

# Kinderopvang en onderwijs

De kinderopvang zou bij voorkeur onderdak moeten krijgen in een schoolgebouw: dit voorkomt "het gesleur" met kinderen. Als een kinderopvangorganisatie een ruimte huurt bij een schoolbestuur, dient daarvoor toestemming te worden gevraagd bij de gemeente. Deze stelt daaraan meestal financiële voorwaarden, zoals de afdracht van een deel van de huursom. De Raad van State heeft zich in een recente uitspraak gebogen over deze gemeentelijke praktijk.

Mr. J.W. Schraven\*

## 1. Relatie kinderopvang en onderwijs

De Tweede Kamermotie Aartsen/Bos<sup>1</sup> vormde de aftrap van een wetgevingstraject met als doel een brug te slaan tussen onderwijs en kinderopvang. Het "gesleur" met kinderen van school naar de kinderopvang moest afgelopen zijn. In elk geval zou dat geen verantwoordelijkheid van ouders meer moeten zijn. Deze motie werd in verschillende stappen uitgevoerd<sup>2</sup> en uiteindelijk zijn met ingang van 1 augustus 2007 de schoolbesturen in het basisonderwijs verplicht zorg te dragen voor de organisatie van kinderopvang, indien ouders daarom verzoeken. Het betreffende artikel 45 van de Wet op het primair onderwijs (WPO) verwijst naar de Wet op de Kinderopvang van 2005.<sup>3</sup> In deze wet zijn de kwaliteitseisen, het toezicht en de financiering van de kinderopvang geregeld.

De kinderopvang is met de invoering van deze wet een "private" aangelegenheid geworden: kinderopvangorganisaties zijn commerciële ondernemers die voor eigen risico kinderopvangvoorzieningen starten en instandhouden. Zij sluiten rechtstreeks met de ouders als klanten een overeenkomst, die de bij hen in rekening gebrachte kosten gedeeltelijk kunnen verhalen op de fiscus. In tegenstelling tot het onderwijs

kent de kinderopvang dus geen directe bekostiging of subsidiëring. De gemeentelijke taak beperkte zich voortaan tot het toezicht van de GGD op de kwaliteit van de opvang. Op basis van een advies van de Taskforce terugdringing wachtlijsten kinderopvang van augustus 2007 is voor de gemeente nog wel een tijdelijke stimuleringsregeling van kracht geweest om onderwijs en kinderopvang te faciliteren bij het ontwikkelen van nieuwe kinderopvangaccommodaties. De gemeente heeft echter geen wettelijke taak ten aanzien van de huisvesting van kinderopvang, zoals deze voor de onderwijs-huisvesting in de WPO is vastgelegd.

Om te voldoen aan de nieuwe wettelijke verplichting sluiten schoolbesturen in de praktijk een samenwerkingsovereenkomst met een kinderopvangorganisatie. Deze overeenkomst beperkt zich meestal tot een afspraak over de verwijzing van ouders van de leerlingen naar de kinderopvang. Als de betreffende accommodatie op afstand van de school bevindt, biedt de kinderopvang het vervoer aan van de kinderen.

## 2. Kinderopvang en onderwijs onder één dak

Om aan de oorspronkelijke wens van de Kamer te voldoen, zou gestreefd moeten worden naar een integratie van de huisvesting van onderwijs en kinderopvang. Probleem daarbij is echter dat de kinderopvang niet als voorziening in de onderwijswetgeving is opgenomen. De kinderopvangondernemer is zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van huisvesting. In de tarieven die worden gehanteerd is ook rekening gehouden met huisvestingslasten. Ander obstakel is dat bij onderwijsvoorzieningen de wetgever uit gaat van een gedeelde verantwoordelijkheid van gemeente en schoolbestuur. De gemeente draagt zorg voor de bekostiging van nieuwbouw en uitbreiding en een aantal onderhoudsvoorzieningen. Het schoolbestuur is verantwoordelijk voor de exploitatie, waarvoor het een vergoeding ontvangt van het ministerie van OCW.

Bij nieuwbouw van scholen vinden gemeente, schoolbestuur en kinderopvangondernemer elkaar vaak door te kiezen voor een gemeenschappelijke huisvesting, de zgn "multifunctionele accommodatie" (MFA). De gemeente is dan veelal eigenaresse en treedt dan op als verhuurster ten opzichte van de kinderopvang. De kinderopvang betaalt huur aan de gemeente, waarmee de investeringskosten worden gedekt voor het bouwdeel, waarin de kinderopvang is ondergebracht. Het schoolbestuur neemt een deel van het gebouw om niet in gebruik van de gemeente. Het schoolbestuur, de kinderopvang en de eventuele overige gebruikers maken onderling afspraken over de verdeling van de exploitatielasten. Het ministerie van OCW stimuleert deze ontwikkeling van "brede scholen" door verschillende subsidieregelingen, waarbij gemeenten een bijdrage kunnen ontvangen in de investeringskosten.

\* mr. J. Schraven is consultant bij de Algemene Vereniging Schoolleiders (AVS) en als kennismanager verbonden aan het Servicecentrum Scholenbouw (SCS)

Voor bestaande schoolgebouwen geldt dat het schoolbestuur doorgaans eigenaar is (vgl art 103 WPO). De uitoefening van de rechten als eigenaar wordt echter aan banden gelegd. Zo behoeft de verhuur voorafgaande toestemming van B&W van de gemeente, dit op straffe van nietigheid (art 108 WPO). Als het schoolbestuur beschikt over een leegstaande ruimte kan het dan ook met toestemming van de gemeente een huurovereenkomst aangaan met de kinderopvangondernemer.

De onderwijswetgeving biedt nog een alternatief op basis van artikel 110 WPO. Het vijfde lid van dit artikel biedt de mogelijkheid om een gedeelte van een gebouw aan de onderwijsbestemming te onttrekken. Dit gebouwdeel mag dan, wederom met toestemming van de gemeente, worden verhuurd. Deze toestemming geldt op grond van het zevende lid echter voor maximaal drie jaar, waarna verlenging kan plaatsvinden, telkens voor drie jaar.

De positie van de huurder is overigens niet te benijden. De onderwijswetgeving sluit de huurbescherming van Boek 7 BW (art 230a) uit. Eventuele gebouwelijke aanpassingen komen niet voor rekening van de gemeente (art 109 WPO). Voor de verhuur ex art 108 WPO geldt daarenboven nog dat huurder het pand moet ontruimen, indien de gemeente gebruik maakt van haar zgn vorderingsrecht ex art 107 of de school de ruimte weer voor zich zelf nodig heeft (art 108, tweede lid).

De voorwaarde van afdracht van huurpenningen wordt bij de gemeenten vooral ingegeven door de gedachte dat kinderopvang als een commerciële activiteit moet worden beschouwd en dus ook voor een reguliere huurprijs kan worden aangeslagen. In deze opvatting komt het schoolbestuur deze huuropbrengst niet toe, tenzij het gaat om een component voor exploitatielasten.

### 3. Oordeel van de Afdeling Bestuursrechtspraak

In onderhavige uitspraak<sup>4</sup> beslist de Afdeling Bestuursrechtspraak in hoger beroep over het oordeel van de rechtbank Maastricht in verband met de toepassing van het toestemmingsvereiste bij verhuur ex art 108 WPO. De rechtbank volgde de argumentatie van het schoolbestuur dat de wet geen ruimte biedt om bij deze toestemming als voorwaarde te stellen dat de huurpenningen tot een bedrag van 100 euro per m<sup>2</sup> moesten worden afgedragen aan de gemeente. De Afdeling verklaart het beroep van de gemeente Brunssum tegen deze beslissing ongegrond en handhaaft de beslissing van de rechtbank, zij het onder correctie van de gronden. Anders dan de rechtbank is de Afdeling van mening dat ook zonder een expliciete wettelijke grondslag ruimte bestaat voor het stellen van voorwaarden bij het verlenen van de toestemming. Dergelijke financiële voorwaarden dienen dan wel nader te worden onderbouwd. De hoogte van het bedrag moet concreet in relatie zijn te brengen met de extra kosten die de gemeenten in verband met de huur moet maken of met een inkomstenderving die de gemeente concreet moet dragen. Hoewel de gemeente wel een opgave van kosten had gemaakt, acht de Afdeling deze vooralsnog onvoldoende. Het college van B&W krijgt dan ook de opdracht een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van de uitspraak van de Afdeling.

De gemeente zal hier nog een stevige dobber aan hebben. De Afdeling geeft alvast als overwegingen mee dat de gemeente daarbij ook rekening moet houden met het feit dat het schoolbestuur dient zorg te

dragen voor het reguliere onderhoud, de gemeente ingevolge art 109 niet kan worden aangesproken op noodzakelijke aanpassingen van het gehuurde en de gemeente zelf ook geen risico loopt voor het geval de huur moet worden beëindigd vanwege gebruik voor onderwijs of andere maatschappelijke doeleinden.

### 4. Consequenties voor de praktijk

Deze uitspraak heeft een grote impact op de praktijk van inwoning van kinderopvang bij scholen. Het tarief dat de gemeente Brunssum hanteert, wordt door veel gemeenten in den lande als uitgangspunt genomen. Een onderbouwing, zoals deze nu door de Afdeling wordt verlangd, ontbreekt daaraan. Veel gemeenten zullen zich dan ook moeten gaan beraden op de door hen gehanteerde voorwaarden. De voorwaarde van afdracht van huurpenningen wordt bij de gemeenten vooral ingegeven door de gedachte dat kinderopvang als een commerciële activiteit moet worden beschouwd en dus ook voor een reguliere huurprijs kan worden aangeslagen. In deze opvatting komt het schoolbestuur deze huuropbrengst niet toe, tenzij het gaat om een component voor exploitatielasten (regulier onderhoud, schoonmaak, energie, etc). In de praktijk zal het voor de meeste gemeenten waarschijnlijk ondoenlijk worden om een dergelijke onderbouwing van kosten, respectievelijk inkomstenderving concreet te maken.<sup>5</sup> Voor zover een dergelijke kostenopgave al te maken is, zal deze zeer waarschijnlijk veel lager uitkomen dan een tarief van 100 euro per m<sup>2</sup>.

De aan de gemeentelijke praktijk onderliggende redenering gaat in zoverre mank dat tegenover een normale huurprijs ook een normale huurbescherming zou moeten worden aangeboden. De onderwijswetgeving brengt de kinderopvangondernemer als huurder van een schoolgebouw echter in een gelijke, zometer mindere positie dan die van een kraker. Een versterking van diens positie zou een huursom als bijdrage in de stichtingskosten van het schoolgebouw dan ook legitimeren. Een evenmin te rechtvaardigen onderscheid tussen brede scholen/MFA's en enkelvoudige schoolgebouwen komt dan ook te vervallen. In een MFA waar de gemeente in de positie van eigenaresse als verhuurster optreedt, zijn de beperkingen als hiervoor aangeduid niet van toepassing. Deze gelden ingevolge de artikelen 108 en 110 WPO immers alleen voor een huurrelatie tussen schoolbestuur en een derde.

In dit verband zij opgemerkt dat een gemeente nog een bijzondere verantwoordelijkheid toekomt als het gaat om het bewaken van eerlijke concurrentie. Haar zou nog onterechte staatssteun kunnen worden verweten door de kinderopvangondernemers in de gemeente verschillende tarieven aan te bieden. Deze verplichtingen uit EG-wetgeving levert op zich zelf echter nog geen rechtvaardiging voor de eis tot afdracht van huurpenningen op het niveau van een marktconforme huur.<sup>6</sup> Ook de huurvoorwaarden in termen van een vergelijkbaar huurbescherming zouden dan op vergelijkbaar niveau dienen te worden gebracht.

### 5. Hoe verder?

De vraag is evenwel hoe een stevigere positie van een huurder, c.q. kinderopvang kan worden bereikt.

Art 110 WPO biedt in dit verband ook weinig soelaas. Een gebouwdeel kan daarmee weliswaar aan de onderwijsbestemming worden onttrokken, waardoor het vorderingsrecht van de gemeente en de noodzaak voor eigen gebruik door de school geen problemen meer kunnen opleveren, maar deze bepaling legt weer beperkingen op in de termijn. De huurtermijn kent een maximum van drie jaar, terwijl een termijn van vijf of tien jaar in de rede ligt. Deze bepaling is naar mijn mening nog een relict uit de periode van vóór de decentralisatie van de huisvestingstaken van Rijk naar gemeenten in 1997. Het ministerie van OCW besliste toen over de goedkeuring van nieuwbouw en uitbreiding in schoolgebouwen. Zij verstrekte aan de gemeente een jaarlijkse vergoeding voor rente en aflossing voor de stichtingskosten die door de gemeente werd voorgefinancierd. Het Rijk had er dan ook belang bij dat gebouwen met een onderwijsbestemming alleen onder zekere voorwaarden voor andere doeleinden konden worden ingezet. Het toenmalige medebewindsregime is echter inmiddels vervangen door een -in de wet ingekaderd - regime van gemeentelijke autonomie. Bij de aanvang van de decentralisatie knelden deze beperkingen nog niet zozeer, omdat de ontwikkelingen rond de brede school nog niet of niet in de huidige omvang aan de orde waren.

Eerder heb ik een oplossing gesuggereerd door te wijzen op de mogelijkheid bij overeenkomst af te wijken van de onderwijswetgeving (School en Wet 2008, nr. 5, pag. 17). De strekking van de bepalingen in de onderwijswetgeving staan mijns inziens aan de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst niet in de weg. Een overeenkomst veronderstelt immers wederzijds goedvinden tussen gemeente en schoolbestuur en de wetgever heeft met decentralisatiewetgeving juist autonomie en maatwerk op lokaal niveau beoogd. De zogenaamde doordecentralisatiebepaling in artikel 111 WPO biedt ook expliciet de mogelijkheid om bij overeenkomst af te wijken van het wettelijke regime. Voor een oplossing van de huurbescherming ten behoeve van de kinderopvang is deze bepaling echter weer pro-

blematisch, omdat ze een jaarlijkse vergoeding van de gemeente aan het schoolbestuur veronderstelt. Bij een afspraak over de afdracht van een huurprijst gaat het juist omgekeerd om jaarlijkse vergoeding aan de gemeente. Een algehele doordecentralisatie, zoals bijvoorbeeld in Nijmegen is toegepast, biedt weer wel een goede randvoorwaarde om de positie van huurders anders en beter te regelen.

Voor de praktijk is het van belang dat consensus bestaat over mogelijkheid, c.q. de inhoud van een dergelijke overeenkomst, waarbij in afwijking van de bepalingen in de WPO voor huurdersbelangen specifieke afspraken worden vastgelegd. VNG en organisaties voor bestuur en management in het onderwijs zouden hier een rol in kunnen vervullen.

Hoewel dit waarschijnlijk werk is "van langere adem", zou ook een herijking van de wetgeving kunnen worden opgepakt. De formulering van de huidige wetsbepalingen houdt onvoldoende rekening met de recente verplichting ex art 45 WPO. De onderwijswetgeving zou juist integratie in de vorm van inwoning van kinderopvang in schoolgebouwen moeten bevorderen in plaats van ontmoedigen.

#### Noten

1. Kamerstukken II, 2005/06 30 300, nr. 14
2. Kamerstukken II 2005/06, 30 300, nr. 57
3. Stb. 2004, nr. 455
4. RvS, Afdeling Bestuursrechtspraak, 21 oktober 2009, 200901067/1/H2 (Brunssum/MOVARE). Zie ook in dit nummer uitspraak nr. 109, pag. 18
5. Op de website van de VNG worden voorbeelden verzameld vanuit de gemeentelijke praktijk. Ook hier wordt vastgesteld dat het niet eenvoudig is om een huursom objectief vast te stellen. Vgl. [http://www.vng.nl/Praktijkvoorbeelden/JOS/2009/Valkensw\\_Nota\\_onderwijshuisv\\_2009.pdf](http://www.vng.nl/Praktijkvoorbeelden/JOS/2009/Valkensw_Nota_onderwijshuisv_2009.pdf)
6. Vgl. artikel B7 lid 1 van het EG-Verdrag. Zie ook: [www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)