

Toezicht en handhaving als scholen open kunnen maar dat niet willen

Inleiding

Op basis van de thans geldende noodverordeningen van de veiligheidsregio's is het onderwijsinstellingen (in beginsel) verboden onderwijs op school te geven. Als de corona-crisis is geweken, zullen deze noodverordeningen niet meer gelden. Scholen kunnen dan weer open. Een mogelijk scenario is dat scholen desalniettemin de deuren gesloten houden, om wat voor reden dan ook. De vraag is of en hoe daartegen kan worden opgetreden.

Wettelijk kader

PO en VO

Er kan een aantal voorschriften worden overtreden indien een school de deuren gesloten houdt.

Art. 8 lid 1 WPO en 2 lid 2 WVO:

Het onderwijs wordt zodanig ingericht dat de leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen. Het wordt afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen.

De schending van deze verplichting ligt het meest voor de hand. Als een school geen onderwijs op school biedt is het onderwijs niet ingericht om leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces te laten doorlopen. Weinigen zullen er aan twifelen dat dat ontwikkelingsproces door de huidige crisismaatregelen in gevaar wordt gebracht. Op het moment van schrijven van deze notitie levert dat echter geen strijd op met deze bepaling, omdat scholen daar niet aan kunnen voldoen, door de regels van de noodverordeningen, die voorrang hebben op andere wettelijke voorschriften (zie art. 176 Gemeentewet, waarin is bepaald dat bij noodverordening mag worden afgeweken van wettelijke voorschriften).

Art. 8 lid 9 WPO

Het onderwijs wordt zodanig ingericht dat:

- a. de leerlingen in beginsel binnen een tijdvak van 8 aaneensluitende schooljaren de school kunnen doorlopen;
- b. de leerlingen in 8 schooljaren ten minste 7.520 uren onderwijs ontvangen, met dien verstande dat:
 - 1°. de leerlingen in de eerste 4 schooljaren ten minste 3.520 uren onderwijs en in de laatste 4 schooljaren ten minste 3.760 uren onderwijs ontvangen, en
 - 2°. aan de leerlingen in de laatste 6 schooljaren ten hoogste 7 weken van het schooljaar 4 dagen per week onderwijs wordt gegeven, die evenwichtig zijn verdeeld over het schooljaar, bij een schoolweek van in beginsel niet minder dan 5 dagen onderwijs; en
- c. de onderwijsactiviteiten evenwichtig over de dag worden verdeeld, tenzij afwijking van deze verdeling van belang is in verband met activiteiten in het kader van het voorkomen en bestrijden van onderwijsachterstanden.

Art. 6g WWVO

1. Voorbereidend wetenschappelijk onderwijs aan scholen als bedoeld in artikel 7, omvat ten minste 5.700 klokuren.
2. Hoger algemeen voortgezet onderwijs:
 - a. aan scholen als bedoeld in artikel 8, onderdeel a, omvat ten minste 4.700 klokuren;
 - b. aan afdelingen als bedoeld in artikel 8, onderdeel b, omvat ten minste 1.700 klokuren.
3. Middelbaar algemeen voortgezet onderwijs aan scholen als bedoeld in artikel 9, omvat ten minste 3.700 klokuren.
4. Voorbereidend beroepsonderwijs aan scholen als bedoeld in artikel 10a, omvat ten minste 3.700 klokuren.

5. Het bevoegd gezag vult de uren in met activiteiten die worden verzorgd in een onderwijsprogramma als bedoeld in de artikelen 10, tweede lid, 10b, tweede lid, 10d, tweede lid, 11c, eerste lid, 11f en 12, vijfde lid, tweede volzin.
6. Het bevoegd gezag beschikt over geordende gegevens over die invulling en over de spreiding van de uren over de verschillende leerjaren.
7. De inspectie kan op verzoek van het bevoegd gezag ermee instemmen dat om lichamelijke of psychische redenen voor individuele leerlingen wordt afgeweken van het eerste, tweede, derde of vierde lid. (...)

Art. 6g1 WVO

1. In elk schooljaar wordt op ten minste 189 dagen onderwijs verzorgd.
2. In afwijking van het in het eerste lid genoemde aantal dagen behoeft in het laatste leerjaar geen onderwijs te worden verzorgd vanaf de aanvang van het eerste tijdvak waarin het centraal examen wordt afgenomen.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen voorschriften worden gesteld omtrent vakanties en andere dagen waarop geen onderwijs behoeft te worden verzorgd.
4. Bij ministeriële regeling kunnen begin en eind van vakanties worden vastgesteld, die niet voor alle scholen gelijk behoeven te zijn. Daarbij kan het aantal dagen, genoemd in het eerste lid, voor een daarbij aan te geven groep scholen hoger of lager worden vastgesteld indien dit noodzakelijk is in verband met de spreiding van de landelijk vastgestelde vakanties over verschillende delen van Nederland.

De normen over onderwijstijd zijn redelijk globaal, vooral in het VO. Daardoor kan er op veel verschillende manieren invulling aan worden gegeven. Desalniettemin kan het zo zijn dat, als een school gesloten blijft, aan de normen voor onderwijstijd niet meer kan worden voldaan. Bijvoorbeeld doordat het aantal verplichte dagen in het VO (189, zie art. 6g lid 1) niet wordt gehaald, of doordat het minimum aantal uren niet meer kan worden bereikt.

Complicerende factor hierbij is dat we in onze communicatie aan scholen hebben aangegeven dat we niet strikt vasthouden aan de normen voor onderwijstijd. Deze ruimte geldt uiteraard slechts voor zover scholen daar niet aan kunnen voldoen als gevolg van de crisismaatregelen. Als de crisismaatregelen niet meer gelden, mag van scholen worden verwacht dat zij weer zullen voldoen aan de eisen.

Het niet voldoen aan de wet kan leiden tot bekostigingssancties. Op grond van art. 164 Wpo en art. 104 Wvo kan de bekostiging worden opgeschort of ingehouden. De Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen schrijft voor dat de bekostiging in eerste instantie moet worden opgeschort. Pas als dat geen effect blijkt te hebben, kan tot een inhouding worden overgegaan. Zie art. 4 van die beleidsregel. Indien scholen de deuren gesloten houden, terwijl zij volgens het RIVM open kunnen gaan, is deze sanctie aangewezen.

Een inhouding of opschorting kan alleen worden opgelegd, zolang de overtreding nog gaande is.¹ Bij het inzetten van deze instrumenten moeten worden voldaan aan de vereisten uit de Awb worden voldaan. Denk aan de hoorplicht, op grond van art. 4:8 Awb. In spoedeisende situatie mag van het horen worden afgezien, op grond van art. 4:11 Awb.

Indien een overtreding al ten einde is, kan art. 4:49 Awb een grondslag bieden voor een bekostigingssanctie. Als wordt geconstateerd dat een school gedurende te weinig uren onderwijs heeft gegeven (bijvoorbeeld omdat de school, in weerwil van adviezen van het RIVM, niet open is gegaan), kan dat (achteraf) leiden tot lagere vaststelling (en terugvordering) van de bekostiging, omdat een deel van de bekostiging ten onrechte niet is besteed om het voorgeschreven aantal onderwijsuren te realiseren.²

¹ ABRvS 25 februari 2015, AB 2015, 217.

² Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 4 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3484.

MBO en HO

Indien de instructies van het RIVM wijzigen zodat instellingen weer open kunnen gaan en een instelling weigert dit te doen, kan in strijd met de WEB dan wel de WHW worden gehandeld.

De WEB stelt diverse eisen aan de kwaliteit van het onderwijs en de examinering. Zo bepaalt de WEB dat een beroepsopleiding zo moet zijn ingericht dat:

- de studenten de opleidingsdoelen binnen de wettelijk vastgestelde studieduur kunnen behalen;
- het onderwijsprogramma evenwichtig moet zijn ingedeeld;
- het voldoende begeleide onderwijsuren (met actieve betrokkenheid onderwijspersoneel) en voldoende uren beroepspraktijkvorming (bpv) moet omvatten met een totale studielast van 1600 klokuren per jaar.
- De wet geeft ook een verdeling per niveau van beroepsonderwijs en verschillend voor BOL en BBL tussen de begeleide onderwijsuren en de bpv.

Een instelling mag voor een andere verdeling onderwijstijd en bpv kiezen, mits het bevoegd gezag in zijn bestuursverslag verantwoording hierover aflegt én de kwaliteit van de opleiding hier niet onder lijdt. De studentenraad moet hier ook mee instemmen.

Als een instelling gesloten blijft voor studenten maar voor de rest van het studiejaar nog wel afstandsonderwijs aanbiedt, zal aan de hand van het bovenstaande kader moeten worden bekeken of er sprake is van strijd met de WEB.

Het niet voldoen aan de WEB kan leiden tot een bekostigingssanctie. Voor niet-bekostigde instellingen resteert alleen ontneming van het recht op diploma-erkenning of examinering.

Voor hoger onderwijs geldt dat, indien de instructies van het RIVM wijzigen zodat instellingen weer open kunnen gaan en een instelling weigert vervolgens dit te doen, bepaalde opleidingen wellicht onstudeerbaar worden. Van dat laatste zou sprake kunnen zijn als de student niet voldoende studiepunten kan behalen. In dat geval handelt de instelling mogelijk in strijd met de verplichting in de WHW een opleiding zodanig in te richten dat een student in staat is het aantal studiepunten te behalen. Het niet voldoen aan deze verplichtingen kan leiden tot een bekostigingssanctie. Voor niet-bekostigde instellingen resteert het intrekken van de toestemming om graden te verlenen.

Evenredigheid sancties

Bij het treffen van bovengenoemde (bekostigings)sancties zal, net zoals bij ieder ander besluit, het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in art. 3:4 Awb, in acht moeten worden genomen. In dat kader moet worden afgewogen of het belang dat met het sanctiebesluit wordt nagestreefd, zodanig zwaar is dat dit opweegt tegen de belangen van de overtreder, die door het sanctiebesluit immers zullen worden geraakt.³

Een relevante omstandigheid in het kader van die afweging, is of de overtreder de overtreding wel kan beëindigen of had kunnen voorkomen.⁴ Denkbaar is dat scholen of instellingen zich beroepen op een overmachtsituatie. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat het onderwijs vanwege ziekte van docenten niet organiseerbaar is conform de wettelijke voorschriften en de adviezen van het RIVM.

³ Zie voor een voorbeeld van een geslaagd beroep op het evenredigheidsbeginsel bij een gewijzigde vaststelling van bekostiging op grond van art. 4:49 Awb: ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097.

⁴ De ABRvS heeft in niet-onderwijsrechtelijke handhavingszaken aangegeven dat ingeval van overmacht handhaving onevenredig kan zijn, als zal overmacht niet snel worden aangenomen. ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8769. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, "De beginselplicht tot handhaving", JB Select 2014, p. 378 en art. 5:5 Awb, waarin is bepaald dat geen sancties wordt opgelegd indien sprake is van een rechtvaardigingsgrond, waartoe ook overmacht kan worden gerekend. Zie voor dat laatste F.C.M.A. Michiels e.a., Handhavingsrecht, Deventer: Kluwer 2016, p. 213. Art. 5:5 Awb is overigens in beginsel slechts van toepassing op de last onder dwangsom, de last onder bestuursdwang en de bestuurlijke boete (zie 5:3 Awb).

Als werkelijk sprake is van een overmachtsituatie, kan er geen sanctie worden opgelegd die als doel heeft om naleving af te dwingen, dat wil zeggen: opschorten of inhouden van de bekostiging. Immers, als er sprake is van overmacht, is naleving onmogelijk. Dat doel van het besluit kan dus simpelweg niet worden bereikt. Daarmee is er geen enkel belang bij oplegging van de sanctie, die dus per definitie onevenredig zal zijn.

Bij sancties die er niet op zijn gericht een overtreding te beëindigen kan dit anders liggen. Het op grond van art. 4:49 Awb lager vaststellen van de bekostiging, terwijl de overtreding al niet meer wordt begaan, bijvoorbeeld, dient er niet toe om naleving af te dwingen. Doel van toepassing van die bevoegdheid kan bijvoorbeeld zijn om ervoor te zorgen dat een gegeven subsidie ook daadwerkelijk wordt besteed aan de activiteiten die gesubsidieerd worden; het belang bij het lager vaststellen van de bekostiging is veel meer gelegen in een effectief en efficiënt beheer van de overheidsfinanciën. Als een school geen onderwijs verzorgt, door overmacht, kan dat doel – anders bij de inhouding en de opschorting – bij toepassing van art. 4:49 Awb nog steeds worden bereikt. Er is in zo'n geval, of er nu sprake is van overmacht of niet, immers bekostiging verstrekt, terwijl de gesubsidieerde activiteit niet of nauwelijks heeft plaatsgevonden.

In een uitspraak van de ABRvS van 10 oktober 2012⁵ ging het om de situatie waarin er bekostiging was verstrekt voor te veel deelnemers. Het werkelijke aantal deelnemers bleek lager te zijn, waardoor de bekostiging lager uitviel. In dat geval moesten, in het kader van toepassing van art. 4:49 Awb, tegen elkaar worden afgewogen: "het belang van een juiste vaststelling van rijksbijdragen enerzijds en de gevolgen van de lagere vaststelling voor de stichting anderzijds."

Het gebruik maken van deze bevoegdheid kan echter nog altijd onevenredig zijn. Denk aan de situatie waarin een school door overmacht geen onderwijs heeft kunnen verzorgen, maar wel alle kosten die bij dat onderwijs horen heeft moeten maken. Een en ander zal dus van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

⁵ AB 2013, 162.