



## Woord vooraf

Voor u ligt een concept versie van de notitie *Kinderopvang in schoolgebouwen*. Deze notitie is geschreven door mr. A.C.P.M. van Dun, MannaertsAppels Advocaten, op verzoek van KIK. Op 27 september 2018 is deze notitie bij KIK besproken en ten behoeve van verdere publicatie vrijgegeven.

# Kinderopvang in schoolgebouwen

De notitie is als volgt opgebouwd.

- Paragraaf 1 schetst de aanleiding voor en het doel van deze notitie.
- De tweede paragraaf verkent de problematiek in de praktijk.
- De derde paragraaf bekijkt of er mogelijk sprake is van strijdigheid met wet- en regelgeving.
- Paragraaf 4 onderzoekt oplossingen binnen de huidige wet- en regelgeving, waar paragraaf 5 structurele oplossingen beschrijft waarvoor aanpassing van de wet- en regelgeving nodig is.

## 1. AANLEIDING

### Het ontbreken van een 'level playing field' bij het gebruik van ruimtes in schoolgebouwen ten behoeve van kinderopvang

Organisaties die kinderopvang in Nederland exploiteren zijn bezorgd dat er bij het gebruik van ruimtes in schoolgebouwen ten behoeve van kinderopvang geen sprake is van een 'level playing field' (of althans: dat er een groot risico bestaat op verstoring daarvan) tussen enerzijds de exploitanten van "zelfstandige" kinderopvang en anderzijds het bevoegd gezag van scholen c.q. kinderopvangorganisaties gelieerd aan het bevoegd gezag van scholen. Het resultaat daarvan kan zijn dat de laatstgenoemde organisaties kinderopvang kunnen (gaan) aanbieden tegen tarieven waarmee de eerdergenoemde organisaties niet meer kunnen concurreren, waardoor het exploiteren van kinderopvang zonder betrokkenheid van het bevoegd gezag van een school, in een specifiek geografisch gebied dan wel op termijn in heel Nederland, niet langer rendabel is.

MannaertsAppels advocaten heeft hierover, op verzoek van KIK, onderhavige notitie geschreven, met als doel het probleem te beschrijven en te signaleren of er mogelijk sprake kan zijn van strijd met op dit moment geldende wet- en regelgeving, te beschrijven welke mogelijkheden en onmogelijkheden de huidige wetgeving op dit gebied kent om toch tot een level playing field te komen en tot slot te bezien welke oplossingsrichtingen er zouden kunnen worden gekozen om – met een aanpassing van de huidige wetgeving – alsnog een level playing field voor alle partijen actief op het gebied van kinderopvang te verkrijgen en te behouden.



Daarbij is deze notitie bedoeld als startpunt voor een gesprek of discussie, ook politiek, en dus vooral gericht op het benoemen van de verschillende onderdelen van deze problematiek, zonder deze al volledig uit te werken. Een voorbeeld is de vraag of in de huidige opzet sprake zou kunnen zijn van ongeoorloofde staatssteun. In deze notitie zal hierna worden aangegeven dat daarvan sprake zou kunnen zijn en wordt aangegeven om welke redenen dat het geval zou kunnen zijn. De vraag vervolgens of er *daadwerkelijk* sprake is van ongeoorloofde staatssteun, is een vraag die echter niet eenvoudig te beantwoorden is en meer uitvoerig (jurisprudentie)onderzoek vergt. Dat nadere onderzoek is binnen het bestek van deze notitie (nog) niet uitgevoerd.

Deze notitie dient derhalve als opiniërend stuk richting de stakeholders op dit gebied: organisaties op het gebied van kinderopvang, organisaties op het gebied van (primair) onderwijs, de gemeentes maar vooral ook het Ministerie van OCW (als primair verantwoordelijke voor de Wet op het primair onderwijs) en het ministerie van SZW (als primair verantwoordelijke voor de Wet kinderopvang) met als doel de in de ogen van “zelfstandige” kinderopvangorganisaties onwenselijke en oneerlijke verstoringen van het level playing field te voorkomen of te beëindigen.

Eerst nog enkele opmerkingen vooraf. Hiervoor is onderscheid gemaakt tussen enerzijds “zelfstandige” exploitanten van kinderopvang en anderzijds het bevoegd gezag van scholen c.q. kinderopvangorganisaties gelieerd aan het bevoegd gezag van scholen. Met “zelfstandige” exploitanten worden organisaties bedoeld die niet zijn gelieerd aan scholen. Dergelijke organisaties kunnen fungeren met en zonder winstoogmerk, en kunnen kinderopvang aanbieden zowel op locaties in of nabij schoolgebouwen als op locaties onafhankelijk van schoolgebouwen. Waar in deze notitie gesproken wordt over kinderopvang wordt daarmee bedoeld op zowel de dagopvang op kinderdagverblijven als de buitenschoolse (voor- en naschoolse) opvang. Indien het onderscheid tussen de beide vormen van kinderopvang relevant is, zal dat specifiek worden aangeduid.

## **2. WAAROM IS ER GEEN SPRAKE VAN EEN LEVEL PLAYING FIELD?**

Locaties voor kinderopvang kunnen zich bevinden zowel in schoolgebouwen als daarbuiten. Het feit dat er óók locaties voor kinderopvang in (ruimtes in) schoolgebouwen kunnen worden gevestigd is de bron van het probleem met betrekking tot het ontbreken van een level playing field.

Bij scholen in het primair onderwijs kan, op basis van de Wet op het primair onderwijs (WPO), een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds scholen die door de gemeente in stand gehouden worden, waarbij het College van B&W de school “exploiteert” (al komt dat in de praktijk weinig voor), en anderzijds scholen die door “externe” partijen in stand gehouden worden. Het bevoegd gezag (de in de WPO gehanteerde term voor het bestuur van een school) bestaat in dat geval uit een rechtspersoon die een openbare of bijzondere school (c.q. samenwerkingsverband van scholen) exploiteert. Veelal gaat dit om een stichting.

Scholen worden gefinancierd enerzijds via de Rijksoverheid en anderzijds via de gemeente. Vanuit de



Rijksoverheid ontvangt (het bevoegd gezag van) een school een vergoeding voor – kort gezegd – het exploiteren van de school en het onderhoud aan het schoolgebouw. De gemeente zorgt met haar bijdrage voor de financiering van de bouw van het schoolgebouw.<sup>1</sup> Indien een school, door toename van het aantal leerlingen, behoefte heeft aan extra ruimte, kan die school bij de gemeente aanspraak maken op een vergoeding voor het bouwen van die extra ruimte. Kortom: het bevoegd gezag van een school *krijgt* (ietswat plat gezegd) het gebouw waar zij de school exploiteert. Zij hoeft de kosten van de bouw van zo'n gebouw immers niet zelf te dragen.

#### *Verhuur van ruimtes in schoolgebouwen: voorwaarden*

Dergelijke schoolgebouwen mogen – onder bepaalde voorwaarden – op grond van de WPO door het bevoegd gezag vervolgens óók voor andere doeleinden in gebruik worden gegeven of worden verhuurd aan derden. Dat kan dan gaan om ruimtes die slechts op bepaalde momenten van de dag niet in gebruik zijn voor onderwijsdoeleinden. Dergelijke ruimtes kunnen dus bijvoorbeeld voor de voor- en naschoolse opvang worden gebruikt. Het kan ook gaan om ruimtes die gedurende gehele dagen niet (meer) voor onderwijs benodigd zijn. Die ruimtes zouden dus kunnen worden aangewend voor kinderdagopvang (dagopvang).

Als dergelijke ruimtes aan derden in gebruik worden gegeven voor kinderopvang, dan moeten de ruimtes verhuurd worden en is voor die verhuur toestemming benodigd van de gemeente<sup>2</sup>, op grond van het bepaalde in artikel 108 lid 1 WPO<sup>3</sup> en artikel 110 lid 7 WPO<sup>4</sup>. De huurinkomsten komen echter ten goede aan het bevoegd gezag, niet aan de gemeente.

Gemeentes hebben de bevoegdheid om aan het verlenen van toestemming voor de verhuur voorwaarden te verbinden. Door de VNG is een model verordening opgesteld, de “Model Verordening voorzieningen huisvesting onderwijs”, waarin de bevoegdheden en verplichtingen rondom de bouw en verhuur van schoolgebouwen uit de WPO nader worden uitgewerkt. Veel gemeentes gebruiken die model verordening (al dan niet aangepast aan de plaatselijke situatie en wensen). Die model verordening kent bijvoorbeeld in artikel 27 lid 3 de bepaling dat de gemeente aan de toestemming de voorwaarde kan verbinden dat huur wordt bedongen. Er zijn ook gemeentes die verder gaan, en bijvoorbeeld in de verordening opnemen dat (een deel van) de huurinkomsten wordt afgedragen aan de gemeente.

Dat laatste lijkt logisch, gezien het feit dat de gemeente de stichtingskosten van de bewuste ruimte heeft betaald, maar staat op gespannen voet met de huidige stand van de rechtspraak. De Afdeling

---

<sup>1</sup> Strikt genomen ontvangt de gemeente daarvoor ook weer financiering vanuit de Rijksoverheid via het Gemeentefonds.

<sup>2</sup> Feitelijk komt de toestemming van het College van B&W, maar gemakshalve zal ik hierna de term “de gemeente” gebruiken.

<sup>3</sup> Voor verhuur van ruimtes die nog wél een onderwijsbestemming hebben

<sup>4</sup> Voor verhuur van ruimtes waarvan de onderwijsbestemming is beëindigd, maar die niet voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn en dus eigendom van het bevoegd gezag blijven.



bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat aan toestemming óók financiële voorwaarden (zoals het afdragen van inkomsten) mogen worden verbonden, maar heeft daar wel een aantal zéér belangrijke beperkingen in aangebracht. De huidige lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak is de volgende<sup>5</sup>:

“Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling is verweerder in beginsel bevoegd om zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag een financiële voorwaarde te verbinden aan een toestemming als bedoeld in artikel 108, eerste lid, van de WPO, nu de WPO zich niet uitdrukkelijk daartegen verzet. Deze bevoegdheid komt aan verweerder uitsluitend toe indien aan nader genoemde voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient te blijken dat de bijdrage in de stichtingskosten die het schoolbestuur op grond van de financiële voorwaarde moet betalen ten goede komt aan onderwijshuisvesting. Verder dient de hoogte van het gevraagde bedrag rechtstreeks gerelateerd zijn aan de *extra kosten* of het *verlies aan inkomsten* voor de gemeente die de toestemming voor het verhuren van een deel van het schoolgebouw aan een organisatie voor buitenschoolse opvang met zich mee brengt. Niet kan worden aanvaard dat het zonder wettelijke grondslag opgelegde financiële voorschrift *feitelijk het karakter krijgt van een belastingheffing*, dan wel van *ontneming van het door verhuur genoten voordeel*.”

De hierboven door de auteur gecursiveerd weergegeven zinsneden geven de in dit verband problematische overwegingen weer. Er mag geen sprake zijn van verkapte belastingheffing of ontneming van het door verhuur genoten voordeel, omdat daarvoor een wettelijke grondslag in de WPO ontbreekt. Het is dus uitdrukkelijk niet mogelijk voor de gemeente om de huurinkomsten van het bevoegd gezag zodanig af te romen dat enkel het gedeelte dat betrekking heeft op de onderhoudskosten nog aan het bevoegd gezag toekomt en dat het gedeelte dat betrekking heeft op de stichtingskosten volledig naar de gemeente moet worden doorgeleid. Er mag alleen vergoeding worden verlangd voor de *extra kosten* of *verloren inkomsten* ten gevolge van de verhuur. Dat is een bijzonder lastige voorwaarde voor een gemeente om aan te voldoen, zeker bij al bestaande gebouwen, die immers hoofdzakelijk voor het onderwijs gebouwd zullen zijn. Gemeentes die bepalen dat huurinkomsten moeten worden afgedragen, handelen dus al snel in strijd met deze jurisprudentie.

Een voorbeeld ter verduidelijking: als een lokaal is gebouwd ten behoeve van onderwijs, daar nog altijd voor wordt gebruikt, maar buiten de schooltijden wordt gebruikt voor buitenschoolse opvang, leidt dat gebruik voor buitenschoolse opvang niet tot extra kosten of een verlies aan inkomsten voor de gemeente, althans zeker niet voor het *gehele* bedrag dat de gemeente aan stichtingskosten voor dat lokaal heeft gemaakt.

Wel kan hier aandacht aan worden besteed bij de nieuwbouw van schoolgebouwen, waarvan al op voorhand duidelijk is dat bepaalde ruimtes geheel of gedeeltelijk voor kinderopvangdoeleinden worden gebouwd. Op grond van artikel 109 WPO komen voorzieningen aan gebouwen in verband

---

<sup>5</sup>Voor het eerst gezien in de uitspraak van 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0803 (Movare), daarna bevestigd in de uitspraak van 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (Qliq) en wat meer recent nog aangehaald door de Rechtbank Rotterdam in een uitspraak van 17 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1914. Het citaat is uit die laatste uitspraak.



met verhuur op grond van artikel 108 en 110 niet voor rekening van de gemeente. Daar zullen gemeentes dan natuurlijk wel alert op moeten zijn bij nieuwbouwplannen: ofwel doordat zij dergelijke voorzieningen niet financieren, ofwel doordat zij dergelijke voorzieningen in eigendom houden en deze vervolgens zélf verhuren.

In de eerder al geciteerde uitspraak van de rechtbank Rotterdam<sup>6</sup> was een deel van de inkomsten wél door de gemeente af te romen via een voorwaarde aan de toestemming voor verhuur:

“9.1 Wat betreft de verbouwingskosten die in 2011 zijn gemaakt voor de verbouwing van een of twee lokalen in het schoolgebouw teneinde deze geschikt te maken voor kinderopvang is tussen partijen niet in geschil dat deze kosten als extra kosten voor verweerder zijn aan te merken die de toestemming voor het verhuren van twee lokalen met zich mee brengt en dus als voorwaarde in de vorm van een huurvergoeding aan de verhuur van de twee lokalen kunnen worden verbonden.”

Kortom: bij verhuur van dit soort ruimtes mogen gemeentes weliswaar financiële voorwaarden stellen, maar biedt de huidige stand van de rechtspraak in de praktijk niet snel de mogelijkheid om het gedeelte van de huurinkomsten bedoeld ter dekking van de stichtingskosten volledig naar de gemeente te laten vloeien, zeker niet bij de (vele) al bestaande gebouwen.

Daar komt bij dat de hoogte van de door het bevoegd gezag bedongen huurprijs varieert. Een mogelijkheid is dat een gemeente bepaalt welke huurprijs bij de verhuur van dit soort ruimtes moet worden gehanteerd, zodat die voor al dit soort ruimtes in schoolgebouwen in de gehele gemeente gelijk is, maar veel vaker komt het voor dat daar door gemeentes niets over is bepaald, althans niet op voorhand in bijvoorbeeld verordening of beleidsregels. Huurprijzen kunnen dus per gemeente, maar ook binnen gemeentes variëren. Het bevoegd gezag zal de huurinkomsten in ieder geval moeten gebruiken voor de onderhoudskosten van het gebouw (die komen namelijk wél voor haar rekening). Als de huurprijs hoger is dan die onderhoudskosten, behaalt men dus financieel voordeel met de verhuur, terwijl dat financieel voordeel moeilijk of zelfs helemaal niet kan worden afgeroomd door de gemeente. Simpel gezegd: in die situatie behaalt het bevoegd gezag huurinkomsten waarvoor zij géén investeringen heeft moeten doen. De gemeente heeft immers het gebouw betaald. Een andere situatie is dat het bevoegd gezag juist een huurprijs bedingt die alléén de onderhoudskosten dekt en dus (veel) lager kan zijn dan de tarieven die elders in de markt bij verhuur van bedrijfsgebouwen worden gerekend. Op de gevolgen van beide scenario's wordt hierna teruggekomen.

#### *Bevoegd gezag biedt zelf kinderopvang aan*

Naast de hiervoor geschetste huidige stand van zaken in de rechtspraak en de daaruit voortvloeiende scenario's bij verhuur van ruimtes in schoolgebouwen, speelt er nog een andere relevante omstandigheid: de situatie dat het bevoegd gezag zélf, al dan niet via een aan haar gelieerde derde,

---

<sup>6</sup> Uitspraak van 17 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1914



kinderopvang gaat exploiteren. Bijzondere scholen kunnen dat reeds. Voor openbare scholen bepaalt artikel 48 lid 4 WPO dat een stichting voor een school voor openbaar onderwijs uitsluitend het geven van openbaar onderwijs tot statutair doel mag hebben. Die bepaling betekent dus dat zo'n stichting in beginsel geen andere activiteiten mag ondernemen, zoals bijvoorbeeld kinderopvang.

Op 2 juli 2015 heeft (toenmalig) staatssecretaris Dekker echter een brief aan de Tweede Kamer gezonden<sup>7</sup> waarin hij aangeeft dat hij een einde wil maken aan de ongelijkheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, mede gezien vanuit de wens om te komen tot integrale kindcentra waarbij onderwijs en kinderopvang onder één dak verenigd zijn. Om die reden schrijft de staatssecretaris:

“Sinds 2007 heeft het onderwijs de wettelijke taak gekregen om te zorgen voor de organisatie van de buitenschoolse opvang. Ik ben van mening dat openbaar en bijzonder onderwijs hiervoor dezelfde mogelijkheden moeten hebben. Artikel 48 lid 4 WPO moet dus ruimer gelezen worden dan uitsluitend een openbare school in stand houden. Onder het voorgeschreven doel van een stichting voor openbaar onderwijs kunnen ook andere activiteiten vallen die daar nauw mee verbonden zijn en die redelijkerwijs dienstbaar zijn aan een goede invulling van dat doel. Deze nieuwe interpretatie betekent dat ik artikel 48 lid 4 niet langer als een belemmering zie voor het openbaar onderwijs om kinderopvang te kunnen aanbieden.”

Kortom: volgens de staatssecretaris kunnen zowel openbare als bijzondere scholen kinderopvang exploiteren. Het is de vraag wat de rechter zou denken van die ruime interpretatie van artikel 48 lid 4 WPO<sup>8</sup>, maar los daarvan lijkt de trend (en daarmee mogelijk de wetsontwikkeling) dus wel de kant op te gaan dat zowel openbare als bijzondere scholen kinderopvang mogen gaan aanbieden, in het kader van de wens om te komen tot integrale kindcentra.

### *Verstoring level playing field*

Het bevoegd gezag kan dus ruimtes in haar gebouwen verhuren ten behoeve van kinderopvang of kan zelf kinderopvang exploiteren c.q. dat waarschijnlijk in de toekomst gaan doen. Er is daardoor een verstoring van het level playing field ontstaan of aan het ontstaan. Die verstoring is te vinden op verschillende vlakken en mede afhankelijk van de concrete lokale situaties.

Het eerste speelveld dat wordt verstoord is het speelveld van verhuurders van (bedrijfs)ruimtes. Op dat speelveld gaat het bevoegd gezag acteren als verhuurder, terwijl daarop ook commerciële verhuurders actief zijn. Als het bevoegd gezag commerciële huurprijzen hanteert, heeft zij – ten opzichte van commerciële verhuurders – een veel groter rendement op de ontvangen huurinkomsten dan de commerciële verhuurders kunnen realiseren. Immers: het bevoegd gezag heeft niet zelf de stichtingskosten hoeven dragen, terwijl die kosten ook niet (althans zeker niet volledig) kunnen worden afgeroomd door de partij die de stichtingskosten wél heeft gedragen: de gemeente. Dit hogere rendement is niet fair ten opzichte van deze commerciële verhuurders.

---

<sup>7</sup> Met kenmerk 774998

<sup>8</sup> Hiervan zijn geen voorbeelden in de rechtspraak gevonden.



De verstoring wordt nog groter als het bevoegd gezag juist *lagere* huurprijzen gaat hanteren, waarmee bijvoorbeeld alleen de onderhoudskosten worden gedekt. In die situatie zijn de huurprijzen die voor een ruimte in een schoolgebouw worden betaald namelijk véél lager dan de huurprijzen die commerciële verhuurders kunnen bedingen.<sup>9</sup> Die commerciële verhuurders worden dus uit de markt geprijsd. Een situatie die enkel nog versterkt wordt door de wens vanuit de overheid om te komen tot integrale kindcentra: dat maakt de ruimtes van commerciële verhuurders dus (nog) minder interessant, omdat die zich niet bevinden in schoolgebouwen.

Het effect voor commerciële verhuurders is ernstig, maar wordt nog wel beperkt door het feit dat commerciële verhuurders er ook voor kunnen kiezen om hun ruimtes voor andere doeleinden te gaan verhuren. Dat ligt anders voor kinderopvangorganisaties, die hun bedrijfsvoering immers niet zomaar om kunnen gooien: zij zijn nu eenmaal gericht op de kinderopvang.

Ook op dat speelveld vindt een aanzienlijke verstoring van het level playing field plaats, of kan die althans gaan plaatsvinden. Zoals hiervoor al aangegeven is de trend dat het bevoegd gezag zélf kinderopvang mag gaan exploiteren. Dit geldt al voor bijzondere scholen, maar in de visie van de (voormalige) staatssecretaris óók voor openbare scholen.

In het geval dat het bevoegd gezag zélf kinderopvang mag gaan exploiteren, is het maar zeer de vraag of daarvoor toestemming van de gemeente benodigd is en of daarvoor dus aan de gemeente een vergoeding betaald moet worden<sup>10</sup>, maar óók als dat wel zo zou zijn, is dat nog altijd grotendeels een broekzak-vestzak verhaal. De huurinkomsten komen immers ten goede aan het bevoegd gezag zélf en de gemeente heeft slechts beperkte mogelijkheden om financiële voorwaarden te bedingen en vergoedingen naar zich toe te trekken. Dat betekent dat het bevoegd gezag ruimtes kan gaan gebruiken ten behoeve van kinderopvang waarvan zij de stichtingskosten niet zelf heeft hoeven te betalen en waarvoor zij slechts de onderhoudskosten dient te dragen. Dat betekent dat de huisvestingskosten voor dergelijke kinderopvang véél lager zijn dan de huisvestingskosten die “zelfstandige” aanbieders van kinderopvang moeten betalen. Aangezien die kosten voor een belangrijk deel in de tarieven voor de kinderopvang meewegen, kan het bevoegd gezag dat zélf kinderopvang gaat exploiteren dus (veel) lagere (uur)tarieven hanteren dan commerciële aanbieders kunnen doen. Daarmee worden die “zelfstandige” aanbieders dus onvermijdelijk uit de markt geprijsd.

Het kan natuurlijk zo zijn dat het bevoegd gezag géén lagere tarieven gaat hanteren. Dat maakt het speelveld niet veel eerlijker: de marges van het bevoegd gezag zijn dan immers veel hoger dan de marges die “zelfstandige” aanbieders kunnen realiseren, omdat het bevoegd gezag geen stichtingskosten hoeft te dragen. Ook dat is niet fair ten opzichte van de “zelfstandige” aanbieders

---

<sup>9</sup> Commerciële verhuurders dragen de stichtingskosten immers wél zelf.

<sup>10</sup> Dit komt verderop in de notitie terug.



van kinderopvang: door die hogere marges kan het bevoegd gezag méér investeren en dus aantrekkelijker kinderopvang aan gaan bieden dan de “zelfstandige” aanbieders kunnen, die immers bij dezelfde tarieven niet dezelfde marges kunnen behalen. Ook hier geldt dat één en ander versterkt wordt door de wens om te komen tot integrale kindcentra: ruimtes in schoolgebouwen zijn daardoor aantrekkelijker dan ruimtes buiten schoolgebouwen, en het bevoegd gezag zit voor dergelijke ruimtes natuurlijk op de eerste rij.

De hiervoor beschreven verstoring wordt nog erger als het bevoegd gezag ruimtes gaat gebruiken waarvoor zij eerst de huurovereenkomst met een “zelfstandige” kinderopvangexploitant heeft opgezegd.<sup>11</sup> Dan wordt zo’n exploitant niet alleen uit de markt geprijsd, maar zelfs uit haar ruimte gedrukt.

De situatie is niet wezenlijk anders indien het bevoegd gezag niet zélf kinderopvang gaat aanbieden, maar dat gaat doen via een door het bevoegd gezag opgezette of aan haar gelieerde<sup>12</sup> derde. Indien het bevoegd gezag immers aan die specifieke derde een lagere huurprijs vraagt dan zij vraagt aan een “zelfstandige” kinderopvangexploitant, heeft ook die derde het voordeel van lagere huisvestingskosten en (dus) de mogelijkheid van het verlagen van tarieven en het uit de markt prijzen van de commerciële aanbieders. Verwezen wordt naar hetgeen hiervoor al is beschreven.

Uit de hiervoor beschreven situaties blijkt dat ook als de gemeente een uniform huurtarief voorschrijft voor alle ruimtes in schoolgebouwen, dat de verstoring van het level playing field niet voorkomt. Immers: als het bevoegd gezag zélf kinderopvang gaat exploiteren is het betalen van huur<sup>13</sup> een broekzak-vestzak verhaal. Als de kinderopvang wordt geëxploiteerd door een aan het bevoegd gezag gelieerde derde ligt het gevaar van het verlenen van financiële compensatie (of dat nu via een korting op de huur, of via andere constructies op andere vlakken, al dan niet in natura) aan die derde op de loer, waardoor die derde alsnog goedkopere uurtarieven kan aanbieden om op die manier de “zelfstandige” aanbieders uit de markt te prijzen.

Kortom: zowel richting de commerciële verhuurders van bedrijfsruimtes als richting de “zelfstandige” aanbieders van kinderopvang is nu reeds een verstoring van het level playing field ontstaan, of kan die verstoring althans gaan ontstaan.

### **3. IS DE (DREIGENDE) VERSTORING IN STRIJD MET WET- EN REGELGEVING?**

In deze paragraaf wordt verkend of de hiervoor weergegeven (dreigende) verstoringen van het level playing field in strijd (kunnen) zijn met de op dit moment geldende wet- en regelgeving. Daarbij zal

---

<sup>11</sup> Artikel 7:230a BW, met de mogelijkheid van ontruimingsbescherming, is niet van toepassing.

<sup>12</sup> Bijvoorbeeld via een samenwerkingsverband met een specifieke stichting

<sup>13</sup> Als dat in die situatie al kan worden afgedwongen, zoals hierna nog wordt besproken.





allereerst gekeken worden naar de WPO zelf. Vervolgens wordt onderzocht of er sprake kan zijn van strijd met de (Europese) regels op het gebied van verboden staatssteun en of er sprake kan zijn van oneerlijke concurrentie als bedoeld in de wetgeving op het gebied van mededinging. Zoals in de inleiding van deze notitie al aangegeven wordt hierna vooral gesignaleerd op welke punten er sprake *kan* zijn van strijdigheid. Of er *daadwerkelijk* sprake is van strijdigheid met wet- en regelgeving vergt nader (jurisprudentie) onderzoek dat nu nog niet is uitgevoerd.

Het is bovendien de vraag of met nader onderzoek met zekerheid kan worden vastgesteld of sprake is van strijdigheid met wet- en regelgeving. Het is niet uitgesloten dat er één of meerdere “proefprocedure(s)” zou moeten worden gevoerd om dat met zekerheid vast te stellen: het in een concrete situatie aanwenden van rechtsmiddelen om door de rechter te laten bepalen of er daadwerkelijk sprake is van handelen in strijd met de wet- en regelgeving. Dan moet er wel een grondslag bestaan waarop zo’n procedure kan worden gestart én moet het bij voorkeur gaan om een representatieve situatie die leidt tot een oordeel dat ook in andere gevallen relevant is.

#### *WPO: artikel 48 – openbaar onderwijs en kinderopvang*

Allereerst de vraag of er sprake kan zijn van handelen in strijd met de WPO.

Voor *openbare* scholen geldt dat de huidige tekst van de WPO in artikel 48 lid 4 nog altijd de bepaling kent dat de stichting die als bevoegd gezag van een openbare school functioneert als statutaire doelstelling louter het geven van openbaar onderwijs mag hebben. Daaronder valt kinderopvang niet, aangezien kinderopvang in het kader van de WPO nu eenmaal gezien wordt als een commerciële activiteit, hoe maatschappelijk wenselijk die activiteit wellicht ook is: om die reden kan bij kinderopvang geen sprake zijn van “medegebruik” als bedoeld in de WPO, maar moet het gaan om verhuur. Hiervoor is al geciteerd uit de brief van de (voormalige) staatssecretaris, waarin hij aangeeft dat hij de bewuste bepaling ruimer wil gaan interpreteren. Het is de vraag of een dergelijke ruime interpretatie door de rechter wel wordt geaccepteerd, gezien de huidige (duidelijke) tekst van de wet. De auteur sluit niet uit dat voor die ruimere interpretatie een wetswijziging nodig is. De wens lijkt in ieder geval te zijn om die richting op te gaan.

#### *WPO: artikel 108 – ruimtes in schoolgebouwen mét onderwijsbestemming*

Een tweede punt waarop er sprake kan zijn van strijd met de WPO is artikel 108, dat ziet op gebruik voor kinderopvang van ruimtes in schoolgebouwen die nog wél een onderwijsbestemming hebben.

Dit artikel is allereerst van belang voor de vraag of het bevoegd gezag<sup>14</sup> dat zélf kinderopvang wil gaan exploiteren/aanbieden (en dat dus niet door een derde laat doen) voorafgaande toestemming van de gemeente nodig heeft. De kans is groot dat die toestemming *niet* nodig is als het bevoegd gezag zélf kinderopvang gaat exploiteren. Immers, artikel 108 bepaalt slechts dat toestemming nodig is als er sprake is van verhuur aan een *derde*, en bepaalt niet dat toestemming benodigd is als het

---

<sup>14</sup> zowel openbaar als bijzonder onderwijs



bevoegd gezag zélf ruimtes voor een ander doel gaat gebruiken, in dit geval concreet voor kinderopvang. Die toestemming van de gemeente is bijvoorbeeld ook niet nodig als het bevoegd gezag ruimtes in gebruik wil geven voor onderwijs door een andere school of culturele, maatschappelijke of recreatieve doeleinden<sup>15</sup>. Dat bij het zélf aanbieden van kinderopvang geen toestemming nodig is, is ook verdedigbaar omdat het bevoegd gezag eigenaar is van de school en dus bevoegd is daarover te beschikken terwijl de gemeente (slechts) een claimrecht onder voorwaarden heeft. Met de ruimere interpretatie van artikel 48 lid 4 WPO is het bovendien zelfs de vraag of het gebruiken voor kinderopvang nog wel te zien is als een “ander” gebruik als bedoeld in de zin van artikel 108. Het past dan immers binnen de doelstelling van het bevoegd gezag.

Als er géén toestemming benodigd zou zijn voor het door het bevoegd gezag gebruiken van ruimtes voor kinderopvang, maakt dat de hiervoor beschreven verstoringen van het level playing field des te ernstiger. Zonder het vereiste van voorafgaande toestemming, kunnen er immers ook geen voorwaarden gesteld worden (die immers aan die toestemming worden verbonden). Zelfs de beperkte mogelijkheden op grond van de huidige rechtspraak op het gebied van afroaming van inkomsten kunnen dan dus niet worden gebruikt. Een mogelijkheid voor de gemeente om in zo’n situatie een vergoeding (hoe beperkt ook) van het bevoegd gezag te bedingen biedt artikel 108 bij deze interpretatie niet.

Hier zou echter tegen ingebracht kunnen worden dat artikel 108 (veel) ruimer moet worden geïnterpreteerd dan de tekst zelf aangeeft.<sup>16</sup> In die interpretatie zou voor alle vormen van gebruik die *niet* vallen onder onderwijs, culturele, maatschappelijke of recreatieve doeleinden de toestemming van de gemeente nodig zijn, ook als dat gebruik door het bevoegd gezag zélf wordt gemaakt. Argumenten voor die interpretatie zijn dat dit logisch is vanuit de gedachte dat de gemeente de bouw van de bewuste ruimtes heeft gefinancierd louter *ten behoeve van onderwijs* én dat de tekst van artikel 108 nog is geschreven met de oorspronkelijke gedachte dat het bevoegd gezag enkel openbaar onderwijs mocht aanbieden, gezien het bepaalde in artikel 48 lid 4 WPO. Van “ander” gebruik door het bevoegd gezag kon dus geen sprake zijn, zodat het ook niet nodig was daarvoor een regeling op te nemen. Als de interpretatie van artikel 48 lid 4 WPO mag worden opgerekt, zo zou dan het betoog kunnen luiden, moet dat ook voor het toestemmingsvereiste van artikel 108 gebeuren om één en ander in balans te houden: die toestemming moet dan óók nodig zijn als het bevoegd gezag zélf zich op andere vormen van gebruik zoals kinderopvang gaat richten.

Ook als deze interpretatie juist zou zijn blijft het overigens zo dat als er toestemming wordt verleend, de ruimtes daadwerkelijk mogen worden gebruikt en blijft het ook zo dat het voor gemeentes moeilijk, zo niet onmogelijk is, om huurinkomsten af te romen: het verbinden van dergelijke voorwaarden aan de toestemming past niet binnen de huidige rechtspraak.

---

<sup>15</sup> Onder die categorieën valt kinderopvang echter niet, blijkens de memorie van toelichting.

<sup>16</sup> Waarmee feitelijk hetzelfde wordt gedaan als de staatssecretaris deed in zijn brief, met betrekking tot artikel 48 lid 4.



Een alternatieve mogelijkheid is dat wordt betoogd dat artikel 108 – limitatief – bepaalt op welke wijzen een ruimte in een schoolgebouw mag worden gebruikt *buiten* het gebruik voor onderwijs door het bevoegd gezag: dat mag *ofwel* ten behoeve van onderwijs door een andere school en ten behoeve van culturele, maatschappelijke of recreatieve doeleinden (waarbij geen toestemming nodig is), *ofwel* ten behoeve van verhuur aan een derde en dan is toestemming van de gemeente wél een vereiste. Als het dus niet gaat om gebruik dat valt in de éérste categorie (en daar valt kinderopvang nu eenmaal niet onder), dan mag het bevoegd gezag de ruimtes enkel verhuren aan een derde, en niet zélf gaan gebruiken voor andere doeleinden. Dat zijn immers slechts de enige mogelijkheden die artikel 108 biedt.

Met beide interpretaties kan worden betoogd dat het gebruik van een ruimte ten behoeve van kinderopvang door het bevoegd gezag zélf in strijd is met het bepaalde in artikel 108. Het vergt echter een creatieve lezing van de bepaling, en de vraag is of een rechter met die creatieve lezing meegaat. Het is bovendien maar de vraag of er een grondslag bestaat op basis waarvan een “zelfstandige” aanbieder van kinderopvang de strijdigheid met artikel 108 WPO aan een rechter kan voorleggen. Wel lijkt die mogelijkheid er voor de gemeente te bestaan: die kan stellen dat ten onrechte geen toestemming is gevraagd c.q. ten onrechte de door haar gefinancierde ruimtes worden gebruikt buiten de kaders van artikel 108.

#### *Ongeoorloofde staatssteun*

De bouw van schoolgebouwen wordt gefinancierd met gemeenschapsgeld. Hiervoor is al aangegeven dat het verhuren van ruimtes en het aanbieden van kinderopvang betekent dat het bevoegd gezag zich op commercieel terrein gaat begeven: kinderopvang wordt immers in de WPO gezien als commerciële activiteit, hoe maatschappelijk wenselijk die activiteit wellicht ook is.

Om te beoordelen of sprake is van staatssteun, worden de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU gehanteerd. Aan al die criteria moet zijn voldaan, wil sprake zijn van staatssteun:

- de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
- de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
- deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
- de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;
- de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

De vraag is vervolgens aan welke economische activiteit hier steun wordt verleend. Als economische activiteit zou kunnen worden aangemerkt het verhuren van bedrijfsruimte (door het bevoegd gezag)



aan derden: daaraan zou dan steun worden verleend doordat de bouw van de verhuurde ruimtes door de gemeente is gefinancierd. Hiervoor is al uitvoerig beschreven tot welke verstoringen van het level playing field dat kan leiden.

Als economische activiteit zou ook kunnen worden aangemerkt het exploiteren van kinderopvang, ofwel door het bevoegd gezag zélf, ofwel door een aan het bevoegd gezag gelieerde derde. Ook voor die situaties is hiervoor al toegelicht waarom die een verstoring van de markt tot gevolg kunnen hebben.

In beide gevallen zou dus kunnen worden voldaan aan de hiervoor genoemde criteria, waarmee sprake is van staatssteun. Of dat daadwerkelijk zo is, is bij het schrijven van deze notitie nog niet nader onderzocht.

Als er sprake is van staatssteun, is vervolgens namelijk nog wel de vraag of die steun ook *ongeoorloofd* is. Er zijn meerdere vrijstellingsmogelijkheden en uitzonderingen op het staatssteunverbod, zoals bijvoorbeeld de de-minimisverordening (die steun mogelijk maakt over een periode van drie belastingjaren tot maximaal € 200.000), de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en de afwijkende bepalingen voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het DAEB-besluit, waarin ook kinderopvang als dienst van algemeen economisch belang wordt aangeduid. Of de bewuste regelingen van toepassing kunnen zijn en of aan de daarin opgenomen criteria wordt voldaan, waarmee de staatssteun toch geoorloofd zou kunnen zijn, zou nader onderzocht moeten worden.

Interessant is wel dat in de uitspraak in de Qliq-zaak<sup>17</sup> kennelijk door de gemeente is aangegeven dat als zij de huurinkomsten van het bevoegd gezag (Qliq) niet zou mogen afromen, dit zou leiden tot oneerlijke concurrentie en ongeoorloofde staatssteun. In de uitspraak in eerste aanleg, door de rechtbank Oost-Brabant<sup>18</sup>, is over staatssteun nog niets terug te vinden, dus mogelijk is dit standpunt pas bij de Afdeling bestuursrechtspraak opgeworpen. In de uitspraak van de Afdeling staat onder rechtsoverweging 6 het volgende:

“Het college betoogt tot slot evenzeer tevergeefs dat de rechtbank heeft miskend dat het niet in rekening mogen brengen van stichtingskosten voor verhuur aan een commerciële organisatie als "Up to Four", leidt tot oneerlijke concurrentie en onrechtvaardigde staatssteun. Het college gaat met dit betoog eraan voorbij dat de rechtbank heeft geoordeeld dat het college de bevoegdheid heeft om stichtingskosten in rekening te brengen, maar er in dit geval niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat het extra kosten heeft gemaakt en om die reden ten onrechte stichtingskosten bij QliQ in rekening heeft gebracht.”

---

<sup>17</sup> Uitspraak van 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986

<sup>18</sup> Uitspraak van 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4400



De Afdeling gaat hiermee behoorlijk kort door de bocht, al is dat mogelijk gebeurd omdat het standpunt van de gemeente met betrekking tot staatssteun dus vrij summier onderbouwd was. De redenering van de Afdeling lijkt in ieder geval te zijn dat de gemeente wél een bevoegdheid heeft om financiële voorwaarden te verbinden, waarmee de gemeente dus ook de mogelijkheid heeft om oneerlijke concurrentie en staatssteun te voorkomen, als de gemeente maar voldoende aantoonde dat er sprake is van extra kosten of verloren inkomsten ten gevolge van de verhuur. In de visie van de Afdeling had de gemeente dus de (mogelijk) ongeoorloofde staatssteun zelf kunnen voorkomen, door maar te zorgen voor een goede onderbouwing van het afkomen van huurinkomsten.

Daarmee gaat de Afdeling wel erg gemakkelijk voorbij aan de omstandigheid dat het onmogelijk lijkt te zijn om te komen tot het *volledig* afkomen van huurinkomsten die dienen ter dekking van de stichtingskosten, gelet op de voorwaarden die de Afdeling zelf heeft gesteld.<sup>19</sup> De effecten van eventuele staatssteun en de verstoring van het level playing field kunnen met de door de Afdeling aangehaalde bevoegdheid van het stellen van financiële voorwaarden dus niet, althans zeker niet helemaal, worden weggenomen.

#### *Oneerlijke concurrentie c.q. verstoring van de mededinging*

De hiervoor beschreven verstoring van het level playing field zou bovendien ook nog in strijd kunnen zijn met de wetgeving op het gebied van mededinging (de Mededingingswet en/of de Europese regelgeving op dit gebied). Zeer kort samengevat verbiedt die wetgeving bijvoorbeeld prijsafspraken, marktverdeling en misbruik van economische machtspositie die zorgt voor oneerlijke concurrentie. Daarbij gelden voor overheden (waaronder ook gemeentes) bovendien gedragsregels indien zij concurreren met commerciële aanbieders van producten of diensten. Deze gedragsregels gelden echter niet voor het primair onderwijs.

Verschillende van de hiervoor al beschreven situaties zouden kunnen leiden tot handelen in strijd met de mededingingswetgeving. Zo zouden er tussen verschillende organisaties voor primair onderwijs afspraken gemaakt kunnen worden over het enkel zelf aanbieden van kinderopvang of juist afspraken dat kinderopvang (enkel) via een specifieke, gelieerde organisatie wordt aangeboden, waardoor het “zelfstandige” kinderopvangexploitanten onmogelijk wordt gemaakt om ruimtes in schoolgebouwen te huren (hetgeen gezien de wens om te komen tot integrale kindcentra nadelig zou kunnen zijn). Er zouden afspraken kunnen worden gemaakt dat de voor gelieerde derden te hanteren huurprijzen lager zijn dan bij commerciële partijen. Als het bevoegde gezag van een school zélf kinderopvang gaat exploiteren kunnen afspraken met andere scholen gemaakt worden over de te hanteren (lagere) uurtarieven, waardoor “zelfstandige” kinderopvangexploitanten uit de markt gedrukt kunnen worden, waarmee een machtspositie wordt gecreëerd.

---

<sup>19</sup> Immers: het mag volgens de Afdeling niet gaan om verkapte belastingheffing of voordeelsontneming én onderbouwd dient te worden dat er *door de verhuur* sprake is van extra kosten of verlies van inkomsten.



Of er van strijdigheid met de wetgeving daadwerkelijk sprake is, zou nader onderzocht moeten worden en is dus ook afhankelijk van de concrete afspraken die op lokaal niveau worden gemaakt, op grond waarvan een verstoring van de markt kan gaan ontstaan. Ook voor deze wetgeving geldt dat er moet worden voldaan aan uiteenlopende criteria én dat uitzonderingen mogelijk zijn.

#### **4. WELKE MOGELIJKHEDEN EN ONMOGELIJKHEDEN KENT DE HUIDIGE WETGEVING?**

Hiervoor is beschreven dat de problematiek onder meer wordt ingegeven door het feit dat het bevoegd gezag van een school eigenaar is van ruimtes waarvan zij de bouw niet zelf heeft hoeven te financieren, terwijl zij die ruimtes wél (commercieel) mag gaan exploiteren. Een oplossingsrichting lijkt dus te zijn dat de eigendom van ruimtes die voor kinderopvang worden gebruikt bij de gemeente blijft of weer komt te liggen. In dat opzicht kent de WPO enkele interessante bepalingen.

##### *Artikel 103 WPO – Bouwheerschap*

Hoofddregel van de WPO is dat het bevoegd gezag het “bouwheerschap” heeft: het bevoegd gezag vraagt aan de gemeente om financiële middelen voor het realiseren van nieuwe ruimtes. Vervolgens moet het bevoegd gezag wel overeenstemming met de gemeente bereiken over de manier waarop die ruimtes worden gebouwd, maar het bouwheerschap en de uiteindelijke eigendom van de ruimtes liggen vervolgens bij het bevoegd gezag. De gemeente is hoofdzakelijk slechts financier.

Artikel 103 biedt mogelijkheden om van die hoofddregel af te wijken. Het is mogelijk om te bepalen dat juist de *gemeente* optreedt als bouwheer en de nieuwe ruimtes bouwt (artikel 103 lid 1) en als dat is afgesproken, is het vervolgens mogelijk om af te wijken van de hoofddregel dat het bevoegd gezag eigenaar wordt: de gemeente kan juist eigenaar blijven (artikel 103 lid 2). Op basis van deze bepaling is het dus voor het bevoegd gezag en de gemeente mogelijk om – afwijkend van het normale stelsel van de WPO – samen overeen te komen dat de gemeente de ruimtes bouwt en eigenaar blijft, maar deze vervolgens wel aan het bevoegd gezag in gebruik geeft, *voor zo ver benodigd voor onderwijsdoeleinden*. Er kunnen daarnaast afspraken worden gemaakt over het (door de gemeente) in gebruik geven van ruimtes aan derden op momenten dat die niet benodigd zijn voor onderwijs. Aangezien de gemeente dan eigenaar blijft en de regelingen van artikel 108 en 110 WPO niet hoeven te worden gebruikt, komen ook de huurinkomsten ten goede aan de partij die de stichtingskosten heeft gedragen: de gemeente, en dus niet aan het bevoegd gezag.

Hierbij passen wel enkele kanttekeningen. Als gezegd is de hoofddregel dat het bouwheerschap bij het bevoegd gezag ligt. Op grond van de formulering van artikel 103 lid 1 ligt het initiatief om dat bouwheerschap af te staan óók bij het bevoegd gezag. Alleen als het bouwheerschap wordt afgestaan, kunnen het bevoegd gezag en gemeente vervolgens overeenkomen dat de gemeente



eigenaar blijft. Kortom: de medewerking van het bevoegd gezag is hiervoor vereist, en artikel 103 zélf biedt geen mogelijkheden om die medewerking af te dwingen.

Een pressiemiddel dat de gemeente zou kunnen gebruiken is dat in beleid wordt vastgelegd dat géén toestemming meer wordt verleend op grond van de regelingen van artikel 108 en 110 WPO voor verhuur van ruimtes aan derden, omdat de gemeente wenst dat alleen de gemeente zélf als verhuurder van dergelijke ruimtes kan gaan optreden. Als dergelijke toestemming niet meer verleend wordt, heeft het bevoegd gezag geen belang meer<sup>20</sup> bij het in eigendom hebben van schoolgebouwen, en dus ook geen reden om *niet* mee te werken aan een constructie als bedoeld in artikel 103. Dit gaat echter wel heel erg ver en het is de vraag of een dergelijk beleid, dat de mogelijkheden van artikel 108 en 110 bij voorbaat geheel doorkruist, wel aanvaardbaar is.

Los daarvan zijn er ook meer praktische belemmeringen bij het gebruik van de mogelijkheid van artikel 103 WPO: dat artikel kan enkel van toepassing zijn bij de realisatie van *nieuwe* ruimtes, en biedt dus geen oplossing voor de al vele bestaande ruimtes. Daarnaast is het de vraag of gemeentes er wel op zitten te wachten om schoolgebouwen te gaan bouwen (zij moeten immers bouwheer zijn) én daarvan vervolgens eigenaar te blijven, óók van de ruimtes die voor onderwijsdoeleinden gebruikt worden.

#### *Artikel 109 WPO*

Hiervoor is al kort aangehaald dat artikel 109 bepaalt dat voorzieningen aan gebouwen of terreinen die bedoeld zijn voor verhuur op basis van artikel 108 en 110 WPO niet voor rekening van de gemeente komen. Bij nieuwbouwplannen zouden gemeentes dus alert moeten zijn op de vraag of ruimtes bedoeld zijn voor (verhuur ten behoeve van) kinderopvang, zodat zij om die reden kunnen weigeren de stichtingskosten te voldoen voor zover die gemaakt worden ten behoeve van dat gebruik. Aangezien het bevoegd gezag die stichtingskosten dan zelf moet dragen, wordt daarmee de verstoring van het level playing field in ieder geval deels voorkomen. Voor reeds bestaande ruimtes biedt dit artikel echter geen oplossing.

#### *Artikel 110 WPO – Einde gebruik van ruimtes voor onderwijsdoeleinden*

De regeling van artikel 110 WPO kan van toepassing zijn als er sprake is van ruimtes die niet langer voor onderwijsdoeleinden gebruikt worden. Dat zijn natuurlijk met name de ruimtes die voor concurrentie voor commerciële aanbieders van kinderopvang gaan zorgen: zij worden niet meer voor onderwijs gebruikt en kunnen dus de gehele dag voor kinderopvang worden aangewend. Dit artikel biedt mogelijkheden om de eigendom dan terug te brengen bij de gemeente: het zogenoemde (economisch) claimrecht van de gemeente.

Voordat de mogelijkheden en onmogelijkheden van dit artikel besproken worden is van belang dat

---

<sup>20</sup> Althans: niet voor dit onderwerp



dit artikel enkel van toepassing is als de ruimtes blijvend niet langer gebruikt worden of gebruikt zullen worden voor onderwijs. Dat daarvan sprake is kunnen bevoegd gezag en de gemeente gezamenlijk bepalen (artikel 110 lid 1 en lid 5), maar als zij daar niet uit komen, kan dit ook worden voorgelegd aan Gedeputeerde Staten en vervolgens aan de bestuursrechter (artikel 110 lid 2 en lid 6). Als sprake is van een geschil kan Gedeputeerde Staten op verzoek van één der partijen vaststellen dat er sprake is van een blijvend einde aan het gebruik voor onderwijsdoeleinden. Dat is een bevoegdheid voor Gedeputeerde Staten die geen zogenoemde beoordelingsruimte lijkt te kennen: het gaat simpelweg om de feitelijke vaststelling, en Gedeputeerde Staten kan dus niet of slechts in beperkte mate belangen afwegen. Rechtspraak op dat gebied is schaars, maar er is een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland<sup>21</sup> waarin is aangegeven:

“De rechtbank onderschrijft het standpunt van verweerder en derde-partij dat in artikel 110, tweede lid, van de WPO geen discretionaire bevoegdheid voor verweerder is vervat. Het woordje “kunnen” ziet op de feitelijke vaststelling of het bevoegd gezag blijvend heeft opgehouden dan wel blijvend zal ophouden het gebouw of terrein voor de school te gebruiken; in zo’n geval kan verweerder het voorliggende verzoek inwilligen. Dit betekent dat verweerder bij de besluitvorming geen ruimte heeft om het faillissement van de Stichting en derhalve de belangen van de overige schuldeisers mee te laten wegen. De vraag die simpelweg voorligt in deze is of de Stichting blijvend heeft opgehouden het gebouw voor de school te gebruiken.”

Bij de bepaling of het bevoegd gezag bepaalde ruimtes “nog nodig heeft” kijkt Gedeputeerde Staten onder andere naar het aantal leerlingen van een school en de te verwachten ontwikkeling van het aantal leerlingen.

Voor de hierna te bespreken mogelijkheden is dus wel van belang dat er *feitelijk* sprake is van ruimtes die niet meer nodig zijn voor onderwijs. Alleen dan kan de gemeente afdwingen dat zij weer eigenaar wordt. Is er feitelijk nog wel sprake van gebruik voor onderwijsdoeleinden, dan kan de eigendom niet worden afgedwongen. In dat geval is louter artikel 108 WPO van toepassing, als het bevoegd gezag ruimtes aan derden wil verhuren. Hiervoor is al geschetst dat dan weliswaar toestemming voor verhuur nodig is, maar dat de daaraan te verbinden voorwaarden verregaande beperkingen kennen, zodat de verstoring van het level playing field niet kan worden voorkomen.

Is de drempel dat het gebruik voor onderwijsdoeleinden beëindigd moet zijn genomen, dan kan de gemeente de eigendom in handen krijgen, mits het gaat om ruimtes die voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn: de regeling van artikel 110 lid 1 tot en met 4 WPO. Gaat het om ruimtes die *niet* voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn, dan is de regeling van artikel 110 lid 5 WPO en verder van toepassing en blijft het bevoegd gezag eigenaar (en de hiervoor geschetste problematiek dus aan de orde). Een oplossing zou dus kunnen zijn dat de gemeente voortaan proactief ruimtes aan de onderwijsbestemming gaat onttrekken door toepassing te geven aan specifiek de regeling van artikel 110 lid 1 tot en met 4 WPO, waarmee de gemeente dus voorkomt dat het bevoegd gezag in die

---

<sup>21</sup> Uitspraak van 8 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3153 (faillissement Stichting Jenaplanonderwijs “De Regenboog”)





ruimtes zelf kinderopvang gaat aanbieden (waarvoor dus waarschijnlijk geen toestemming benodigd is) of die ruimtes gaat verhuren aan al dan niet gelieerde derden. De “keerzijde” is dat gemeentes voortaan niet langer moeten meewerken aan verzoeken van het bevoegd gezag op grond van artikel 110 lid 5 en verder, met als argument dat de bewuste ruimtes wel degelijk voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn en dus de regeling van lid 1 tot en met 4 moet worden gevolgd. Ook op die manier kan worden voorkomen dat het bevoegd gezag zich op het terrein van (verhuur voor) kinderopvang gaat begeven en zo het speelveld verstoort. Dit vraagt dus wel een actieve houding van de gemeentes, en dus ook vanuit hen de bereidheid om op deze manier verstoringen van het level playing field te voorkomen.

Dan is dus wel de vraag wat “voor eigendomsoverdracht vatbare ruimtes zijn”. Voor separate gebouwen is dat natuurlijk al snel het geval, maar ingewikkelder wordt het als het gaat om ruimtes *in* gebouwen.

Ook hiervoor geldt dat als het bevoegd gezag en de gemeente het daarover niet eens zijn, dit aan Gedeputeerde Staten kan worden voorgelegd: de gemeente kan dan een verzoek doen ex artikel 110 lid 2 WPO. Gedeputeerde Staten zal dan wederom feitelijk moeten vaststellen of het gaat om ruimtes die voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn ofwel daar redelijk eenvoudig vatbaar voor zijn te maken. Ook over dit onderwerp is slechts weinig rechtspraak te vinden, al is er wel een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland<sup>22</sup>. In die uitspraak overweegt de rechtbank:

“5.1 De rechtbank stelt vast dat het begrip “een voor eigendomsoverdracht vatbaar gedeelte” niet is gedefinieerd in de WPO.

5.2 [...] Naar het oordeel van de rechtbank moet onder dat begrip worden verstaan een gedeelte van een (school)gebouw dat in het economisch verkeer zelfstandig kan worden gebruikt, dan wel eenvoudig geschikt is te maken voor zelfstandig gebruik. Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat het begrip, gelet op het bepaalde in artikel 110, vijfde lid, van de WPO en verder, niet in absolute zin kan worden uitgelegd, door als uitgangspunt te nemen dat alle gedeelten van een (school)gebouw altijd voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn, al dan niet na verbouwing of aanpassing. In het vijfde lid is immers uitdrukkelijk rekening gehouden met en is een mogelijkheid van verhuur genoemd voor gedeelten [...] die niet vatbaar zijn voor eigendomsoverdracht. Aldus is door de wetgever in artikel 110 van de WPO bewust een onderscheid gemaakt tussen gedeelten van een schoolgebouw die voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn en gedeelten die dat niet zijn en is voor elk van die varianten beschreven wat de (on)mogelijkheden voor het bevoegd gezag zijn. [...]

6.2 Partijen houdt verdeeld het antwoord op de vraag of het gedeelte eenvoudig geschikt is te maken voor zelfstandig gebruik.

6.3 De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend. Zij overweegt daartoe dat ter zitting is gebleken dat in dit geval majeure aanpassingen nodig zijn om het gedeelte geschikt te maken voor zelfstandig gebruik. Het gedeelte maakt thans integraal onderdeel uit van het bestaande schoolgebouw. Gelet op het voorgaande zijn niet alleen in bouwkundige zin de nodige aanpassingen nodig om het gedeelte geschikt te maken voor zelfstandig gebruik, maar ook in verkeerstechnische en planologische zin. Verder valt niet uit te sluiten dat ten behoeve van die aanpassingen nadere besluitvorming door verweerder dan wel een ander bestuursorgaan nodig is.”

---

<sup>22</sup> Uitspraak van 25 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4307



Voornoemde uitspraak schetst dus redelijk duidelijk het kader waarbinnen de gemeente kan vasthouden aan het toepassen van de regeling van artikel 110 lid 1 tot en met 4 WPO: dat kan als het gaat om ruimtes die relatief eenvoudig geschikt zijn te maken voor zelfstandige eigendomsoverdracht. Dat zal dus niet in alle gevallen zo zijn. Bovendien zal het voor zelfstandige eigendomsoverdracht ook noodzakelijk zijn om kadastrale percelen te splitsen (wellicht zelfs in appartementsrechten) of opstalrechten te vestigen, met alle kosten en complicaties van dien. Aan deze laatste omstandigheid is in de hiervoor geciteerde uitspraak overigens nog niet eens aandacht besteed, terwijl het voorstelbaar is dat ook dit een drempel kan zijn die zo hoog is dat niet langer sprake is van “eenvoudig geschikt te maken voor zelfstandig gebruik.”

Hiervoor werd al de regeling van artikel 110 lid 5 WPO en verder aangehaald: ruimtes waarvan de onderwijsbestemming is beëindigd, maar die eigendom van het bevoegd gezag blijven omdat zij niet voor eigendomsoverdracht vatbaar zijn. Voor die ruimtes geldt niet langer het recht voor de gemeente om die op grond van artikel 107 WPO op te vorderen. Wél kan de gemeente controle op het gebruik van die ruimtes uitoefenen: op grond van artikel 110 lid 7 WPO heeft het bevoegd gezag de toestemming van de gemeente nodig om deze ruimtes te verhuren aan een derde.<sup>23</sup> Ook aan die toestemming kunnen voorwaarden worden verbonden, de toestemming geldt bovendien slechts voor maximaal 3 jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met telkens nog eens 3 jaar (artikel 110 lid 8 WPO). Daarnaast geldt voor huurovereenkomsten voor dit soort ruimtes artikel 7:230a BW niet (artikel 110 lid 9 WPO), waardoor er dus géén ontruimingsbescherming is voor de huurder. Door de toestemming in te trekken c.q. te weigeren kan de gemeente er dus voor zorgen dat de verhuur aan een derde moet worden beëindigd of zelfs niet kan starten.

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft op haar website<sup>24</sup> een artikel geplaatst waarin wordt betoogd dat het bij de toestemming van artikel 110 lid 7 WPO wél mogelijk zou zijn om van het bevoegd gezag te verlangen dat de huurvergoeding volledig wordt doorbetaald aan de gemeente. De VNG denkt in dit artikel (dat overigens voor het laatst op 26 mei 2015 werd bijgewerkt) dus dat de hiervoor besproken rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak met betrekking tot het verbinden van financiële voorwaarden aan de toestemming niet van toepassing is als het gaat om de toestemming van artikel 110 lid 7 WPO.

Het is het proberen waard dat een gemeente in zo'n situatie de voorwaarde dat de huurinkomsten volledig worden afgeroomd verbindt aan de toestemming, maar dat houdt alleen stand als het standpunt van de VNG juist is. Wel is het zo dat voorbeelden van rechtspraak over het verbinden van financiële voorwaarden aan de toestemming voor verhuur alleen zien op de situatie van artikel 108 en *niet* op de situatie van artikel 110 WPO. Over de situatie van artikel 110 WPO is geen rechtspraak

---

<sup>23</sup> Maar dus waarschijnlijk géén toestemming nodig voor het zélf gebruiken van die ruimtes ten behoeve van kinderopvang, in lijn met wat hiervoor al is gezegd over het eigen gebruik van het bevoegd gezag in relatie tot artikel 108 WPO.

<sup>24</sup> <https://vng.nl/onderwerpenindex/onderwijs/onderwijshuisvesting/verhuur-schoolgebouwen>



gevonden die betrekking heeft op dit specifieke onderwerp. Het ontbreken van rechtspraak over dat onderwerp zou er – en dat is waarschijnlijk de gedachte van de VNG – op kunnen wijzen dat aan de toestemming van artikel 110 WPO wél verstrekkende financiële voorwaarden kunnen worden verbonden, maar dat lijkt een twijfelachtige aanname.

Feit is dat de Afdeling bestuursrechtspraak namelijk in haar uitspraken telkens benadrukt dat er geen al te verstrekkende financiële voorwaarden aan toestemming kunnen worden verbonden, omdat daarvoor géén wettelijke grondslag in artikel 108 te vinden is. Een financiële voorwaarde kan dus niet het karakter van belastingheffing of voordeelsontneming krijgen, omdat daarvoor die wettelijke grondslag noodzakelijk is.

Dat ligt voor artikel 110 echter niet anders. Ook voor artikel 110 geldt dat niet specifiek is vermeld welke voorwaarden aan toestemming mogen worden verbonden, en ook artikel 110 lijkt dus de wettelijke grondslag benodigd voor belastingheffing of voordeelsontneming te missen. De inschatting is dus dat de jurisprudentie over artikel 108 WPO óók opgaat voor artikel 110 WPO. De ratio van beide toestemmingsvereisten is bovendien dezelfde: het voorkomen dat met gemeenschapsgeld gefinancierde gebouwen “zomaar” aan derden worden verhuurd.

Gezien het feit dat de auteur van deze notitie op dit gebied geen rechtspraak heeft kunnen vinden, lijkt het echter de moeite waard om de theorie van de VNG in de praktijk te testen door een gemeente zo ver te krijgen in de situatie van artikel 110 lid 7 WPO aan de toestemming de voorwaarde te verbinden dat de huurinkomsten volledig aan de gemeente ten goede komen. Mocht het bevoegd gezag daartegen dan bezwaar hebben en dat geschil voorleggen aan Gedeputeerde Staten, dan kan worden vastgesteld of de theorie van de VNG juist is.

#### *Artikel 111 WPO*

Een laatste mogelijkheid binnen het bestaande wettelijke systeem van de WPO is die van artikel 111 WPO. Dat artikel bepaalt dat *de gemeenteraad* (en dus niet het College van B&W) kan besluiten dat aan het bevoegd gezag, in afwijking van de standaard regeling uit de WPO, een jaarlijks bedrag aan huisvestingskosten wordt betaald, met welk bedrag het bevoegd gezag zélf verantwoordelijk wordt voor de door haar benodigde gebouwen, ook als er nieuwbouw benodigd is. Dat brengt in ieder geval de verantwoordelijkheid voor de stichtingskosten óók bij het bevoegd gezag, zij het dat die stichtingskosten natuurlijk nog altijd worden voldaan vanuit de door de gemeente ter beschikking gestelde middelen. Bovendien vereist ook deze bepaling *overeenstemming* met het bevoegd gezag (het bevoegd gezag moet die verantwoordelijkheid wel willen nemen) én is hiervoor een besluit van de gemeenteraad nodig.

Het is de auteur niet bekend of van deze mogelijkheid in de praktijk veel gebruik gemaakt wordt, maar los daarvan is het maar de vraag of hiermee de geschetste problematiek met betrekking tot



verstoringen van het level playing field kan worden opgelost: het bevoegd gezag bepaalt zelf hoe zij de van de gemeente ontvangen vergoeding uitgeeft, maar krijgt stichtingskosten dus nog altijd gefinancierd.

#### *Slotsom bestaande wettelijke mogelijkheden*

De hiervoor geschetste mogelijkheden overziend, is géén van de bestaande mogelijkheden een échte oplossing voor de ondervonden problematiek. De mogelijkheden zijn te beperkt, lossen slechts een gedeelte van de problematiek op en zijn bovendien afhankelijk van medewerking van de gemeente, die haar wettelijke bevoegdheden moet willen aanwenden. Deels is men bovendien ook afhankelijk van de medewerking van het bevoegd gezag. Als de problematiek dus daadwerkelijk moet worden opgelost, lijkt het noodzakelijk dat door de wetgever maatregelen worden getroffen.

### **5. WAT ZIJN MOGELIJKE OPLOSSINGEN?**

Hiervoor is al aangegeven dat een werkelijke oplossing van het probleem bij de wetgever lijkt te liggen. Belangrijke eerste stap is daarbij dat de wetgever bewust wordt van de hiervoor beschreven problematiek. Kijkend naar de brief van de staatssecretaris Dekker, lijkt het standpunt van het Ministerie van OCW met name te zijn ingegeven door de wens om te komen tot integrale kindcentra en het (dus) zoveel mogelijk onder één dak brengen van kinderopvang en primair onderwijs. Vanuit dat standpunt bezien is het “logisch” dat aan instellingen voor primair onderwijs de mogelijkheid wordt geboden om hun gebouwen te gaan (laten) gebruiken voor kinderopvang.

Het lijkt er echter op dat onvoldoende rekening wordt gehouden met het feit dat die instellingen voor primair onderwijs, gefinancierd door gemeenschapsgeld, zich daarmee gaan begeven op een terrein waar ook (vele) “zelfstandige” kinderopvangaanbieders (met én zonder winstoogmerk) actief zijn.

Als de oorzaken van de hiervoor geschetste problematiek zoveel mogelijk worden samengevat, lijkt de voornaamste oorzaak niet te liggen in het feit dat aan instellingen voor primair onderwijs de mogelijkheid van het exploiteren van kinderopvang wordt geboden, maar juist in het feit dat zij dat kunnen gaan doen in ruimtes waarvoor zij de stichtingskosten niet hebben hoeven dragen. Een wetswijziging zou daarvoor een oplossing moeten bieden.

De eerste mogelijkheid daarvoor is dat het bestaande systeem, waarbij het bevoegd gezag eigenaar blijft van ruimtes, wordt gehandhaafd. Er moet dan echter wel een specifieke wettelijke grondslag komen die bepaalt dat het bevoegd gezag *altijd* (zowel in de situatie van artikel 108 als 110) toestemming nodig heeft van de gemeente om dergelijke ruimtes te gaan gebruiken voor kinderopvang, onafhankelijk van de vraag of het bevoegd gezag dat nu zélf gaat doen<sup>25</sup> of dat zij dat

---

<sup>25</sup> Waarbij er in de huidige situatie mogelijk geen toestemming nodig is.



door een derde laat doen<sup>26</sup>. Vervolgens dient in de wet ook specifiek te worden bepaald dat de gemeente aan die toestemming de financiële voorwaarde *moet* verbinden dat voor dat gebruik een vergoeding moet worden betaald aan de gemeente ter dekking van de door de gemeente ten behoeve van de bouw van die ruimtes gemaakte stichtingskosten, lees: een marktconforme huur. Op deze manier worden de huisvestingskosten voor exploitanten van kinderopvang (of dat nu het bevoegd gezag is óf een derde aan wie wordt verhuurd) in alle gevallen reëel en wordt dus het risico dat met veel lagere uurtarieven wordt gewerkt weggenomen.

Door de hiervoor beschreven mogelijkheid in de wet op te nemen, lijkt het belangrijkste bezwaar van de Afdeling bestuursrechtspraak (geen wettelijke grondslag, dus geen belastingheffing c.q. voordeelsontneming) te worden weggenomen. Wel is het nog een uitdaging om te komen tot een goede berekening van een marktconforme huur die ook rekening houdt met de huurcomponent waarvoor het bevoegd gezag verantwoordelijk is.

De tweede mogelijkheid is dat de bestaande regeling van artikel 110 lid 1 tot en met 4 WPO wordt verruimd, in die zin dat gemeentes gemakkelijker de eigendom van ruimtes kunnen verkrijgen op het moment dat die ruimtes aangewend worden voor kinderopvang, zodat het aan de gemeente zélf is om – rechtstreeks – vergoedingen voor die ruimtes te bedingen van de partijen die daar kinderopvang gaan exploiteren. In deze optie zou kunnen worden bepaald dat de gemeente die eigendom verkrijgt onafhankelijk van de vraag of de bewuste ruimte (ook) nog voor onderwijsdoeleinden wordt gebruikt: relevant is slechts of die ruimtes voor kinderopvang gebruikt gaan worden. Voor de momenten waarop de ruimtes in gebruik zijn voor onderwijs, geeft de gemeente die ruimte dan (terug) in gebruik aan het bevoegd gezag. Op de momenten dat de ruimtes voor kinderopvang gebruikt worden, treedt de gemeente op als verhuurder en kan (en moet) zij dus een marktconforme huur rekenen. Voor die ruimtes waarvoor eigendomsoverdracht niet mogelijk is, zal een systeem in de wet moeten worden opgenomen waarbij ook dan een vergoeding moet worden betaald aan de gemeente ter dekking van de stichtingskosten in de vorm van een marktconforme huur, zoals hiervoor bij de eerste mogelijkheid beschreven.

Deze tweede mogelijkheid is gecompliceerder dan de eerste mogelijkheid, al is het maar omdat de gemeente in deze constructie óók de eigendom gaat verkrijgen van ruimtes die nog wél voor onderwijsdoeleinden worden gebruikt. Het gaat dus om een constructie die gelijkenis vertoont met de mogelijkheid van artikel 103 WPO die hiervoor beschreven is, en kent dus ook de kanttekeningen die daarbij zijn geplaatst.

Tot slot is nog een derde mogelijkheid dat de verruiming van de mogelijkheden voor instellingen voor primair onderwijs om kinderopvang te gaan (laten) exploiteren wordt teruggedraaid, en dat in de wet wordt verankerd dat zij zich enkel moeten bezig houden met het aanbieden van primair

---

<sup>26</sup> Waarbij er op grond van artikel 108 en 110 lid 7 WPO al wél toestemming nodig is.



onderwijs en niet met het verhuren van ruimtes óf het zelf aanbieden van kinderopvang. Als het bevoegd gezag zich enkel nog met onderwijs kan bezighouden en niet met “commerciële” activiteiten, kan het bevoegd gezag de markt niet meer verstoren. Deze oplossing gaat echter precies in tegengestelde richting als de visie van het Ministerie en lijkt ook niet goed verenigbaar met de wens om te komen tot integrale kindcentra. Bovendien zou dit de verhuur van ruimtes in schoolgebouwen compliceren, terwijl die verhuur op zich heel wenselijk kan zijn, mits maar op een manier die het level playing field niet verstoort.

### **Tot slot**

In deze notitie is getracht de door “zelfstandige ” aanbieders van kinderopvang ondervonden c.q. gevreesde problematiek zoveel mogelijk te schetsen. Daarbij zijn mogelijke strijdigheden met wet- en regelgeving gesignaleerd en zijn mogelijke oplossingen in de bestaande wetgeving én door wetswijziging benoemd. Om daadwerkelijk tot die oplossingen te komen zal echter nog veel (voor)werk benodigd zijn.

Er zouden bovendien andere oplossingen bedacht kunnen worden, naar aanleiding van gesprekken met de betrokken stakeholders. Deze notitie is een eerste aanzet daarvoor en kan hopelijk fungeren als input voor de dialoog met stakeholders en om hen bewust te maken van de geschetste problematiek.