

## Gst. 2017/85

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
18 januari 2017, nr. 201509131/1/A2  
(Mrs. D.A.C. Slump, B.P. Vermeulen en G.T.J.M. Jurgens)  
m.nt. P.W.A. Huisman<sup>1</sup>

(Art. 65 Wet voortgezet onderwijs; art. 4:48 Awb)

WVO Commentaar en Jurisprudentie 2017/564  
ECLI:NL:RVS:2017:86

### **Aanvraag bekostiging nieuwe school voor voortgezet onderwijs. Toepassing schaarse vergunningen jurisprudentie op systematiek scholenplanning. (Harderwijk)**

*Intrekking beschikking met terugwerkende kracht. Positie van concurrerende scholen bij scholenstichting.*

Uitspraak in het geding tussen:

- i. Stichting Regionale Scholengemeenschap (hierna: RSG), gevestigd te Harderwijk,
  - ii. Vereniging voor Christelijk Voortgezet Onderwijs te Harderwijk en omstreken, gevestigd te Harderwijk, en
  - iii. Stichting voor Christelijk Voorbereidend Middelbaar Beroepsonderwijs voor Harderwijk en omstreken (hierna: het Christelijk VMBO), gevestigd te Harderwijk
- (hierna tezamen: de schoolbesturen)  
appellanten,  
en  
de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,  
verweerder.

### **Procesverloop**

Bij besluit van 1 juli 2015 heeft de staatssecretaris een besluit van 18 juni 2009 ingetrokken en beslist op een aanvraag van de Stichting Tjalling Koopmans College om een nieuwe scholengemeenschap voor mavo, havo en vwo voor bekostiging in aanmerking te brengen. De aanvraag is toegewezen voor mavo en havo en afgewezen voor vwo.

Bij besluit van 4 november 2015 heeft de staatssecretaris het door de schoolbesturen hiertegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard, het besluit van 1 juli 2015 herroepen voor zover de aanvraag voor havo is toegewezen en de aanvraag van het Tjalling Koopmans College in zoverre alsnog afgewezen. De staatssecretaris heeft de toewijzing van de aanvraag voor mavo gehandhaafd.

Tegen dit besluit hebben de schoolbesturen beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 november 2016, waar de schoolbesturen, vertegenwoordigd door H.A. Vaatstra, bijgestaan door mr. V.G.A. Kellenaar, en de

staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. F.J.J. van West de Veer en E. Luinge, zijn verschenen.

### **Overwegingen**

#### ***Aanleiding van het geschil***

1. Bij besluit van 18 juni 2009 heeft de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (thans: de staatssecretaris) een aanvraag van het Tjalling Koopmans College om een rooms-katholieke scholengemeenschap voor mavo, havo en vwo voor bekostiging in aanmerking te brengen, toegewezen voor zover de aanvraag zag op mavo en havo en afgewezen voor zover deze zag op vwo. De uiterste datum waarop de bekostiging voor mavo en havo aanvangt is 1 augustus 2015.

Bij besluit van 9 december 2013 heeft de minister een nieuwe aanvraag van het Tjalling Koopmans College om bekostiging van een algemeen bijzondere en rooms-katholieke school voor vwo toegewezen. De uiterste datum waarop de bekostiging voor vwo aanvangt is 1 augustus 2019.

Bij brief van 28 oktober 2014 heeft het Tjalling Koopmans College een aanvraag ingediend om een scholengemeenschap voor mavo, havo en vwo op algemeen bijzondere en rooms-katholieke grondslag voor bekostiging in aanmerking te brengen.

Bij e-mailbericht van 28 april 2015 heeft het Tjalling Koopmans College de staatssecretaris te kennen gegeven niet met de school te starten voor het verstrijken van de uiterste datum van 1 augustus 2015 waarop de bekostiging ingevolge het besluit van 18 juni 2009 dient aan te vangen.

2. De staatssecretaris heeft bij besluit van 1 juli 2015 het besluit van 18 juni 2009 ingetrokken voor zover daarbij een school van het Tjalling Koopmans College voor mavo en havo voor bekostiging in aanmerking is gebracht. Omdat de uiterste datum waarop de bekostiging van vwo aanvangt nog niet is verstreken, heeft de staatssecretaris het besluit van 9 december 2013 niet ingetrokken.

De staatssecretaris heeft bij het besluit van 1 juli 2015 tevens beslist op de nieuwe aanvraag van het Tjalling Koopmans College van 28 oktober 2014. Volgens de staatssecretaris is door de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 het leerlingenpotentieel in de bij dat besluit in aanmerking genomen postcodegebieden vrijgevallen en kan dat potentieel daarom bij de voorliggende aanvraag in aanmerking worden genomen. Op basis hiervan worden de stichtingsnormen voor mavo en havo gehaald. Voor zover de aanvraag ziet op mavo en havo, is deze daarom toegewezen. Voor zover de aanvraag betrekking heeft op vwo is deze afgewezen. Omdat het besluit van 9 december 2013 niet is ingetrokken kan het leerlingenpotentieel in de postcodegebieden in het voedingsgebied niet tevens bij de nieuwe aanvraag in aanmerking worden genomen. De stichtingsnorm voor vwo wordt daardoor niet gehaald.

#### ***Bezwaar***

3. De schoolbesturen hebben bezwaar gemaakt tegen het besluit van 1 juli 2015. De reeds bestaande scholen bedienen een relatief klein verzorgingsgebied. De vestiging

<sup>1</sup> Prof. Mr. P.W.A. Huisman is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Erasmus School of Law. Hij dankt mr. S. Philipsen (docent staatsrecht-ESL) voor zijn waardevolle opmerkingen.

van een nieuwe school leidt volgens hen tot direct verlies van opleidingen en wellicht zelfs hele scholen, omdat Harderwijk in een krimpregio ligt waardoor bestaande scholen in hun voortbestaan worden bedreigd.

4. De schoolbesturen hebben in bezwaar aangevoerd dat de aanvraag om bekostiging voor mavo en havo had moeten worden afgewezen omdat de stichtingsnorm niet wordt gehaald.

Allereerst is het leerlingenpotentieel in de postcodegebieden in het voedingsgebied van de school ten onrechte bij de nieuwe aanvraag in aanmerking genomen, omdat het besluit van 18 juni 2009 ten onrechte is ingetrokken. Dat de school die bij dat besluit voor bekostiging in aanmerking is gebracht nog niet is gestart, komt doordat niet tijdig door het Tjalling Koopmans College een uitvoeringshandeling is verricht met betrekking tot de eerst geboden huisvestingsvoorziening, en doordat de school bezwaar heeft gemaakt tegen de later aangeboden voorziening. De school heeft deze huisvestingsproblemen zelf in het leven geroepen, en daarom kunnen zij de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 niet rechtvaardigen, aldus de stichting.

Verder wordt mavo en havo op protestants-christelijk en rooms-katholieke grondslag al aangeboden door het Christelijk VMBO respectievelijk het Christelijk College Nassau-Veluwe. De staatssecretaris heeft ten onrechte nagelaten om hun leerlingen in mindering te brengen op het leerlingenpotentieel van het Tjalling Koopmans College.

5. De staatssecretaris heeft zich in het bestreden besluit van 4 november 2015 op het standpunt gesteld dat de door de schoolbesturen gestelde omstandigheden met betrekking tot de huisvesting van het Tjalling Koopmans College zich niet verzetten tegen de intrekking van het besluit van 18 juni 2009.

De staatssecretaris heeft verder de toewijzing van de aanvraag om bekostiging voor de mavo gehandhaafd. Het bestuur van het Christelijk VMBO heeft zijn statuten gewijzigd en daarbij de richting van de school gewijzigd van 'protestants christelijk' in 'samenwerking protestants-christelijk/rooms-katholiek'. Die wijziging wordt bij de bekostiging vanaf 1 augustus 2015 in aanmerking genomen. Omdat de aanvraag van het Tjalling Koopmans College moet worden beoordeeld naar de stand van zaken op peildatum 1 november 2014, is de wijziging van richting niet van invloed op de berekening van het potentieel voor de mavo van het Tjalling Koopmans College, aldus de staatssecretaris.

De staatssecretaris heeft het bezwaar tot slot gedeeltelijk gegrond verklaard, omdat ten onrechte geen rekening is gehouden met de leerlingen van het Christelijk College Nassau-Veluwe. Deze kunnen niet tevens in aanmerking worden genomen bij het bepalen van het leerlingenpotentieel van het Tjalling Koopmans College. Dat leidt ertoe dat de stichtingsnorm voor havo niet wordt gehaald. De staatssecretaris heeft het verzoek van het Tjalling Koopmans College, voor zover dat ziet op havo, daarom alsnog afgewezen.

#### **Beoordeling van het beroep**

6. De schoolbesturen komen in beroep slechts op tegen de handhaving van de toewijzing van de aanvraag om bekostiging voor mavo.

7. De schoolbesturen betogen dat de staatssecretaris het besluit van 18 juni 2009 ten onrechte heeft ingetrokken. Daartoe voeren zij aan dat intrekking slechts is toegestaan indien de in te trekken beschikking onjuist blijkt te zijn, in geval van veranderde omstandigheden dan wel gewijzigde inzichten of als niet langer wordt voldaan aan wettelijke vereisten. De staatssecretaris heeft volgens de schoolbesturen in zijn besluitvorming niet vermeld welke situatie zich zou hebben voorgedaan. Voor zover de intrekking is gebaseerd op veranderde omstandigheden wegens het ontbreken van huisvesting, kan dat de intrekking niet rechtvaardigen, omdat het Tjalling Koopmans College huisvesting aangeboden heeft gekregen maar daarvan geen gebruik heeft willen maken, aldus de schoolbesturen.

7.1. Artikel 4:21, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt: "Deze titel is van overeenkomstige toepassing op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek."

Artikel 4:48, eerste lid, luidt als volgt: "Zolang de subsidie niet is vastgesteld kan het bestuursorgaan de subsidieverlening intrekken of ten nadele van de subsidie-ontvanger wijzigen, indien:

a. de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet of niet geheel hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden;

[...]"

Het tweede lid luidt als volgt: "De intrekking of wijziging werkt terug tot en met het tijdstip waarop de subsidie is verleend, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald."

7.2. Het Tjalling Koopmans College heeft de staatssecretaris, zoals vermeld, te kennen gegeven niet te zullen starten met de school binnen de termijn waarbinnen de bekostiging ingevolge het besluit van 18 juni 2009 diende aan te vangen. Daarin heeft de staatssecretaris, gelet op artikel 4:48, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb, aanleiding mogen zien om het besluit van 18 juni 2009, voor zover daarbij de aanvraag voor mavo en havo is toegewezen, in te trekken. Of de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de school niet binnen de daarvoor gestelde termijn is aangevangen het gevolg zijn van eigen keuzes van het Tjalling Koopmans College ten aanzien van de huisvesting, is daarbij niet van belang.

7.3. De staatssecretaris heeft echter niet onderkend dat hij met toepassing van artikel 4:48, tweede lid, van de Awb terugwerkende kracht aan de intrekking diende te ontzeggen. Daartoe wordt als volgt overwogen.

7.4. Artikel 66, eerste lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs (hierna: WVO) luidt als volgt: "Het bevoegd gezag kan bij Onze Minister een aanvraag indienen om een school of scholengemeenschap voor bekostiging in aanmerking te brengen. De aanvraag wordt ingediend voor 1 november."

Het derde lid luidt als volgt: "Onze minister besluit met inachtneming van artikel 65 voor 1 mei volgend op de aan-

vraag of de school of scholengemeenschap voor bekostiging in aanmerking wordt gebracht. [...]"

Het vierde lid luidt als volgt: "De bekostiging vangt aan op 1 augustus van enig kalenderjaar, ten vroegste in het eerste en ten laatste in het zesde kalenderjaar na het besluit van Onze Minister. [...]"

7.5. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Naar het oordeel van de Afdeling is deze rechtsnorm ook van toepassing op de bekostiging van onderwijs op grond van de WVO, omdat deze wet voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen.

7.6. De staatssecretaris heeft zich in het besluit van 4 november 2015, in overeenstemming met de hiervoor vermelde bepalingen van de WVO en de vermelde rechtsnorm, op het standpunt gesteld dat hij bij de beoordeling van aanvragen om een school voor bekostiging in aanmerking te brengen is gebonden aan de uit de in 7.4 vermelde bepalingen volgende jaarcyclus, en dat aanvragen gelijktijdig en gelijkelijk beoordeeld moeten worden. Daarom moet hij bij die beoordeling uitgaan van de op 1 november geldende richtingen van bestaande scholen, aldus de staatssecretaris.

7.7. Tot het uiterste moment dat een aanvraag voor een school van dezelfde richting en in hetzelfde voedingsgebied als die van het Tjalling Koopmans College kon worden ingediend, 1 november 2014, was het voor schoolbesturen zinloos om die aanvraag in te dienen. Het leerlingenpotentieel dat bij het besluit van 18 juni 2009 in aanmerking is genomen kan immers, zolang dat besluit geldt, niet tevens bij een nieuwe aanvraag in aanmerking worden genomen. Door bij besluit van 1 juli 2015 het besluit van 18 juni 2009 met terugwerkende kracht in te trekken, heeft de staatssecretaris de op 1 november 2014 bestaande situatie gewijzigd. In de nieuwe situatie is het eerder in aanmerking genomen leerlingenpotentieel vrijgevallen, zodat een aanvraag waarbij datzelfde leerlingenpotentieel wordt betrokken niet langer zinloos is. De staatssecretaris heeft gelijktijdig met de intrekking op de enige tijdig ingediende aanvraag – die van het Tjalling Koopmans College – beslist. De intrekking met terugwerkende kracht heeft het Tjalling Koopmans College dan ook in een voordeliger positie gebracht ten opzichte van de overige schoolbesturen. De staatssecretaris heeft niet onderkend dat andere schoolbesturen door deze handelwijze geen gelijke kans is geboden en dat hij daarom heeft gehandeld in strijd met zijn eigen standpunt en de onder 7.5 vermelde rechtsnorm. De staatssecretaris had dat moeten voorkomen door terugwerkende kracht aan de intrekking te onthouden, zodat de intrekking eerst kan worden betrokken bij de aanvragen die voor 1 november 2015 zijn ingediend. Daarmee zouden alle schoolbesturen in dezelfde positie zijn gebracht.

7.8. Het betoog slaagt.

8. Omdat het beroep vanwege het voorgaande gegrond is, behoeft hetgeen de schoolbesturen hebben aangevoerd over het in aanmerking nemen van de statutenwijziging geen bespreking.

9. Het beroep is gegrond.

### **Finale beslechting van het geschil**

10. De Afdeling zal op na te melden wijze in de zaak voorzien.

11. Uit het voorgaande volgt dat aan de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 terugwerkende kracht moet worden onthouden. Daardoor geldt dat op de peildatum 1 november 2014 het leerlingenpotentieel waarop de aanvraag van het Tjalling Koopmans College van 28 oktober 2014 betrekking had, al in aanmerking is genomen bij het op dat moment nog geldende besluit van 18 juni 2009. Doordat dit leerlingenpotentieel niet tevens in aanmerking mag worden genomen bij de beoordeling van de nieuwe aanvraag, wordt de stichtingsnorm niet gehaald en moet de aanvraag voor de mavo worden afgewezen.

12. De Afdeling zal het besluit van 4 november 2015 vernietigen voor zover de staatssecretaris daarbij heeft nagelaten te bepalen dat de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 geen terugwerkende kracht toekomt en voor zover hij de toewijzing van de aanvraag van het Tjalling Koopmans College voor mavo heeft gehandhaafd. De Afdeling ziet aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb zelf in de zaak te voorzien. De Afdeling zal daartoe allereerst bepalen dat de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 geen terugwerkende kracht toekomt. Verder zal de Afdeling het besluit van 1 juli 2015 herroepen voor zover daarbij het verzoek van het Tjalling Koopmans College om een school voor mavo voor bekostiging in aanmerking te brengen is toegewezen, en die aanvraag afwijzen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

13. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

### **Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep gegrond;
- II. vernietigt het besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 4 november 2015, kenmerk DUO/OND-2015/19563M, voor zover de staatssecretaris daarbij de bezwaren van de schoolbesturen ongegrond heeft verklaard en de toewijzing van de aanvraag van het Tjalling Koopmans College voor de mavo heeft gehandhaafd, en voor zover hij heeft nagelaten te bepalen dat de intrekking van het besluit van 18 juni 2009 geen terugwerkende kracht toekomt;
- III. herroept het besluit van 1 juli 2015, Stcrt. 2015, nr. 18640, voor zover daarbij aan de intrekking van het besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 18 juni 2009 geen terugwerkende kracht is ontzegd;

- IV. bepaalt dat de intrekking van het besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 18 juni 2009 geen terugwerkende kracht toekomt;
- V. herroept het besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 1 juli 2015, Stcrt. 2015, nr. 18640, voor zover daarbij de aanvraag van het Tjalling Koopmans College voor mavo is toegewezen;
- VI. wijst de aanvraag van het Tjalling Koopmans College om een school voor mavo voor bekostiging in aanmerking te brengen af;
- VII. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- VIII. veroordeelt de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap tot vergoeding van bij de schoolbesturen in verband met de behandeling van opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 990,00 (zegge: negenhonderdnegentig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, met dien verstande dat betaling aan een van hen bevrijdend werkt ten opzichte van de anderen;
- IX. verstaat dat de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de schoolbesturen het door hen voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 331,00 (zegge: driehonderdeenendertig euro) vergoedt, met dien verstande dat betaling aan een van hen bevrijdend werkt ten opzichte van de anderen.

#### Naschrift

1. Deze uitspraak past in een reeks uitspraken over stichtingsprocedures van scholen in het voortgezet onderwijs die uitgaan van meerdere richtingen. Het uitgangspunt van het Nederlandse onderwijsbestel was lange tijd dat de school een enkelvoudige eenheid was, waarin de ruimtelijke, juridische, bestuurlijke en pedagogische dimensies samenvielen. Een onderwijsinstelling was gelokaliseerd in één gebouw; het onderwijs was gebaseerd op één enkelvoudige godsdienstige of (andere) levensbeschouwelijke grondslag (richting); en het bestuur was de representant van die enkelvoudige richting. Door ontwikkelingen in het onderwijsbeleid van de Rijksoverheid, zoals lump sum financiering, is sprake geweest van een ontwikkeling gericht op bestuurlijke schaalvergroting en fusie(dwang). Ook door secularisatie en ontzuiling zijn echter samenwerkingsverbanden tussen scholen ontstaan waarbij de uitkomst is dat een rechtspersoon die de bijzondere school of scholen in stand houdt een meervoudige grondslag kent, bijvoorbeeld een interconfessionele school waarin zowel katholiek als protestants-christelijk onderwijs wordt verzorgd. Het kan ook zijn dat één schoolbestuur verschillende scholen bestuurt die een verschillende (enkelvoudige) grondslag hebben. Zo zou een schoolbestuur een katholieke en een algemeen-bijzondere school kunnen besturen, en sinds 1998, respectievelijk 2011 is het zelfs mogelijk om openbaar en bijzonder onderwijs te fuseren tot samenwerkingsbestuur, respectievelijk samenwerkingschool.

2. Meerdere richtingen als grondslag na fusie was dus in het bijzonder onderwijs nooit een probleem. Bij stichting lag en ligt dit evenwel anders. Artikel 65 Wet voortgezet onderwijs (WVO) stelt dat een school voor bekostiging in aanmerking komt wanneer “redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze, gelet op de belangstelling voor de desbetreffende schoolsoort, de verlangde richting en het leerlingenverloop” door een voldoende aantal leerlingen zal worden bezocht. Betekent het woord ‘richting’ dat een prognose waarin meerdere richtingen zijn betrokken, niet verenigbaar is met het wettelijk systeem? In 2012 startte de Stichting Tjalling Koopmanscollege een katholieke/algemeen-bijzondere school in Friesland. De staatssecretaris vond dat een prognose waarbij meerdere richtingen bij elkaar werden gevoegd, om aldus potentiële aan de stichtingsnorm voor de verlangde schoolsoort te voldoen, niet conform de WVO was. De Afdeling (ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:872) stond echter een andere benadering voor, in navolging van een advies van de Onderwijsraad (Advies Meerdere richtingen, 2012):

“Bij gebreke van enige hierop duidende aanwijzing van de wetgever, bestaat geen aanleiding om aan de term ‘richting’ in de artikelen 65 en 66 van de WVO een beperktere uitleg en toepassing te geven dan aan dezelfde term in artikel 76 WPO”, aldus de Afdeling.

3. Daarmee opende de Afdeling wellicht de ‘planningsdoos van Pandora’, want verschillende stichtingsinitiatieven ontplooiden zich met (uiteenlopende) richtingen als grondslag. Zo werd voor een school in Den Haag bekostiging aangevraagd gebaseerd op meerdere richtingen, zich daarbij beroepend op het precedent van het Tjalling Koopmanscollege. De Afdeling kwam in een uitspraak van 28 september 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2542) tot de slotsom dat de meervoudigheid van de grondslagen niet voldoende tot uitdrukking kwam in de statuten. Zo was ten aanzien van de bestuursleden voorgeschreven dat zij belijdend moslim moeten zijn. Alleen de doelstelling was zeer breed (alle vormen van onderwijs op grond van alle richtingen), en voor het overige was feitelijk sprake van een islamitische school wat ook bleek uit de naam van de initiërende stichting (SIO, Stichting Islamitisch Onderwijs Amsterdam en omstreken). De Afdeling volgde in die uitspraak de vaste jurisprudentie dat de richting van de school uit de statuten van de rechtspersoon die de school in stand zal houden (vgl. ABRvS 11 februari 1997, AB 1998/28) en dat daarbij de statuten in het geheel worden gezien, dus niet alleen de grondslag, maar ook benoeming van bestuurders, naamgeving van de rechtspersoon enzovoorts. De Afdeling heeft in de SIO-uitspraak een verzwaarde toets aangelegd, door ook te toetsen aan het vereiste van artikel 21 lid 2 onder a WVO; dat artikel stelt dat in het maatschappelijk verkeer het bevoegd gezag (het schoolbestuur) ‘ondubbelzinnig’ tot uitdrukking moet brengen van welke richting de school uitgaat. Die toetsing is volgens de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 2007/08, 31310, 3, p. 25*) ook bedoeld voor ‘toekomstige leerlingen’. Markant is dat de Afdeling de statutaire grondslag kennelijk

gelijkstelt met de grondslag van de school. Rechtspersoon en school zijn echter te onderscheiden; een rechtspersoon voor bijzonder onderwijs kan immers scholen in stand houden van verschillende richtingen. Of de communicatie over dat aanbod op de betreffende school ook juist is, zal beoordeeld moeten worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval (zoals de website en de schoolgids), en niet louter op basis van de statuten. De Afdeling ziet dit evenwel, in navolging van de staatssecretaris, anders.

4. In de onderhavige casus is sprake van verschuiving van strategie door de aanvragende stichting, wederom het Tjalling Koopmanscollege. Eerst wordt in 2009 gemikt op een brede scholengemeenschap van mavo, havo, vwo op grond van de katholieke richting; het potentieel voor mavo en havo wordt gehaald, voor vwo niet en voor dat gedeelte aldus door de staatssecretaris afgewezen. Daarna wordt nogmaals voor de vwo-afdeling een aanvraag ingediend, maar dan op grond van de gecombineerde richting algemeen-bijzonder en katholiek. Die aanvraag slaagt wel (door de mogelijkheid van optelling van prognoses), waarna de stichting alsnog opnieuw een aanvraag indient voor de brede scholengemeenschap gebaseerd op de twee richtingen. De eerder verkregen licentie (mavo-havo op katholieke grondslag) wordt niet geëffectueerd door het Tjalling Koopmans voor de vereiste datum (uiterlijk 6 jaar na de aanvraag) en dit wordt medegedeeld aan de staatssecretaris. Hij trekt vervolgens dat eerder gegeven bekostigingsbesluit in. Tevens wordt vastgesteld dat het potentieel voor de nieuwe scholengemeenschap voor wat betreft mavo-havo wel wordt gehaald, maar voor vwo niet, omdat er immers nog een oudere aanvraag actief is, die maakt dat het potentieel daarvoor niet mag meetellen bij de nieuwe aanvraag; hier zit dus de eerder verstrekte positieve aanvraag bij hetzelfde schoolbestuur in de weg om de volledige aanvraag voor een beoogde brede scholengemeenschap gehonoreerd te krijgen. Een aantal in het gebied van het stichtingsinitiatief liggende scholen maakt bezwaar tegen het positieve bekostigingsbesluit, omdat in hun ogen het leerlingenpotentieel niet goed is berekend. Dit leidt tot een gedeeltelijk succes, want de staatssecretaris besluit alsnog het verzoek van het Tjalling Koopmans voor wat betreft de havo af te wijzen. In beroep bij de Afdeling proberen zij ook de laatste positieve toewijzing, voor wat betreft de mavo, onderuit te halen met het argument dat intrekking van het besluit slechts onder specifieke omstandigheden mogelijk is zoals genoemd in art 4:48 Awb, omstandigheden die volgens de appellanten/schoolbesturen hier niet aan de orde waren, zoals veranderende omstandigheden. En voor zover die aan de orde waren (het niet verkrijgen van huisvesting door de gemeente) lag dat volgens de appellanten aan het Tjalling Koopmans zelf, omdat deze een aanbod voor huisvesting had afgewezen.

5. De Afdeling stelt dat de mededeling van het Tjalling Koopmans, inhoudende dat de mavo-havo niet zal starten, de grondslag kan zijn voor intrekking van het besluit als bedoeld onder artikel 4:48 lid 1 onder a Awb: intrekking van de subsidie kan, "indien de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet of niet geheel [...] zullen plaatsvinden". De

Afdeling is echter van oordeel dat in casu de staatssecretaris terugwerkende kracht aan de intrekking had moeten ontzeggen (conform de mogelijkheid genoemd in 4:48 lid 2 Awb). De kern van het argument draait om de analogie die de Afdeling ziet met de 'mededingingsruimte' die er moet zijn voor potentiële gegadigden bij stichtingsinitiatieven van scholen, vergelijkbaar met de rechtsnorm die is ontwikkeld in het kader van schaarse vergunningen.

"Naar het oordeel van de Afdeling is deze rechtsnorm ook van toepassing op de bekostiging van onderwijs op grond van de WVO, omdat deze wet voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen" (r.o 7.5).

Door voor het Tjalling Koopmanscollege op hetzelfde moment de 'oude' en 'nieuwe' aanvraag te behandelen heeft de staatssecretaris hen een concurrentievoordeel geboden, en aan andere schoolbesturen een gelijke kans onthouden, in strijd met het 'gelijke kansenbeginsel' voortvloeiend uit de norm die gehanteerd moet worden rond 'schaarse vergunningen' en in strijd met zijn eigen standpunt dat alle aanvragen volgens de planningscyclus bij aanvragen voor bekostiging 'gelijktijdig en gelijkkelijk' beoordeeld moeten worden. De staatssecretaris moet in beginsel voor 1 mei op de aanvraag beslissen, maar doet dat niet en trekt op 1 juli het begunstigende besluit in – daaraan verleent hij terugwerkende kracht – en beslist dan alsnog op de aanvraag waar hij al lang op had moeten beslissen. Daardoor is het beginsel van gelijke kansen geschonden, omdat er voor 1 november voor niemand aanleiding kon bestaan om een aanvraag in te dienen; er was immers toen geen plaatsruimte. De stand van zaken op 1 november van het jaar dat de aanvraag wordt ingediend is beslissend. Dus deze vernietiging kan pas meewegen op 1 november 2015. De staatssecretaris had moeten wachten tot 1 november (de fatale termijn in artikel 66 WVO), zodat alle potentiële aanvragers in gelijke uitgangspositie zouden zijn. De intrekking met terugwerkende kracht blokkeerde dit gelijke speelveld.

6. Hier is niet de plaats en de ruimte om uitgebreid in te gaan op het leerstuk van de 'schaarse vergunning' en het vereiste van transparantie. Het beginsel stamt uit het Europese aanbestedingsrecht en hangt samen met eerlijke mededinging. Korthedshalve zij verwezen naar de noten bij de uitspraak van de Afdeling van 7 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en de zeer uitgebreide conclusie van de staatsraad advocaat-generaal bij die uitspraak (zie eerder ook o.a. M. van Es & J. Wolswinkel, 'Tussen schaarse en open einde. Eisen aan de verlening van vergunningen met schaarse effecten', *Gst.* 2015/51, afl. 7422, p.260-268). Voorshands kan worden getwijfeld aan de conclusie dat de rechtsnorm bij 'schaarse vergunningen' op gelijke wijze van toepassing is bij stichtingsinitiatieven van nieuwe scholen. Dit blijkt onder meer uit de omstandigheid dat bij een schaarse vergunning de omvang van aanvragen het aantal beschikbare vergunningen overtreft, er een 'plafond' worden ingesteld (zoals bij de bovengenoemde uitspraak: er was ruimte voor één speelhal). Dat is bij stichting van scho-

len niet het geval, althans niet wat het aantal aanvragen voor bekostiging betreft: er is immers het grondwettelijk recht op stichting en gelijke bekostiging (artikel 23 lid 2 Grondwet resp. artikel 23 lid 7 Grondwet). Die vrijheid van stichting is voor wat betreft de bekostiging aan regels van doelmatigheid gebonden (prognosenormen die uitzicht geven op levensvatbaarheid), maar niet in beperking van het aantal stichtingsinitiatieven. Een bekostigingsplafond op rijksniveau zou zich niet verhouden met (meervoudige en meerdere) aanspraken op bekostiging, die overigens in vrij grote mate een vorm van gebonden uitvoering inhoudt voor de staatssecretaris; er moet sprake zijn van een richting, en een valide prognose, maar een financiële limiet is daarin niet begrepen. Artikel 23 lid 7 Grondwet veronderstelt dat alle stichtingsinitiatieven die aan de wettelijke eisen voldoen voor bekostiging in aanmerking komen. Bovendien is er in het onderwijs geen sprake van louter 'marktpartijen' (in casu van het particulier initiatief uitgaande bijzonder onderwijsinstellingen); er is tevens de (grondwettelijke) verplichting tot instandhouding van openbaar onderwijsinstellingen. In voorkomende gevallen is er een bekostigings- en stichtingsplicht (artikel 67 WVO); die aanbodsverplichting betekent per definitie dat er ruimte moet zijn voor nieuwe (openbare) scholen. Er is in die zin geen 'vrije mededinging' of een aanbestedingsregime in het onderwijs, zoals de Afdeling nu lijkt te veronderstellen. Een aanbestedingsregime betekent immers dat de overheid de 'besteisen' zou bepalen over welk soort van school of initiatief wenselijk is, en dat doet de overheid (behoudens de behoefte aan openbaar onderwijs peilen) nu juist niet (vgl. ook de zienswijze over de ongrondwettigheid van aanbesteding als alternatief voor de huidige stichtingsprocedure M.T.A.B. Laemers & P.J.J. Zoontjens, *Magnificently unprepared for the long littleness of life? NVOR preadvies, 's Gravenhage: SDU 2016, p. 44-47*). Een ander element waar de vergelijking met schaarse vergunningen mank gaat is de tijd. Uit de uitspraak van de Afdeling over de 'schaarse vergunning' volgt namelijk het uitgangspunt dat die vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kan worden verleend, omdat anders de vergunninghouder namelijk onevenredig wordt bevoordeeld, en het voor nieuwkomers nagenoeg onmogelijk wordt om nog toe te treden tot de markt. Juist dat kenmerkt de 'onderwijsmarkt'; een bekostigingsbeschikking wordt in beginsel juist voor onbepaalde tijd verleend (en loopt niet af zoals een subsidiebeschikking). Bestaande partijen hebben daardoor een voordeel op 'nieuwkomers' die moeilijk kunnen toetreden. Immers: eventueel leerlingenpotentieel van gelijke richting wordt niet meegeteld, en – zo blijkt ook uit deze casus – bestaande scholen hebben de mogelijkheid om 'strategisch' van kleur te verschieten. Ook in de besproken casus besloot een van de scholen die beroep aantekende tegen het positieve bekostigingsbesluit voor het Tjalling Koopmanscollege – nadat het Tjalling Koopmans zich manifesteerde – om de statuten te wijzigen (van protestants-christelijk, naar protestants-christelijk en katholiek), zodat een flink potentieel aan leerlingen aan het stichtingsinitiatief niet meer kon meetellen. Een zeker beginsel van transparantie, dat ook besloten is in de rechtspraak

van 'schaarse vergunningen', is zeker ook bij stichting van nieuwe scholen na te volgen, maar tegelijk moet dan in het kader van een 'level playing field' alle strategische bewegingen van scholen worden gewogen. De moeilijkheid is echter dat vervolgens door de overheid getoetst moet worden of en in welke mate 'van kleur verschieten' gebeurt op oneigenlijke gronden (dus het voorkomen dat een nieuwe school wordt opgericht). Een verbod om de richting aan te passen zal ook op grondwettelijke bezwaren stuiten, omdat bijzondere scholen immers vrij zijn om de richting (grondslag) van de school te wijzigen, alhoewel daar mogelijk bekostigingsconsequenties aan verbonden kunnen worden (omzetting in een andere richting is thans alleen nog meldingsplichtig, zie artikel 70 WVO en artikel 7 Regeling voorzieningenplanning VO).

7. De vraag is nu wat de toepassing van het ruimere transparantiebeginsel zoals dat in deze uitspraak is verwoord, betekent voor toekomstige aanvragen. Dat de overheid gehouden is alle stichtingsinitiatieven op een faire en transparante manier te beoordelen ligt voor de hand, maar dat is m.i. meer een zaak van voldoende uitgedachte wet- en regelgeving, dan van het transponeren van Europeesrechtelijke beginselen naar het onderwijs. Die wetgeving rond de planningsystematiek is inmiddels volop in beweging. De staatssecretaris heeft aangekondigd – in navolging van hierboven besproken uitspraken – toch een verzwaarde toets te gaan hanteren bij stichtingsinitiatieven waarbij meerdere richtingen in het spel zijn. Artikel 67 WVO zal worden aangevuld met de bepaling, dat bij een aanvraag waaraan meerdere richtingen als grondslag worden gelegd, dit niet alleen moet blijken uit de statuten, maar dat het moet gaan "om een combinatie die een zekere mate van geworteldheid in de samenleving kent en [...] in de statuten tevens voorzieningen [worden] getroffen ter waarborging van het incorporeren van de desbetreffende richtingen in het onderwijs van de school" (Wetsvoorstel modernisering van de bepalingen over de voorzieningenplanning, *Kamerstukken II 2016/17, 34642, 2*). De facto wordt daarmee de mogelijkheid van stichting op meerdere grondslagen (bijvoorbeeld katholiek en algemeen- bijzonder) de pas afgesneden; niet voorstelbaar is dat een dergelijke combinatie voldoet aan de strenge voorwaarden van (maatschappelijk institutionele) inbedding zoals vastgelegd in de jurisprudentie (ABRvS 15 januari 1998, *AB 1998/173, m.nt. B.P. Vermeulen*). Een fundamentele wijziging in de systematiek van de stichting van scholen zal pas plaatsvinden wanneer het begrip richting daadwerkelijk als beslissend element uit de planningsystematiek wordt gehaald. Dit voorstel onder de noemer 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' staat al geruime tijd op de rol (zie *Kamerstukken II 2014/15, 31135, 53*), maar bevat in de uitwerking nog veel haken en ogen. Er is twijfel over de noodzaak en omvang van de behoefte aan nieuwe scholen, en vragen rond de duurzame alternatieven die er zijn voor de prognoses (zie daarover uitgebreid het eerder genoemde preadvies van Laemers en Zoontjens). Een volgende kabinetsperiode zal het uitwijzen.

P.W.A. Huisman