



Vereniging voor katholiek  
en christelijk onderwijs



**VOS ABB**  
versterkt en verdiept



vereniging voor  
gereformeerd  
schoolonderwijs



Datum	23 december 2021	Contactpersoon	Robbert Jan de Vries
onderwerp	Internetconsultatie Ontwerpbesluit Actualisering deugdelijkheidseisen funderend onderwijs	e-mail / mobiel	rjdevries@verus.nl / 06-23799027

Geachte mevrouw/meneer,

De algemene regel in het rechtspersonenrecht is dat het bestuur is belast met het besturen. Besturen kan worden gezien als het oplossen van een vergelijking met minstens één onbekende factor te veel. Het heeft dus altijd in zekere mate een risico-karakter. Dat karakter kan en moet niet vermeden worden. Besturen kan ook worden vergeleken met een uitspraak van het orakel van Delphi<sup>1</sup>. Het besturen van een rechtspersoon omvat in ieder geval het financieel beheer van de rechtspersoon. Voor schoolbesturen is het belangrijk om ruimte te hebben en houden om te kunnen besturen en afwegingen te kunnen maken bij het aanwenden van bekostiging. Die ruimte is natuurlijk relatief en begrensd door wettelijke normen, in de eerste plaats het Burgerlijk Wetboek. Wij kunnen ons voorstellen dat de overheid op haar beurt ruimte wil hebben om te kunnen interpreteren of een schoolbestuur de bekostiging evident ondoelmatig heeft aangewend. Het gaat per slot van rekening om publieke gelden. In het Ontwerpbesluit Actualisering deugdelijkheidseisen funderend onderwijs wordt getracht een middenweg te vinden tussen de ruimte van de schoolbesturen en van de overheid. Wij hebben daarbij enkele opmerkingen, hiervoor verwijzen wij u naar de bijlage.

Vanwege de grote impact die dit ontwerpbesluit kan hebben voor bestuurders en interne toezichthouders van onderwijsorganisaties gaan wij ervan uit dat dit ontwerpbesluit aan de Raad van State zal worden voorgelegd. Deze opmerking plaatsen wij mede tegen de achtergrond van de voorgestelde wettelijke uitbreiding van het bestuurlijk instrumentarium.

Met vriendelijke groet,

Berend Kamphuis (Verus)  
Hans Teegelbeckers (VOS/ABB)  
Pieter Moens (VGS)  
Edward Moolenburgh (VBS)  
Arno Bronkhorst (VBSO)

---

<sup>1</sup> Zie [Dijk](#), Van der Ploeg, **Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zevende druk**, Deventer: Kluwer, 2019, p.207.

## **Bijlage - Opmerkingen bij het Ontwerpbesluit Actualisering deugdelijkheidseisen funderend onderwijs**

### **1. Belangrijkste aandachtspunten in dit besluit**

In dit ontwerpbesluit wordt nader invulling gegeven aan het begrip “evident ondoelmatige besteding van de bekostiging” in de Wet actualisering deugdelijkheidseisen. Dit ontwerpbesluit geldt alleen voor het voor het funderend onderwijs. In het ontwerpbesluit worden tevens enkele technische aanpassingen geregeld. Hieronder zullen wij ingaan op het eerstgenoemd onderdeel.

### **2. Terughoudende beoordeling**

De Wet actualisering deugdelijkheidseisen was nodig, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 23 november 2016 oordeelde dat de WVO niet in een specifieke bevoegdheid voorziet om de bekostiging te corrigeren in het geval van ondoelmatige aanwending van de Rijksbekostiging. De Raad van State stelde dat de veronderstelde wettelijke basis voor het toepassen van een correctie op de bekostiging wegens ondoelmatige besteding daarmee ontbreekt, waardoor geen bekostigingssanctie kon worden opgelegd (<https://deelink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2016:3112>). Wel bevatten de bekostigingsbesluiten WPO, WEC en WVO bepalingen die beogen de bekostiging lager vast te stellen als is vastgesteld dat sprake is van ondoelmatige aanwending van de bekostiging. Dat was voor de Raad van State niet voldoende.

In zijn advies over het wetsvoorstel Wet actualisering deugdelijkheidseisen (Kamerstukken II, 2018-2019, 35 102, nr. 4) pleitte de Raad van State ervoor de nieuwe deugdelijkheidseis van een doelmatige aanwending inzake middelen te preciseren en te begrenzen. Zowel de PO-Raad en de VO-raad als de Onderwijsraad hebben in het kader van de internetconsultatie over het wetsvoorstel gevraagd om een scherpere afbakening, aldus de Raad van State. De Afdeling wijst er op dat het maken van keuzen met betrekking tot de exploitatie en aanwending van middelen – binnen de grenzen van rechtmatigheid – berust bij het bevoegd gezag, en dat het aan de interne toezichthouder is om daarop toe te zien (zie bijvoorbeeld artikel 17c, eerste lid, onder c van de WPO). Beperkingen van deze autonome bevoegdheid dienen voldoende precies en begrensd te zijn.

Wij merken op dat de “evident ondoelmatige besteding” weliswaar in de definitieve wet (actualisering deugdelijkheidseisen) is opgenomen, maar dat de terughoudendheid bij de beoordeling niet in de tekst van de wet, maar slechts in de toelichting is opgenomen. De terughoudendheid is evenmin in de tekst van het ontwerpbesluit opgenomen. Wij pleiten ervoor de norm “terughoudendheid” op te nemen in het besluit, dit naast de vergelijkbare norm in de Wet op het onderwijstoezicht. Het op deze wijze versterken van de norm past bij de bescherming die het funderend onderwijs geniet en vindt haar basis in de toelichting op de wet. Het is ook nodig gelet op de voorgenomen uitbreiding van het bestuurlijk instrumentarium (Kamerstukken II, 2021/2022, 35 920, nr. 2), die kort samengevat inhoudt:

De minister kan een aanwijzing tot het nemen van een of meer maatregelen geven, indien sprake is van wanbeheer. Onder wanbeheer wordt in het wetsvoorstel (hier alleen vermeld t.a.v. primair onderwijs) ook financieel wanbeleid verstaan (artikel 163b WPO). Ook kan de minister in het geval uit het tekortschieten in de naleving van het bepaalde bij of krachtens de onderwijswet een ernstig vermoeden van wanbeheer volgt, een spoedaanwijzing opleggen (artikel 163b1 WPO). En de

minister kan een school opheffen (openbare school) of de bekostiging van een bijzondere school beëindigen indien het bevoegd gezag niet of niet volledig heeft voldaan aan een aanwijzing wegens wanbeheer en het wanbeheer niet is beëindigd (artikel 164, lid 4).

Wellicht ten overvloede wijzen wij nog op hetgeen de Onderwijsraad schrijft over de terughoudende beoordeling in zijn Advies "*Grenzen stellen, ruimte laten*" P. 67/68):  
" Uitvoerende en toezichthoudende overheidsinstanties mogen [...] geen eigen normen [...] toevoegen. Ze horen respect op te brengen voor de ruimte die de wetgever scholen laat. Daarom betrachten ze in de uitleg en toepassing van wetgeving terughoudendheid en een gepaste ruimte voor eigenheid. Zo hoort de Inspectie van het Onderwijs bij het nalevingstoezicht de interpretatie van wettelijke voorschriften niet op te rekken noch zelf buitenwettelijke normen te stellen. Denk aan hoe in de inspectiekaders voor de initiatiefwet-Bisschop c.s. kwaliteitsaspecten werden uitgewerkt op een manier dat ze gingen werken als normen, zonder dat de koppeling aan wettelijke voorschriften altijd duidelijk was."

En:

"Overheidsinstanties mogen de grenzen van hun bevoegdheid en het juridisch toelaatbare niet overschrijden als ze pogen aandacht en respect voor de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat in het onderwijs te bewaken of te bevorderen. Zij horen hun taken uit te voeren met de hun daartoe toegekende bevoegdheden. Dat een overheidsinstantie een taak heeft, wil nog niet zeggen dat die instantie alles mag doen wat dienstig is om die taak uit te voeren. Voor de Inspectie van het Onderwijs geldt bijvoorbeeld dat uit de toezichthoudende taken niet voortvloeit dat ze zomaar alle methoden mag toepassen die ze behulpzaam acht. Rondom het themaonderzoek naar burgerschapsonderwijs kwam de suggestie wel op dat de inspecteurs alles mochten doen wat nodig was om een oordeel te kunnen vellen over het burgerschapsonderwijs aan een school. Die suggestie is te stellig."

### **3. Wat is "evident ondoelmatig"?**

Versterking van de norm "terughoudendheid" is ook nodig tegen de achtergrond van de invulling die in het ontwerpbesluit wordt voorgesteld van de wettelijke norm "evident ondoelmatig". Deze invulling is nog steeds niet precies en laat veel ruimte voor interpretatie en staat op gespannen met de eerder genoemde bescherming. Dat doelmatigheid in de Web en de Whw is geregeld doet daar niet aan af. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Actualisering deugdelijkheidseisen funderend onderwijs (Kamerstukken II, 2018-2019, 35 102, nr. 3, p. 9 en 10) vermeldt over doelmatigheid:

" Doelmatige besteding van onderwijsmiddelen is een steeds terugkerend onderwerp van maatschappelijk debat. De wet geeft voorschriften voor rechtmatige besteding van de bekostiging. Op de vraag of een bestuur de middelen die hij ontvangt al dan niet doelmatig aanwendt, is echter geen eenduidig antwoord te geven. In algemene zin kan wel worden gesteld dat het van belang is dat een bestuur de keuzes die het maakt goed kan verantwoorden. Bij het doordenken van deze keuzes zijn wel enkele richtinggevende vragen te formuleren, die behulpzaam kunnen zijn bij het maken van de afweging of een uitgave voor de school als doelmatig wordt gezien. Zo kan de vraag worden gesteld of een voorgenomen uitgave wel efficiënt zou zijn. Past de uitgave bij het (onderwijs)doel van de school, en verhoudt de aard van de activiteiten die worden verricht zich daar toe? Vervolgens kan worden bekeken of de kosten die worden gemaakt in dat kader ook proportioneel zijn. Is de keuze gemotiveerd, en is het nodig om de uitgave te doen? Is er misschien sprake van onnodige luxe, is er een goedkoper alternatief? Hoewel op de vraag wanneer sprake is van een doelmatige aanwending van middelen geen eenduidig antwoord kan

worden gegeven, kan er wel sprake zijn van evident ondoelmatige besteding. In dergelijke gevallen, waarin sprake is van evidente ondoelmatigheid, dient de Minister een sanctie te kunnen opleggen.”

De toepassing/beoordeling van de norm “evident ondoelmatig” in het ontwerpbesluit zal moeten geschieden binnen de kaders van de toelichting op de wet. Volgens het ontwerpbesluit is van evident ondoelmatige aanwending van de bekostiging sprake als de bekostiging is aangewend op een wijze die:

- a) kennelijk excessief is in relatie tot het doel, de aard of de omvang van activiteiten; of
- b) niet of nauwelijks bijdraagt aan het doel waarvoor de bekostiging is verstrekt of die verenigbaar is met de strekking van de wet.

In het algemeen deel van de toelichting op de evident ondoelmatige aanwending van de bekostiging op deze normen schrijft de regering:

“Voorkomen moet immers worden dat scholen zich belemmerd zouden voelen in het doen van uitgaven, uit vrees dat deze wellicht ondoelmatig zouden zijn. Het mag ook niet zo zijn dat met terugwerkende kracht een weloverwogen en redelijke beslissing, die later verkeerd uitpakt, het bestuur zou worden tegengeworpen. ‘Evident’ geeft hier aan dat dit laatste alleen aan de orde kan zijn als *op voorhand* de ondoelmatigheid al vaststaat, of als een genomen risico vanaf de aanvang al als onredelijk kan worden beoordeeld.”

Wij vragen ons af of deze toelichting met zich brengt dat bestuur en intern toezichthouder een andere of grotere onderzoeksplicht hebben dan een gemiddeld bestuur van een rechtspersoon? Tot in welke mate dient een gebruikelijk risicomanagement van een bestuur zich uit te strekken? En hoe verhoudt zich een en ander dan tot de zorgvuldigheid die een redelijk handelend bestuurder onder gelijke omstandigheden in acht dient te nemen? Ook vragen wij ons af hoe deze bepalingen zich verhouden tot de definitie van wanbeheer in het rechtspersonenrecht en de jurisprudentie daaromtrent, dit mede gelet op de definities van wanbeheer en financieel wanbeleid in het Wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs (Kamerstukken II, 2021–2022, 35 920, nr.2)?

In de artikelsgewijze toelichting op artikel 34a van het Besluit bekostiging WPO (p. 8 van het ontwerpbesluit; zo ook de andere onderwijssoorten) is vermeld: “Dit onderdeel betreft de situatie dat teveel geld wordt uitgegeven aan een – op zichzelf genomen - legitiem doel.” Wij merken op dat hier een bredere uitleg wordt gegeven dan in het algemeen deel van de toelichting. Gaat het om teveel of om aanwending die “kennelijk excessief” is? Begrijpen wij het goed dat met het begrip “kennelijk” is bedoeld dat het niet om twijfelgevallen gaat (Kamerstukken II, 1983/1984, 16 631, nr. 6, p. 34)? Samenvattend, de normen behoeven verheldering en precisering.

In de artikelsgewijze toelichting op artikel 34b van het Besluit bekostiging WPO (p. 8 van het ontwerpbesluit; zo ook de andere onderwijssoorten) is vermeld:

“De hier bedoelde evident ondoelmatige aanwending moet worden onderscheiden van de onrechtmatige aanwending. Laatstgenoemde is rechtstreeks in strijd met wettelijke bepalingen. Daarover is al geregeld dat deze niet ten laste van de rijksbekostiging komt. Dit onderdeel ziet op de situatie dat de wet naar de letter wordt nageleefd, maar dat een constructie wordt gekozen die beoogt een ander doel te dienen dan waarop de wet is gebaseerd. De voorgestelde bepaling is geïnspireerd op een leerstuk uit het belastingrecht. De scheiding tussen geoorloofde en niet geoorloofde routes om belasting te betalen is soms erg dun. Om hiermee om te gaan is in 1926 het begrip ‘*fraus legis*’ geïntroduceerd door de Hoge Raad. Dit begrip wordt nog altijd toegepast om misbruik van recht tegen te kunnen gaan, als wel volgens de letter van de wet wordt

gehandeld, maar een constructie uitsluitend wordt opgezet om belasting te besparen en verder geen fiscale betekenis heeft. De structuur moet in dergelijke gevallen ook in strijd zijn met het doel en de strekking van de wet. De vraag is dus of een financieringsrelatie, afgezien van de fiscale voordelen die daarmee gepaard gaan, al dan niet verdedigbaar is.”

Wij vragen ons af zich af waar deze inspiratie en vergelijking met strafbare belastingontduiking op gebaseerd is en of deze vergelijking een basis heeft in de tekst van onderwijswetten voor het funderend onderwijs. Voorts vragen wij ons af hoe deze passage zich verhoudt tot de Algemene Wet bestuursrecht, met name Titel 4.2. (Subsidies), die van overeenkomstige toepassing op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek (artikel 4:21 lid 4):

Artikel 4:48 bepaalt:

“1. 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;
- b. de subsidie-ontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen;
- c. de subsidie-ontvanger onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag tot subsidieverlening zou hebben geleid;
- d. de subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten, of
- e. met toepassing van artikel 4:34, vijfde lid, een beroep wordt gedaan op de voorwaarde dat voldoende gelden ter beschikking worden gesteld.

2. 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.”

Artikel 4:49

“1. Het bestuursorgaan kan de subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen:

- a. op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld;
- b. indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten, of
- c. indien de subsidie-ontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.

2. De intrekking of wijziging werkt terug tot en met het tijdstip waarop de subsidie is vastgesteld, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald.

3. De subsidievaststelling kan niet meer worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd indien vijf jaren zijn verstreken sedert de dag waarop zij is bekendgemaakt dan wel, in het geval, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, sedert de dag waarop de handeling in strijd met de verplichting is verricht of de dag waarop aan de verplichting had moeten zijn voldaan.”

Is de hele passage in de artikelsgewijze toelichting op artikel 32b niet nogal verontrustend en spreekt er geen wantrouwen uit? Weet een schoolbestuur nog wel waar het aan toe is en wordt de rechtszekerheid niet aangetast? Wordt het bevoegd gezag niet bij voorbaat op achterstand geplaatst, ook doordat onhelder is hoe een procedure rond het bewijsvermoeden verloopt? Kan dit en het toenemend gebrek aan rechtsbescherming de organisaties en personen niet onnodig beschadigen? Gaat deze invulling dan ook niet verder dan noodzakelijk en aanvaardbaar is en

tast het de vrijheid van inrichting van schoolbesturen niet aan?” Kan de minister aangeven welke gevallen in de huidige praktijk hij voor ogen heeft? Waarin schiet de geldende regelgeving tekort? Is de minister voornemens in beleidsregels verplichtingen ten aanzien van de grootte (kengetallen) van bijvoorbeeld de financiële buffer op te nemen met het oogmerk onnodig oppotten te voorkomen?

#### **4. Grondslag**

In de considerans van het ontwerpbesluit worden de artikelen genoemd waarop het ontwerpbesluit is gebaseerd. Aangezien het zwaartepunt van dit ontwerpbesluit gaat over “evidente ondoelmatigheid”, kan volgens ons de verwijzing in de considerans naar artikel 175 lid 5 Wpo, artikel 103a3 lid 5 WVO en artikel 161 lid 5 WEC als basis voor het ontwerpbesluit niet worden gemist. Dat betekent ook dat de voordracht voor het ontwerpbesluit over evidente ondoelmatigheid - in lid 6 van de genoemde bepalingen - niet eerder wordt gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

#### **5. Inwerkingtreding Besluit**

Met het oog op de rechtszekerheid pleiten wij ervoor de inwerkingtreding voor wat betreft de onderdelen die de toepassing van “evidente ondoelmatigheid” betreffen, bij koninklijk besluit te bepalen op 1 augustus 2022.