

uitspraak

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling bestuursrecht

Locatie Leeuwarden

zaaknummer: AWB LEE 13/1777

uitspraak van de meervoudige kamer van 15 april 2014 in de zaak tussen

**de Stichting Christelijk Basisonderwijs Dongeradeel en
de Vereniging voor Christelijk Speciaal Basisonderwijs en Praktijkonderwijs De
Twine**, beide te Dokkum, eisers
(gemachtigde: mr. E.M. van der Molen),

en

de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
verweerder
(gemachtigde: mr. M.Y. van Hattum).

Procesverloop

Bij besluit van 18 januari 2013 (het primaire besluit) heeft verweerder de aanvraag van eisers om goedkeuring van de voorgenomen fusie afgewezen.

Bij besluit van 15 mei 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaarschrift van eisers ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit hebben eisers beroep aangetekend.

De zaak is behandeld ter zitting van de rechtbank, gehouden op 1 oktober 2013. Namens eisers zijn C. Doodeman en B. van Domburg verschenen, bijgestaan door hun gemachtigde. Namens verweerder is genoemde gemachtigde verschenen. Het onderzoek is ter zitting gesloten.

Bij brief van 2 oktober 2013 heeft de rechtbank aan partijen meegedeeld dat het onderzoek is heropend ten einde de zaak door te verwijzen naar een meervoudige kamer.

Met toestemming van partijen doet de rechtbank uitspraak zonder nadere zitting. Het onderzoek wordt opnieuw gesloten.

Overwegingen

1. De rechtbank neemt de volgende, door partijen niet betwiste, feiten als vaststaand aan. Op 1 juni 2012 hebben de Vereniging voor Protestants Christelijk Basisonderwijs Dongeradeel en de Vereniging voor Christelijk Speciaal Basisonderwijs en Praktijkonderwijs De Twine (CSBO De Twine) een aanvraag voor goedkeuring van de voorgenomen bestuurlijke fusie ingediend. Op 18 december 2012 heeft de Adviescommissie fusietoets in het onderwijs (hierna: de commissie) een advies uitgebracht over de voorgenomen

bestuurlijke fusie. Bij het primaire besluit heeft verweerder de aanvraag voor goedkeuring afgewezen. Per 1 januari 2013 is de Vereniging voor Protestants Christelijk Basisonderwijs Dongeradeel omgezet in de Stichting Christelijk Basisonderwijs Dongeradeel (CBO Dongeradeel). Eisers hebben op 7 februari 2013 bezwaar gemaakt tegen het primaire besluit.

2. In het bestreden besluit heeft verweerder de afwijzing van de aanvraag om goedkeuring voor de voorgenomen bestuurlijke fusie gehandhaafd. Verweerder heeft gesteld dat er met de voorgenomen fusie sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie in het onderwijsaanbod en dat er geen rechtvaardigingsgronden voor de voorgenomen fusie zijn.

3. Eisers hebben zich -samengevat- op het standpunt gesteld dat geen sprake is van een significante belemmering.

4.1. Ingevolge artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs (Wpo) wordt onder school verstaan een basisschool of een speciale school voor basisonderwijs, tenzij het tegendeel blijkt.

4.2. Ingevolge artikel 64, eerste lid, onder a, van de Wpo wordt onder fusie een bestuurlijke of institutionele fusie verstaan. Onder c is bepaald dat onder bestuurlijke fusie wordt verstaan: een fusie waarbij een of meer rechtspersonen de instandhouding van een school, een school als bedoeld in de Wet op de expertisecentra dan wel de Wet op het voortgezet onderwijs overdragen.

Ingevolge artikel 64c, eerste lid, van de Wpo kan Onze minister goedkeuring onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting en pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen, op significante wijze wordt belemmerd. Ingevolge het vierde lid stelt Onze minister beleidsregels vast omtrent de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid.

4.3. Ingevolge artikel 10 van de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs (Stc. 2011, 13592) (hierna: de Beleidsregels) is in het basisonderwijs in ieder geval sprake van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, bedoeld in artikel 64c, eerste lid, van de Wpo, indien de door de voorgenomen bestuurlijke fusie ontstane rechtspersoon een marktpositie van meer dan 50% van het onderwijsaanbod heeft in de gemeente of gemeenten waarin de rechtspersoon scholen in stand houdt, zonder dat daarvoor een aannemelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is.

Ingevolge artikel 19 van de Beleidsregels kunnen rechtvaardigingsgronden als bedoeld in de artikelen 10 tot en met 18 in ieder geval zijn:

- a. de omstandigheid dat bij het achterwege blijven van de fusie de continuïteit of de variatie van het onderwijsaanbod in gevaar komt;
- b. de omstandigheid dat bij het achterwege blijven van de fusie de kwaliteit van het onderwijs in redelijkheid niet geborgd kan worden; en
- c. de omstandigheid dat er binnen de beschikbare financiële middelen geen alternatieve mogelijkheden dan fusie te vinden zijn.

5.1. De rechtbank stelt ter verheldering van de ter zitting opgetreden onduidelijkheid met betrekking tot de op de datum in geding geldende tekst van artikel 10 van de

Beleidsregels voorop dat onder ro. 4.3. de correcte tekst van artikel 10 van de Beleidsregels is opgenomen. Uitgaande van deze tekst moet volgens verweerder geconcludeerd worden dat sprake is van een significante belemmering nu de door de voorgenomen fusie ontstane rechtspersoon een marktaandeel van ongeveer 67% zal hebben. De rechtbank overweegt in dat kader als volgt.

5.2. De Beleidsregels, waaronder voormeld artikel 10, maken onderdeel uit van de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs. Deze beleidsregels zijn vastgesteld om invulling te geven aan de in artikel 64c van de Wpo opgenomen bevoegdheid van verweerder om goedkeuring te onthouden aan een voorgenomen fusie. Verweerder heeft deze bevoegdheid indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het opzicht van richting en pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen, op significante wijze wordt belemmerd.

5.3.1. De rechtbank stelt vast dat uit de Memorie van Toelichting (MvT, TK 2008-2009, 32040, nr. 3, p. 13-14) blijkt dat de keuzevrijheid voor (ouders van) leerlingen voorop staat, waarbij een variatie in het onderwijsaanbod van groot belang wordt geacht. Het centrale criterium voor keuzevrijheid is volgens de wetgever variëteit van het onderwijsaanbod in het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen. Daarbij gaat het om variëteit van richting en schoolsoort en van pedagogisch-didactische concepten in het funderend onderwijs. Het gaat zowel om externe als interne keuzevrijheid, zowel om de keuze tussen onderwijsinstellingen als om de keuze uit een gevarieerd aanbod binnen bestuurlijke eenheden of instellingen.

5.3.2. De wetgever heeft benadrukt dat de fusietoetsing nieuw is in de onderwijssectoren, waardoor het moeilijk is om vooraf te bepalen wat de precieze criteria moeten zijn om uit te maken wanneer de variëteit van het onderwijsaanbod in gevaar komt en hoe die criteria moeten worden afgewogen tegen andere waarden als kwaliteit en efficiency. Elke toets is maatwerk blijkens de MvT, waarbij de toets bedoeld is om motieven en belangen (kwaliteit, continuïteit, efficiency en bestuurskracht) af te zetten tegen het centrale criterium van de fusietoets: variëteit. Benadrukt is eveneens dat een fusie tussen scholen in een dunbevolkt gebied grotere gevolgen voor de keuzevrijheid heeft dan een fusie van dezelfde omvang in een dichtbevolkt gebied. Deze verschillen laten zich moeilijk vangen in algemene kwantitatieve criteria, zoals de maximale omvang van een schoolbestuur. Het voordeel van een norm met algemene kwantitatieve criteria is volgens de wetgever dat dit leidt tot helderheid en gelijke behandeling. Het nadeel dat daarbij wordt gezien is dat een dergelijke norm rigide kan zijn en onvoldoende rekening houdt met specifieke omstandigheden. Daarom is er blijkens de MvT bij de uitwerking van het toetsingscriterium voor primair onderwijs voor gekozen om afhankelijk van de specifieke situatie een meer open geformuleerd kwalitatief criterium te hanteren om te beoordelen wat de gevolgen zijn voor de keuzevrijheid voor de ouders. Dat criterium beoordeelt of na een fusie in het geografische voedingsgebied voldoende sprake blijft van een gevarieerd aanbod, dat voldoende aansluit op de voorkeuren van ouders. In dat kader wordt de situatie voor de fusie vergeleken met de te verwachten situatie daarna. Als het aanbod door de fusie verschaalt en ouders in hun keuzevrijheid worden beperkt, weegt dit zwaar bij het oordeel over de fusie. Er moeten dan dwingende redenen zijn om toch te kunnen fuseren, bijvoorbeeld omdat het verminderde aanbod onvermijdelijk is door autonome leerlingendaling in de regio. Indien goedkeuring wordt onthouden, zal in de motivering van het besluit worden aangegeven op grond van welke overwegingen dit gebeurt.

5.3.3. De rechtbank stelt vast dat uit de MvT blijkt dat de wetgever voor de fusietoets bewust heeft gekozen voor een *kwantitatief* criterium. De vraag waar de rechtbank zich vervolgens voor gesteld ziet, is hoe artikel 10 van de Beleidsregels zich verhoudt tot de onder r.o. 5.3.2. weergegeven bedoeling van de wetgever. In genoemd artikel wordt nadrukkelijk een algemeen *kwantitatief* criterium gesteld bij de vraag of sprake is van een significante belemmering van de variatie in het onderwijsaanbod, namelijk dat daarvan sprake is indien de door de voorgenomen bestuurlijke fusie ontstane rechtspersoon een marktpositie van meer dan 50% van het onderwijsaanbod heeft in de gemeente of gemeenten waarin de rechtspersoon scholen in stand houdt, zonder dat daarvoor een aannemelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is. De rechtbank is van oordeel dat dit criterium in strijd komt met het bepaalde in artikel 64c van de Wpo en de bedoeling van de wetgever. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat blijkens de MvT (p. 14) de wetgever heeft overwogen dat als een overgrote meerderheid van de kinderen uit een voedingsgebied voor het schoolbezoek is aangewezen op het aanbod van één aanbieder, waarbij 75% wordt genoemd, nog steeds niet wordt gesproken over een significante belemmering, maar wordt aangegeven dat dit reden geeft de noodzaak van de fusie scherp te toetsen.

5.3.4. Uit het voorgaande vloeit voort dat artikel 10 van de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs onverbindend is wegens strijd met artikel 64c van de Wpo en dat het daarom buiten toepassing dient te worden gelaten. Dit betekent dat daarmee de grondslag aan de onthouding van goedkeuring van de voorgenomen fusie is komen te ontvallen.

6. Het beroep is gegrond en de rechtbank vernietigt het bestreden besluit. De rechtbank ziet geen aanleiding zelf in de zaak te voorzien nu het hier een bevoegdheid van verweerder betreft.

7. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eisers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

8. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 974,- (1 punt voor het indienen van de beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 487,- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 318,- aan eisers te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 974,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. P.G. Wijtsma, voorzitter, en mr. C.H. de Groot en mr. E.M. Visser, leden, in aanwezigheid van mr. E. Nolles, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 15 april 2014.



griffier



rechter

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Afschrift aangetekend verzonden op:

16 APR 2014

Voor kopie conform
Rechtbank Noord-Nederland
Afdeling Bestuursrecht