vormen van samenwerking mogelijk zijn. Denominatie noch fusietoets mag daarbij in de weg staan.’ In lijn met deze beleidsvisie heeft de staatssecretaris toegezegd te gaan bekijken hoe hij de juridische

⁴ Daarnaast is het mogelijk, en in de praktijk op beperkte schaal - met name in het voortgezet onderwijs - realiteit dat bevoegde gezagen van scholen een coöperatie vormen om gezamenlijk economisch voordeel te behalen.

mogelijkheden van ouders kan versterken bij het overdragen van een school aan bijvoorbeeld een coöperatie.⁵

De coöperatie in het onderwijs is al jaren een veel besproken onderwerp.⁶ Gezien het verzoek van de KSC om een experiment te mogen uitvoeren en de door de Tweede Kamer aangenomen motie om het NCOR te laten onderzoeken welke mogelijkheden de coöperatie biedt in het onderwijs, is de centrale vraag in dit onderzoek:

Welke ruimte bieden de wettelijke kaders voor het kiezen voor een coöperatie als bevoegd gezag voor kleine scholen die tot dan onder een ander bestuur/andere besturen vallen?

Net zoals bij het onderzoek naar samenwerkingscholen blijft de waarborging van het duale stelsel uitgangspunt. Tegelijkertijd bestaat de wens bij de overheid om recht te doen aan de noden van scholen in gebieden met leerlingendaling, meer specifiek om de positie van ouders ten aanzien van de instandhouding van een school te versterken. Dat is wellicht te realiseren door overdracht van de school aan een coöperatie.

Samengevat worden in dit rapport de volgende centrale en concrete vragen beantwoord:

1. *Is de coöperatie of coöperatieve vereniging als rechtsfiguur geschikt om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen?*
 - 1.1 Zijn daar bijzondere voorwaarden of beperkingen aan verbonden als het gaat om de instandhouding van scholen, mede gelet op het onderscheid tussen bijzonder en openbaar onderwijs?
2. *Op welke wijze kan de positie van ouders worden versterkt of kan een initiatiefrecht voor ouders worden gecreëerd bij de bestuursoverdracht van een school?*
 - 2.1 In de situatie waarin het schoolbestuur de instandhouding van de betreffende school niet wil overdragen, speelt de vraag of de overheid een schoolbestuur kan of zou kunnen dwingen tot een dergelijke bestuursoverdracht, gelet op dwingende bepalingen van het civiel en Europees recht.
3. *Is het mogelijk om op basis van het experimenteerartikel (art. 176k WPO, art. 118t WVO) af te wijken van de bekostigingssystematiek van de onderwijswetten op de wijze als voorgesteld in het plan van de Kleine Scholen Coöperatie (KSC)?*

⁵ 2014D14357 Brief van de staatssecretaris d.d. 18 april 2014, kenmerk 620584.

⁶ Zie de eerste inventarisatie in de literatuurlijst.

3.1 Wat heeft het voorstel van de KSC, dat erop neerkomt dat voor toepassing van de opheffingsnorm alle leerlingen worden meegeteld die staan ingeschreven op de scholen die door de coöperatie in stand worden gehouden, maar dat voor de hoogte van de bekostiging (inclusief de vaste voet) iedere school als zelfstandige school wordt aangemerkt, voor gevolgen voor het stelsel van de onderwijsbekostiging van het primair en voortgezet onderwijs?

1.3 Toetsingskader en aanpak

Toetsingskader

Centraal toetsingskader van dit advies vormt artikel 23 Grondwet, de onderwijswettelijke regeling van schoolbesturen en de privaatrechtelijke regeling van rechtspersonen in Boek 2 BW. Artikel 23 Gw kent een grote autonomie toe aan schoolbesturen. De laatste decennia is evenwel een ontwikkeling te constateren van grotere inbreng en zeggenschap van ouders en van leerkrachten. De veranderingen in de Wet medezeggenschap scholen (Wms) zijn daar een illustratie van. Of, en zo ja, in hoeverre, er ruimte is om te komen tot gedwongen afstand van bestuur van een school op instigatie van ouders en leerlingen moet worden gezien in het licht van uitspraken van de wetgever, jurisprudentie en systematiek en interpretatie van artikel 23 Grondwet. Daarbij is ook de literatuur en advisering van de Onderwijsraad inzake verzelfstandiging relevant. Waar naast de gevonden kernbestanddelen van het stelsel ruimte blijkt voor verdere uitbreiding van betrokkenheid van ouders en leerkrachten kan die ruimte ingevuld worden door de wetgever. In het rapport geldt als centrale toetsingsmaatstaf artikel 23 Grondwet, en waar van toepassing, internationale verdragen en het huidig wettelijk kader. Een toetsingscriterium is ook de vraag in hoeverre de wetgever, al dan niet bij wege van een experiment, voor specifieke gevallen (zoals krimpsituaties), en al dan niet tijdelijk kan afwijken van het reguliere wettelijk kader. Meer specifiek is de kwestie of het constitutioneel geoorloofd is om met toepassing van de experimenteerbepaling van art. 176k Wpo de wettelijke eisen ten aanzien van de opheffing, bestuursoverdracht, bekostiging etc. aan de kant kan zetten.

Aanpak

Gezien de aard van de vraag en de beperkte doorlooptijd is het onderzoek uitgevoerd met behulp van desk-research, raadpleging van literatuur, Kamerstukken en relevante jurisprudentie. Het resultaat is een rapportage waarin, zowel aan de hand van het onderwijsconstitutioneel, onderwijsrech-

telijk en rechtspersonenrechtelijk kader, de antwoorden op de hoofd- en deelvragen zijn geformuleerd. Het onderzoek en conclusies hebben betrekking hebben op primair onderwijs.

2. Is een coöperatie als rechtsvorm geschikt om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen?

In dit deel van het advies zal worden ingegaan op de vraag of de coöperatie als rechtsvorm geschikt is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen.⁷ Allereerst zal kort de coöperatie als rechtsvorm worden getypeerd waarna in paragraaf 2.2 enkele voorbeelden worden beschreven van de toepassing van de coöperatie in het onderwijs. Na een korte uiteenzetting over de inhoud van het begrip 'bevoegd gezag' (par. 2.3) wordt in paragraaf 2.4 en 2.5 de vraag beantwoord of het binnen het huidig wettelijk kader mogelijk is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen in een coöperatie en of de coöperatie als rechtsvorm daarvoor geschikt is. Tot slot wordt kort ingegaan op het projectplan van de Kleine Scholen Coöperatie.

2.1 De coöperatie: een korte typering

De coöperatie kan worden gekenmerkt als een vereniging die tot doel heeft het voorzien in de economische behoeften van haar leden. De coöperatie exploiteert een bedrijf met en ten behoeve van haar leden door het aangaan van overeenkomsten met haar leden. De coöperatie doet zaken met haar leden op een wijze en onder voorwaarden die de leden tot materieel voordeel strekken. De rechtsvorm is vooral tot ontwikkeling gekomen in de agrarische sector ter versterking van de economische positie van de agrariërs. Minder talrijk zijn de coöperaties die gericht zijn op de particuliere huishouding van de leden, zgn. verbruikers- of consumenten coöperaties. De coöperatie heeft als samenwerkingsvorm het laatste decennium aan populariteit gewonnen in andere sectoren zoals de professionele dienstverlening (bijvoorbeeld advocatenkantoren), de financiële sector (investeringscoöperatie) maar ook in de (semi)publieke sector als de zorg, het onderwijs, energie, parkeerbeheer e.d.⁸

⁷ Bij de invoering van Boek 2 BW werden de coöperaties als 'coöperatieve vereniging' geregeld als ondersoort van de vereniging. Sinds 1 januari 1989 vormt de coöperatie een afzonderlijke soort rechtspersoon en bestaat er ook een formeel verschil tussen de coöperatie en de vereniging. De coöperatie is een vereniging die bij notariële akte als coöperatie is opgericht. De coöperatie wordt geregeld in titel 3 van Boek 2 BW en wordt sinds 1 januari 1989 niet meer aangeduid als 'coöperatieve vereniging' maar als 'coöperatie'.

⁸ Zie Asser/Rensen 2-III* 2012/210, 227; H. Koster, De rechtsvorm van de coöperatie: verleden, heden en toekomst, *RM Themis* 2013-2; E.H. Hooge, G. van Dijk, S.J. Steen, Zelfstandig blijven, verbeteren en

De vraag is of de coöperatie als rechtsfiguur geschikt is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen en of deze een meerwaarde biedt ten opzichte van de 'traditionele' rechtsvormen (vereniging of stichting). De vereniging is een samenwerkingsverband van leden dat is gericht op de verwezenlijking van een bepaald doel dat volgens art. 2:26 lid 1 BW niet coöperatief mag zijn. De stichting wordt getypeerd als rechtspersoon welke geen leden kent en die beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285 lid 2 BW). De summiere wettelijke regeling van de vereniging en stichting, die grotendeels aanvullend van aard is, bieden oprichters/betrokkenen veel flexibiliteit om deze naar eigen wens in te richten. Boek 2 BW laat de vereniging en stichting veel vrijheid voor wat betreft het doel en de aard van werkzaamheden. Voor beide rechtsvormen geldt dat hoewel zij op winst gericht mogen zijn –en als zodanig ook geschikt zijn als rechtsvorm voor actief ondernemerschap- zij eventuele winst in beginsel niet dan wel slechts onder bepaalde voorwaarden mogen uitkeren. Anders dan voor de vereniging en stichting geeft de wet voor de coöperatie een wettelijke omschrijving van haar doel. Onder een coöperatie wordt blijkens art. 2:53 lid 1 BW verstaan een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging, die zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen.

De coöperatie is blijkens de wet een 'bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging'. De organisatorische inrichting van de coöperatie is globaal gelijk aan die van de vereniging. De bepalingen van titel 2 van Boek 2 BW (vereniging) zijn in beginsel van overeenkomstige toepassing op de coöperatie (art. 2:53a BW), met uitzondering van art. 2:26 lid 3 (verbod om winst uit te keren aan de leden) en art. 2:44 lid 2 BW. Toepassing van deze bepalingen kunnen de exploitatie van de onderneming, welke de coöperatie volgens de wet verplicht is uit te oefenen (of te doen uitoefenen) ten behoeve van haar leden, in de weg staan.

De wettelijke omschrijving van het doel van de coöperatie kent de volgende bestanddelen:

Het voorzien in stoffelijke behoeften van de leden

Het kenmerkende van de coöperatie is het voorzien in de stoffelijke (economische) behoeften van haar leden door met die leden overeenkomsten te sluiten in het bedrijf dat de coöperatie exploiteert. Het gaat daarbij niet, althans niet primair, om het streven naar rendement op het

innoveren door samenwerking: de mogelijkheden van de coöperatie in het onderwijs; De coöperatie in de publieke en semipublieke sector, R.C.J. Galle (red), Dordrecht: Convoy uitgevers bv 2014.

ingebrachte vermogen maar om een andersoortige meerwaarde ten gunste van de leden bijvoorbeeld een lagere prijs voor door de coöperatie geleverde producten of diensten.⁹

Bij de coöperatie staat het economische verkeer met haar leden centraal. Niet uitgesloten is dat de coöperatie *ook* dienstbaar is aan ideële belangen van haar leden mits zij maar anders dan bijkomstig ten doel heeft in de stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien.¹⁰ Het begrip 'stoffelijke behoeften' moet niet te beperkt worden uitgelegd. Daaronder vallen niet alleen het leveren van producten, het verstrekken van krediet e.d. maar ook het verlenen van diensten.

Het sluiten van overeenkomsten

De voorziening in de stoffelijke behoeften van de leden moet volgens de wettelijke omschrijving geschieden door het aangaan van overeenkomsten met de leden. Naast een lidmaatschapsverhouding, die wordt geregeerd door de bepalingen van boek 2 BW, de statuten, reglementen en besluiten van de coöperatie hebben de leden derhalve een contractuele betrekking met de coöperatie. Dit element benadrukt dat er een zakelijke relatie tussen de coöperatie en het lid dient te zijn waarin het lid en coöperatie in principe gelijkwaardig zijn. Het lid kan worden gezien als mede-ondernemer. Het soort overeenkomsten dat de coöperatie met haar leden sluit is afhankelijk van de aard van de coöperatie. Het kan bijvoorbeeld gaan om koopovereenkomsten, huurovereenkomsten, overeenkomsten van geldlening, kapitaalstortingsovereenkomsten maar ook om arbeidsovereenkomsten. De coöperatie is een samenwerkingsvorm die in beginsel uitsluitend ten behoeve van de eigen leden functioneert.¹¹ De wet staat toe dat de coöperatie overeenkomsten als die welke zij met haar leden sluit ook aangaat met derden mits zij dit niet in een zodanige mate doet dat de overeenkomsten met de leden slechts van ondergeschikte betekenis zijn (art. 2:53 lid 3 en 4 BW). De vraag wanneer de overeenkomsten met de leden slechts van ondergeschikte betekenis is, is niet eenvoudig te beantwoorden. In de literatuur wordt een kwalitatieve maatstaf bepleit die er op neerkomt dat zakelijk verkeer met derden is toegestaan indien en zolang dit dienstbaar is aan de behartiging van de stoffelijke belangen van de leden.¹²

⁹ Galle, a.w., p. 11.

¹⁰ Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 36, Asser/Rensen 2-III* 2012/220.

¹¹ Galle, a.w., p. 16.

¹² Asser/Rensen 2-III* 2012/223.

Uitoefening van een bedrijf: zelffinanciering

Uit de wettelijke omschrijving van de coöperatie volgt dat zij een bedrijf uitoefent ten behoeve van haar leden door het aangaan van overeenkomsten met de leden. De wet vereist niet dat de coöperatie ten doel moet hebben het maken van winst ter verdeling onder de leden. Het begrip bedrijf moet ruim worden opgevat. Van de uitoefening van een bedrijf is reeds sprake indien het maken van winst in ruime zin wordt beoogd. Voldoende is dat de coöperatie zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke belangen van haar leden te voorzien.¹³ Van een bedrijfsuitoefening in het kader van een coöperatie kan ook worden gesproken indien er slechts sprake is van een besparing van kosten.¹⁴ Het bedrijf wordt uitgeoefend ten behoeve van haar leden, de resultaten van de bedrijfsuitoefening dienen te gunste van de leden komen.¹⁵ Bij deze doelstelling past dat de leden zelf voorzien in de nodige financiële middelen van de coöperatie.¹⁶ Zij zullen zelf vermogen moeten inbrengen dan wel gelden van derden moeten aantrekken. Dit laatste is mogelijk omdat de leden ingeval van een liquidatietekort bij ontbinding aansprakelijk zijn. De coöperatie kan in haar statuten de aansprakelijkheid van haar leden voor een tekort bij ontbinding uitsluiten of tot een maximum beperken (art. 2:56 BW). Of de leden aansprakelijk zijn in geval van een liquidatietekort moet blijken uit de naam van de coöperatie, deze moet aan het slot de letters W.A., B.A. dan wel U.A. dragen (art. 2:54 lid 2 BW).

2.2 Coöperaties in het onderwijs

De coöperatie kan ook in het onderwijs als samenwerkingsvorm nuttig zijn voor de behartiging van een gezamenlijk belang, bijvoorbeeld het gezamenlijk inhuren of inkopen van goederen of diensten, samenwerking tussen 'eenpitters' op beleidsterreinen om langer zelfstandig te kunnen blijven, het gezamenlijk ontwikkelen van onderwijsconcepten, onderwijsinnovaties e.d.¹⁷ De rechtspersonen, als bevoegd gezag van een of meer scholen blijven als lid van de coöperatie zelfstandig en werken samen ter behartiging van een bepaald gemeenschappelijk belang. De leden kunnen ook natuurlijke personen zijn. Denk aan leraren die volledig zelfstandig als ondernemer opereren en hun kennis en diensten verhuren aan scholen. Een dergelijke groep zelfstandige ondernemers kan

¹³ HR 13 januari 1966, NJ 1966/189, Asser/Rensen 2-III* 2012/224, G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie, diss. UvA, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 246.

¹⁴ Van der Sangen, a.w., p. 246.

¹⁵ Asser/Rensen 2-III* 2012/225.

¹⁶ Galle, a.w., p. 20 e.v.

¹⁷ E.H. Hooge, G. van Dijk, S.J. Steen, a.w., p. 129.

een coöperatie oprichten die hen ondersteuning biedt voor niet beroepsspecifieke taken (bijvoorbeeld administratie, marketing e.d.).¹⁸

Een voorbeeld: Natonco

Een voorbeeld van een coöperatie die actief is op het terrein van het onderwijs is Natonco, een coöperatie die is gericht op het collectief inkopen van leermiddelen voor het basisonderwijs en het methode-onafhankelijk leren stimuleren en mogelijk maken bij scholen en uitgeverijen.¹⁹ Leden zijn de schoolbesturen (dat zijn de rechtspersonen die het bevoegd gezag vormen van een of meer scholen). De financiering geschiedt door leden en subsidies. Het collectief inkopen van leermiddelen levert de leden een financieel voordeel op. Daarnaast vervult de coöperatie een adviserende taak en speelt zij een rol in de begeleiding bij opleiding en professionalisering op de scholen. Via de coöperatie kunnen scholen collectieve contracten sluiten met onderwijsadviesbureaus die adviseren bij de keuze van leermethoden.

De rechtspersonen die een of meer scholen in stand houden blijven als lid van de coöperatie zelfstandig. De coöperatie vervult uitsluitend een taak ten behoeve van de bedrijfshuishouding van de leden. Als lid hebben de schoolbesturen zeggenschap in de coöperatie door middel van de algemene vergadering.

Nationale Onderwijs Coöperatie

Een ander voorbeeld is de Nationale Onderwijs Coöperatie, opgericht door vijf onderwijsorganisaties (Algemene Onderwijsbond (Aob), Beter onderwijs Nederland (BON), CNV Onderwijs, Federatie van vakorganisaties en het Platform Vakinhoudelijke Verenigingen Voortgezet Onderwijs). De coöperatie is er 'van, voor en door de leraar' en staat 'voor een kwalitatief sterke beroepsgroep en een sterke positie van de leraar'.²⁰ Binnen de Onderwijscoöperatie behouden al deze oprichters/organisaties hun eigen specifieke taak en doel. De Onderwijscoöperatie helpt om kaders te stellen en normen te ontwikkelen die de kwaliteit van het vak bijhouden en eraan bijdragen dat leraren de ruimte krijgen om als professional hun vak uit te voeren. Daarnaast stimuleert de coöperatie activiteiten die bijdragen aan een beter imago en een betere status van de beroepsgroep.

¹⁸ E.H.E.E. Silvius, Pedagogisch ondernemerschap in de meest letterlijke zin van het woord. Over coöperaties van leraren in het onderwijs, NTOR 2005-2, p. 94.

¹⁹ Zie hierover Galle, Handboek coöperatie, Dordrecht: Convoy Uitgevers bv 2010, p. 1037 e.v.

²⁰ www.onderwijscooperatie.nl

Opvallend is dat de coöperatie in het onderwijs vooral opgeld heeft gedaan in de periode dat scholen zich ontwikkelden als autonome organisaties, die – in een tijd dat schaalvergroting aan de orde van de dag was – tegelijkertijd streefden naar menselijke maat en ondernemerschap.²¹

2.3 Coöperatie als bevoegd gezag van scholen

Voordat de vraag wordt beantwoord of het binnen het huidige wettelijk kader mogelijk is om het bevoegd gezag van een school onder te brengen bij een coöperatie eerst een korte uiteenzetting over de betekenis en inhoud van het begrip bevoegd gezag van openbare en bijzondere scholen.

Bevoegd gezag: drager onderwijsvrijheid en hoofdverantwoordelijke voor bestuur en instandhouding

Het huidige uitgangspunt van artikel 23 Grondwet is dat het bevoegd gezag de primaire drager is van de onderwijsvrijheid. Niet de individuele ouder of docent, maar het bevoegd gezag bepaalt de grondslag van de school, en selecteert op grond van de vrijheid van richting of inrichting personeel en leerlingen.²²

Bij de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen wordt in onderwijsrechtelijke literatuur onderscheid gemaakt tussen het besturen van de onderwijsinstellingen en het instandhouden daarvan.²³ De bevoegdheid tot het besturen van de instellingen berust bij het bevoegd gezag. Instandhouding duidt op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de onderwijsinstelling. De instantie die in stand houdt is de 'eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde' van de school en toebehoren alsmede van het van rijkswege verstrekte geld.²⁴ In het bijzonder onderwijs zijn de instandhouder en het bevoegd gezag een en dezelfde: het institutioneel samenvallen van de instandhoudingsverantwoordelijkheid en het zijn van bevoegd gezag van een bijzondere school is een rechtstreekse consequentie van het privaatrechtelijke karakter waarin het bijzonder onderwijs is geordend.²⁵ Zo is de privaatrechtelijke

²¹ Zie E.H. Hooge, G. van Dijk en S. Steen, Zelfstandig blijven, verbeteren en innoveren door samenwerking: de mogelijkheden van de coöperatie in het onderwijs, *NTOR* 3, december 2001, p. 123.

²² Zie o.a. Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012, en P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud* (oratie ESL), Den Haag: BJU 2011.

²³ B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag: BJU 2000, p. 75.

²⁴ Idem.

²⁵ P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 43

rechtspersoon die een bijzondere school in stand houdt tevens het bevoegd gezag.²⁶ Er is geen scheiding tussen de rechtspersoon die de instelling in stand houdt en de instelling die het bevoegd gezag erover heeft.

Het bevoegd gezag is de instantie die met betrekking tot de school bestuurlijke bevoegdheden uitoefent, en hoofdverantwoordelijke is voor de kwaliteit van het onderwijs (zie artikel 10 Wpo). Voor het bijzonder onderwijs wordt als bevoegd gezag in de Wpo (en Wvo) gedefinieerd: de rechtspersoon.²⁷ Het (college van) bestuur is als vertegenwoordiger van de rechtspersoon het orgaan dat de taken uitoefent die de wet aan het bevoegd gezag toekent. Dit betekent dat het college van bestuur bevoegd is om het schoolplan vast te stellen, leerlingen te verwijderen enz. Het bestuur van de rechtspersonen is bevoegd en verantwoordelijk, en onder omstandigheden ook aansprakelijk, voor het gevoerde beleid (zie art. 2:45, 2:291 lid 1 jo 2:9 BW). Voor het openbaar onderwijs zien we in de wet een onderscheid. De openbare school wordt, zo blijkt bijvoorbeeld uit artikel 1 Wpo, in stand gehouden door een of meer gemeenten, al dan niet tezamen met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid. Bij een rechtstreeks door de gemeente bestuurde openbare school is het bevoegd gezag volgens de wet 'het college van burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt.' Dan is het juridisch niet de rechtspersoon, maar een bestuursorgaan dat het bevoegd gezag vormt. Is er sprake van verzelfstandigd openbaar onderwijs (bijvoorbeeld in een stichting ex artikel 48 Wpo) dan is ook de rechtspersoon aangewezen als bevoegd gezag (art. 48 lid 5 Wpo).

²⁶ Zoals ook neergelegd in art. 1 Wpo, Wvo, Wec.

²⁷ Zie uitgebreid over de term 'bevoegd gezag' in de onderwijswetgeving: P.W.A. Huisman & C.H.C. Overes, *De juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de WEB en de WHW*, Den Haag: Ministerie van OCW 2014.

2.4 Kan het bevoegd gezag van een openbare of bijzondere school op grond van de onderwijswetgeving worden ondergebracht bij een coöperatie?

Openbaar onderwijs

Wie het bevoegd gezag vormt van een openbare school is gedefinieerd in art. 1 Wpo. Het bevoegd gezag van een openbare school is:

- Burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en , indien de raad dit besluit, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
- Het krachtens de desbetreffende gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan;
- De openbare rechtspersoon, bedoeld in artikel 47 dan wel
- De stichting, bedoeld in artikel 17 of 48.

Voor het vormen van een samenwerkingsbestuur (met openbare en bijzondere scholen) is wettelijk de stichtingsvorm voorgeschreven (art. 17 Wpo). Gezien art. 1 Wpo kan binnen het huidige wettelijk kader een openbare school niet onder het bevoegd gezag van een coöperatie worden geplaatst.

Bijzonder onderwijs

Voor wat betreft de instandhouding van de bijzondere school geldt art. 55 WPO. Het bevoegd gezag van een bijzondere school is een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid, die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.

Een coöperatie kan evenals een vereniging of stichting het maken van winst beogen en eventuele winst ook uitkeren. Zoals hiervoor in par. 1 beschreven vereist de wet niet dat eventuele winst wordt uitgekeerd aan de leden. Kenmerkend voor de coöperatieve gedachte is niet het streven naar winst op het ingebrachte vermogen maar het creëren van een andersoortige 'stoffelijke' meerwaarde voor de leden, bijvoorbeeld het besparen of spreiden van kosten. In de statuten van de coöperatie kan het doel van de coöperatie op dit punt in overeenstemming worden gebracht met art.55 Wpo.

Wel kan men zich afvragen of een coöperatie als bevoegd gezag van een of meer scholen aan de wettelijke omschrijving van het doel van de coöperatie (art. 2:53 lid 1 BW) voldoet. Blijkens deze omschrijving voorziet de coöperatie in de stoffelijke behoeften van haar leden door met hen overeenkomsten aan te gaan in het bedrijf dat de coöperatie uitoefent of doet uitoefenen. Het 'bedrijf' is in deze context de instandhouding en het besturen van een of meer scholen. Wie zijn de

leden van de coöperatie waarmee de coöperatie overeenkomsten aangaat en in welke economische behoeften beoogt de coöperatie te voorzien?

Een voorbeeld: coöperatie De Vrije School Utrecht U.A.

De Vrije School Utrecht is een zogeheten leraren-coöperatie. De coöperatie is het bevoegd gezag van de school. De keuze voor de coöperatie als rechtsvorm is ingegeven door de wens het lerarenzelfbestuur te formaliseren. Dat betekent - volgens de website²⁸- dat het beleid van de school bepaald wordt door de leerkrachten (en overige medewerkers). Zij doen dit door deel te nemen aan de Algemene Ledenvergadering.

'Het coöperatieve model bevat twee belangrijke elementen die de kern raken van het Vrije School Onderwijs:

- de autonomie van de leerkracht. De leraar moet vanuit zijn eigen inzicht en professionaliteit vorm geven aan het onderwijs proces.
- Het primaire proces moet leidend zijn in het algemeen bestuur en beheer van de school'.

Blijkens de site zijn alle medewerkers met een vast dienstverband lid van de coöperatie De Vrije School Utrecht U.A.²⁹ De coöperatie kent een (dagelijks) bestuur, een schoolleiding en een raad van toezicht. De algemene ledenvergadering komt zes keer per jaar bijeen om het beleid te bepalen en te evalueren. Het pedagogisch beleid is leidend voor het bestuur.

Is deze leraren-coöperatie een coöperatie in de zin van art. 2:53 lid 1 BW? In de literatuur wordt een coöperatie waarvan de leden-werknemers zijn, aangeduid als een werknemers productiecoöperatie.³⁰ Een dergelijke coöperatie stelt zich ten doel door middel van haar economische activiteiten werk te verschaffen aan haar leden. De overeenkomsten die de coöperatie met haar leden sluit zijn arbeidsovereenkomsten. Een dergelijke coöperatie wijkt af van het normaal type omdat de activiteiten niet gericht zijn op de huishouding van de leden. De leden verrichten arbeid voor de uitoefening van het bedrijf van de coöperatie en in de resultaten van die

²⁸ www.vrijeschoolutrecht.nl

²⁹ Bedoeld zal zijn dat het lidmaatschap open staat voor alle medewerkers met een vast dienstverband. Of de medewerkers met een vast dienstverband lid willen worden van de coöperatie is ter vrije keuze van de medewerker. Zij worden lid van de coöperatie door een besluit tot toelating genomen door het orgaan dat daartoe bevoegd is (zie art. 2:33 BW).

³⁰ Asser/Rensen2-III* 2012/227, Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 37.

bedrijfsuitoefening delen de leden.³¹ Hoewel de wettelijke omschrijving van de coöperatie slechts met moeite past op deze werknemers- productiecoöperatie kan deze blijkens de wetsgeschiedenis als een coöperatie worden aangemerkt.³²

De keuze van de Vrije School in Utrecht voor de leraren-coöperatie als samenwerkingsvorm lijkt vooral te zijn ingegeven door de wens om werknemerszelfbestuur te formaliseren. De coöperatie wordt door de betrokkenen als een passende juridische vorm gezien omdat de school op deze wijze 'zijn medewerkers eigenaar laat zijn van de school en ze daarmee ook volledig verantwoordelijk laat zijn voor de school'.

Men kan zich afvragen of de coöperatie als rechtsvorm passend is om vorm te geven aan de wens de werknemers zelf 'eigenaar' (in overdrachtelijke zin) te laten zijn van de school.

2.5 Is een coöperatie een geschikte rechtsvorm en heeft de coöperatie meerwaarde ten opzichte van de vereniging of stichting?

In de vorige paragraaf is ingegaan op de vraag of het bevoegd gezag van een openbare of bijzondere school op grond van de onderwijswetgeving kan worden ondergebracht bij een coöperatie. We hebben gezien dat het bevoegd gezag van een openbare school op grond van de onderwijswetgeving niet kan worden ondergebracht bij een coöperatie. Voor het bevoegd gezag van een of meer bijzondere scholen werpt de onderwijswetgeving geen formeel beletsel op. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag of de coöperatie, gezien haar wettelijke kenmerken, geschikt is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen en of de coöperatie een meerwaarde heeft ten opzichte van de traditionele rechtsvormen (vereniging of stichting).

Het verschil met de vereniging en stichting is vooral gelegen in het doel van de coöperatie. De wettelijke omschrijving van het doel van de coöperatie maakt deze rechtsvorm minder flexibel en beperkt in zekere mate de toepassing ervan. Aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie wordt niet voldaan indien alleen het bevoegd gezag van een of meer scholen onder de coöperatie wordt gebracht. De coöperatie moet immers ook ten doel hebben het voorzien in de

³¹ Asser/Rensen 2-III* 2012/227

³² Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 37, Asser/Rensen 2-III* 2012/227 en daar aangehaalde literatuur.

stoffelijke/economische behoeften van haar leden door met haar leden overeenkomsten aan te gaan in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van de leden uitoefent.

In het voorbeeld van de Vrije School Utrecht zijn de leerkrachten die bij de coöperatie in dienst zijn lid van de coöperatie. Het motief voor de oprichting van de coöperatie is het formaliseren van het werknemerszelfbestuur voor de leerkrachten van de Vrije School. Het realiseren van werknemerszelfbestuur hangt nauw samen met de 'aard van de onderneming'. In het Vrije Schoolonderwijs nemen de leerkrachten een centrale rol in voor wat betreft het bepalen van het onderwijsbeleid en onderwijsproces. De samenwerking in een coöperatie, die wordt gekenmerkt door een sterke betrokkenheid/sterke binding van de leden (leraren) met de onderneming van de coöperatie, levert de leden meerwaarde op in de zin dat zij de intentie om met elkaar als professionals het pedagogisch beleid te bepalen, kunnen realiseren.

Zo omschreven voldoet de rechtspersoon aan de wettelijke kenmerken van een coöperatie en kan het doel als coöperatief worden gekenmerkt.

De vraag is of het formaliseren van werknemerszelfbestuur niet ook in een vereniging kan worden gerealiseerd waarbij de leden via de algemene vergadering het pedagogisch beleid bepalen. Staat het lidmaatschap van de vereniging alleen open voor personen die in dienst zijn van de vereniging met de intentie om de leden via de algemene vergadering het pedagogisch beleid te laten bepalen dan kan worden gezegd dat deze samenwerking een coöperatief doel dient en daarmee zou de rechtspersoon, gezien art. 2:26 BW, geen vereniging kunnen zijn. In deze opzet zou de coöperatie als rechtsvorm een meerwaarde kunnen bieden.

Kan een coöperatie –anders dan in geval van een lerarencoöperatie- een geschikte rechtsvorm zijn om het bevoegd gezag van een of meer scholen onder te brengen? Dat kan voor zover de samenwerking van de leden/het doel van de coöperatie aan de wettelijke kenmerken voldoet. De vraag is wie de leden van de coöperatie zullen zijn indien een of meer scholen onder het bevoegd gezag van een coöperatie worden gebracht en met wie de coöperatie overeenkomsten aangaat in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van de leden uitoefent of doet uitoefenen. Ook is de vraag wat de aard en inhoud van de overeenkomsten zou kunnen zijn.

Voorzien in stoffelijke behoeften van de leden

Zoals hiervoor beschreven moet het doel van de coöperatie inhouden het voorzien in economische behoeften van haar leden door het sluiten van overeenkomsten in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen. Is de coöperatie het bevoegd gezag dat de school/scholen in stand houdt dan is de coöperatie de instantie die met betrekking tot de school de bestuurlijke bevoegdheden uitoefent en die verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de school. Het bedrijf/onderneming van de coöperatie is de school/zijn de scholen die zij in stand houdt en bestuurt. De stoffelijke/economische behoeften waarin de coöperatie voorziet is de instandhouding en het besturen van de scholen. Zoals eerder beschreven moet het begrip stoffelijke behoeften niet te beperkt worden uitgelegd en kan daaronder ook worden verstaan het verlenen van diensten.

Lid van de coöperatie

De coöperatie moet gericht zijn op het voorzien in bepaalde stoffelijke/economische behoeften van haar leden. Het lidmaatschap van de coöperatie staat derhalve open voor personen in wier behoeften door de activiteiten van de coöperatie kan worden voorzien.³³

Leden van een coöperatie kunnen zijn natuurlijke en/of rechtspersonen. Gezien de aard van de coöperatie als bevoegd gezag van de school ligt het voor de hand dat de leerlingen /hun wettelijk vertegenwoordigers als afnemers van de diensten van de school lid kunnen zijn van de coöperatie. Minder makkelijk te beantwoorden is de vraag wat de inhoud is van de overeenkomsten die de coöperatie met haar leden aangaan en op welke wijze de samenwerking van de leden in een coöperatie de leden tot voordeel strekt. Wat moeten de leden inbrengen? Kan worden gezegd dat de samenwerking van de leden in een coöperatie de leden tot voordeel strekt? Moet iedere leerling die zich aanmeldt bij de school lid worden van de coöperatie?

Kunnen de scholen die onder het bevoegd gezag van de coöperatie zijn gebracht lid worden van de coöperatie?

Een school is geen rechtssubject en kan geen lid worden van de coöperatie. Het is op zichzelf denkbaar dat voor het beheer van de scholen die onder het bevoegd gezag van de coöperatie zijn gebracht per school een rechtspersoon wordt opgericht. Deze rechtspersoon kan lid worden van de coöperatie en in de statuten van deze rechtspersoon en in een overeenkomst met de coöperatie kan het zakelijke verkeer (met betrekking tot het management/beheer van de school) met de

³³ Asser/Rensen 2-III* 2012/220

coöperatie worden geregeld. De coöperatie is als bevoegd gezag van de scholen verantwoordelijk voor het goed functioneren van de scholen. De leden rechtspersonen aan wie het beheer van de school is opgedragen opereren daarbij onder de eindverantwoordelijkheid van de coöperatie die het bevoegd gezag van de scholen vormt. Niet gezegd kan worden dat de coöperatie activiteiten verricht ten behoeve van de eigen bedrijfshuishouding van de leden-rechtspersonen. De activiteiten van de leden-rechtspersonen, het beheer van de school, maken onderdeel uit van de bedrijfsactiviteiten/onderneming van de coöperatie. Opzegging van het lidmaatschap van de coöperatie door het lid-rechtspersoon brengt geen verandering in de relatie van de coöperatie (als het bevoegd gezag) met de school. Door opzegging van het lidmaatschap van de coöperatie heeft de rechtspersoon niet langer het beheer over de school. De coöperatie zal op andere wijze in het beheer van de school moeten voorzien. Het is de vraag welke meerwaarde de samenwerking van leden-rechtspersonen in een coöperatie als bevoegd gezag van een of meer scholen heeft voor de leden en wat de meerwaarde van de coöperatie als bevoegd gezag is ten opzichte van een vereniging. Als lid van de coöperatie heeft de rechtspersoon weliswaar zeggenschap via de algemene vergadering van de coöperatie. De zeggenschap/invloed die leden kunnen uitoefenen in de algemene vergadering van de coöperatie verschilt echter niet wezenlijk met die van de leden in een vereniging.

De meerwaarde van een coöperatie is vooral gelegen in de stoffelijke/economische meerwaarde die de coöperatie het lid oplevert. Deze stoffelijke meerwaarde kan worden gerealiseerd in een coöperatie die zich richt op de behartiging van bepaalde gezamenlijk belangen van de leden (natuurlijke of rechtspersonen), waarbij de onderneming van de coöperatie als het ware het verlengstuk vormt van de activiteiten van de leden. In de constructie waarin een of meer scholen onder het bevoegd gezag van een coöperatie zijn gebracht zal deze zorg dragen voor het bestuur van de scholen, huisvesting en financiële middelen. In die zin voldoet de coöperatie aan de stoffelijke behoefte van haar leden. De coöperatie is echter het bevoegd gezag en op grond van de onderwijswetgeving verantwoordelijk voor het goed functioneren van de scholen en de kwaliteit van het onderwijs. Haar leden, de rechtspersonen die ten behoeve van het beheer van de scholen zijn opgericht, zijn geen zelfstandige ondernemingen. De leden-rechtspersonen opereren onder de verantwoordelijkheid van de coöperatie. De coöperatie bepaalt, als bevoegd gezag van de scholen, de beleids- en financiële kaders voor het beheer van de scholen door de leden-rechtspersonen. In deze constructie lijkt van een stoffelijke meerwaarde voor de leden door samenwerking in een coöperatie geen sprake.

2.6 Conclusie

Hiervoor is ingegaan op de vraag of gezien de wettelijke kenmerken de coöperatie een geschikte rechtsvorm is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen. De coöperatie is - ook in het onderwijs - als rechtsfiguur geschikt om vorm te geven aan samenwerkingsverbanden waarbij het behartigen van een gezamenlijk belang van leden voorop staat. Zie de voorbeelden genoemd in paragraaf 2 waarin sprake is van een samenwerking van zelfstandige schoolbesturen (rechtspersonen die het bevoegd gezag vormen van een of meer scholen) of van leraren die als zelfstandig ondernemer opereren in een coöperatie. In een dergelijke coöperatie gaan de leden (leraren/de zelfstandige schoolbesturen) niet op in een groter geheel maar bundelen hun krachten om zelf beter 'pedagogisch ondernemer' te kunnen zijn.

Hoewel art. 55 Wpo geen formeel obstakel opwerpt om het bevoegd gezag van een bijzondere school onder te brengen bij een coöperatie blijkt de coöperatie gezien haar wettelijke kenmerken zoals omschreven in art. 2:53 lid 1 BW minder geschikt om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen in vergelijking met de traditionele rechtsvormen als de vereniging en de stichting. Op grond van de onderwijswetgeving is het bevoegd gezag van een of meer bijzondere scholen de 'instandhouder' van de scholen en is verantwoordelijk voor het bestuur van de scholen en de kwaliteit van het onderwijs. Gezien de wettelijke kenmerken dient de coöperatie steeds in de stoffelijke behoefte van haar leden te voorzien door met de leden overeenkomsten te sluiten in de onderneming die zij exploiteert. Reden van bestaan van de coöperatie is immers de zakelijke relatie die zij met haar leden onderhoudt en het creëren van een stoffelijke meerwaarde. In de situatie waarin de rechtspersoon het bevoegd gezag vormt van een of meer scholen zal van een coöperatie slechts sprake kunnen zijn indien aan deze wettelijke kenmerken wordt voldaan. In het voorgaande is beschreven dat dit niet steeds eenvoudig is.

2.7 Conclusie toegespitst op de Kleine Scholen Coöperatie

In de vorige paragraaf hebben wij de vraag beantwoord of een coöperatie gezien de wettelijke kenmerken geschikt is om het bevoegd gezag van een of meer scholen onder te brengen. Bij de beantwoording van deze vraag zijn wij niet ingegaan op het projectplan van de Kleine Scholen Coöperatie dat de aanleiding vormt voor de adviesaanvraag. De reden daarvan is dat in de

adviesaanvraag de vraag of een coöperatie als rechtsfiguur geschikt is om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen meer in abstracte zin wordt gesteld. Ter afsluiting van dit onderdeel van het advies gaan wij kort in op het projectplan en richten we ons op de vraag in hoeverre de voorgestelde samenwerking past in de rechtsvorm van een coöperatie.

Dat in het projectplan van KSC wordt geopteerd voor een coöperatie met deelcoöperaties ten behoeve van het onderwijs in ieder van de (zeven) dorpen is begrijpelijk vanuit de gedachte dat een coöperatie geschikt is als samenwerkingsvorm voor het behartigen van gezamenlijke belangen. Individueel worden de scholen in de 'krimp' gemeenten met opheffing bedreigd maar door de samenwerking met elkaar aan te gaan hopen zij als coöperatie te kunnen voortbestaan. De opstellers van het plan lijken ervan uit te gaan dat de leden van de coöperatie (aangeduid als deelcoöperaties, die per dorp worden opgericht) zelfstandig blijven daar waar het betreft het besturen van hun school.

'De bestuurlijke (en financiële) verantwoordelijkheid voor de school en (het beheer van) het schoolgebouw vallen onder de verantwoordelijkheid van docenten, ouders en dorpsgemeenschap. In ieder dorp wordt een deelcoöperatie opgericht ten behoeve van het 'onderwijs in het betrokken dorp'. Daardoor draagt de lokale gemeenschap de betrokkenheid en verantwoordelijkheid voor het faciliteren en mogelijk maken van het onderwijs'.

De indruk wordt gewekt dat de verantwoordelijkheid voor de instandhouding van de school kan worden gelegd bij de coöperatie (het bevoegd gezag) en het besturen van de school aan de deelcoöperaties kan worden toebedeeld. Het is echter niet mogelijk om in het bevoegd gezag van een bijzondere school een scheiding aan te brengen tussen de instandhoudingsverantwoordelijkheid en het besturen van de school/scholen. De verantwoordelijkheid voor de instandhouding van de scholen en het bestuur van de scholen berust bij het bevoegd gezag, de coöperatie (zie par. 2.3).

De vraag is of voor de samenwerking die KSC beoogt de coöperatie als rechtsvorm aangewezen is dan wel een meerwaarde oplevert ten opzichte van een vereniging of stichting.

Om als coöperatie te kunnen worden aangemerkt moet zij immers voldoen in de stoffelijke behoeften van de leden door met hen overeenkomsten aan te gaan in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van de leden uitoefent of doet uitoefenen.

Zoals in par. 2.5 beschreven moet de term 'stoffelijke behoeften' niet te beperkt worden opgevat en kan ook het verlenen van diensten als een stoffelijke behoefte worden gekwalificeerd. Het in stand houden en besturen van de school door de coöperatie als bevoegd gezag zou als een verlening van een dienst kunnen worden aangemerkt. Zoals in par. 2.3 beschreven berust de

instandhouding en het besturen van de school bij het bevoegd gezag (de coöperatie) en deze kan niet bij overeenkomst aan de leden (de deelcoöperaties) worden overgedragen. Wel kan zoals in par. 2.5 beschreven het beheer van de afzonderlijke dorpsschool bij een daartoe opgerichte rechtspersoon (de 'deelcoöperatie') worden ondergebracht. In de statuten zal de zeggenschap van de coöperatie ten aanzien van haar leden ('deelcoöperaties') worden vastgelegd en bij overeenkomst kunnen afspraken worden gemaakt voor wat betreft uitvoering van de taken van de 'deelcoöperaties'. De deelcoöperaties oefenen het beheer over de school uit onder de verantwoordelijkheid van de coöperatie als het bevoegd gezag. Als lid van de coöperatie hebben de deelcoöperaties zeggenschap in de coöperatie via de algemene vergadering.

Zoals in par. 2.5 uiteengezet is het in deze constructie, waarbij de coöperatie het bevoegd gezag over de scholen vormt en de scholen onderdeel uitmaken van de onderneming van de coöperatie, de vraag wat precies de zakelijke relatie is die de leden met de coöperatie onderhouden en die de bestaansreden vormt voor de coöperatie.

De reden voor de bundeling van krachten lijkt te zijn ingegeven door de wens om te komen tot een constructie waarbij de leerlingen van de afzonderlijke scholen bij elkaar op kunnen worden geteld zodat er voldoende leerlingen zijn om voor bekostiging in aanmerking te komen en de dorpsscholen behouden kunnen blijven. Of dit zal kunnen worden gerealiseerd hangt niet af van de gekozen rechtsvorm. Of het mogelijk is om door samenwerking de bekostiging per school te kunnen behouden betreft een vraag die te maken heeft met de bekostigingssystematiek van scholen. Deze vraag zal in hoofdstuk 4 aan bod komen.

De coöperatie die het bevoegd gezag van de scholen vormt exploiteert een onderneming ten behoeve van haar leden. De leden (deelcoöperaties) maken onderdeel uit van de onderneming van de coöperatie. Het beoogde voordeel om de zelfstandigheid van de dorpsscholen (bestuurlijk en financieel) te kunnen behouden kan zoals hiervoor beschreven niet worden gerealiseerd door het bevoegd gezag van de scholen onder te brengen in een coöperatie. De deelcoöperaties, die per dorp worden opgericht, opereren onder de verantwoordelijkheid van de coöperatie als bevoegd gezag van de scholen.

De gedachte als lid van de coöperatie mede-ondernemer te zijn van de school sluit wellicht gevoelsmatig goed aan bij het initiatief dat een onderwijsvernieuwend concept voorstaat. Een dergelijke vormgeving roept juridisch veel vragen op.

Niet duidelijk is waarom men heeft gekozen voor deelcoöperaties op lokaal niveau en niet voor een vereniging (of stichting)? Het oprichten van een deelcoöperatie roept de vraag op wie er lid worden van de deelcoöperatie. Zijn de leden degenen die vanuit de dorpsgemeenschap bereid zijn tot

financiering van het project ? Gezien de onderneming die de deelcoöperatie in stand houdt ten behoeve van haar leden, het beheren van de dorpschool, valt in de eerste plaats te denken aan de leerlingen van de school en hun wettelijk vertegenwoordigers als lid van de coöperatie.

Wie er lid (kunnen) worden van de deelcoöperaties (docenten, ouders, leden van de 'dorpsgemeenschap'), en wat de aard en inhoud is van de overeenkomsten die de deelcoöperaties aangaan met de leden wordt uit het plan niet duidelijk.

3. Modaliteiten voor overdracht naar een ander bevoegd gezag en versterking positie ouders

In dit hoofdstuk komt aan de orde op welke wijze de positie van ouders versterkt kan worden in de vorm van een initiatiefrecht voor ouders bij de bestuursoverdracht van een school.

Bij deze vraag worden twee mogelijke situaties onderscheiden. In de ene situatie is het schoolbestuur dat de school in stand houdt bereid mee te werken aan de door ouders gewenste bestuursoverdracht. In de andere denkbare situatie is het schoolbestuur niet bereid de instandhouding van de school over te dragen. Specifiek speelt dan de vraag welke juridische belemmeringen er zijn om dit te regelen. Paragraaf 3.1 gaat eerst in op enkele huidige uitgangspunten ten aanzien van de verantwoordelijkheid voor het bestuur en de bestuursoverdracht. Paragraaf 3.2 schetst vervolgens op welke wijze een overdracht kan plaatsvinden met instemming van het bevoegd gezag. Paragraaf 3.3 beschrijft de vraag of, en zo ja, op welke wijze, overdracht kan plaatsvinden zonder instemming van het bevoegd gezag. Paragraaf 3.4 bevat enkele conclusies.

3.1 Wettelijke randvoorwaarden voor bestuursoverdracht

Bevoegd gezag: drager onderwijsvrijheid en hoofdverantwoordelijke voor bestuur en instandhouding

Het huidige uitgangspunt van artikel 23 Grondwet is dat het bevoegd gezag de primaire drager is van de onderwijsvrijheid. Niet de individuele ouder of docent, maar het bevoegd gezag bepaalt de grondslag van de school, en selecteert op grond van de vrijheid van richting of inrichting personeel en leerlingen.³⁴

Op de term 'bevoegd gezag' is in paragraaf 2.3 al ingegaan.

De term instandhouding ziet op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap en aansprakelijkheid. De openbare school wordt, zo blijkt

³⁴ Zie o.a. Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012, en P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud (oratie ESL)*, Den Haag: BJU 2011.

bijvoorbeeld uit artikel 1 Wpo, in stand gehouden door een of meer gemeenten, al dan niet tezamen met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid. Artikel 55 Wpo stelt ten aanzien van de instandhouding van een bijzondere school: 'Een bijzondere school wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.'

Het bestuur van de rechtspersonen is bevoegd en verantwoordelijk, en onder omstandigheden ook aansprakelijk, voor het gevoerde beleid (zie art. 2:291 lid 1 BW terzake van de stichting: behoudens beperkingen in de statuten is het bestuur belast met het besturen). Ook bij verzelfstandigd openbaar onderwijs geldt: 'De stichting oefent alle taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag uit' (art. 48 lid 5 Wpo).

Bestuursoverdracht

De wet bepaalt dat de rechtspersoon die de bijzondere school in stand houdt, de instandhouding van de school kan overdragen aan een andere rechtspersoon die voldoet aan artikel 55 Wpo. De overdracht geschiedt bij notariële akte, volgens artikel 56 Wpo. Het betreffende artikel bepaalt in lid 5 dat er ook een splitsing kan plaatsvinden in de zin van 2:334a BW.

Artikel 49 Wpo bepaalt voor het openbaar onderwijs dat de rechtspersoon die een openbare school in stand houdt, de instandhouding van die school kan overdragen aan een andere rechtspersoon die tot instandhouding van een openbare school bevoegd is. De overdracht geschiedt eveneens bij notariële akte.³⁵

De overdracht van een school is aldus een bevoegdheid die primair toebehoort aan (het bestuur van) de rechtspersoon. De bevoegdheid om te beslissen tot splitsing of bestuursoverdracht berust op grond van de statuten bij het bestuur van de stichting indien daar geen regeling voor is getroffen. In geval van een vereniging ligt de bevoegdheid om te besluiten tot splitsing of bestuursoverdracht (vaak) bij de Algemene Leden Vergadering (ALV), zie ook artikel 2:334m BW.

Een afzonderlijke school heeft, bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid, niet de mogelijkheid om te beslissen dat zij uit het bevoegd gezag wil stappen, indien dit tegen de wens van het bestuur of ALV is.

³⁵ De artikelen bevatten nog een aantal andere bepalingen, zoals dat het personeel onder dezelfde voorwaarden een aanstelling krijgt.

Instemming medezeggenschapsraad bij opheffing en overdracht

Artikel 10 onder h van de Wet medezeggenschap op scholen (Wms) bepaalt dat de 'overdracht van de school of van een onderdeel daarvan, respectievelijk fusie van de school met een andere school, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake' onderworpen is aan het instemmingsrecht van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad. Dit geldt ook voor de verzelfstandiging van een nevenvestiging, of een deel van de school of nevenvestiging dat zich op een andere locatie bevindt dan de plaats van vestiging van die school of nevenvestiging (art. 10 onder i Wms). De landelijke commissie geschillen Wms (LCG) toetst de beweegredenen van het bevoegd gezag voor overdracht of fusie indringend. Zo is in een geschil in een krimpregio door de Commissie naar voren gebracht dat (regionaal) beleid rond krimp, en criteria waardoor fusies versneld of juist opgeschort moeten worden, medezeggenschapsplichtig zijn. Wanneer de GMR niet is geraadpleegd over het 'krimpbeleid', heeft de MR een sterke positie bij het onthouden van instemming voor fusie.

Het bevoegd gezag moet in dat geval met voldoende financiële, organisatorische en onderwijskundige argumenten komen voor een fusiebesluit. Behalve wanneer is gebleken dat de kwaliteit van het onderwijs onder 'onaanvaardbare druk' komt te staan of blijkt dat het openhouden van de school of scholen leidt tot een 'onaanvaardbaar beslag op financiële middelen', is de onthouding van de instemming in dit soort gevallen redelijk.³⁶ Dit is anders op het moment dat de GMR wel heeft ingestemd met het beleid, en het evident is dat op grond van de opheffingsnorm, de school moet worden opgeheven.³⁷

Concluderend kan gesteld worden dat de MR thans met name een sterk recht heeft om een bestuursoverdracht als gevolg van fusie tegen te houden. Individuele ouders hebben daarentegen geen afdwingbaar recht om de bijzondere school in stad of dorp open te houden, of verplaatsing tegen te houden, al is deze school misschien de enige gemeenschappelijke voorziening in het dorp.³⁸

³⁶ LCG 11 juni 2014, nr. 106216.

³⁷ LCG 15 april 2014 nr. 106088. De opheffing was hier conform de vastgestelde beleidsnotitie en de school zat al 7 jaar onder de opheffingsnorm.

³⁸ Zie antwoord bij de Kamervragen over het verdwijnen van de enige vo-school in Zandvoort, Aanhangsel Handelingen II 2010/11, nr. 285.

In beginsel geen overdracht van een school onder de opheffingsnorm

In beginsel zal de school die wordt overgedragen moeten voldoen aan de opheffingsnorm; wettelijk gezien is het niet mogelijk een 'doorstart' te maken. Alleen wanneer van tevoren bekend is dat de school binnen 1 jaar weer boven de stichtingsnorm zal komen, bijvoorbeeld wanneer bekend is dat er woningbouw zal plaatsvinden (het gaat hier om externe factoren die een rol spelen, bijvoorbeeld vertraagde woningbouw) op dezelfde datum als waarop de bekostiging wordt beëindigd (bijzonder onderwijs) of de school moet worden opgeheven, en er ruimte is voor een nieuwe school op grond van de prognoses, is dat mogelijk om geen onnodig 'gat' te laten vallen. Is deze situatie van toepassing, dan moet het bevoegd gezag ruim van tevoren (minimaal 1 jaar) een aanvraag indienen bij het gemeentebestuur om ervoor te zorgen dat de school op het Plan van scholen terechtkomt.³⁹

3.2 Overdracht met medewerking van het bevoegd gezag

Op welke wijze kan nu, met medewerking van het bevoegd gezag, een overdracht naar een ander bevoegd gezag plaatsvinden? Ouders (en personeel) zijn vertegenwoordigd via de medezeggenschapsraad. De MR kan op grond van artikel 6 lid 2 Wms het initiatief nemen en een voorstel (bijvoorbeeld betreffende de afsplitsing of overdracht van de school) voorleggen aan het bevoegd gezag, waarop het bevoegd gezag moet reageren. Er is echter op dit moment geen verplichting om het voorstel over te nemen.

Er bestaat buiten de medezeggenschapsraad voor ouders of andere betrokkenen rond de school formeel geen initiatiefrecht tot het afsplitsen van de school of het overdragen van de school naar een ander bestuur. Eventueel kan de MR wel een initiatief voorbereiden. De Onderwijsraad heeft in het advies *Verzelfstandiging in het onderwijs I* (2010) al vrij uitvoerig omschreven op welke wijze ouders –via de MR- het bevoegd gezag kunnen aansporen voor een 'opting out', feitelijk het realiseren van een bestuursoverdracht naar een andere of nieuw opgerichte rechtspersoon.

De Onderwijsraad merkte daarbij op dat het initiatief vanuit de (oudergeleding van de) MR altijd gelegitimeerd moet zijn door (een groot deel van) de achterban.

³⁹ Uitleg Gele Katern, nummer 18b van 26 juli 2000.

Een eerste variant die de raad schetste is het toebedelen van een initiatiefrecht aan de oudergeleding van de MR. De oudergeleding van de MR ontwikkelt, al dan niet in samenwerking met andere ouders van buiten de MR, een initiatief. Dit voorstel wordt ingediend bij het bevoegd gezag, dat vervolgens een reactie opstelt. Dit initiatief zal echter wel gesteund moeten worden door de achterban. De MR is volgens de Onderwijsraad in deze variant dan ook verplicht een achterbanraadpleging te houden, waarbij de opkomst ten minste twee derde van de ouders moet zijn en ten minste twee derde van de stemmen vóór het initiatief is.

Een tweede variant die de raad voorstelbaar achtte, is dat ouders die geen zitting hebben in de MR een initiatief ontwikkelen. Ook dan zal er voldoende draagvlak aangetoond moeten worden. Wanneer er een verzoek komt van een substantieel deel van de ouders (twee derde van de leerlingenpopulatie), zal (de oudergeleding van) de MR dit voorstel, voorzien van een plan, moeten doorgeleiden naar het bevoegd gezag.

In beide genoemde varianten zal een raadpleging moeten plaatsvinden van de leraren op de desbetreffende school. Ook bij de leraren zal een twee derde meerderheid zich achter de interne of externe verzelfstandiging moeten scharen, aldus de raad.

De minister heeft in een reactie op genoemd advies gesteld dat de geschillencommissie een adviserende rol kan vervullen wanneer bevoegd gezag en MR er niet uitkomen. Opgemerkt werd dat het uiteindelijke besluit tot 'opting out' een zaak van het bestuur blijft. "Het bestuur is primair verantwoordelijk voor de continuïteit, kwaliteit en instandhouding van de afzonderlijke scholen en van het geheel aan scholen onder zijn gezag. Het overdragen van een school is hierop direct van invloed. Ik deel deze opvatting van de Onderwijsraad, maar teken daarbij aan dat naar mijn oordeel een bevoegd gezag van een onderwijsinstelling het naar de ouders toe verplicht is om zeer serieus met goed onderbouwde initiatieven tot verzelfstandiging om te gaan," aldus de minister.⁴⁰

Wij kunnen ons vinden in bovenstaande redenering, die recht doet aan het evenwicht dat er moet zijn tussen een (gegrond en onderbouwd) initiatief vanuit de schoolgemeenschap, en de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon voor de instandhouding van de scholen. Het is wel van belang dat op landelijk niveau een format voor een procedure wordt ontwikkeld en verspreid, met

⁴⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VIII, nr. 164 p.4

name als het gaat om de opzet van de draagvlakmeting. Deze zou bijvoorbeeld geënt kunnen zijn op de procedure waarbij directe meting wordt toegepast om het potentieel voor een nieuwe school te onderzoeken. Een methodologisch verantwoorde enquête kan aldus inzicht geven of er voldoende draagvlak is bij de ouders van de betreffende school voor een initiatief tot overdracht.⁴¹

3.3 Overdracht zonder medewerking van het bevoegd gezag

Een tweede kwestie is of, en zo ja, op welke wijze, er ook een gedwongen overdracht zou kunnen plaatsvinden, gesteld dat een substantiële meerderheid van de ouders vindt dat de school onder een ander bevoegd gezag moet komen te vallen. Gezien artikel 23 Grondwet kan daarbij een onderscheid worden gemaakt ten aanzien van het openbaar en bijzonder onderwijs, voor zover het gaat om instandhouding en bestuur.

Ingrijpen bij openbaar onderwijs

Voor wat betreft het openbaar onderwijs kan opgemerkt worden dat onder het huidige recht in extreme gevallen, wanneer er sprake is van taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet ex artikel 48 lid 11 Wpo, de gemeenteraad of gemeenteraden bevoegd zijn zelf te voorzien in het bestuur van de scholen. Deze voorziening is terug te voeren op artikel 23, vierde lid Grondwet; de (lokale) overheid is ten aanzien van het leerplichtig onderwijs verantwoordelijk voor de instandhouding en voorziening in openbaar onderwijs. Bij een geval van taakverwaarlozing zou een voorziening ook kunnen inhouden de bestuursoverdracht ex artikel 49 Wpo.⁴² Het loutere feit dat een school onder de opheffingsnorm is geraakt, zonder dat sprake is van wanbeleid, kan uiteraard niet gekwalificeerd worden als grond voor taakverwaarlozing. Ook wanneer (een substantiële groep van) ouders voor overheveling zouden zijn naar een ander schoolbestuur, is dat geen aanleiding voor het invoeren van de genoemde bevoegdheden. Concrete aanleiding kan (slechts) gevonden worden in gevallen van ernstige financiële of bestuurlijke problemen.

De wetgever zou dus een nieuwe bevoegdheid in het leven moeten roepen, inhoudend dat de lokale of centrale overheid (minister) ingrijpt om een school –op dringende wens van de

⁴¹ Hierbij zal onder meer verdisconteerd moeten zijn dat het realistisch is dat de ouders ook daadwerkelijk hun kinderen naar die school zenden. Ouders van kinderen uit groep 8 kunnen dan bijvoorbeeld niet meetellen. Voor de positie van ‘toekomstige’ ouders zal ook een eenduidig beleid moeten komen.

⁴² Waarschijnlijk in combinatie met een voorziening waarbij het bestuur wordt vervangen, om zo de overdracht te effectueren.

(meerderheid van) ouders of schoolgemeenschap- over te dragen aan een ander bevoegd gezag. Voorshands lijkt er principieel, gezien de strekking en bewoordingen van artikel 23 Grondwet, geen bezwaar te zijn vanwege moverende redenen een dergelijke gedwongen overdracht te regelen. Het openbaar onderwijs ontbeert immers de vrijheid van richting, inrichting en stichting, maar wordt van overheidswege gegeven (artikel 23 lid 4 Gw); de overheid is en blijft, zij het thans op (grote) afstand, verantwoordelijk voor het bestuur en met name de instandhouding van voldoende openbare scholen in Nederland.⁴³

Toch zou een dergelijke bevoegdheid problematisch zijn. Het bestuur en de bevoegdheden van het bevoegd gezag rusten in veel gevallen – door de bestuurlijke op afstand plaatsing- vandaag de dag bij zelfstandige stichtingen voor openbaar onderwijs. Zoals gezegd oefent dit bevoegd gezag alle bevoegdheden van het bevoegd gezag uit (artikel 48 lid 5 Wpo). Dit betekent dat ook in het openbaar onderwijs er feitelijk een grote mate van autonomie is gekomen voor het bevoegd gezag omtrent de beslissingen van instandhouding, opheffing en overdracht. Zie terzake ook de recente wetwijziging die verzelfstandigde besturen voor openbaar onderwijs meer bevoegdheden heeft gegeven ten aanzien van de stichting en opheffing van scholen.⁴⁴ De opheffingsbevoegdheid ligt nu bij het bevoegd gezag, met daarbij de clause dat een openbare basisschool pas kan worden opgeheven door een verzelfstandigd bestuur als de gemeenteraad de kans heeft gekregen de school over te nemen, maar daartoe niet besluit. In die zin bevat artikel 159 lid 2, tweede volzin Wpo⁴⁵ thans een bepaling die ziet op gedwongen overdracht of beter gezegd op een ‘eerste recht van overname’ door de gemeente van een school die vrijwillig wordt opgeheven door het bevoegd gezag.

De MvT bij deze wet gaf ook aan dat een dergelijke opheffing een rol kan spelen bij krimp, en dat er dan verschillen van inzicht kunnen ontstaan tussen gemeente en bevoegd gezag van de openbare school: “Een gemeente kan vanwege de leefbaarheid van een dorp of wijk de instandhouding van een school in een dorp wenselijk achten, maar het verzelfstandigd bestuur komt vervolgens door teruglopende leerlingaantallen ernstig in de financiële problemen waardoor de continuïteit van het gehele onderwijs in het geding komt. In de huidige situatie draagt het verzelfstandigde bestuur wel

⁴³ Zie Kamerstukken II 2012/13, 33 598, nr. 3 p.9

⁴⁴ Stb. 2013, 385.

⁴⁵ De tekst luidt: ‘Indien de gemeenteraad voor 1 februari daaropvolgend besluit dat hij de school in stand wenst te houden, wordt deze niet opgeheven, maar wordt de instandhouding daarvan overgedragen aan de gemeente.’

de volledige verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de school en voor de financiën, maar ontbreekt een belangrijke bevoegdheid om de verantwoordelijkheid onder alle omstandigheden waar te kunnen maken, namelijk de bevoegdheid om een school te sluiten. Aan een dergelijke ongezonde situatie maakt dit wetsvoorstel een einde, zonder dat daarbij de grondwettelijke taak van de overheid om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs in het gedrang komt.”⁴⁶ De gemeente is en blijft verantwoordelijk voor de instandhouding van voldoende openbare scholen vanwege de garantiefunctie van artikel 23 vierde lid Grondwet, maar de bestuurlijke eindverantwoordelijkheid en autonomie maakt dat ook in het openbaar onderwijs dat besluit tot sluiting of overdracht op de eerste plaats ligt bij het bevoegd gezag.

Concluderend: een voorstel waarbij de centrale overheid (minister) zou ingrijpen en een openbare school uit het bevoegd gezag zou lichten en overdragen aan een ander bevoegd gezag zou in theorie constitutioneel verdedigbaar zijn, maar verdraagt zich moeilijk met de sinds 1996 ingezette lijn dat de centrale overheid in beginsel geen bemoeienis meer heeft met het bestuur en bevoegd gezag van het openbaar onderwijs. Gedwongen splitsing of overdracht, anders dan bij taakverwaarlozing of in gevallen wanneer de aanwijzingsbevoegdheid aan de orde is,⁴⁷ lijkt gezien de gegroeide praktijk, waarbij openbare en bijzondere scholen in grote mate gelijk behandeld worden en autonoom zijn, niet opportuun. Wanneer een openbare school wordt opgeheven, kan de betreffende gemeenschap in en om de school, de gemeenteraad vragen om de school over te nemen van het (verzelfstandigd) bestuur voor openbaar onderwijs.⁴⁸

⁴⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 598, nr. 3 p.9

⁴⁷ Zie hierna.

⁴⁸ Individuele belangen kunnen collectief verenigd worden in een rechtspersoon, die vervolgens een juridische procedure kan starten bij een besluit tot niet-overname door de gemeenteraad. Uiteraard zal de gemeenteraad wel discretionaire bevoegdheid hebben om de school al dan niet over te nemen.

Ingrijpen bij bijzonder onderwijs

Een inbreuk op de bestuurlijke autonomie, zoals boven geschetst, zal zich a fortiori voordoen bij het bijzonder onderwijs, dat immers niet van overheidswege wordt gegeven, en de vrijheid van stichting, richting en inrichting kent. Nu is de vrijheid van (bestuurlijke) inrichting geen vastomlijnd begrip; als het gaat om de bestuurlijke inrichting van scholen, maar ook bijvoorbeeld om zaken als planning en fusies heeft de wetgever de afgelopen jaren het nodige geregeld.⁴⁹ De wetgever kan door middel van deugdelijkheidseisen de bestuurlijke autonomie en inrichtingsvrijheid beperken. De regeling van de fusietoets kan in dit verband worden gezien als een potentieel verbod tot overdracht van een school; zonder het doorlopen van de preventieve toets kan er geen bestuursoverdracht plaatsvinden.

Bij de fusietoets gaat het om randvoorwaarden die de wetgever heeft gesteld bij fusies, waarbij het initiatief evenwel bij het bevoegd gezag zelf ligt. Direct ingrijpen in het bestuur, zoals hier bedoeld door een besluit waarbij de instandhouding op gezag van de minister wordt overgedragen aan een ander bevoegd gezag, zal slechts onder zeer specifieke voorwaarden kunnen, omdat een dergelijke ingreep zich moeilijk verhoudt met de integrale verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag voor de instandhouding van alle scholen onder haar gezag.

Een vorm waarin een dwang tot overdracht mogelijk aan de orde zou kunnen zijn is de aanwijzing ex artikel 163b Wpo. Wanneer er een situatie is als bedoeld in dat artikel, kan de aanwijzing (kennelijk) ook inhouden de opdracht de scholen over te dragen aan een ander schoolbestuur.⁵⁰ Medewerking door het bevoegd gezag blijft echter ook dan vereist: de minister kan niet op eigen gezag de scholen overdragen aan een andere rechtspersoon, maar de aanwijzing kan (kennelijk) de opdracht inhouden om (bepaalde) scholen voor een bepaald tijdstip aan een andere rechtspersoon over te dragen. Bij niet-opvolging van de aanwijzing kan een bekostigings sanctie volgen.

Bij een aanwijzing dient er sprake te zijn van (financieel) wanbeleid of een andere grond als genoemd in de wet. Een gedwongen overdracht vanwege het feit dat de MR of een (gekwalificeerde) meerderheid van ouders wil uittreden en de school wenst te verzelfstandigen of over te dragen aan een ander bevoegd gezag, is echter niet proportioneel, omdat dit namelijk onder meer effect heeft op de instandhouding van de andere scholen die wellicht ook in de

⁴⁹ Wet fusietoets, Stb. 2011, 95.

⁵⁰ Kamerstukken II 2013/14, 31 293, nr. 205.

problemen komen vanwege vermindering van het aantal leerlingen en van de bekostiging (de gemiddelde schoolgrootte kan bijvoorbeeld afnemen). De eindverantwoordelijkheid van het bevoegd gezag wordt daarmee aangetast, en grijpt daarmee te diep in op de positie van het autonome bevoegd gezag, zoals dat thans is verankerd als (ongeschreven) beginsel van het stelsel van artikel 23 Grondwet. Een ingrijpen door de centrale overheid kan slechts bij evident bestuurlijk falen. Een recht van de school (oudergeleding van de MR) om zich 'onafhankelijk' te verklaren middels een recht op defusie, waarbij met hulp van de overheid een bestuursoverdracht wordt gerealiseerd, verandert een substantieel uitgangspunt van het stelsel, waarin het bevoegd gezag uiteindelijk de zeggenschap heeft over de inrichting en de al dan niet instandhouding, opheffing of overdracht van scholen.

Verhouding tot het internationale (eigendoms)recht

Een specifieke vraag in het licht van bovenstaande betreft hoe een bevoegdheid tot overdracht van de rijksoverheid zich verhoudt tot het internationale recht of Europese regelgeving. Voorshands is vast te stellen dat het Europese of internationale recht in ieder geval niet dwingt tot het creëren van een recht tot uittreding of overdracht van de school.⁵¹

Een andere relevante vraag is of gedwongen overdracht vanwege een wens van ouders inbreuk maakt op het eigendomsrecht van rechtspersonen die de school in stand houden.⁵²

Wanneer we dit betrekken op onderwijsorganisaties, die bekostigd worden van overheidswege, kan het volgende worden opgemerkt. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben, zie art. 5:1 BW. De beperking is gelegen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke belangen van anderen. Het beginsel van ongestoord genot van eigendom voor natuurlijke en rechtspersonen is erkend in artikel 1 lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 17 EU Handvest van Grondrechten en in de Nederlandse Grondwet in artikel 14. De bepalingen geven de beperkingen aan van de Staat bij het uitoefenen van bevoegdheden rond onteigening en de vernietiging, onbruikbaarmaking en beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht.

⁵¹ Artikel 2 prot. 1 EVRM dwingt b.v. ook niet tot het stichten van bepaalde scholen, zie EHRM 23 juli 1968, 1474/62 e.v. (Belgische taalzaken).

⁵² Zie uitgebreid T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM luidt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Het begrip eigendom moet volgens de jurisprudentie van het EHRM⁵³ in dit verband breed worden opgevat, maar omvat zeker ook het recht op bekostiging van scholen en het eigendomsrecht van het schoolgebouw⁵⁴ en inventaris. Zoals het artikel zelf aangeeft komt het recht ook toe aan rechtspersonen.

Bij een inbreuk op het in artikel 1 van het Eerste Protocol neergelegde eigendomsrecht, moet beoordeeld worden of deze inbreuk bij wet is voorzien, of zij een algemeen belang dient en of sprake is van een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het schoolbestuur (proportionaliteitsbeginsel).⁵⁵ Het EVRM vereist verder dat de maatregel niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel en geen willekeur mag inhouden. Bovendien zal in de wet tot uitdrukking moeten worden gebracht welk algemeen en zwaarwegend belang gediend wordt door de instandhouding van een bepaalde school over te dragen aan een andere rechtspersoon onder een ander bestuur. Daarbij hebben de lidstaten een ruime appreciatieruimte om in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen, bepaald beleid te voeren waarbij inmenging plaats kan vinden in eigendomsrechten.

In de (weinige) zaken waarbij artikel 1 Eerste Protocol EVRM of het eigendomsrecht betrokken wordt op scholen, blijkt uit de rechtspraak dat de overheid een vrij grote mate van beleidsvrijheid

⁵³ Zie Barkhuysen et al, p.56-58.

⁵⁴ De rechtspersoon is over het algemeen juridisch eigenaar, terwijl de gemeente de ‘economische eigendom’ bezit; het bevoegd gezag kan niet tot vervreemding overgaan zonder toestemming van de gemeente, zie art. 106 lid 2 Wpo.

⁵⁵ Vgl ook Barkhuysen et al, p.68.

bezit om eigendom van bijvoorbeeld gebouwen te reguleren, zolang maar een zekere compensatie wordt aangeboden.⁵⁶

Getoetst aan bovenstaande beginselen zal prima facie een maatregel waarbij een bevoegd gezag gedwongen wordt een school over te dragen, waarschijnlijk niet proportioneel zijn omdat er geen evenwicht is tussen de eisen van het algemene belang (in casu de wensen van de ouders op de school die overdracht naar een ander bevoegd gezag wensen) en de bescherming van de fundamentele (eigendoms)rechten van het betrokken bevoegd gezag.

3.4 Conclusie

De centrale vraag in dit hoofdstuk is hoe de positie van ouders versterkt kan worden bij een wens tot bestuursoverdracht. Bij de beantwoording wordt meegewogen in welke context de vraag in dit rapport is gesteld, namelijk die gevallen waarin ouders een school willen openhouden, terwijl het bevoegd gezag van oordeel is dat de school gesloten of gefuseerd moet worden.

Vormgeving overdracht met medewerking bevoegd gezag

Geconcludeerd kan worden dat de MR op dit moment een grote zeggenschap heeft om bestuursoverdracht door samenvoeging van een school (sluiting door fusie, wat feitelijke opheffing in een plaats kan betekenen) te voorkomen; een recente uitspraak van de Landelijke commissie Geschillen WMS geeft aan dat wanneer de GMR niet is geraadpleegd over het krimpbeleid, het bevoegd gezag zelfs moet aantonen dat er een 'onaanvaardbare' druk is om te betreffende school te fuseren. Waar het gaat om de sluiting van een openbare school is er bovendien onder het huidige recht de mogelijkheid van de gemeenteraad tot overname, die ook geactiveerd kan worden via een collectieve (juridische) actie van de (dorps- en/of school)gemeenschap. Ouders kunnen dus actief betrokken zijn bij een openbare school die wordt opgeheven, en vervolgens wordt overgedragen aan de gemeenteraad. De scholen zullen in beginsel wel levensvatbaar moeten zijn; ten aanzien van de vraag of het mogelijk is via experimenteerbepalingen uitzonderingen te maken op de bekostigingsvoorwaarden zie hoofdstuk 4.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 28 april 2009 ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3422. Hier kreeg een schoolbestuur voor een oud schoolgebouw van de gemeente feitelijk een nieuw gebouw terug en werd dus gecompenseerd.

Stel dat het bevoegd gezag een school wil sluiten en de schoolgemeenschap wenst toch de school open te houden, dan kan de MR nu al via het initiatiefrecht het bevoegd gezag vragen mee te werken aan een bestuursoverdracht naar een ander bevoegd gezag. Deze optie is uitgewerkt in het advies van de Onderwijsraad Verzelfstandiging in het onderwijs I. Een toetsing bij een mogelijk geschil bij niet-honorering van het initiatief kan gebeuren via een (zwaarwegend) advies van de Landelijke Geschillencommissie. Het initiatiefrecht zou landelijk vorm gegeven kunnen worden via een (model)procedure.

Vormgeving overdracht zonder medewerking bevoegd gezag

Een (aanwijzing tot) bestuursoverdracht zonder medewerking van het bevoegd gezag is slechts aan de orde in zeer specifieke gevallen, zoals thans geregeld in de wet: bij bestuurlijk wanbeleid en taakverwaarlozing bij het verzelfstandigd openbaar onderwijs. In dergelijke gevallen is het de (lokale) overheid die moet ingrijpen vanwege de verantwoordelijkheid voor de voorziening van openbaar onderwijs of de minister vanwege het functioneren van het stelsel. In zulke gevallen maakt het bevoegd gezag zijn bestuurlijke (eind)verantwoordelijkheid niet waar, en is de overheid aan zet om in te grijpen. Zelfs dan blijft het uiteindelijk aan het bevoegd gezag om de scholen over te dragen en is dus medewerking nodig van het bevoegd gezag; de minister draagt geen verantwoordelijkheid voor (de instandhouding van) scholen en heeft dan ook geen bevoegdheden ten aanzien van het juridisch en feitelijk overdragen.⁵⁷

De onderliggende vraag in dit rapport gaat echter niet over wanbeleid van het bevoegd gezag, maar over een groep ouders of de school-/dorpsgemeenschap die de school wenst over te nemen, wegens dreigende opheffing en daarom een bestuursoverdracht wil bewerkstelligen. Er moet dan een onderscheid gemaakt worden tussen openbaar en bijzonder onderwijs.

Theoretisch gezien zou de wetgever kunnen bepalen dat voor wat betreft het openbaar onderwijs, de nationale overheid/de minister in bepaalde gevallen het bestuur en de instandhoudingsverantwoordelijkheid van een openbare school kan dwingen de openbare school aan een rechtspersoon over te dragen die tot het in stand houden van een openbare school bevoegd is; een dergelijke regeling is niet op voorhand in strijd met artikel 23 Grondwet.

⁵⁷ Niet meer sinds de overdracht van de rijksscholengemeenschappen.

Toch lijkt een dergelijke bevoegdheid niet goed voorstelbaar; een ingrijpen door de (nationale) overheid/de minister vanwege de wens van de school/dorpsgemeenschap tot het openhouden van een school door bestuursoverdracht doorkruist de integrale eindverantwoordelijkheid voor het bestuur en de instandhouding van alle scholen onder het bevoegd gezag. Dit is als beginsel in het stelsel van artikel 23 Gw verankerd, en komt ook in de huidige sectorwetgeving en het rechtspersonenrecht (Boek 2 BW) tot uitdrukking. Nu het openbaar onderwijs in verregaande mate bestuurlijk op afstand is gezet (uitgerust is met alle bevoegdheden van het bevoegd gezag, inclusief de opheffing en bestuursoverdracht), zou een dergelijke bevoegdheid disproportioneel zijn. Bovendien zou een dergelijke bevoegdheid ook haaks staan op de verdeling van de verantwoordelijkheden voor een genoegzame voorziening in openbaar onderwijs tussen lokale en nationale overheid.⁵⁸

Dit uitgangspunt geldt temeer voor het bijzonder onderwijs, waar immers het bestuur niet uitgaat van de overheid, en de rechtspersoon de drager is van de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van inrichting bezit. Deze kan ook slechts vanwege zwaarwegende redenen van noodzakelijkheid, proportioneel beperkt worden. Een ingrijpen door gedwongen bestuursoverdracht van een school zou, gezien onder meer de verdragsbepalingen rond bescherming van eigendom in het EVRM, niet proportioneel zijn.

Een gedwongen 'defusie' vanwege de wens van één van de scholen kan weliswaar de positie van ouders op die betreffende school versterken, maar kan de positie van andere ouders verzwakken, vanwege de effecten op de bestuurlijke en financiële draagkracht van andere scholen onder hetzelfde bevoegde gezag.

⁵⁸ Deze verantwoordelijkheidsverdeling is al enigszins problematisch door samenloop van verschillende toezichtsinstrumenten op het openbaar onderwijs, zie P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, Toezicht op verzelfstandig openbaar onderwijs. *De gemeentestem*, 2013(64), p.350-358.

4. Bekostiging KSC en experimenteerartikel artikel 176k Wpo

4.1 Inleiding

In het projectplan van de KSC wordt voorgesteld om 'binnen de mogelijkheden van de experimentele fase' de bekostiging te laten geschieden 'volgens geldende OCW-normen voor kleine scholen'. 'Financiering die thans gaat via het BRIN-nummer naar de individuele school verloopt straks via de coöperatie naar en op basis van iedere deelnemende school alsof er sprake is van zeven BRIN-nummers. Binnen het experiment vragen wij voor iedere deelnemende school volledige vrijheid van besteding van alle middelen'.

Kennelijk wordt hier het volgende bedoeld. De kleine vestigingen, die (straks) onderdeel uitmaken van de coöperatie moeten voor de hoogte van de bekostiging worden aangemerkt als zelfstandige scholen. Daarvoor is een uitzonderingsregime noodzakelijk, dat op basis van een experiment kan worden gecreëerd. Wat betreft de wijze van bekostiging moet er dan van worden uitgegaan dat het bestuur van de coöperatie bij de interne toewijzing van de gelden aan zodanige regels kan worden gebonden, dat het handelt alsof het te maken heeft met zelfstandige scholen. Ten slotte moet de bestedingsvrijheid ten aanzien van de bekostiging niet berusten bij de coöperatie, als bevoegd gezag bedoeld in artikel 148 Wpo, maar bij de afzonderlijke vestigingen die dan ook worden aangeduid als deelcoöperaties. Ook hiervoor vormt het kader van een experiment de grondslag.

Hoewel in het projectplan van de KSC wordt voorzien in de ontwikkeling van een derde geldstroom in ieder van de deelnemende dorpen, zodat vanuit particuliere gelden extra fondsen kunnen worden bijeengebracht en gecontinueerd in de deelcoöperatie, is – om overigens begrijpelijke redenen – niet aangegeven hoe en in welke mate dat een rol zal gaan spelen. Wat is de relatieve omvang van die derde geldstroom en in hoeverre kan daarmee bij de publieke financiering rekening worden gehouden? Betekent dat bijvoorbeeld dat het experiment met de publieke financiering tijdelijk bedoeld is? Hoe tijdelijk? En wat gebeurt daarna?

In het onderstaande zal op twee kwesties worden ingegaan, die de afwijking van de wet betreffen. Eerst hoe de overheidsbekostiging volgens de plannen vorm moet krijgen en in welke mate daarbij thans geldende wettelijke regels opzij worden gezet (par. 4.2). Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de aard en mogelijkheden van een experiment (par. 4.3). Een en ander zal resulteren

in conclusies met betrekking tot de vraag of hier doorslaggevende juridische beletselen aanwezig zijn (par. 4.4).

4.2 Een afwijkend bekostigingsregime?

De constructie van de coöperatie is in belangrijke mate bedoeld om voor de scholen in hun gezamenlijkheid het recht op bekostiging overeind te houden. Men wil dat bereiken door alle zeven dorpsscholen via de coöperatie te laten fuseren tot één school, opdat het totaal aantal leerlingen van die aldus ontstane, ene school boven de wettelijke opheffingsnorm uitkomt. Voor de bekostiging wordt dan in beginsel uitgegaan van de programma's van eisen als bedoeld in artikel 113 Wpo, wat betreft materiële instandhouding, en een bedrag per leerling verhoogd met een bedrag dat wordt vermenigvuldigd met de gewogen gemiddelde leeftijd van de leraren van de school op 1 oktober van het voorafgaande schooljaar, wat betreft het personeel (artikel 120 Wpo). Niet uit te sluiten valt dat ook aanvullende bekostiging noodzakelijk is.

Er is in het projectplan sprake van een school die wordt gevormd door het totaal van gedissoluceerde nevenvestigingen. Hoewel de wet uitgaat van de situatie dat naast een nevenvestiging ook een hoofdvestiging van de school aanwezig is,⁵⁹ is dat hier materieel niet aan de orde: pas door een school aan te nemen uit de optelsom van onderwijslocaties kunnen we – terug redenerend – de voormalige dorpsscholen betitelen als nevenvestigingen. Wellicht zou niettemin artikel 84a Wpo van belang kunnen zijn, dat zegt dat de minister onder door hem te stellen voorwaarden een nevenvestiging, of een deel van een school of nevenvestiging dat zich op een andere locatie bevindt dan de plaats van vestiging van die school of nevenvestiging, *als school* voor bekostiging in aanmerking kan brengen. De minister willigt een aanvraag op dat punt slechts in, als aannemelijk is dat de continuïteit van de school als geheel overeenkomstig de wettelijke stichtingsnorm gedurende een reeks van jaren (15 jaar) is gewaarborgd én als aannemelijk is dat de bekostiging van het overblijvende deel van de school (dat wil zeggen het totaal van de andere dorpsscholen / nevenvestigingen) met in achtneming van de artikelen 154 tot en met 156 gedurende ten minste 15 achtereenvolgende jaren kan worden voortgezet (zie het vierde lid van artikel 84a Wpo). Uit de verwijzing naar de artikelen 154 tot

⁵⁹ In artikel 84a, eerste lid, Wpo wordt een nevenvestiging onderscheiden van 'de plaats van vestiging van die school'. Zie nog explicieter: artikel 25 Besluit Bekostiging Wpo, waar wordt gesproken van een 'basisschool (die) bestaat uit een hoofdvestiging en een of meer nevenvestigingen'. Op dit punt wordt nog teruggekomen.

en met 156 Wpo blijkt dat uitgangspunt is het systeem van de wettelijke opheffingsnormen voor de bepaling van de continuïteit van het overblijvend deel van de school. Op deze wijze wordt bij de toepassing van de wet voor de bekostiging het lot van elke dorpschool (nevenvestiging) afhankelijk gesteld van de vooruitzichten met betrekking tot het lot van de andere.

De vraag is natuurlijk of op deze wijze artikel 84a Wpo correct wordt toegepast. Wij menen van niet. Het uitgangspunt van de wetgever dat een (gedisloceerde) nevenvestiging naast een hoofdvestiging staat, is hier wel degelijk van belang. Dat leidt ertoe aan te nemen dat de bekostiging van een gedisloceerde nevenvestiging een uitzondering vormt op het algemene uitgangspunt, dat zij voor wat betreft de bekostiging niet volledig als een zelfstandige school wordt aangemerkt. Een constructie waarbij de school juist ontstaat door een samenstel van gedisloceerde nevenvestigingen is daarom ons inziens een stap te ver, nu het er feitelijk op aan komt om de bekostiging van nevenvestigingen op gelijke voet als scholen zo beperkt mogelijk te houden en de criteria die de uitzondering rechtvaardigen zo scherp mogelijk te stellen en te handhaven. De wet biedt met andere woorden thans onvoldoende houvast om de casus van de coöperatie in de bekostiging zo mee te nemen dat elke daarin opgegane dorpschool als ware het een zelfstandige school kan worden doorbekostigd. Wetswijziging is daarvoor noodzakelijk.

Ook lijkt ons wetswijziging noodzakelijk voor de in de plannen mogelijk te lezen wens om elk van de dorpscholen binnen het geheel van de coöperatie in aanmerking te brengen voor een kleine scholentoeslag, als bedoeld in artikel 23 of 24 van het Besluit Bekostiging Wpo. Deze toeslag staat open voor kleine basisscholen, niet afzonderlijke nevenvestigingen. De coöperatie als geheel genomen voldoet niet aan de eisen. Een kleine scholentoeslag zou indirect kunnen worden meegenomen bij de toepassing van artikel 25 van het Besluit, waarin wordt voorzien in aanvullende bekostiging voor personeelskosten ten behoeve van basisscholen met een of meer nevenvestigingen. Daarin is bepaald dat de kleine scholentoeslag een factor vormt bij de berekening van deze aanvullende bekostiging, maar de eerdere bezwaren in verband met artikel 84a Wpo zijn ook hier van toepassing: het kan niet de bedoeling zijn om een school te financieren op de enkele basis van een samenstel van afzonderlijke nevenvestigingen. Daarvoor biedt het Besluit geen ruimte nu ook hier het begrip van een school, als bestaande uit een hoofdvestiging en een of meer nevenvestigingen, wordt gebruikt.

Kan de coöperatie als bevoegd gezag van de scholen worden gebonden aan regels die ertoe leiden dat de wettelijke bekostiging wordt verdeeld over de deelnemende deelcoöperaties, alsof het zelfstandige scholen zijn? Zeker kan dat, maar de essentiële vraag is of hier een taak voor de wetgever is weggelegd. Wij menen van niet. In het bekostigingsrecht is uitgangspunt dat een school uit moet gaan van een rechtspersoon.⁶⁰ Alleen het bestuur van een rechtspersoon kan de bekostiging aanvragen. Dit hangt samen met de taak van de rechtspersoon tot het 'in stand houden' van de school. De instantie die in stand houdt is de eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde van de school en toebehoren en van het van rijkswege verstrekte geld. Deze instantie is derhalve bevoegd privaatrechtelijk op te treden. Voor het bijzonder onderwijs geldt dat de rechtspersoon drager is van de onderwijsvrijheid, meer specifiek de vrijheid van inrichting.⁶¹ Deze vrijheid noodzaakt de overheid ertoe om zeer terughoudend te zijn bij het treden in de interne besluitvormingsorganisatie van de bijzondere school.⁶² Er is geen redelijke noodzaak om bindende regels omtrent de interne besluitvorming in wetgeving vast te leggen, als daarmee geen breed gedragen belang is gediend en het resultaat ook langs andere weg bereikt kan worden. De aangesloten instellingen kunnen, als zij de coöperatie oprichten en vormgeven, in de statuten vastleggen dat de coöperatie de van de overheid ontvangen bekostiging verdeelt op een bepaalde wijze. Wel geldt hierbij dat de financiële verantwoordingslast⁶³ van het bevoegd gezag / de rechtspersoon mogelijk belemmeringen kan opleveren voor het goed functioneren van zo'n statutaire regel, maar dat valt op dit moment nog niet goed te overzien.

Ook ten aanzien van de bestedingsvrijheid per onderdeel zouden onderlinge afspraken de basis moeten vormen. Bij wet kan niet zomaar worden afgeweken van het uitgangspunt dat die vrijheid bij het bevoegd gezag berust, zeker nu ook in het algemeen geldt dat het personeel in dienst is van het bevoegd gezag.⁶⁴ De wetgever is hier aan handen en voeten gebonden.

⁶⁰ Zie artikelen 1, 47 en 48 Wpo met betrekking tot het openbaar onderwijs en artikel 55 Wpo met betrekking tot het bijzonder onderwijs. Artikelen 17 en 17d Wpo betreffen samenwerkingsvormen van openbaar en bijzonder onderwijs in een rechtspersoon.

⁶¹ Vgl. D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, in: Wetenschappelijk commentaar op de Grondwet van de site 'Nederland rechtsstaat', <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=23##artikel23>.

⁶² Zie ook Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012, hoofdstuk 2.

⁶³ Zie art. 171 Wpo over het jaarverslag en art. 172 en 173 Wpo over de verplichting van het bevoegd gezag tot het aanleveren van geordende gegevens aan de minister.

⁶⁴ Zie art. 33a Wpo, eerste volzin: Het bevoegd gezag benoemt, schorst en ontslaat het personeel.

4.3 Een experimentele status?

De stelling in het projectplan dat een experiment uitkomst kan bieden bij de voorgestelde juridische verankering van de coöperatie, kan op grond van het voorgaande worden onderschreven, voor zover daarmee wordt aangegeven dat de bestaande regelgeving er onvoldoende basis voor biedt. De vraag is dan hoe dat experiment er juridisch uit kan zien, nu daarbij afwijking van de wet mogelijk moet worden gemaakt. Het enige ons bekende aanknopingspunt voor afwijking van de Wpo biedt het per 1 januari 2013 in werking getreden artikel 176k Wpo (zie bijlage).⁶⁵

Het wetsartikel bevat elementen die afzonderlijke bespreking in relatie tot de casus van de KSC behoeven. We onderscheiden de volgende: – de reikwijdte van de toegestane afwijkingsbevoegdheid, – het doel van het experiment, – de kenmerken van het experiment en – de openbare rapportage over het experiment.

Reikwijdte toegestane afwijkingsbevoegdheid

De bij artikel 176k Wpo toegestane afwijking van de wet bestrijkt onder meer de bepalingen inzake het onderwijs, de bestuursvormen en de rijksbekostiging. Buiten de reikwijdte vallen de bepalingen over de bevoegdheid, bekwaamheid en zedelijkheid van leraren, het leerlingenvervoer, de fusietoets, de gemeentelijke taken en bevoegdheden met betrekking tot de huisvesting, de overschrijdingsregeling en het onderwijsachterstandenbeleid, en de verslaglegging en informatieverstrekking. Nu het bij de hier besproken plannen gaat om een afwijkende bestuursvorm en een afwijkend bekostigingsregime, staat er formeel niets in de weg om de toepasselijkheid en het eventuele gebruik van de wettelijke experimenteerbepaling nader te onderzoeken.

Doel van het experiment

Het projectplan staat in het teken van het behoud van toegankelijkheid van scholen in het krimpg gebied. Dit is een doel dat ook het wetsartikel bestrijkt, hoewel artikel 176k Wpo niet spreekt over 'behoud' maar 'verbetering' van de toegankelijkheid. Of een eventuele experimentele status van de coöperatie ook in het belang is van de verbetering van de kwaliteit en de doelmatigheid van het onderwijs in het krimpg gebied valt nog te bezien. De dorpsscholen, die als beoogde nevenvestigingen in de coöperatie een doorstart zouden kunnen krijgen, zijn klein en zijn volgens

⁶⁵ Stb. 2012, 340 en Stb. 2012, 341.

de plannen in hoge mate zelfstandig. De Onderwijsraad wijst erop dat de onderwijskwaliteit op kleine basisscholen in veel gevallen lager is dan op grotere basisscholen. Er zijn op kleine scholen minder mogelijkheden voor het personeel om taken te verdelen en doorgaans minder professionaliseringsmogelijkheden. 'De effecten van een zwakke leraar zijn bovendien veel groter op een kleine school. Uit onderzoek van de Inspectie blijkt daarnaast dat bepaalde risicofactoren voor de kwaliteit vaker voorkomen op scholen die met krimp te maken hebben. Voorbeelden daarvan zijn een grotere werkdruk, meer combinatieklassen en meer dan twee leraren voor een groep. (...) Ook wanneer kleine scholen wel aan de minimale kwaliteitsnormen van de Inspectie voldoen, hebben zij eerder moeite om de rol van sociale ontmoetingsplaats voor leeftijdsgenoten waar te maken.'⁶⁶

Dezelfde raad wijst erop dat kleine scholen ook een doelmatigheidsvraagstuk met zich brengen. Immers, hoe dichter scholen bij de opheffingsnorm verkeren, hoe meer de continuïteit van het onderwijs in gevaar is. Daarnaast zijn kleine scholen kostbaar, 'omdat de verhouding tussen vaste kosten en aantal leerlingen ongunstig is.' Verder is er sprake 'van een minder doelmatige inzet van leraren. Een leraar op een grote school heeft twee of drie keer zo veel leerlingen in de klas als een leraar op een kleine school.'⁶⁷

Uiteraard is hier een vertaalslag gemaakt. Er is geredeneerd alsof we in de coöperatie te maken zullen hebben met feitelijk functionerende kleine scholen. Maar dat is niet voor niks, omdat de beoogde constructie van de coöperatie vooral bedoeld is om kleine eenheden in krimpgebieden overeind te houden, en het overigens door de geografische afstand die er bestaat tussen de verschillende onderwijseenheden en de locatie van de coöperatie ook maar de vraag is of er veel meer dan het handhaven van een bepaald verspreid voorzieningenniveau aan de orde kán zijn.

De problemen met de kwaliteit en doelmatigheid van kleine scholen, in ons geval kleine onderwijseenheden die in grote zelfstandigheid opereren, doen de vraag rijzen of het faciliteren van een experiment, ter waarborging van de toegankelijkheid van scholen voldoende aan de bedoeling van de wettelijke experimenteerbepaling tegemoetkomt. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de experimenteerbepaling in de Wpo wordt erop gewezen dat zij betekenis kan hebben in krimpgebieden ter handhaving van een bepaald voorzieningenniveau. Experimenten zouden dan een rol kunnen spelen bij het verruimen van de samenwerking tussen scholen. 'Een (te) kleine omvang van scholen kan risico's met zich meebrengen voor de kwaliteit van het onderwijs, bijvoorbeeld door een te kleine groeps grootte

⁶⁶ Onderwijsraad, *Grenzen aan kleine scholen*, adviesnr. 20130018/1028, Den Haag, februari 2013, p. 16.

⁶⁷ A.w., p. 17.

met een te groot verschil in leeftijd van de kinderen. Door verruimde samenwerkingsmogelijkheden kunnen scholen daar wat aan doen.⁶⁸

Gegeven deze uitleg kan worden geconcludeerd dat het eventueel omzetten van het projectplan in een wettelijk experiment ex artikel 176k Wpo op gespannen voet staat met het doel en de achterliggende bedoeling van deze bepaling.

Aard en kenmerken van het experiment

Het eventuele experiment wordt bij algemene maatregel van bestuur geregeld. Daarin worden in elk geval bepaald: het doel (zie daarover direct hierboven), de precieze omvang van de wetsafwijking, de duur en op welke wijze en aan de hand van welke criteria de met het experiment beoogde effecten worden geëvalueerd.

De laatste twee elementen, de duur en de gerichtheid van het experiment op narekenbare effecten, worden hier aan een nadere beschouwing onderworpen. Zoals al gezegd, de plannen van KSC bevatten geen tijdshorizon voor het functioneren van de coöperatie in een van de wet afwijkend regime. Dat is wel vereist. Artikel 176k zegt dat een experiment ten hoogste zes jaar duurt, en in bijzondere gevallen (als 'een langere duur gezien de bijzondere aard van het experiment noodzakelijk is') acht jaar. Een nog langere duur is mogelijk als er op het tijdstip van het verstrijken van een van de genoemde termijnen een wetsvoorstel bij de Staten-Generaal is ingediend, om het experiment om te zetten in een structurele regeling. Dan kan nog gewacht worden met stopzetting van het experiment tot het tijdstip waarop het wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking is getreden. Van belang is dus dat, als het tot een experiment mocht komen, duidelijk de termijn is vastgesteld waarbinnen de coöperatie in een afwijkend wettelijk regime kan functioneren.

Het met betrokkenen duidelijk krijgen van de termijn zal niet zo'n moeilijke stap zijn. Overheid en betrokkenen zullen het daarover snel eens kunnen worden binnen het kader van de wet. Dat er in het projectplan geen bepaalde tijd is genoemd is om een andere reden verontrustender. Het lijkt iets te zeggen over de wijze waarop men tegen het experiment aankijkt, namelijk vooral als middel om een met de wet strijdige situatie te creëren en te rechtvaardigen. Over welke effecten met het eventuele experiment worden beoogd, op welke wijze die worden gesystematiseerd en in hoeverre die leiden tot innovatie in het Nederlandse onderwijsstelsel wordt gezwegen. In de parlementaire

⁶⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 116, nr. 3, p. 3.

stukken heeft de regering er onomwonden op gewezen dat het bij de toepassing van de wettelijke experimenteerbepalingen 'daadwerkelijk om een experiment (moet) gaan: tijdelijk, met een duidelijk doel en achteraf te evalueren'. Zij vervolgt: 'De experimenteerbepalingen zijn dus niet een uitbreiding van de discretionaire bevoegdheden van een minister. Een experiment heeft ook nooit het oplossen van een enkele casus als doel. Het stichten of openhouden van een specifieke school bij voorbeeld is dus nooit het doel op zich. Het doel van een experiment zal altijd zijn het testen van mogelijk nieuw beleid. Een experiment is daarom altijd tijdelijk en achteraf te evalueren.'⁶⁹ De hamvraag bij de casus van de coöperatie is daarom of er zodanige doelstellingen aan kunnen worden verbonden dat die de individuele problematiek overstijgend zijn en achteraf te evalueren. Die vraag wordt in het projectplan niet beantwoord, maar dat is niet doorslaggevend. Wellicht, zo zou kunnen worden gesteld, biedt het projectplan een weg die de belofte van een algemenere toepassing biedt in ons stelsel en het doel van verbetering van de kwaliteit, doelmatigheid en toegankelijkheid van scholen in krimpgebieden dichterbij kan brengen.

Dan dient toch wel te worden opgemerkt dat het voorstel voor de oprichting van een coöperatie tot de instandhouding van (voormalige) scholen die het in juridisch opzicht anders niet zelfstandig gered zouden hebben, op zichzelf geen nieuwe structuur met nieuwe vragen biedt (dit is immers nu al mogelijk),⁷⁰ maar dat de angel zit in de combinatie van die bijzondere structuur met de geldende wettelijke bekostigingsregels. Het gaat hier met andere woorden niet om bijzondere effecten die men proefondervindelijk wil laten vaststellen en evalueren om innovatie in het stelsel mogelijk te maken. In wezen draait het hier om de vraag of de overheid bereid is, in de gevallen dat scholen in krimpgebieden zich voor hun voortbestaan als voorziening aansluiten bij een coöperatie, het meerdere te bekostigen, de buidel ruimer open te trekken. Strikt genomen hoeft daarvoor geen experiment van de soort van artikel 176k Wpo te worden gestart, want het gaat hier vooral om een bestuurlijk-politieke keuze van de zijde van de overheid. Dat het verbeteren van doelen als kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid dichterbij wordt gebracht is, zoals we zagen, ook maar zeer de vraag. Het zou dan meer voor de hand liggen dat de overheid overweegt een speciale financiële toeslag in het leven te roepen. Artikel 2 of 3 van Wet overige OCW-subsidies biedt daarvoor voldoende basis. Hier ligt niet zozeer een juridische vraag maar een bestuurlijk-politieke uitspraak aan ten grondslag.

⁶⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 116, nr. 6, p. 7.

⁷⁰ Zie hoofdstuk PM.

4.4 Conclusie

De constructie waarbij kleine dorpsscholen opgaan in een coöperatie om samen een school te vormen en dusdoende boven de wettelijke opheffingsnorm te blijven, leidt ertoe om juridisch een 'school' aan te nemen, welke bestaat uit een verzameling van gedислоceerde nevenvestigingen. Op deze constellatie zijn de geldende bekostigingsregels niet toegesneden. Zeker niet, als ervoor gepleit wordt om de verschillende nevenvestigingen in een grote mate van zelfstandigheid te laten functioneren. Artikel 84 Wpo, dat zegt dat de minister onder door hem te stellen voorwaarden een nevenvestiging, of een deel van een school of nevenvestiging dat zich op een andere locatie bevindt dan de plaats van die school of nevenvestiging, als school voor bekostiging in aanmerking kan brengen, is niet hiervoor geschreven. Immers, voor de toepasselijkheid van deze bepaling is van belang dat er een nevenvestiging naast een hoofdvestinging wordt onderscheiden. Een constructie waarbij de school juist ontstaat door een samenstel van gedислоceerde nevenvestigingen is daarom een stap te ver. Evenmin kan worden volgehouden dat aan elk van deze nevenvestigingen de voor hun (zelfstandig) voortbestaan betrekkelijk noodzakelijke kleine scholentoeslag dient toe te komen. Daarvoor biedt het Besluit Bekostiging Wpo geen ruimte in de artikelen 23 of 24, nu hier scholen object zijn en niet nevenvestigingen, en – wanneer men zou menen dat niettemin artikel 25 van het Besluit dan toepassing zou moeten vinden – ook hier het begrip van school, als bestaande uit een hoofdvestinging en een of meer nevenvestigingen wordt gebruikt. Voor de adequate bekostiging van de nevenvestigingen in deze constructie is dus afwijking van de wet geboden.

Voor zover het om regels gaat die de interne verdeling van gelden en die de toekenning van bestedingsvrijheid aan onderdelen van de organisatie beogen, past de wetgever terughoudendheid. Hier kan door onderlinge afspraken hetzelfde worden bereikt. Het past gezien de organisatievrijheid van bijzondere scholen de overheid niet met wetgeving in de interne besluitvorming te treden. Hiervan ware dan ook af te zien.

Hoe kan dan afwijking van de geldende bekostigingsregels worden bereikt? Artikel 176k Wpo, het wettelijke experimenteerartikel, biedt daarvoor onvoldoende grondslag. Weliswaar biedt dit een kader tot afwijking van de wet, maar gezien de doelen die met de experimenteerbepaling worden nagestreefd en de aard van de benodigde wetsafwijking, moet worden geconcludeerd dat bij deze constructie niet het motief voorziet om proefondervindelijk nieuwe feiten en inzichten te verzamelen die innovatief zijn voor het onderwijssysteem, maar dat de 'beperkte' van de bekostigingsregels doorslaggevend zijn. In wezen gaat het hier om de bereidheid van de overheid

om bij scholen/nevenvestigingen in deze situatie de buidel open te trekken, tot ruimere bekostiging over te gaan dan in normale gevallen. Dat is geen vraagstuk dat in het licht van kennisvermeerdering met het oog op belangen van verbetering van de toegankelijkheid, kwaliteit en doelmatigheid van het onderwijs (artikel 176k Wpo) moet worden benaderd, maar betreft een probleem van aanvullende financiering, eventueel via een subsidieregeling op basis van de Wet overige OCW-subsidies.

5. Beantwoording van de vragen

Vraag 1

In dit onderzoek is nagegaan of een coöperatie is een geschikte rechtsfiguur is om te dienen als (landelijk) bevoegd gezag, en zo ja, hoe die coöperatie er dan uit zou zien. Belangrijke vraag daarbij was of openbare en bijzondere scholen onder één coöperatie kunnen vallen.

Gezien artikel 1 Wpo kan binnen het huidig wettelijk kader een *openbare* school niet onder het bevoegd gezag van een coöperatie worden geplaatst. Hoewel artikel 55 Wpo geen formeel obstakel opwerpt om het bevoegd gezag van een *bijzondere* school onder te brengen bij een coöperatie, blijkt de coöperatie gezien haar wettelijke kenmerken zoals omschreven in artikel 2:53 lid 1 BW minder geschikt om het bevoegd gezag van scholen onder te brengen in vergelijking met de traditionele rechtsvormen als de vereniging en de stichting.

Ten aanzien van de plannen van het KSC moet geconcludeerd worden dat de coöperatie weliswaar kan dienen als landelijk bevoegd gezag, maar dat de beoogde zelfstandigheid van de dorpscholen (bestuurlijk en financieel) niet kan worden gerealiseerd door het bevoegd gezag van de scholen onder te brengen in een coöperatie. De coöperatie die het bevoegd gezag van de scholen vormt, exploiteert een onderneming ten behoeve van haar leden. De leden (deelcoöperaties) maken onderdeel uit van de onderneming van de coöperatie. De deelcoöperaties opereren onder de verantwoordelijkheid van de coöperatie als bevoegd gezag van de scholen.

De KSC lijkt de verantwoordelijkheid voor de instandhouding van de school te willen leggen bij de coöperatie (het bevoegd gezag) en het bestuur van de scholen toe te willen delen aan de deelcoöperaties. Het is echter niet mogelijk om in het bevoegd gezag van een bijzondere school een scheiding aan te brengen tussen de instandhoudingsverantwoordelijkheid en het besturen van de school/scholen.

Vraag 2

Uitgaande van de bestaande situatie moest onderzocht worden of er mogelijkheden bestaan tot *opting out*, in die zin dat een school zich losmaakt van het bevoegd gezag om zich vervolgens onder het gezag van een coöperatie te voegen. De mogelijkheid van een dergelijke *opting out* is

onderzocht voor twee varianten: de eerste variant op initiatief van de MR (ouders) en de tweede variant op gezag van de minister.

De bevoegdheid om te beslissen tot splitsing of bestuursoverdracht berust op grond van de statuten bij het bestuur van de rechtspersoon. Een afzonderlijke school heeft, bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid, niet de mogelijkheid om te beslissen dat zij uit het bevoegd gezag wil stappen, indien dit tegen de wens van het bestuur is. De MR heeft een sterk recht om een bestuursoverdracht als gevolg van fusie tegen te houden. Individuele ouders hebben geen afdwingbaar recht om de bijzondere school in stad of dorp open te houden, of verplaatsing tegen te houden, al is deze school misschien de enige gemeenschappelijke voorziening in het dorp.

In lijn met de ideeën die de Onderwijsraad heeft ontwikkeld zou een (gegrond en onderbouwd) initiatief vanuit de schoolgemeenschap tot *opting out* een kans moeten krijgen. Daartoe dient op landelijk niveau een format voor een procedure te worden ontwikkeld en verspreid, met name als het gaat om de opzet van de draagvlakmeting.

Ook in het openbaar onderwijs is er een grote mate van autonomie voor het bevoegd gezag omtrent de beslissingen van instandhouding, opheffing en overdracht. De gemeente is verantwoordelijk voor de instandhouding van voldoende openbare scholen vanwege de garantiefunctie van artikel 23 vierde lid Grondwet, maar de bestuurlijke eindverantwoordelijkheid en autonomie maakt dat ook in het openbaar onderwijs dat besluit tot sluiting of overdracht op de eerste plaats ligt bij het bevoegd gezag.

Een voorstel waarbij de centrale overheid (minister) zou ingrijpen en een openbare school uit het bevoegd gezag zou lichten en overdragen aan een ander bevoegd gezag zou in theorie constitutioneel verdedigbaar zijn, maar verdraagt zich moeilijk met de sinds 1996 ingezette lijn dat de centrale overheid in beginsel geen bemoeienis meer heeft met het bestuur en bevoegd gezag van het openbaar onderwijs. Gedwongen splitsing of overdracht, anders dan bij taakverwaarlozing of in gevallen wanneer de aanwijzingsbevoegdheid aan de orde is, lijkt gezien de gegroeide praktijk, waarbij openbare en bijzondere scholen in grote mate gelijk behandeld worden en autonoom zijn, niet opportuun. Wanneer een openbare school wordt opgeheven, kan de betreffende gemeenschap in en om de school, de gemeenteraad vragen om de school over te nemen van het (verzelfstandigd) bestuur voor openbaar onderwijs.

Een gedwongen overdracht vanwege het feit dat de MR of een (gekwalficeerde) meerderheid van ouders wil uittreden en de school wenst te verzelfstandigen of over te dragen aan een ander bevoegd gezag, is niet proportioneel, omdat dit onder meer effect heeft op de instandhouding van de andere scholen. De eindverantwoordelijkheid van het bevoegd gezag wordt daarmee aangetast, en grijpt daarmee te diep in op de positie van het autonome bevoegd gezag, zoals dat thans is verankerd als (ongeschreven) beginsel van het stelsel van artikel 23 Grondwet. Een ingrijpen door de centrale overheid kan slechts bij evident bestuurlijk falen.

De variant dat de minister het schoolbestuur zou kunnen dwingen om een bepaalde school onder zijn bevoegd gezag over te dragen aan een ander bevoegd gezag, is ook getoetst aan het EVRM. Geoordeeld wordt dat een maatregel waarbij een bevoegd gezag gedwongen wordt een school over te dragen, waarschijnlijk niet proportioneel zal zijn omdat er geen evenwicht is tussen de eisen van het algemene belang (in casu de wensen van de ouders op de school die overdracht naar een ander bevoegd gezag wensen) en de bescherming van de fundamentele (eigendoms)rechten van het betrokken bevoegd gezag.

Vraag 3

Tot slot is onderzocht wat de reikwijdte is van (experimenteer)artikel 176k Wpo, gezien in het licht van bekostiging van scholen onder de norm. Het KSC-initiatief behelst een systematiek van bestuursbekostiging, stellend dat er op bestuursniveau landelijk minimaal 200 leerlingen zijn en dat daarmee voldaan wordt aan de norm. Daarbij willen de initiatiefnemers een vaste voet per school houden.

KSC wil een vergaande afwijking van de geldende bekostigingsregels. Artikel 176k Wpo, het wettelijke experimenteerartikel, biedt daarvoor onvoldoende grondslag. In dit onderzoek is onder meer op basis van de memorie van toelichting bij de experimenteerbepaling geconcludeerd dat het eventueel omzetten van het projectplan KSC in een wettelijk experiment ex artikel 176k Wpo op gespannen voet staat met het doel en de achterliggende bedoeling van deze bepaling. Niet de wens tot innovatie van het onderwijs, maar de behoefte aan ruimere bekostiging door de overheid dan waarin de huidige regels voorzien, lijkt immers voorop te staan.

Literatuurlijst

Barkhuysen e.a. 2005

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Bruggeman 2014

H. Bruggeman, Juridische en bestuurlijke effecten van opheffing en fusie, in: *Als je gaat samenwerken; christelijk basisonderwijs en krimp*, Woerden: Besturenraad 2014.

Hooge e.a. 2001

E.H. Hooge, G. van Dijk en S. Steen, Zelfstandig blijven, verbeteren en innoveren door samenwerking: de mogelijkheden van coöperatie in het onderwijs, *NTOR 3-2001*, p. 123-138.

Huisman e.a. 2014

P.W.A. Huisman, D. Mentink, M.T.A.B. Laemers, P.J.J. Zoontjens, *Regeling van de samenwerkingsschool in krimpgebieden; Grondwettelijke en wettelijke bandbreedte*, Onderzoek i.o.v. de directie primair onderwijs, 2014.

Huisman en Overes 2014

P.W.A. Huisman & C.H.C. Overes, *De juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de WEB en de WHW*, Den Haag: ministerie van OCW 2014.

Huisman en Rogier 2013

P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, Toezicht op verzelfstandigd openbaar onderwijs. *De gemeentestem*, 2013(64), p.350-358.

Huisman e.a. 2011

P.W.A. Huisman, D. Mentink, M.T.A.B. Laemers, 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 juni 2011.

Huisman 2011

P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud (oratie ESL)*, Den Haag: BJU 2011.

KSC 2014

Kleine Scholen Coöperatie, *Onderwijs in een nieuw verbond*; Projectplan, 28 januari 2014.

Koster 2013

H. Koster, *De rechtsvorm van de coöperatie: verleden, heden en toekomst*, *RM Themis* 2013-2.

Laemers 2013

Miek Laemers (red.), *Krimp in het onderwijs*, preadvies Nicole Niessen, Stefan Philipsen, Theo Storimans, Symposiumbundel NVOR 2013, Den Haag: Sdu 2013.

Mentink e.a. 2014

D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, in: Wetenschappelijk commentaar op de Grondwet van de site 'Nederland rechtsstaat',
<http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=23##artikel23>

Onderwijsraad 2013

Onderwijsraad, *Grenzen aan kleine scholen*, adviesnr. 20130018/1028, Den Haag, februari 2013

Onderwijsraad 2012

Onderwijsraad, *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012

Onderwijsraad 2010a

Onderwijsraad, *Verzelfstandiging in het onderwijs I*, Den Haag: Onderwijsraad mei 2010.

Onderwijsraad 2010b

Onderwijsraad, *Verzelfstandiging in het onderwijs II*, Den Haag: Onderwijsraad november 2010.

Overes 2011

C.H.C. Overes, Een zorgplicht voor goed bestuur in het bijzonder onderwijs, in: *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, C.E.C. Jansen e.a. (red.), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2011.

Rensen 2012

G.J.C. Rensen, *Rechtspersonenrecht, Deel III Overige rechtspersonen; Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*. Mr. C

Assers, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, negende druk, Deventer: Kluwer 2012.

Sangen, van der 1999

G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, diss. UvA, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Silvius 2005

E.H.E.E. Silvius, Pedagogisch ondernemerschap in de meest letterlijke zin van het woord. Over coöperaties van leraren in het onderwijs, *NTOR* 2005-2, p. 94.

Vermeulen en Zoontjens 2000

B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen. P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag: BJU 2000.

Zoontjens 1999

P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, Den Haag: Elsevier 1999.

Bijlage

Artikel 176k Wpo. Ruimte voor innovatie

1. Met het oog op verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het basisonderwijs kan bij wijze van experiment bij algemene maatregel van bestuur worden afgeweken van hoofdstuk I, titel I, artikelen 1 en 2, titel II, afdeling 1, afdeling 2, artikelen 47 en 48, en titel IV, afdeling 1, 2, 4 tot en met 7, afdeling 8, paragrafen 2, 3, 6 en 7 en afdeling 9 paragrafen 1 en 2, van de wet.
2. In geval van toepassing van het eerste lid wordt bij algemene maatregel van bestuur in elk geval bepaald:
 - a. het doel van het experiment,
 - b. op welke wijze van welke in het eerste lid bedoelde voorschriften wordt afgeweken,
 - c. de duur van het experiment, en
 - d. op welke wijze en aan de hand van welke criteria de met het experiment beoogde effecten worden geëvalueerd.
3. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de uitvoering van een experiment.
4. Een experiment duurt ten hoogste zes jaar, tenzij een langere duur gezien de bijzondere aard van het experiment noodzakelijk is. Alsdan wordt de duur van het experiment op ten hoogste acht jaar bepaald. Indien een voorstel van wet is ingediend bij de Staten-Generaal om het experiment om te zetten in een structurele wettelijke regeling, voordat een experiment is afgelopen, kan Onze Minister het experiment verlengen tot het tijdstip waarop het wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking treedt.
5. Onze Minister zendt drie maanden voor het einde van de werkingsduur van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het eerste lid aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, evenals een standpunt over de voortzetting van die algemene maatregel van bestuur, anders dan een voortzetting als experiment.

6. In verband met een experiment als bedoeld in het eerste lid, kan bij algemene maatregel van bestuur eveneens bij wijze van experiment worden afgeweken van artikel 1 van de Leerplichtwet 1969.
7. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing op een samenwerkingsverband van een school met een school als bedoeld in artikel 1, een school of instelling als bedoeld in de Wet op de expertisecentra , of een school als bedoeld in de Wet op het voortgezet onderwijs . Bij samenwerking met een school of instelling kan voor die school of instelling respectievelijk worden afgeweken van titel I, artikelen 1 en 2, titel II, afdeling 1 en titel IV, afdelingen 4 tot en met 6 en afdeling 7, paragrafen 2, 3, 6 en 7 van de Wet op de expertisecentra, en titel II, afdeling I, hoofdstuk I en titel III, afdeling II van de Wet op het voortgezet onderwijs. Bij de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het tweede lid, wordt geregeld welke bij of krachtens de wet, de Wet op de expertisecentra of de Wet op het voortgezet onderwijs vastgestelde voorschriften van toepassing of van overeenkomstige toepassing zijn op de samenwerking.
8. De voordracht voor de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het tweede lid, wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.