

Insolad Jaarboek 2014

Onder redactie van:

Mr. J.J. Reiziger
Mr. A. van der Schee
Mr. J. Princen

2014

KLUWER – Deventer

Inhoud

Voorwoord redactie	VII
1. De subsidie: oorzaak of redding van het faillissement Mr. C. Drent	1
2. Nadeelcompensatie; de actuele stand van zaken ten aanzien van aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatig overheidshandelen Mr. F.A. Mulder en mr. ir. F.A. Linssen	35
3. Bestuursrechtelijke aspecten van emissierechten in een faillissement Mr. X.P.C. Wynands	61
4. De curator en handhaving van milieuvoorschriften Mr. P. Schilder-Spel	79
5. Nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen; goede bedoelingen, maar een doorstart blijft in de praktijk weerbarstig Mr. Th. Dankert	89
6. DigiNotar: van hack tot faillissement Mr. R. Mulder en mr. M. van Genugten	119
7. Faillissement en Overheid in de Zorg Mr. M.J. Cools en mr. D. van Dalen	141
8. Curator en overheden bij het faillissement van een school Mr. J.H. van der Weide	161
9. Actualiteiten belastingen Mr. A.J. Tekstra	177
10. Treatment of Tax Claims in International Insolvencies: Europe and Beyond Prof. mr. B. Wessels	207

ISBN 978 90 13 12690 7
ISBN 978 90 13 12691 4 (E-book)
NUR 827-704
© 2014 Insolad

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.

Curator en overheden bij het faillissement van een school

MR. J.H. VAN DER WEIDE¹

1. Inleiding

Het Nederlandse onderwijsstelsel heeft zijn wortels in de schoolstrijd die voor een groot gedeelte zijn beslag kreeg in de negentiende eeuw. Ook de Faillissementswet stamt uit de negentiende eeuw. Het is daarom op het eerste gezicht opmerkelijk om pas in 2014 stil te staan bij verwickelingen rond het faillissement van een school.

In deze bijdrage ga ik in op de vraag hoe overheden met de curator te maken krijgen en vice versa bij het faillissement van een school. Gelet op de enorme diversiteit aan scholen (van dansschool tot primair onderwijs en universiteiten) en regels die daarvoor gelden, is van belang om eerst tot een goede afbakening te komen van de scholen waarover deze bijdrage gaat.

Ik beperk mij in deze bijdrage tot scholen voor primair onderwijs en scholen voor voortgezet onderwijs, en dan met name bekostigde bijzondere scholen en verzelfstandigde openbare scholen,² al dan niet voor speciaal onderwijs. Deze scholen hebben met elkaar gemeen dat zij gedreven worden door een privaatrechtelijke (rechts)persoon, dat zij bekostiging ontvangen van het Rijk en in beginsel worden voorzien van huisvesting door de gemeente waar zij in gevestigd zijn.

In het recente verleden is een aantal rechtspersonen die dergelijke scholen dreven gefailleerd. Voorbeelden zijn Jenaplanschool de Regenboog in Maarsse, onderwijsgroep Amarantis met verschillende scholen in Noord-Holland, Flevoland en Utrecht, het Islamitisch College Amsterdam in Amsterdam, Ibn Ghaldoun in Rotterdam, islamitische basisschool De Dialoog in Rotterdam en de stichting Zonnehuizen met een school voor speciaal onderwijs in Zeist.

1. De auteur is werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten in Den Haag.
2. Hoewel de meeste openbare scholen verzelfstandigd zijn, bestaan er ook openbare scholen die door de gemeente zelf in stand worden gehouden.

Een aantal van deze voorbeelden betreft het faillissement van een rechtspersoon die ten tijde van de faillietverklaring geen school meer in stand hield. Niets ten nadele van die faillissementen, maar ten behoeve van deze bijdrage zijn faillissementen van rechtspersonen die ten tijde van de faillietverklaring nog een school in stand hielden interessanter. Daarom zal ik mij in deze bijdrage beperken tot faillissementen van rechtspersonen die nog een school in stand hielden op de dag van de uitspraak van het faillissement.

Wat opvalt in de recente voorbeelden is dat al deze scholen bijzonder onderwijs boden. Dat wil zeggen: onderwijs dat niet van overheidswege wordt aangeboden maar vanuit een privaot initiatief, en daarom vaak levensbeschouwelijk gekleurd is of een bepaalde pedagogische grondslag heeft. Dat betekent echter niet, dat bij openbare scholen geen financiële problemen voorkomen.³ Een faillissement van een school voor openbaar onderwijs ligt, zelfs als die in een aparte rechtspersoon gedreven wordt, minder voor de hand omdat de gemeente verantwoordelijk is en blijft voor voldoende aanbod van openbaar onderwijs. Zo kan het voorkomen dat een gemeente financieel bijspringt om een faillissement van een openbare school af te wenden.⁴ Daarbij zou op de achtergrond een rol kunnen spelen dat de school zich ten opzichte van de gemeente op het standpunt stelt dat de financiële problemen in de kiem al bestonden op het moment dat de gemeente de school verzelfstandigde.

Op het onderscheid tussen bijzondere en openbare scholen ga ik hieronder in hoofdstuk 2 nog kort in. Voor het onderwerp van deze bijdrage, de wijzen waarop een curator van een school met de overheid te maken krijgt, maakt het maar een beperkt verschil of de gefailleerde school een school voor openbaar of bijzonder onderwijs is.

2. De overheid en onderwijs

In het kader van deze bijdrage heb ik niet de behoefte noch de ambitie om een volledig overzicht te bieden van de geldende onderwijswetgeving. Toch is het van belang op een aantal wetten nader in te gaan om een beeld te kunnen verkrijgen van de positie van overheden in het faillissement van een school.

Voorop staat artikel 23 van de Grondwet. De regeling in dit artikel is het resultaat van de schoolstrijd die in drie fasen uiteenvalt. De eerste fase van de

schoolstrijd ging om het recht van een ieder om onderwijs te geven, dat wil zeggen zonder vergunning of toetsing vooraf en het recht om onderwijs vanuit een bepaalde religieuze visie te geven. In de tweede fase kwam daarbij de mogelijkheid voor het Rijk om ook niet-openbare scholen van subsidie te voorzien en in de derde fase werden openbaar en bijzonder onderwijs in financiële zin gelijkgesteld. Het uiteindelijke resultaat werd in 1917 vastgelegd in artikel 192 van de Grondwet van 1917. Het huidige artikel 23 Grondwet bevat nauwelijks wijzigingen ten opzichte van artikel 192 Grondwet 1917.⁵

Op grond van artikel 23 Grondwet is de Rijksoverheid verantwoordelijk voor het hele onderwijssysteem in Nederland. Daarbij bepaalt het artikel dat het openbaar onderwijs bij wet geregeld wordt en bevat het artikel in lid 4 de instructie dat in elke gemeente 'voldoend openbaar lager algemeen vormend onderwijs' gegeven wordt in een genoegzaam aantal openbare scholen. Hoewel de Grondwet alleen spreekt van lager onderwijs, is een gangbare interpretatie van het vierde lid dat deze instructie ook ziet op voortgezet onderwijs, in ieder geval tot aan de leerplichtige leeftijd. Bijzonder onderwijs wordt door eigen voorschriften en statuten geregeld en mag levensbeschouwelijk gekleurd zijn. De Rijksoverheid staat garant voor een minimumniveau van het onderwijs en al het onderwijs staat onder toezicht. Er kunnen nadere eisen aan openbaar en bekostigd bijzonder onderwijs gesteld worden, maar die nadere eisen moeten dan gelijkwaardig zijn. Het bijzonder basisonderwijs dat aan de gelijkwaardige voorwaarden voldoet, wordt op voet van gelijkheid gefinancierd als het openbaar basisonderwijs.⁶

De bekostiging van het onderwijs is nader uitgewerkt in onderwijswetten zoals de Wet op het Primair Onderwijs (WPO), de Wet op het Voortgezet Onderwijs (de WVO) en de Wet op de Expertisecentra (WEC) en besluiten als Besluit bekostiging WPO, Bekostigingsbesluit WVO en Besluit bekostiging WEC. Op de verstrekking van middelen aan scholen, 'bekostiging' genaamd, zijn de bepalingen omtrent subsidie in de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing.⁷ De bekostiging bestaat steeds uit drie componenten:⁸

1. huisvesting;
2. materiële instandhouding (dit zijn alle exploitatiekosten behalve personeelskosten); en
3. personeel.

3. Zie bijvoorbeeld: <http://www.vngmagazine.nl/archief/5693/steeds-meer-scholen-financi%C3%A8le-problemen>.

4. Zie: <http://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/achtergrond/achtergrond/lege-schoolkas-treft-gemeenten.5545256.lynkx>.

5. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel Onderwijsrecht*, Elsevier 1999, pagina 13 – 20.

6. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel Onderwijsrecht*, Elsevier 1999, pagina 21 – 28.

7. Zie artikel 4:21 lid 4 Awb.

8. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel Onderwijsrecht*, Elsevier 1999, pagina 89.

Bij en krachtens de WPO, WVO en de WEC voorziet het Rijk het 'bevoegd gezag', waarmee in deze wetten bedoeld is de (rechts)persoon die de school drijft, rechtstreeks in de bekostiging van 2. de materiële instandhouding en 3. het personeel. De Gemeente dient het bevoegd gezag te voorzien van 1. adequate huisvesting.

Het toezicht dat de overheid houdt op het onderwijs is nader vormgegeven in de Wet op het Onderwijstoezicht. De Onderwijsinspectie is met het toezicht belast en houdt toezicht op individuele scholen en instellingen, verstrekt rapportages over thema's in het onderwijs en houdt toezicht op het niveau van het stelsel. De Onderwijsinspectie brengt verslag uit over de stand van het onderwijs in gepubliceerde Onderwijsverslagen. Daarnaast worden bekwaamheidseisen aan het onderwijzend personeel gesteld, worden gelijkwaardige deugdelijkheidseisen aan een bekostigde bijzondere en openbare scholen gesteld en worden bekostigingsvoorwaarden gesteld.⁹

Uit het bovenstaande volgt dat overheden, net als in andere sectoren waar private partijen een publieke taak uitoefenen, geen verantwoordelijkheid hebben voor de financiële gezondheid of het voortbestaan van de (rechts)personen die scholen drijven.

De verantwoordelijkheid van de overheden ten aanzien van de scholen waarop deze bijdrage ziet, bestaat eruit:

1. ervoor zorg te dragen voor voldoende aanbod van openbaar onderwijs in gemeenten. De verantwoordelijkheid van de gemeente strekt zich niet uit tot het aanbod van bijzonder onderwijs,
2. de openbare en bijzondere scholen van huisvesting te voorzien,
3. de openbare en bijzondere scholen van bekostiging te voorzien ten aanzien van materiële instandhouding en personeelskosten, waarover de scholen weer verantwoording moeten afleggen, en
4. ervoor zorg te dragen dat het onderwijs van voldoende kwaliteit is, via toezicht door de Onderwijsinspectie (controle, evaluatie, stimulering en rapportage) te houden, via bekwaamheidseisen en tot slot (voor bekostigde scholen) via deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden.

9. Zie voor de grondslagen daarvan respectievelijk artikel 23 lid 2 (bekwaamheidseisen), leden 5 en 6 (deugdelijkheidseisen) en lid 7 (bekostigingsvoorwaarden) Grondwet.

3. Tijdelijke voortzetting van een school in faillissement

Als een stichting¹⁰ die openbaar of bekostigd bijzonder onderwijs verzorgt failliet gaat, dan zal de eerste zorg van de curator waarschijnlijk uitgaan naar de lopende activiteiten van de stichting. Hoewel een curator zich misschien op het standpunt zou kunnen stellen dat hij geen verantwoordelijkheid heeft voor de verzorging van onderwijs aan de leerlingen, zullen weinig curatoren geneigd zijn direct de school te sluiten op faillissementsdatum en de leerlingen naar huis te sturen.

Meer voor de hand ligt om de school nog enige tijd voort te zetten, bijvoorbeeld tot de herfst-, kerst-, voorjaars- of zomervakantie. Dat zal steeds een redelijk overzichtelijke periode van enkele weken betreffen. Gedurende die korte periode van voortzetting kunnen ouders en leerlingen zo nodig worden voorgelicht en worden voorbereid, en kan een oplossing worden gezocht voor een overgang van leerlingen, personeel en materiaal naar een (of meer) andere al bestaande school (scholen) of naar een nieuw opgerichte school. Een periode van voortzetting kan daarom mede in het belang zijn van de boedel om een betere verkoop van de activa mogelijk te maken.

De stichting beschikt gedurende de voortzettingsperiode over huisvesting. Veruit de meeste stichtingen zijn namelijk eigenaar van het schoolgebouw. Indien al sprake is van een huur- of gebruiksovereenkomst op grond waarvan de stichting over het gebouw beschikt, zal de gemeente de contractspartij zijn van de stichting.

Ook de bekostiging van de exploitatie- en personeelskosten loopt gedurende de voortzettingsperiode gewoon door. Het recht op bekostiging bestaat namelijk zolang de school gedreven wordt. De boedel beschikt derhalve over inkomsten gedurende de voortzettingsperiode.

Daarbij geldt natuurlijk wel dat er sprake kan zijn van een structureel 'lek' in de exploitatie dat het faillissement van de stichting heeft veroorzaakt. Het is voor curatoren niet ongebruikelijk om bij een voortzetting van de activiteiten te trachten te bedingen dat tekorten in de exploitatie gedurende de voortzettingsperiode worden aangezuiverd of worden gegarandeerd door partijen die belang hebben bij de voortzetting van de onderneming.

10. Ik ga er in het vervolg voor het gemak van uit dat de gefailleerde (rechts)persoon die de school drijft een stichting is. Voor zover mij bekend wordt een meerderheid van de scholen in de rechtsvorm van een stichting gedreven, hoewel scholen ook wel in de rechtsvorm van een vereniging gedreven worden.

Naar mijn verwachting zullen overheden niet snel overgaan tot verhoging van de bijdragen aan de gefailleerde school. De reden daarvoor is dat de bekostiging geacht mag worden voldoende te zijn voor de financiering van alle exploitatie- en personeelskosten. En bovendien geldt dat als een gemeente ervoor zou kiezen om extra bedragen ter beschikking te stellen, dit zal kunnen worden aangemerkt als een subsidie waar een objectieve regeling aan ten grondslag moet liggen en waarbij geldt dat andere scholen daarop mogelijk ook een beroep zouden kunnen doen.¹¹

Overheden zullen de verantwoordelijkheid daarom waarschijnlijk bij de curator neerleggen om ervoor zorg te dragen dat de activiteiten op zodanige wijze worden voortgezet dat de kosten van voortzetting voldaan kunnen worden uit de reguliere bekostiging. De curator zal een eventueel lek in de exploitatie dus zelf op moeten sporen en buiten de voortzettingsadministratie moeten zien te houden.

Een curator moet ook geacht worden snel te kunnen ingrijpen om een dergelijk lek buiten de voortzetting te houden. In de eerste plaats zou de curator kunnen selecteren in de personeelsleden die gevraagd worden door te werken. Bovendien kan de curator, veel gemakkelijker dan de gefailleerde dat kon, snijden in kosten van bijvoorbeeld schoonmaak. Met behulp van een afkoelingsperiode kan een curator tot slot nog partijen van zich afhouden die bijvoorbeeld inventaris willen terughalen.

Tijdens een periode van voortzetting is de boedel verantwoordelijk voor de kwaliteit van het onderwijs dat verstrekt wordt aan de leerlingen. Dat klinkt als een zware verantwoordelijkheid die een curator wellicht niet graag zonder afdekking op zich neemt. Toch is mijn verwachting dat op dit punt de curator niet snel tegenover de overheid (in dit geval: de Onderwijsinspectie) zal komen te staan. Er zal namelijk steeds sprake zijn van een voortzettingsperiode die in tijd zeer beperkt is, juist met het oog op het belang van de leerlingen bij een voortzetting van het onderwijs, en het zal voor de curator feitelijk niet mogelijk zijn een inhoudelijke wijziging van betekenis door te voeren in het onderwijs. Daar is de curator ook niet op toegerust. Naar mag worden aangenomen zal de Onderwijsinspectie met die omstandigheden rekening houden en zich met name erop concentreren dat een oplossing wordt gevonden voor de onderwijsverstrekking aan de leerlingen van de gefailleerde stichting.

11. Vergelijk ook de overschrijdingsregeling zoals opgenomen in respectievelijk art. 142 e.v. WPO, 96i e.v. WVO en 136 e.v. WEC.

Gedurende de voortzettingsperiode is de curator gehouden om de bekostiging aan te wenden voor het doel waarvoor deze wordt verstrekt. Ten aanzien van de reguliere bekostiging van materiële instandhouding en personeelskosten bestaat echter een grote mate van vrijheid ten aanzien van de besteding. Dat kan mogelijk alleen anders liggen bij meer incidentele aanvullende bekostigingen die bijvoorbeeld op basis van een politiek akkoord¹² aan scholen zijn verstrekt. Deze kunnen een specifiek bestedingsdoel hebben.

Als een 'doorstart' tot stand komt, zal de curator zoveel mogelijk de activa van de gefailleerde ineens trachten over te dragen. Als geen doorstart tot stand komt, of als er bepaalde activa niet worden overgedragen, zullen die op andere wijze te gelde moeten worden gemaakt. Dat is allemaal *business as usual* voor curatoren.

Toch komt de curator de overheid nog in twee gedaanten tegen in de (verdere) afwikkeling van het faillissement. In de eerste plaats als de partij aan wie verantwoording dient te worden afgelegd ten aanzien van de bekostiging en in de tweede plaats ten aanzien van het belangrijkste activum op naam van de stichting: het schoolgebouw.

4. Verantwoording ten aanzien van de bekostiging

Zolang een school gedreven wordt door de stichting, of dat nu in of buiten faillissement is, heeft de stichting (in faillissement: de boedel) recht op bekostiging. Deze bekostiging wordt per jaar verstrekt en in termijnen betaald. De hoogte van de bekostiging wordt bepaald aan de hand van diverse parameters. Belangrijke parameters zijn het leerlingenaantal, het aantal groepen en het aantal locaties.

Voor de besteding van de reguliere bekostiging bestaat, met name ten aanzien van de bekostiging die ziet op de materiële instandhouding, een grote mate van vrijheid. De achtergrond daarvan is dat het bestuur van de stichting zelf moet kunnen bepalen hoe de middelen besteed worden. Indien aanvullende bekostiging is verstrekt, kan sprake zijn van geoordeelde vergoedingen met een specifiek bestedingsdoel.

Ten aanzien van alle ontvangen bekostiging dient verantwoording te worden afgelegd. Achteraf zal moeten worden aangetoond, met een controleverklaring van een accountant, dat de bekostiging rechtmatig en doelmatig is besteed.

12. Bijvoorbeeld in het 'Herfstakkoord' zijn extra middelen vrijgemaakt ten behoeve van onderwijs.

Bij een gefailleerde stichting zal de curator gehouden zijn de verantwoording ten aanzien van de besteding van alle ontvangen bekostiging af te leggen. Dat beperkt zich niet tot de voortzettingsperiode, maar ziet ook op de bekostiging die voor faillissementsdatum is ontvangen waarover nog geen verantwoording is afgelegd.

Indien verantwoording uitblijft, kan dat gevolgen hebben voor de bekostiging. Deze zou als onverschuldigd betaald zelfs geheel kunnen worden teruggevorderd.¹³ Teruggevorderde bekostiging die ziet op de voortzettingsperiode zou daarbij aangemerkt kunnen worden als een boedelschuld. Een terugvordering van bekostiging die ziet op de periode van vóór datum faillissement, leidt mijns inziens tot een concurrente vordering in het faillissement.¹⁴

Met het afleggen van de verantwoording zullen kosten gemoeid zijn. Met name de controleverklaring van de accountant kan tot externe kosten leiden, zeker als er enige twijfel bestaat over de rechtmatige en doelmatige besteding van de bekostiging door de stichting voor faillissementsdatum. Niet valt uit te sluiten dat de boedel niet over de middelen beschikt om de externe kosten van verantwoording te kunnen maken. In dat geval kan niet van (het kantoor van) de curator worden gevergd dat hij deze kosten voor eigen rekening neemt. Maar naar mijn mening kan wel van een curator worden gevergd dat hij in ieder geval zoveel mogelijk verantwoording aflegt als mogelijk is gelet op de middelen waarover de boedel beschikt.

5. Het economisch claimrecht op het schoolgebouw

In hoofdstuk 2 is aan de orde gekomen dat de gemeente op grond van de WPO, WVO en de WEC verantwoordelijk is voor de huisvesting van een stichting die openbaar, bekostigd bijzonder of speciaal primair en voortgezet onderwijs geeft. Deze instructie aan de gemeenten is opgenomen in respectievelijk artikel 91 WPO, artikel 76b WVO en artikel 89 WEC.

De gemeenten geven meestal invulling aan hun verantwoordelijkheid om scholen van huisvesting te voorzien door de stichting de eigendom van het

schoolgebouw¹⁵ te verschaffen. Uit raadpleging van het kadaster zal de curator dus kunnen blijken dat de gefailleerde stichting onbezwaard eigenaar is van het schoolgebouw.

Met dat eigendomsrecht van de stichting is wel iets bijzonders aan de hand. Vanwege de verantwoordelijkheid van de gemeente voor de huisvesting, komt aan de gemeente een zogenaamd 'economisch claimrecht' toe op het schoolgebouw.

Dit economisch claimrecht van de gemeente is uitgewerkt in de WPO, WVO en de WEC en komt erop neer dat de eigendom van het schoolgebouw eindigt als dat niet meer gebruikt wordt voor het geven van onderwijs door de stichting dan wel (bij bekostigde school voor bijzonder onderwijs) als de bekostiging eindigt. Achtergrond van deze specifieke wettelijke regeling is de wens van de wetgever om enerzijds de gemeenten te belasten met de verantwoordelijkheid om in de huisvesting van scholen te voorzien, maar anderzijds ervoor te waken dat de rechtspersonen die een school in stand houden hun vermogen ten laste van de gemeente zouden kunnen vermeerderen.¹⁶

In een faillissement leidt uitoefening van het economisch claimrecht ertoe dat een curator het, op het eerste gezicht vermoedelijk meest waardevolle activum, uit de boedel ziet verdwijnen ten gunste van de gemeente. Het behoeft geen betoog dat de curator en de overheid op dit punt tegenover elkaar kunnen komen te staan. Gelet op de vermoedelijk geringe waarde van de overige activa van de stichting, kan de uitwerking van het economisch claimrecht in het faillissement het verschil betekenen tussen een uitkering aan de concurrente crediteuren en een opheffing wegens de toestand van de boedel.

13. Vergelijk ABRvS 7 december 2011, AB 2012/126 met noot J.H.A. van der Grinten.

14. De suggestie van Van der Grinten in punt 5 van zijn annotatie van de in voetnoot 13 genoemde uitspraak van de Afdeling dat de terugvordering van de subsidie ontstaat ná faillissementsdatum en op grond daarvan mogelijk niet in het faillissement kan worden geverifieerd, is niet meer houdbaar op grond van rechtsverwerking 3.7.2 van het arrest van de Hoge Raad van 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot Beheer / Tideman q.q.).

15. De eigendom van de stichting kan ook meer omvatten dan alleen het gebouw, bijvoorbeeld het omliggende terrein met schoolplein. Ik spreek hier verder alleen over het schoolgebouw, maar voor het terrein geldt niet iets anders.

16. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Memorie van Toelichting op de Lager-onderwijswet 1920, 428 nr. 3 blz. 42 en 43: "Artikel 83 bevat de waarborgen, dat de bestemming van het gebouw worde gehandhaafd en bepaalt, wat zal geschieden, indien het schoolgebouw als zoodanig niet meer wordt gebruikt, of het aantal leerlingen tot een minimum is teruggelopen.

Het vierde lid houdt het beginsel in, dat vervreemding niet is toegelaten. Eene uitzondering behoort te worden gemaakt, indien de bedoeling is, de school naar een ander kwartier te verplaatsen. Toch is zelfs eene dergelijke verplaatsing niet onvoorwaardelijk toegelaten. Anders zoude de schoolvereniging door verkoop van het met geld van de gemeente gestichte gebouw en het optrekken van een veel kleiner gebouw elders zich kunnen verrijken ten koste van de gemeente. Aan Gedeputeerde Staten is opgedragen tegen een en ander te waken."

Voor de vraag hoe het economisch claimrecht uitwerkt in een faillissement dient in de eerste plaats naar de onderwijswetten gekeken te worden. De gebruikte techniek in de WPO, WVO en WEC is identiek. Als de stichting en het college van burgemeester en wethouders van de gemeente het eens zijn over dat en per wanneer het schoolgebouw niet langer voor de school zal worden gebruikt of de bekostiging eindigt, leggen zij dat vast in een akte. Door de inschrijving van deze akte in de openbare registers verkrijgt de gemeente dan de eigendom van het schoolgebouw.

Als er geen overeenstemming bestaat tussen de stichting en het college van burgemeester en wethouders ten aanzien van de vraag of en per wanneer een gebouw nog voor de school wordt gebruikt dan wel de bekostiging eindigt, is sprake van een geschil dat ter beoordeling aan Gedeputeerde Staten van de provincie kan worden voorgelegd. Gedeputeerde Staten beslist dan bij (bestuursrechtelijk) besluit omtrent het geschil. Een dergelijk besluit heeft uitsluitend betrekking op de vraag of zich daadwerkelijk de situatie voordoet dat het bevoegd gezag blijvend heeft of zal hebben opgehouden het gebouw voor de school te gebruiken dan wel dat de bekostiging is geëindigd. Als een dergelijk besluit onherroepelijk wordt, heeft ook inschrijving daarvan tot gevolg dat de gemeente de eigendom van het schoolgebouw verkrijgt. In alle gevallen dat de gemeente van oordeel is dat het gebruik van het gebouw dan wel de bekostiging is geëindigd, kan het college van burgemeesters en wethouders zich tot Gedeputeerde Staten wenden met het verzoek een besluit te nemen.¹⁷

Bovendien bevatten de WPO, WVO en de WEC artikelen om ‘uitholling’ van het economisch claimrecht te voorkomen. De WPO, WVO en WEC regelen dat een gemeente steeds ook zoveel mogelijk de onbezwaarde eigendom van het schoolgebouw kan verkrijgen. Deze wetten bevatten daarom een regeling dat het vervreemden, bezwaren of verhuren van het schoolgebouw niet kan plaatsvinden zonder toestemming van het college van burgemeester en wethouders.

De bepalingen met het verbod om het schoolgebouw zonder toestemming van het college van burgemeester en wethouders te vervreemden in de WPO, WVO en WEC richten zich steeds uitdrukkelijk tot de stichting (‘het bevoegd gezag’). Deze wetten bevatten geen bepaling dat het schoolgebouw niet door een derde, zoals bijvoorbeeld een beslaglegger, kan worden vervreemd. Ik zou echter menen dat een beslaglegging op het schoolgebouw afstuit op artikelen 703 en 436 Rv omdat het schoolgebouw, in verband met de verantwoordelijkheid voor

17. ABRvS 4 juni 2014, uitspraak 201307614/1/A2, met name rechtsoverweging 3.1.

de huisvesting van de gemeente, goederen zijn die bestemd zijn voor de openbare dienst.¹⁸

Omdat het schoolgebouw op faillissementsdatum op naam staat van de stichting, en de eigendomsovergang mitsdien het vermogen van de stichting raakt, is de curator op grond van artikel 23 Fw bevoegd om de gefailleerde stichting te vertegenwoordigen bij de gezamenlijke akte waarin verklaard wordt dat en per wanneer de stichting ophoudt het gebouw als school te gebruiken of de bekostiging eindigt. Voorts kan de curator bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden tegen een eventueel besluit van Gedeputeerde Staten.

De beide routes waarmee de gemeente de eigendom van het schoolgebouw kan verkrijgen (akte en besluit Gedeputeerde Staten) hebben directe goederenrechtelijke werking. In de openbare registers worden de akte of het besluit ingeschreven en die inschrijving hebben op grond van de wet tot gevolg dat de eigendom overgaat. Levering van het schoolgebouw met een notariële leveringsakte behoeft dan ook niet plaats te vinden.

De WPO, WVO en de WEC bevatten daarmee naar mijn mening een bijzondere vorm van eigendomsovergang die moet worden beschouwd als een “overige in de wet (...) aangegeven wijze van rechtsverkrjiging” zoals bedoeld in artikel 3:80 lid 3 BW.¹⁹

De Faillissementswet bevat geen bepaling die een overige in de wet aangegeven wijze van eigendomsovergang onmogelijk maakt of verbiedt. Artikel 35 van de Faillissementswet voorkomt immers slechts dat een onvoltooide juridische levering alsnog plaatsvindt na faillissementsdatum. Een dergelijke levering is alleen vereist bij de gewone overdracht in de zin van artikel 3:84 BW. Bij de bijzondere eigendomsverkrjiging op grond van de WPO, WVO en de WEC vindt geen levering in de zin van artikel 3:84 BW plaats. Ik zie dan ook geen strijd met de Faillissementswet.

De werking van het economisch claimrecht is daarmee enigszins vergelijkbaar met het recht van reclame. Ook het recht van reclame is een “overige in de wet (...) aangegeven wijze van rechtsverkrjiging” zoals bedoeld in artikel 3:80 lid 3 BW.²⁰ Het recht van reclame is eveneens een wettelijke regeling die

18. Daarvoor is niet vereist dat de goederen eigendom zijn van de overheid. Vergelijk L.P. Broekveldt, aantekening 3 op artikel 436 Rv in de Groene Serie.

19. Idem Rechtbank Midden-Nederland 3 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:1661. Tegen dit vonnis is overigens hoger beroep ingesteld waarop nog niet beslist is.

20. Zie Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006, nummer 194.

bewerkstelligt dat door een schriftelijke verklaring, zonder verdere juridische leveringshandelingen zoals bedoeld in artikel 3:84 BW, een eigendom van de gefailleerde uit de faillissementsboedel verdwijnt en met directe goederenrechtelijke werking overgaat naar de vorige eigenaar.

Ik meen derhalve dat het economisch claimrecht ook in faillissement met succes kan worden uitgeoefend door een gemeente. Dat is op het eerste gezicht wellicht wrang voor de faillissementscrediteuren, maar de vraag is of deze crediteuren ooit gerekend hebben op verhaal op het schoolgebouw. Vanwege het economisch claimrecht nemen accountants het schoolgebouw namelijk niet op in de balans van de stichting.

Overigens komt het ook voor dat een gemeente afstand doet van het economisch claimrecht dat haar op grond van de wet toekomt. Deze afstand kan bijvoorbeeld worden gedaan in het kader van de zogenaamde ‘doordecentralisatie’ zoals bedoeld in de artikelen 76v WVO, 111 WPO en 109 WEC. Bij doordecentralisatie verkrijgt de stichting de (onbeperkte) eigendom van de schoolgebouwen en wordt de stichting zelf verantwoordelijk voor de huisvesting in ruil voor een van de gemeente te ontvangen bedrag ter dekking van de huisvestingskosten.²¹

De afstand kan worden vastgelegd in een eenzijdige verklaring van de gemeente of overeenkomst tussen de gemeente en de stichting. Daaruit dient te blijken dat de gemeente zich niet alleen verbindt te zijner tijd (namelijk als het schoolgebouw niet meer wordt gebruikt door de stichting voor het geven van onderwijs dan wel als de bekostiging van de stichting eindigt) geen beroep meer te doen op de wettelijke bepalingen waarmee zij de eigendom kan verkrijgen. Die afstand dient dan tevens te omvatten dat de gemeente zich niet meer zal beroepen op het verbod om zonder toestemming van het college van burgemeester en wethouders het schoolgebouw te vervreemden, te bezwaren of te verhuren, althans dat deze toestemming op voorhand onbeperkt verleend is.

21. Uit openbare stukken blijkt dat de gemeente Nijmegen met het schoolbestuur van Alliantie Voortgezet Onderwijs dergelijke afspraken heeft gemaakt. Zie: http://www2.nijmegen.nl/mmbase/attachments/1105818/Brief_van_het_College_B_W_van_25_januari_2011_over_Sluiten_overeenkomst_doordecentralisatie_mbt_Citadel_College.pdf.

6. Verdere complicaties ten aanzien van het economisch claimrecht

Een ingewikkelde, en daarmee interessante, rechtsvraag is nog wat het gevolg is indien het schoolgebouw door de stichting is vervreemd of bezwaard zonder de vereiste toestemming van het college van burgemeester en wethouders.

Op het eerste gezicht lijkt het duidelijk te zijn wat de sanctie is. De WPO, WVO en WEC bepalen immers dat een dergelijke vervreemding of bezwaring nietig is.²² Maar dat is in dit geval vermoedelijk niet doorslaggevend. Deze bepalingen gaan namelijk terug tot voor de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek in 1992 en pas bij de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek is het onderscheid tussen vernietigbaarheid en nietigheid in de wet opgenomen. De wetgever heeft bij de invoering overwogen dat waar oudere wetsbepalingen nog van nietigheid spreken, deze wetten als gevolg van de invoering van het nieuw burgerlijk wetboek niet aan de nieuwe terminologie zijn aangepast, maar dat daaruit niet mag worden afgeleid dat toepassing van die artikelen in het stelsel van de nieuwe wet noodzakelijkerwijze tot nietigheid zouden moeten leiden.²³

Dat de WPO, WVO en WEC nietigheid als sanctie noemen op overtreding van het verbod op vervreemding of bezwaring zonder toestemming van het college van burgemeester en wethouders, betekent dus nog niet dat overtreding tot nietigheid in de zin van het nieuwe burgerlijk wetboek leidt. Het antwoord op de vraag of sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid zal moeten worden beoordeeld aan de hand van 3:40 lid 2 BW.

Op grond van artikel 3:40 lid 2 BW geldt dat strijd met een dwingende wetsbepaling in beginsel leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, maar daarop bestaan twee uitzonderingen. Ten eerste is sprake van vernietigbaarheid indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling. Ten tweede bepaalt artikel 3:40 lid 2 BW in het slot dat alsnog uit de strekking van de bepaling weer een ander gevolg kan voortvloeien.

Overtreding van het toestemmingsvereiste leidt derhalve tot vernietigbaarheid indien geoordeeld moet worden dat sprake is van een bepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling.

22. Zie voor vervreemding en bezwaring de artikelen 106 WPO, 76q WVO en 104 WEC en voor verhuren de artikelen 108 WPO, 76s WVO en 106 WEC.

23. Zie Memorie van Toelichting invoering boeken 3, 5 en 6 p. 381 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nummer 321 en 609.

Bij de meerzijdige rechtshandeling van de vervreemding of de bezwaring van een schoolgebouw zelf zal de gemeente niet rechtstreeks partij zijn. Toch heeft de gemeente in verband met het economisch claimrecht een betrokkenheid bij de rechtshandeling. De gemeente is vanwege het economisch claimrecht immers een door de wet erkende toekomstige eigenaar van het schoolgebouw en de stichting heeft, als keerzijde daarvan, slechts een eigendom met een beperking. Wellicht zou daarom toch betoogd kunnen worden dat de gemeente vanwege haar juridische positie tot het schoolgebouw partij is in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW bij de rechtshandeling tot vervreemding of bezwaring. Dat het toestemmingsvereiste dient ter bescherming van de gemeente, lijkt evident.

Maar ook als die redenering niet kan worden aanvaard, zou ik menen dat op goede gronden betoogd kan worden dat sprake is van een vernietigbaarheid van de rechtshandeling in strijd met het toestemmingsvereiste vanwege de strekking van de bepalingen in de WPO, de WVO en de WEC.

Die bepalingen beogen uitsluitend het belang van de gemeente te beschermen tegen 'uitholling' van het economisch claimrecht op het schoolgebouw. Dat blijkt uit het feit dat als de gemeente toestemming geeft, en waarom zou dat niet ook achteraf kunnen, er sprake is van een rechtsgeldige vervreemding of een bezwaring. En verder kan de gemeente, bijvoorbeeld in het kader van door-decentralisatie, afstand doen van het economisch claimrecht met daarbij de toestemmingsvereisten die het economisch claimrecht voor de gemeente tegen uitholling beschermen. Uit de strekking van de wet blijkt dus dat deze uitsluitend de gemeente beschermt. Maar ook blijkt uit de strekking van de wet dat steeds uitsluitend de gemeente het in haar macht heeft om een rechtshandeling tot vervreemding of bezwaring geldig te laten zijn of niet. Betoogd zou kunnen worden dat daarmee een vernietigbaarheid, die alleen aan de gemeente toekomt en waarop de gemeente een beroep moet doen, meer correspondeert. Het gevolg daarvan zou zijn dat een curator zich niet op een vermeend ontbreken van de vereiste toestemming voor een vervreemding of bezwaring van het schoolgebouw kan beroepen.

7. Tot slot

Bij het faillissement van een school komt een curator de overheid in verschillende hoedanigheden tegen. De overheid kan als politiek verantwoordelijke voor een voldoende aanbod van onderwijs en vanwege de zorg voor de leerlingen, behoefte hebben aan een tijdelijke voortzetting van de gefailleerde school om een soepele overgang voor de leerlingen naar een andere school mogelijk te maken.

Bovendien is de overheid toezichthouder op de kwaliteit van het onderwijs en subsidieverstrekker aan wie verantwoording verschuldigd is omtrent de besteding van de subsidie.

Tot slot heeft de overheid de gefailleerde van de benodigde huisvesting voorzien en heeft de overheid een economisch claimrecht op het schoolgebouw.

Bij de kwaliteit van het onderwijs (gedurende een voortzettingsperiode) en de afwikkeling van de verkregen subsidie, verwacht ik niet dat een curator tegenover overheden zal hoeven komen te staan.

Het economisch claimrecht van de overheid (gemeente) op het schoolgebouw zal curatoren naar mijn verwachting wel enigszins tegen de haren instrijken. Mijn verwachting is echter dat het economisch claimrecht op het schoolgebouw ook in faillissement standhoudt. Dat betekent dat het schoolgebouw, hoewel het op faillissementsdatum in beginsel onbezwaard eigendom van de gefailleerde is, geen bate voor de boedel zal opleveren en in eigendom terug zal overgaan naar de gemeente.

Daarmee is nog niet het laatste woord gezegd over de precieze werking van het economisch claimrecht. Er zijn immers nog rechtsvragen rond de civiele duiding van het economisch claimrecht die op dit moment nog niet beantwoord zijn.