

Bekostiging en sancties: een pleidooi voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving

I Inleiding

De onderwijswetgeving² laat zich niet gemakkelijk doorgronden. Dat geldt ook voor hen die zich dagelijks bezighouden met het bestuursrecht, waartoe een belangrijk deel van de onderwijswetgeving mag worden gerekend. Voor een deel kan dit worden verklaard door het feit dat de wetgever in de onderwijswetgeving op veel punten keuzes maakt die afwijken van de algemene regels van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), vooral op het gebied van financiering, sancties, en rechtsbescherming. Daardoor wordt de onderwijswetgeving atypisch en lastig te vangen in de 'standaardsystematiek' waarmee zo veel bestuursrechtjuristen gewoon zijn te werken.

Volgens de literatuur³ zijn er verschillende omstandigheden die de eigen positie van de bijzondere onderwijswetgever ten opzichte van de Awb kunnen verklaren. In de eerste plaats geldt in het algemeen dat bij de totstandkoming van nieuwe regels op het terrein van het bijzondere bestuursrecht een sectorale benadering vaak dominant is. Een tweede, specifiekere punt is dat de onderwijswetgeving een duaal bestel van (publiek) openbaar en (privaat) bijzonder onderwijs bestrijkt, dat vanuit de opdracht van artikel 23 Grondwet zo veel mogelijk met uniforme normen wordt bediend. In de sfeer van de rechtsbescherming zien we daardoor constructies van vaak non-contentieuze aard die in gelijke zin geregeld zijn voor openbaar en bijzonder onderwijs, maar die tot verschillen in de toegang tot de rechter leiden⁴ of – als gevolg van een bewuste keuze – juist toegang tot een en dezelfde rechter bieden.⁵ Een derde omstandigheid zou kunnen zijn dat om historische redenen – de onderwijswetgeving behoort immers tot de oudste bestuursrechtelijke wetgeving in ons land – wordt vastgehouden aan oude, vertrouwde rechtsregels die niet aansluiten bij de nieuwere, algemene regelingen van de Awb. Mooi voorbeeld daarvan is het beroep tegen sommige bekostigingsbesluiten bij de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg. Deze figuur heeft zijn wortels in het aloude Kroonberoep, dat in de onderwijswetgeving zo lang de standaard is geweest.

Wanneer er goede redenen bestaan voor atypische regels van bijzonder bestuursrecht met van de Awb afwijkende figuren, is er geen probleem. Ontbreekt echter een

rechtvaardiging, dan geeft de behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid, maar ook aan doelmatigheid, aanleiding om te bezien waar kan worden geharmoniseerd. In opdracht van het Ministerie van OCW hebben wij uitgebreid onderzoek verricht naar de verhouding tussen onderwijsrecht en Awb.⁶ Daarin hebben wij de onderwijswetgeving onder meer vergeleken met de algemene regels inzake het subsidie-recht, bestuursrechtelijke sancties en de rechtsbescherming van de Awb. Dit onderzoek vormt de basis voor twee bijdragen in dit blad. In het artikel dat voor u ligt, wordt ingegaan op de verhouding tussen de onderwijswetgeving en het Awb-subsidierecht en -sanctierecht. De rechtsbescherming wordt in een volgend artikel besproken. In deze bijdragen komt steeds aan de orde in hoeverre de onderwijswetgeving op de genoemde terreinen afwijkt van de Awb, dan wel als atypisch ten opzichte van de Awb kan worden beschouwd (waaronder wij ook verstaan: regels die elkaar overlappen en derhalve wellicht overbodig zijn). Wij stellen ons vervolgens de vraag of daarvoor een rechtvaardiging bestaat en, zo nee, hoe deze afwijkingen of atypische elementen kunnen worden weggenomen.

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, beschrijven wij eerst de (rijks)bekostigingssystematiek in de verschillende sectorale onderwijswetten (paragraaf II). Wij beperken ons tot de procedure; bepalingen die regelen onder welke voorwaarden een recht op bekostiging ontstaat blijven onbesproken. Verder beperken wij ons tot de 'reguliere' bekostiging, dus de bekostiging die nodig is om de onderwijsinstelling haar kerntaak te kunnen uitvoeren. Dat betreft bekostiging voor het personeel en voor de zogenaamde 'materiële instandhouding' van de onderwijsinstelling (exploitatie en leermiddelen).⁷ De beschreven bekostigingssystematiek vergelijken wij met de subsidieregels van de Awb. Waar nodig doen wij voorstellen voor harmonisering, vereenvoudiging of andere verbeteringen. Diezelfde aanpak wordt gevolgd voor het onderwerp handhaving (paragrafen III en IV). Deze bijdrage wordt in paragraaf V afgesloten met enkele concluderende opmerkingen, waarvan de belangrijkste is dat de tijd voor meer Awb-conforme bekostigingssystematiek te zijn aangebroken!

II Bekostiging van onderwijs

Hoewel daarover eerder wel discussie is geweest, staat inmiddels vast dat bekostiging een vorm van subsidiëring is als bedoeld in artikel 4:21 Awb.⁸ Dat wil niet zeggen dat daarmee een eenduidige wijze van financiering van onderwijs bestaat: de wijze van bekostiging van het onderwijs verschilt per sector en iedere sector kent een eigen wettelijke regeling. Op grond van de Wpo wordt een (op te richten) school voor primair onderwijs, op aanvraag van het bevoegd gezag of ambtshalve door de

gemeenteraad, geplaatst op het plan van nieuwe scholen⁹ om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht. Als het plan is goedgekeurd door de minister komt de basisschool voor bekostiging in aanmerking.¹⁰ Het in aanmerking brengen voor bekostiging kan in Awb-termen worden gezien als een beschikking tot subsidieverlening: met dit besluit wordt immers een aanspraak op subsidiëring voor in beginsel onbepaalde tijd gegeven. De omvang van de bekostiging wordt vastgesteld op basis van de in de wet en het Bekostigingsbesluit Wpo neergelegde grondslagen.¹¹ Het betreft een lumpsumbekostiging, waarvan het bedrag jaarlijks, voorafgaand aan de periode waarop de bekostiging ziet, voor elke school wordt vastgesteld.¹² De financiering van het voortgezet onderwijs op grond van de WVO is op vrijwel dezelfde wijze vorm gegeven, zij het dat voor het voortgezet onderwijs sinds enige tijd geen plansysteem meer geldt. Het bevoegd gezag van een school kan op grond van de WVO direct een aanvraag indienen bij de minister om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht.¹³ De bekostiging van educatie (gericht op de zelfredzaamheid van volwassenen) en beroepsonderwijs (theoretische en praktische voorbereiding voor de uitoefening van beroepen) op grond van de WEB daarentegen, is veel gecompliceerder. Dat blijkt onder meer uit het feit dat het in aanmerking brengen voor bekostiging van (bepaalde) instellingen geschiedt bij wet, zo blijkt uit art. 2.1.3, eerste lid, WEB. Hoewel ook dit als een moment van subsidieverlening zou kunnen worden betiteld – er ontstaat immers een aanspraak op financiering – is er geen sprake van een verleningsbeschikking als bedoeld in art. 4:29 Awb. Een wet in formele zin is immers niet afkomstig van een bestuursorgaan en kan dus niet als beschikking worden aangemerkt. De subsidie wordt vervolgens jaarlijks, voorafgaand aan het jaar waarop zij ziet, verstrekt, aldus art. 2.2.4 WEB. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat het ook bij bekostiging van instellingen op grond van de WEB de bedoeling is dat de subsidie voorafgaand aan de te subsidiëren activiteit wordt vastgesteld.¹⁴

Het systeem van bekostiging in het hoger onderwijs, ten slotte, is goed vergelijkbaar met dat voor het middelbaar beroepsonderwijs. Alleen de in een bijlage bij de WHW opgesomde instellingen hebben aanspraak op bekostiging, zo blijkt uit art. 1.8, eerste lid, WHW. Daarbij geldt dat slechts opleidingen die de toets nieuwe opleiding door de Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie (NVAO) hebben doorstaan of die zijn geaccrediteerd door de NVAO worden bekostigd.¹⁵ Ook op grond van de WHW wordt de bekostiging voorafgaand aan de onderwijsactiviteiten vastgesteld.¹⁶

Met uitzondering van de WHW wordt in de verschillende onderwijswetten steeds expliciet bepaald dat art. 4:32 Awb niet van toepassing is op de bekostiging. Art. 4:32 Awb bepaalt dat subsidies voor een bepaald tijdvak worden verleend. In het

onderwijs geldt juist, en dat is niet anders voor het hoger onderwijs,¹⁷ dat zolang aan de relevante wettelijke eisen wordt voldaan (dus voor onbepaalde tijd) aanspraak op bekostiging bestaat. Bij zo'n systeem van subsidiëring voor onbepaalde tijd is er maar één moment van subsidieverlening te onderscheiden, namelijk aan het begin van de subsidiërelatie, bij het nemen van de beslissing tot het in aanmerking brengen van de onderwijsinstelling voor bekostiging. Nadien vinden er alleen nog periodieke vaststellingen plaats.

Hoewel deze bepalingen inzake het buiten toepassing verklaren van artikel 4:32 Awb de enige 'harde' afwijkingen zijn van de subsidiesystematiek van de Awb, zijn de bekostigingssystemen zoals hiervoor beschreven ook overigens atypisch te noemen. De subsidietitel van de Awb heeft als standaard immers een volgtijdelijk systeem van financieringsbesluiten. Het begint met een beschikking tot subsidieverlening, waarmee een aanspraak op subsidiegelden ontstaat (art. 4:29 Awb). Daarbij kan eventueel een voorschot worden verstrekt, zo blijkt uit art. 4:95 Awb. Nadat de gesubsidieerde activiteiten naar behoren zijn uitgevoerd en aan eventuele overige verplichtingen is voldaan, volgt een vaststellingsbesluit (art. 4:44 Awb). Daarmee wordt de definitieve aanspraak (lees: het recht) op subsidie vastgesteld en ontstaat het recht op uitbetaling daarvan. Deze standaardssystematiek is evenwel niet dwingend voorgeschreven door de Awb-wetgever. De bepalingen van de subsidietitel laten ook de ruimte om subsidies te verstrekken door middel van een vaststellingsbeschikking die voorafgaat aan de te subsidiëren activiteit. Een verleningsbeschikking is dan niet nodig.¹⁸ Uit de toelichting¹⁹ op de desbetreffende bepalingen wordt duidelijk dat het hier, naar de mening van de Awb-wetgever, een uitzondering betreft; in een enkel geval zal een subsidiënt willen volstaan met een vaststellingsbesluit, voornamelijk wanneer de te subsidiëren activiteiten al hebben plaatsgevonden of wanneer het een beperkt subsidiebedrag betreft (en het nemen van twee beschikkingen dus wat overdreven lijkt).

In de bekostigingswetgeving is die uitzondering echter als standaard gekozen. Voor zover het de reguliere bekostiging betreft, wordt steeds gebruikgemaakt van vaststellingsbesluiten voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit. Deze vaststelling heeft in de praktijk echter vooral een voorlopig karakter. Dat is ook logisch: veel omstandigheden die voor de omvang van de bekostiging relevant zijn, zijn voorafgaand aan de activiteiten nog onduidelijk. Latere wijzigingen van vaststellingsbesluiten, bijvoorbeeld als gevolg van onjuistheden in de verschaft gegevens ten aanzien van het aantal leerlingen of door mutaties in het leerlingbestand, vinden in de praktijk dan ook veelvuldig plaats.

In de gebruikelijke Awb-subsidiesystematiek zou een dergelijke ingreep worden uitgevoerd door de subsidie lager vast te stellen dan in de verleningsbeschikking was

bepaald.²⁰ Daarmee wordt de definitieve aanspraak op subsidie op de juiste hoogte vastgesteld. De gronden waarop een subsidie lager kan worden vastgesteld (onder andere op grond van de omstandigheden die duidelijk zijn geworden tijdens het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten) zijn in artikel 4:46 Awb, tweede lid, ook vrij ruim geformuleerd. Daarmee kan het subsidiërende bestuursorgaan dus maatwerk leveren. Is er eenmaal een vaststellingsbesluit genomen dan kan het bestuursorgaan daar in beginsel niet meer op terugkomen: de Awb gaat ervan uit dat met de vaststellingsbeschikking de aanspraak op subsidie definitief is vastgesteld. De subsidieontvanger mag daar in beginsel op vertrouwen, zo oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak.²¹

Daar loopt de bekostigingspraktijk uit de pas en ontstaan de problemen. Nu de bekostiging direct wordt vastgesteld, past die situatie slecht bij het definitieve karakter dat de Awb toekent aan het bekostigingsbesluit en de beperkte intrekingsgronden die artikel 4:49 Awb nog bevat. Op grond van deze bepaling kan de vaststellingsbeschikking worden ingetrokken wanneer er sprake is van feiten of omstandigheden waarvan de subsidievertrekker op het moment van vaststelling niet op de hoogte kon zijn (bijvoorbeeld op grond van onjuiste informatieverstrekking of bedrog). Dat soort bedrog mag in principe niet lonen.²² Verder kan het vaststellingsbesluit worden ingetrokken of gewijzigd indien het onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten. Die grond biedt vooral soelaas bij 'kennelijke vergissingen' van het bestuursorgaan. Hoe definitief het karakter van een vaststellingsbesluit ook is, de ontvanger die door een typefout tien keer zo veel subsidie krijgt als hij redelijkerwijs mocht verwachten, kan er niet te goeder trouw op rekenen dat hij dat bedrag mag houden. De Afdeling neemt echter niet snel aan dat fouten in een subsidiebesluit kennelijk zijn;²³ van bestuursorganen mag zorgvuldig werk worden verwacht. Ten slotte kan een vaststellingsbesluit worden ingetrokken wegens schending van na de vaststelling voortdurende verplichtingen.

Het gaat dus om drie, limitatieve gevallen waarin de bevoegdheid bestaat een vaststellingsbeschikking in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen, die kan worden gebruikt tot vijf jaar na de bekendmaking van de vaststellingsbeschikking (art. 4:49, derde lid, Awb).

Uit het voorgaande volgt dat de systematiek van de onderwijsbekostiging vanuit Awb-perspectief atypisch is vormgegeven. Het vaststellingsbesluit heeft daarin een geheel ander karakter dan op grond van de Awb als standaard kan worden aangenomen: het is niet definitief, maar juist voorlopig van karakter. Vanuit dat perspectief verbaast het niet dat er specifieke correctiemogelijkheden in het bekostigingsrecht zijn neergelegd. Dat betekent wel dat van harmonisatie op dit deelterrein van het subsidierecht dus maar (zeer) gedeeltelijk kan worden gesproken. Een belangrij-

ker bezwaar vinden wij het feit dat de systematiek van bekostiging in de praktijk verwarring wekt. Haar eigenaardigheden leiden er regelmatig toe dat partijen in het onderwijs de rechter ervan proberen te overtuigen dat een bijzondere interpretatie van Awb-bepalingen bij bekostiging noodzakelijk is. Als illustratie wijzen wij op ABRvS 29 augustus 2012.²⁴ In deze zaak werd onrechtmatig bestede bekostiging teruggevorderd, onder meer door art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb toe te passen. Ingevolge deze bepaling kan de subsidievestiging worden ingetrokken of ten nadele van ontvanger worden gewijzigd, indien de subsidieontvanger na de subsidievestiging niet heeft voldaan aan verplichtingen die aan de subsidie zijn verbonden. Deze bepaling lijkt door de subsidiewetgever niet te zijn bedoeld als grondslag voor terugvordering van subsidiebedragen die zien op een hoofdverplichting die aan de subsidie is verbonden (de besteding van het subsidiebedrag aan de gesubsidieerde activiteiten). De memorie van toelichting bij art. 4:49 Awb noemt slechts als voorbeelden van de bedoelde verplichtingen het betalen van rente of de aflossing van een vastgesteld krediet. In deze zaak voerde appellante daarom (overigens zonder succes) aan dat art. 4:49, eerste lid, onder c Awb niet geschreven kan zijn voor terugvordering van onrechtmatig bestede bekostiging, omdat deze bepaling zich slechts zou uitstrekken over nevenverplichtingen. Dit is gedacht vanuit de Awb-subsidiesystematiek begrijpelijk, maar past niet binnen een systeem van vaststelling voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteiten. In het algemeen kan voorts worden opgemerkt dat onderwijsinstellingen vaak stellen dat met toepassing van art. 4:49 Awb in bekostigingsrelaties het vertrouwensbeginsel wordt geschonden.²⁵ Hoewel de ABRvS een rechte koers vaart en de bepalingen van de subsidietitel onverkort toepast in bekostigingsrelaties²⁶ kunnen wij vaststellen dat die verwarring in ieder geval tot op heden heeft geleid tot onnodige procedures en rechtsonzekerheid. Dat roept de vraag op waarom de procedure van bekostiging zo afwijkend is vormgegeven in de bijzondere wetgeving (in formele zin). Een mogelijke rechtvaardiging voor het buiten toepassing verklaren van art. 4:32 Awb kan worden gevonden in art. 23 Gw. Het grondwetsartikel vestigt in het zevende lid een aanspraak van het bijzonder leerplichtig onderwijs (de rechtstreekse vertaling van 'bijzonder algemeen vormend lager onderwijs'), dat 'aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet' op overheidsbekostiging 'naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs'. Hieruit volgt niet alleen dat de bekostiging voor dit type bijzonder onderwijs naar hetzelfde niveau als het openbaar onderwijs moet plaatsvinden. Minstens zo belangrijk is de consequentie dat de bekostiging van onderwijs op deze grond een duursubsidie betreft; een financiële aanspraak voor onbepaalde tijd, namelijk voor zover nodig voor de instandhouding van de instelling.²⁷ Het bekostigingssysteem is in ieder geval vanaf de aanvang als een duursubsidie uitgewerkt in

de onderwijswetgeving. Daarbij is de grondwettelijke norm ook door de wetgever 'doorgetrokken' naar het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.²⁸ Hoewel verklaarbaar, zijn het buiten toepassing verklaren van art. 4:32 Awb en de atypische vormgeving van de bekostigingsrelatie in de bijzondere wetgeving onnodig en onwenselijk. De Grondwet eist namelijk niet dat er een verleningsbeschikking voor onbepaalde tijd wordt afgegeven. Vereist is (slechts) dat er een aanspraak op bekostiging is die in beginsel voor onbepaalde tijd voortduurt. Dat laatste kan ook worden geregeld door – op basis van dezelfde criteria als die thans gelden – in de wet vast te leggen dat aan per besluit voor bekostiging in aanmerking gebrachte instellingen, zolang zij aan de voorwaarden blijven voldoen, jaarlijks subsidie zal worden verleend, die qua continuïteit en hoogte uiteraard beantwoordt aan de maatstaven van art. 23 Grondwet. Het is niet ongebruikelijk om in een formele wet een plicht tot subsidieverstrekking op te nemen.²⁹ De subsidie kan worden verleend op het moment dat volgens het huidige bekostigingssysteem een vaststellingsbeschikking wordt genomen, dat wil zeggen: voorafgaand aan de periode waarin de activiteiten worden verricht. Op die basis kunnen voorschotten worden verstrekt. Op enig moment na afloop van de gesubsidieerde activiteiten zal de bekostiging worden vastgesteld. Worden op dat moment onregelmatigheden geconstateerd, dan kan dat leiden tot een lagere vaststelling (art. 4:46, tweede lid, Awb). De behoefte aan de huidige, aanvullende Awb-vreemde 'correctiebevoegdheden' en de vraag hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheid tot het intrekken van een vaststellingsbeschikking³⁰ zullen daarmee vervallen.

In een dergelijke regeling zou het besluit waarmee een school voor bekostiging in aanmerking wordt gebracht, slechts kunnen worden ingetrokken onder dezelfde voorwaarden als thans gelden, zoals de normconditie dat wat het aantal leerlingen betreft gedurende drie achtereenvolgende jaren onder de opheffingsnormen wordt gebleven (art. 153 Wpo). Deze regeling, waarbij het besluit tot het 'in aanmerking brengen voor bekostiging' en het besluit tot 'subsidieverlening' naar inhoud uit elkaar worden getrokken, zou direct als voordeel kennen dat niet langer kan worden beweerd dat op grond van artikel 4:48 Awb door de Minister van OCW kan worden besloten tot intrekking van het besluit waarmee de school voor bekostiging in aanmerking werd gebracht. Het gaat hier intussen niet om een theoretisch geval. Onlangs stelde staatssecretaris Dekker zich in zijn brief aan de Tweede Kamer over de situatie rond de school Ibn Ghaldoun en de aldaar gestolen examens op het standpunt, dat als de onderwijswet hem geen adequate bevoegdheden verschaft tot het stopzetten van bekostiging, hij daarvoor kan uitwijken naar het systeem van de Awb. Maar dat is ten onrechte; artikel 23 Grondwet staat dat niet toe.³¹ De weg ligt dus vrij voor een subsidiesysteem dat op de Awb is geënt. Daarmee wordt niet

alleen verwarring over de toepasselijke regels voorkomen, maar is ook de handhaving binnen bekostigingsrelaties gemakkelijker vorm te geven, zo zal hierna blijken.

III Handhaving

De in bekostigingsrelaties (in het onderwijs) veel gebruikte handhavingsinstrumenten zijn de inhouding, de opschorting en de correctie.³² Deze instrumenten worden hierna besproken. Daarna worden deze instrumenten vergeleken met de mogelijkheden die de Awb biedt en wordt nagegaan in hoeverre de inhouding, opschorting en correctie naast het stelsel van de Awb bestaansrecht hebben.

De inhouding is geregeld in de artikelen 164 Wpo, art. 146 Wec, art. 104 Wvo, art. 11.1 Web, en art. 15.1 Whw. Indien een bij of krachtens de wet geldend voorschrift of een aanwijzing³³ niet wordt nageleefd, kan de minister bepalen dat de (verdere) bekostiging geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden.³⁴ Deze inhouding eindigt op het moment dat de overtreding is beëindigd, dan wel de aanwijzing wordt nageleefd.³⁵ Noch de wet, noch lagere regelgeving maakt duidelijk op welke wijze de inhouding juridisch precies vorm krijgt. Het meest voor de hand ligt dat de inhouding binnen het huidige, hiervoor geschetste systeem leidt tot een wijziging van het vaststellingsbesluit. Een dergelijke wijziging leidt direct tot een beperktere aanspraak (of een andere termijn voor betaling, zie art. 4:52 Awb, tweede lid) en dus ook tot een beperkter recht op uitbetaling van de subsidie. De bedoeling van een inhouding is immers dat er minder bekostiging naar de instelling gaat.

In de literatuur wordt de parallel getrokken met de last onder dwangsom.³⁶ Dat is verklaarbaar: beide instrumenten zijn bedoeld om een overtreding te beëindigen, terwijl het niet tijdig beëindigen van de overtreding leidt tot het ontstaan van een (vorm van) financieel nadeel voor de justitiabele. Dit nadeel kan oplopen naarmate de overtreding langer voortduurt. De inhouding kan daarmee als functie hebben het afdwingen van naleving. Hoewel er dus een zekere verwantschap is, menen wij dat het niet verstandig is de twee over één kam te scheren, formeel niet omdat de wettelijke bepalingen die voor de last onder dwangsom gelden, niet gelden voor de inhouding; materieel niet omdat diverse aspecten van de dwangsom bij een inhouding niet aan de orde zijn, zoals de verhouding tot bestuursdwang (art. 5:32 Awb), de modaliteiten van oplegging (art. 5:32b), de betaaltermijn (art. 5:33) en de regeling van de invordering (art. 5:37 e.v.).

Uit de inmiddels vervallen Beleidsregel opschorting en inhouding van bekostiging bij onderwijsinstellingen³⁷ volgt nog een andere functie van de inhouding: de inhouding in verband met herstel. De inhouding wordt in sommige gevallen niet opgelegd om naleving af te dwingen, maar om te veel betaalde bekostiging of

onjuist bestede bekostiging terug te vorderen. Dan lijkt de inhouding weer meer op toepassing van art. 4:49 Awb of op de correctie (zie hierna). Hetgeen hierna over de correctie wordt opgemerkt, geldt mutatis mutandis voor de inhouding voor zover deze in verband met herstel wordt opgelegd. In hoeverre de inhouding daadwerkelijk als alternatief voor correctie of art. 4:49 Awb kan worden gebruikt, kan men zich overigens afvragen. In de eerste plaats leidt een dergelijk gebruik van de inhouding ertoe dat de minister drie mogelijkheden heeft om onjuist bestede bekostiging terug te vorderen: art. 4:49 Awb, de correctie en de inhouding. Dat lijkt wat veel van het goede. In de tweede plaats geven de bepalingen omtrent inhouding aan dat de inhouding dient te vervallen indien de reden voor de inhouding is komen te vervallen. Deze tekst duidt erop dat de bevoegdheid tot inhouding louter is toegekend om naleving af te dwingen. In de derde plaats wijst ook de wetsgeschiedenis daarop. Daarin is de inhouding gekenschetst als 'stok achter de deur',³⁸ derhalve een middel om naleving af te dwingen. Op die functie wordt ook de nadruk gelegd in de memorie van toelichting bij de Wet op het basisonderwijs, de voorloper van de Wpo. Daarin wordt namelijk aangegeven dat inhouding slechts toepassing zal vinden in 'sprekende gevallen van onwil'.³⁹ Wij leiden daaruit af dat de wetgever het instrument heeft bedoeld als middel om naleving van de wettelijke voorschriften af te dwingen in de gevallen waarin scholen daartoe niet vrijwillig overgaan. Het tweede sanctie-instrument, de opschorting, is eveneens te vinden in de hiervoor opgesomde artikelen. De opschorting kan worden toegepast onder dezelfde normcondities als de inhouding. Het verschil is echter dat de onderwijsinstelling bij de inhouding geen aanspraak meer heeft op het ingehouden bedrag, ook niet nadat de inhouding is beëindigd. Dat is anders bij de opschorting: dat is een voorwaardelijke sanctie. Zodra de opschorting is beëindigd, herleeft de aanspraak op de opgeschorte middelen en worden deze alsnog uitbetaald.

De al eerder besproken 'correctie', ten slotte, treffen we aan in art. 34a Bekostigingsbesluit Wpo, art. 43 Besluit bekostiging WEC, art. 21 Bekostigingsbesluit WVO, art. 2.5.9, tweede lid, WEB en art. 2.9, derde lid, WHW. Indien blijkt dat de bekostiging onjuist is vastgesteld, dan wel onrechtmatig is besteed, kan de minister daarop correcties aanbrengen. Ingevolge de WVO, WEB en WHW geldt dat ook bij ondoelmattige aanwending van de bekostiging een correctie kan worden toegepast. Een dergelijke correctiemogelijkheid is recentelijk, namelijk per 1 januari 2014, ook ingevoerd in het Bekostigingsbesluit WPO en het Besluit bekostiging WEC.⁴⁰ In de WHW ontbreekt weer de mogelijkheid om te corrigeren indien de bekostiging onjuist blijkt te zijn vastgesteld. In dat geval rest derhalve slechts de bevoegdheid tot intrekken of wijzigen van de vaststellingsbeschikking van artikel 4:49 Awb, eerste lid.

De hiervoor beschreven handhavinginstrumenten zijn eigen aan de bekostigingswetgeving; zij komen in de Awb niet voor. De Awb bevat echter instrumenten die grote overeenkomst vertonen met de inhouding, opschorting en correctie. Hiervoor gaven wij al summier aan dat de correctie beter vorm zou kunnen worden gegeven als een lagere vaststelling van de subsidie op grond van art. 4:46 Awb, tweede lid Awb (dit wordt hieronder uitgebreider toegelicht). Indien de subsidieverlener gedurende het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten een overtreding van de subsidievoorschriften constateert, kan hij de subsidieontvanger daarvan ook eerder dan op het moment van de vaststelling mededeling doen. Die mededeling kan gepaard gaan met een aankondiging dat, indien de subsidieontvanger deze overtreding niet beëindigt, dit leidt tot een in de mededeling (of een beleidsregel) specifiek aangegeven lagere vaststelling. In deze mededeling (of in beleidsregels) kan ook een tijdsbepaling zijn opgenomen: hoe langer de overtreding voortduurt, hoe lager de vaststelling zal zijn. Wordt de overtreding niet (tijdig) beëindigd, dan leidt dit bij de vaststelling in beginsel tot de in de mededeling genoemde consequenties. Op die manier kan vorm worden gegeven aan het huidige 'inhoudingsinstrument', zoals opgenomen in de bekostigingswetgeving.⁴¹ Het verschil is wel dat de lagere vaststelling achteraf plaatsvindt; de pijn wordt dus niet direct gevoeld, zoals bij de inhouding wel het geval is. Dit eventuele bezwaar kan eenvoudig worden weggenomen door de bevoorschotting (indien van toepassing) te wijzigen op grond van art. 4:96 Awb of de betaling van voorschotten op te schorten (art. 4:56 Awb). Daarmee is meteen duidelijk dat ook het 'opschortingsinstrument' op grond van Awb-bepalingen kan worden gebruikt en dat een bijzondere regeling daarvan in bekostigingswetgeving niet nodig is. Wij realiseren ons dat de mogelijkheden tot opschorting van betalingen op grond van de genoemde Awb-bepalingen niet beperkt zijn. Zo eindigt de opschorting van de betaling van voorschotten op grond van art. 4:56 Awb in ieder geval dertien weken na de schriftelijke kennisgeving. Anders dan opschorting op grond van de bekostigingswetgeving is de Awb-opschorting dus niet mogelijk voor onbepaalde tijd. De vraag is hoe erg dat is. De opschorting wordt binnen bekostigingsrelaties gebruikt om naleving van de voorschriften af te dwingen. Een overtreder die binnen dertien weken na de opschorting nog niet is overgegaan tot beëindiging van de overtreding, is waarschijnlijk onvoldoende afgeschrikt door de inzet van het instrument. Er is dan geen reden om de opschorting nog langer te laten voortduren; de tijd is dan aangebroken om zwaardere handhavinginstrumenten in te zetten. Dat het instrument van de correctie kan vervallen, werd hiervoor opgemerkt; deze stelling wordt hier uitgebreider onderbouwd. De correctie overlapt voor een deel met art. 4:49 Awb, dat immers ook de mogelijkheid biedt om onjuist vastgestelde subsidie (art. 4:49, eerste lid, onder a en b Awb)

en onrechtmatig bestede subsidie (art. 4:49, eerste lid onder c Awb) terug te verdienen door de vaststelling te wijzigen, zij het veelal onder iets stringenter voorwaarden. Bij art. 4:49, eerste lid, onder a Awb dient er sprake te zijn van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan bij de subsidievaststelling niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan de verlening zou zijn vastgesteld. Bij art. 4:49, eerste lid, onder b Awb is het noodzakelijk dat de subsidieontvanger van de onjuiste vaststelling op de hoogte was of daarvan op de hoogte behoorde te zijn. Dergelijke meer stringente voorwaarden zijn evenwel afwezig bij art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb: zodra een subsidieontvanger na de vaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen kan het vaststellingsbesluit worden gewijzigd.⁴²

De vraag is wat de correctiebevoegdheid nog toevoegt aan art. 4:49 Awb. Juist in de gevallen waarvoor de correctie is bedoeld – fraude of onbewuste fouten bij aanvragen of het onrechtmatig besteden van bekostiging – biedt art. 4:49 Awb al uitkomst. Als een instelling per abuis onjuiste gegevens verschaft, waardoor het vastgestelde bedrag te hoog is, is dat een omstandigheid die voor rekening van de instelling komt. Ofwel: van de onjuiste verschaffing had de instelling moeten weten, zodat art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kan worden toegepast. Indien sprake is van fraude geldt hetzelfde. Voor terugvorderingen vanwege onrechtmatige besteding voegt het instrument niets toe aan art. 4:49, eerste lid, onder c, Awb: de gesubsidieerde heeft dan niet voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, zodat laatstgenoemde bepaling kan worden ingeroepen.

Een uitspraak van de rechtbank Rotterdam biedt een mooi voorbeeld van de overlap die tussen art. 4:49 Awb en de correctie bestaat (en het ingewikkelde rechtskader dat daarmee is gecreëerd).⁴³ Daaruit blijkt een discussie over de bevoegdheid tot een terugvordering van een bekostiging wegens het niet voldoen aan de voorwaarden voor toekenning van groeibekostiging: berust die bevoegdheid op de correctiebepaling van art. 34a Besluit bekostiging Wpo, waarin een verjaringstermijn van een jaar is opgenomen of kan de minister (ook) de vaststellingsbeschikking wijzigen op grond van art. 4:49 Awb (waarin een verjaringstermijn van vijf jaar is opgenomen). Appellante betoogde dat art. 4:49 Awb niet van toepassing kon zijn, gelet op het feit dat eerstgenoemde bepaling een bijzondere voorziening biedt. De rechtbank volgt appellante hierin door te overwegen: *'Deze bepaling [art. 34a Besluit bekostiging Wpo] moet worden gezien als een voor deze specifieke situatie geschreven regeling betreffende de terugvordering van ten onrechte verstrekte bekostiging, die om die reden derogert aan de werking van de algemene bepalingen van de artikelen 4:49 en 4:57 van de Awb. Als dit anders zou zijn, dan zou aan artikel 34a van het Besluit geen zelfstandige betekenis toekomen.'*

De rechtbank realiseert zich wel dat haar uitspraak op gespannen voet lijkt te staan met de rechtspraak van de ABRvS: *'Dat in een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is bepaald dat de artikelen 4:49 en 4:57 van de Awb een grondslag kunnen vormen voor wijziging en terugvordering van verstrekte bekostiging aan scholen, maakt dit niet anders, nu in die gevallen geen sprake was van een rapportage als bedoeld in artikel 175 van de Wpo (of een vergelijkbare bepaling).'*' Nu in die eerdere, door de Afdeling beoordeelde gevallen niet precies aan de omstandigheden van de bijzondere bepaling was voldaan, kon worden teruggevallen op de algemene bevoegdheden van de Awb. In deze casus ging het echter wel om een correctie op grond van een in de bekostigingswetgeving geregelde rapportage, inclusief termijnen die aangeven hoe snel op die basis moet worden gereageerd. Dan dient de bijzondere bepaling te worden toegepast, inclusief de daarin opgenomen kortere verjaringstermijn, die in casu overigens nog niet was verstreken. Zou de correctiebevoegdheid niet (langer) zijn geregeld in de bekostigingswetgeving, dan zou geen sprake zijn van bijzondere wetgeving op dit gebied en zou steeds kunnen worden teruggevallen op de algemene intrekings-, wijzigings- en terugvorderingsbevoegdheden van de Awb met de standaard verjaringstermijn van vijf jaar.

Een voorbeeld van een geval waarin de correctie wel iets zou kunnen toevoegen, kan worden ontleend aan de feiten van Rb. Rotterdam 21 april 2006.⁴⁴ In deze zaak had een hogeschool naar achteraf werd gesteld ten onrechte een bepaalde categorie studenten voor bekostiging in aanmerking gebracht. De rechtbank oordeelde dat de staatssecretaris reeds bekend was met de relevante feiten en omstandigheden, terwijl de ontvangende instelling gelet op de onduidelijke kaders niet wist of behoorde te weten dat de eerdere subsidievestiging onjuist was. Art. 4:49, eerste lid, onder a Awb kon derhalve niet worden toegepast. Ook art. 4:49, eerste lid, onder b Awb kon niet als bevoegdheidsgrondslag worden gebruikt omdat de toepasselijke regelgeving onduidelijk was.⁴⁵ In zo'n geval zal de correctie feitelijk wel uitkomst kunnen bieden. Immers, de correctie kan al worden toegepast zodra blijkt van een onjuiste vaststelling. De vraag is of dit gerechtvaardigd is nu het bestuursorgaan in de fout gaat door een aan de instellingen niet bekendgemaakte interpretatie van de regels als enige juiste te willen aanvaarden terwijl de regels meerdere interpretaties toelaten en aanvankelijk de indruk te wekken dat het later bekritiseerde handelen akkoord was bevonden. In zo'n geval zou het evenredigheidsbeginsel zich onzes inziens moeten verzetten tegen toepassing van de correctiebevoegdheid. Een dergelijke evenredigheidseis is al in art. 4:49 Awb opgenomen, door extra normcondities die bij de correctie juist ontbreken.

Voor zover men zou willen stellen dat een correctiemogelijkheid moet blijven bestaan in de (uitzonderlijke) gevallen zoals hiervoor beschreven, kan het volgende worden opgemerkt. Na hervorming van de bekostigingssystematiek tot een systeem

van jaarlijkse verleningen en vaststellingen achteraf biedt art. 4:46 Awb alle mogelijkheden die de correctiebevoegdheid nu biedt. Het enkele verschaffen van onjuiste of onvolledige gegevens of het in strijd handelen met subsidievoorwaarden is immers voldoende om de subsidie lager vast te stellen dan overeenkomstig de verlening. Daarbij geldt overigens wel dat de subsidieontvanger van zijn verplichtingen op de hoogte was of moest zijn, in geval van onduidelijke regelgeving zou dus discussie kunnen ontstaan of de bevoegdheid van artikel 4:46 Awb onverkort kan worden gebruikt om tot een lagere vaststelling te komen.⁴⁶

Op grond van het voorgaande menen wij dat voor zover de correctie plaatsvindt in verband met onjuist vastgestelde of onrechtmatig bestede bekostiging er sprake is van een zinloze overlap met de Awb, die bovendien verwarrend is, zodat het instrument kan komen te vervallen. Dit geldt eens te meer indien wordt overgegaan tot invoering van een systeem waarin de vaststelling achteraf – na een verleningsbeschikking – plaatsvindt.

Het voorgaande betrof steeds de correctiemogelijkheden ten aanzien van onjuiste vaststellingen of de onrechtmatige besteding van bekostiging. De correctie kan blijken de tekst van de verschillende regelingen echter ook worden ingezet indien sprake is van een ondoelmatige besteding van bekostiging. Hierna wordt de vraag behandeld in hoeverre deze correctiemogelijkheid, mede gelet op de Awb, moet blijven bestaan.

Onder 'doelmatig' wordt verstaan: 'efficiënt'.⁴⁷ De minister houdt dus in de gaten of de bekostiging wel op efficiënte wijze wordt besteed en kan zo nodig ingrijpen. Het ligt voor de hand dat een dergelijke bevoegdheid in het leven is geroepen. Onderwijsinstellingen hebben immers grote bestedingsvrijheid (als gevolg van de invoering van de lumpsumbekostiging) maar die vrijheid kan niet zo ver gaan dat zij iedere prudentie achterwege kunnen laten bij het doen van uitgaven: instellingen moeten hun geld 'verantwoord' besteden. Terecht merkt de regering op dat terughoudend met deze correctiebevoegdheid moet worden omgegaan om te voorkomen dat de bestedingsvrijheid van instellingen te veel zou worden ingeperkt.⁴⁸ In feite wordt met deze correctiemogelijkheid een deugdelijkheidseis geïntroduceerd, die luidt: 'De bekostiging mag niet kennelijk ondoelmatig worden besteed.' Dit roept een aantal vragen op.

In de eerste plaats kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de grondwettigheid van het stelsel. Deugdelijkheidseisen dienen duidelijk in de wet te worden vastgelegd, zo volgt uit art. 23, vijfde lid Gw.⁴⁹ Ten aanzien van het primair en het voortgezet onderwijs wordt de doelmatigheidscorrectie echter bij a.m.v.b. geregeld.

In de tweede plaats doet een en ander tamelijk omslachtig aan. De regering en de wetgever hebben ervoor gekozen om de deugdelijkheidseis in de vorm van een bevoegdheid van de minister te gieten. Het zou logischer zijn om deze eis in de wet op te nemen, mede gelet op genoemde constitutionele problemen. Een kennelijk ondoelmatige besteding is dan immers onrechtmatig en kan op grond van reeds bestaande bevoegdheden worden teruggevorderd; een aparte bevoegdheidsgrondslag is dan niet nodig. Met name dient te worden gedacht aan de instrumenten van art. 4:49 Awb en art. 4:46 Awb (voor zover zou worden gewerkt met een vaststelling achteraf).

In dit verband moeten art. 17c, eerste lid, onder c Wpo en art. 24e1, eerste lid, onder c WVO nog worden genoemd. Deze bepalingen geven als verplichting dat de interne toezichthouder is belast met het toezicht op de doelmatige besteding van bekostiging. Kan daaruit nu worden afgeleid dat scholen verplicht zijn om de bekostiging doelmatig te besteden? Naar onze mening niet. Genoemde bepalingen geven een verplichting over de inrichting van het interne toezicht, maar niet over de besteding van de bekostiging. Laatsbedoelde deugdelijkheidseis kan men slechts 'inlezen'. Dat kan niet als juist worden aanvaard: daarmee zouden impliciete deugdelijkheidseisen als mogelijkheid worden geaccepteerd. Dat verhoudt zich niet met het hiervoor kort geschetste constitutionele stelsel. Als de wetgever daadwerkelijk een deugdelijkheidseis met betrekking tot de doelmatige besteding van de bekostiging wenst op te leggen, dan moet hij dat *duidelijk* in de wet in formele zin vastleggen.

De conclusie is derhalve dat ook het instrument van de doelmatigheidscorrectie kan komen te vervallen, mits er een deugdelijkheidseis in de wet wordt neergelegd waaruit volgt dat bekostiging niet kennelijk ondoelmatig mag worden besteed. De niet onderbouwde opmerking van de regering (in de nota van toelichting bij een a.m.v.b. tot harmonisatie van de teksten van diverse correctiebevoegdheden) dat art. 4:49 Awb beperkte mogelijkheden biedt en dat handhaving van de correctiebevoegdheid om die reden zinvol is, is gelet op het voorgaande misplaatst.⁵⁰

IV Een bestuurlijke boete?

In het onderwijs klinkt soms de roep om de bevoegdheid te geven tot het opleggen van bestuurlijke boeten aan onderwijsinstellingen.⁵¹ De boete is een instrument dat momenteel nauwelijks voorkomt in het onderwijsrecht. Van de sectorale onderwijs-wetten bevat alleen de WHW een boetebevoegdheid: op grond van art. 5a.12, vierde lid, WHW kan de minister aan een bekostigde of niet bekostigde instelling een boete opleggen bij de te late bekendmaking (dat wil zeggen met overschrijding van de ter-

mijn van zes weken) van het verlies van accreditatie. Art. 27 Lpw bevat verder de mogelijkheid voor de minister een bestuurlijke boete op te leggen aan de schooldirecteur vanwege een – in het licht van de geldende leerplicht – specifiek omschreven onjuist gebruik van zijn bevoegdheden tot het verlenen van vrijstelling aan leerlingen, vanwege het in gebreke blijven bij de verplichting tot kennisgeving van verzuim of vanwege het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen aan de minister of het gemeentebestuur.

De vraag is of de bestuurlijke boete bredere toepassing verdient in de onderwijswetgeving en of het zelfs een alternatief kan vormen voor de hiervoor beschreven bestaande handhavingsbevoegdheden. Deze vraag dient zich aan omdat het enkel repareren van fouten van bevoegde gezagsorganen door te veel betaalde of onjuist bestede bekostiging terug te vorderen, soms niet blijkt te leiden tot preventie van dit onwenselijke gedrag. De (dreiging van een) boete zou dat effect wel kunnen hebben. Alvorens eventueel voor de boete als extra instrument te kiezen, moet de vraag worden gesteld of de bestuurlijke boete aantrekkelijker is dan handhaving door middel van het strafrecht, al dan niet in de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking. De voor- en nadelen van een boetestelsel hangen voorts samen met het model dat men kiest: gaat het om veel voorkomende, makkelijk vaststelbare feiten, waarvoor bij of krachtens de wet een tariefstelsel kan worden vastgesteld (model A; met als voorbeeld de Wet Mulder), dan wel om minder vaak voorkomende feiten, die niet makkelijk zijn vast te stellen en waarvoor de wet slechts een maximum bedrag noemt (model B), dan wel een tussenvorm?⁵² De keuze tussen bestuurlijke boete en strafrechtelijke bestraffing laten wij hier verder rusten. Het gaat ons hier primair om de vraag of een vorm van bestraffing een nuttig extra instrument is. Gemakshalve spreken we hierna over de boete.

In sommige gevallen kan een boetebevoegdheid een meerwaarde hebben. Het meest duidelijk is dat in het geval van niet-bekostigde instellingen (particulier onderwijs); daar is een herstelsanctie wegens het ontbreken van een financiële relatie immers niet mogelijk. Het particulier onderwijs dient echter wel aan bepaalde algemene deugdelijkheidseisen te voldoen.⁵³ Die eisen zijn nu slechts handhaafbaar door een instelling niet langer te kwalificeren als school in de zin van art. 1, onderdeel b, subonderdeel 3 Lpw. Die actie moet echter worden beschouwd als een ultimum remedium. Er is voor deze gevallen behoefte aan een fijnzinniger sanctiemodel, waarmee maatwerk kan worden geleverd. Voordeel daarvan zou ook zijn dat bekostigde en niet-bekostigde instellingen dan op een vergelijkbare manier handhavend tegemoet worden getreden bij vergelijkbare overtredingen. Aldus kunnen de belangen van leerlingen en studenten van beide typen instellingen op meer gelijke wijze worden behartigd. Niet onbelangrijk is het feit dat een boete ten laste moet komen van het eigen vermogen van een bekostigde instelling. Een boete mag immers niet

worden betaald worden met de bekostiging; die dient te worden besteed aan het doel waarvoor zij is verstrekt.⁵⁴

Toch is er reden de toegevoegde waarde van het boete-instrument in bekostigingsrelaties te relativieren. Toepassing van de boetebevoegdheid dient (terecht) met de nodige waarborgen te zijn omgeven.⁵⁵ Vereist is onder meer dat nauwkeurig wordt omschreven voor welke overtreding een boete kan worden opgelegd. Ook komt de overtreder een zwijgrecht toe. Dat zijn eisen waaraan de onderwijsuitvoeringspraktijk, waarin het overleg vooropstaat, niet gewend is en waarvan men zich kan afvragen of zij in dit veld passen. Belangrijker nog is dat ook al met de huidige sanctiebevoegdheden van de subsidietitel van de Awb gemakkelijk 'boeteachtige' resultaten kunnen worden bereikt. De belangrijkste mogelijkheid daartoe is de bevoegdheid om de subsidie lager dan verleend vast te stellen (art. 4:46 Awb, tweede lid). Zou de bekostigingswetgeving worden aangepast langs de door ons voorgestelde lijnen, dan kan de minister van OCW ook optimaal van deze bevoegdheid gebruik maken. Wij zijn ons ervan bewust dat het bij de lagere vaststelling strikt genomen om een herstelsanctie gaat, omdat slechts wordt ontnomen waarop geen recht bestond. De subsidietitel van de Awb bevat geen punitieve bevoegdheden.⁵⁶ Dat neemt niet weg dat met de herstelsancties in het subsidierecht straffe maatregelen kunnen worden getroffen! Herstelbesluiten kunnen vergaande consequenties hebben. Zeer regelmatig wordt de subsidie zelfs op nul vastgesteld wegens het niet nakomen van wettelijke voorschriften, ook als niet ter discussie staat dat de gesubsidieerde activiteiten zijn verricht.⁵⁷ Het is dus zeer wel mogelijk onregelmatigheden als de niet-nakoming van administratieve voorschriften, zoals de verplichting om een schoolgids of een ander wettelijk voorgeschreven document te produceren of de verplichting om het jaarverslag, de jaarrekening, of de accountantsverklaring (het assurance-rapport) met betrekking tot de bekostigingsgegevens tijdig in te dienen, te sanctioneren met een lagere vaststelling. Consequentie is dat de bekostigde instelling een verminderde financiële aanspraak heeft; het verschil in consequentie met de bestuurlijke boete is in dat geval marginaal. Daarbij zijn wij ons ervan bewust dat de Afdeling bestuursrechtspraak besluiten tot lagere vaststelling van bekostiging soms strenger lijkt te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel dan die tot lagere vaststelling van andere subsidies.⁵⁸ Daarbij moet worden benadrukt dat in dat geval het besluit tot lagere vaststelling doorgaans wordt vernietigd wegens een motiveringsgebrek: indien de Minister goed uitlegt waarom in bepaalde gevallen wordt gekozen voor een meer dan rekenkundige verlaging van de subsidie of bekostiging kan dat zeer goed passen binnen de evenredigheidseis. In dat kader lijkt het verstandig voor de aanwending van deze discretionaire bevoegdheid beleidsregels op te stellen, zodat vooraf duidelijk is welke overtredingen met welke kortingen zullen worden gesanctioneerd. Deze aanpak strookt naar onze mening beter met de subsidiërelatie dan

het opleggen van bestuurlijke boeten. Daar waar geen subsidiërelatie bestaat, zoals bij de eerdergenoemde niet-bekostigde onderwijsinstellingen, ligt dat evenwel anders.

In het onderzoek zijn wij niet ingegaan op de wenselijkheid boeten aan natuurlijke personen te kunnen opleggen. In de onderwijswetgeving is een dergelijke bevoegdheid tot dusver slechts in het al genoemde art. 27 Lpw neergelegd. Hoewel wij de gedachte niet voorshands afwijzen, ligt het onzes inziens meer voor de hand het treffen van nalatige individuele bestuurders, toezichthouders, en dergelijke te regelen via het privaatrecht (bestuurdersaansprakelijkheid) of het strafrecht (bij fraude). Wij gaan er daarbij van uit dat het om uitzonderingssituaties gaat en de te beboeten gedragingen niet eenvoudig concreet en nauwkeurig te omschrijven zijn. Dat dit soms anders ligt, blijkt uit de genoemde Lpw-boetebevoegdheid voor schending van verplichtingen inzake vrijstelling, verzuimregistratie en inlichtingenverstrekking. Die bevat nauwkeurig omschreven overtredingen, die in het algemeen een licht karakter hebben en waarvan het aannemelijk is dat die relatief vaak voorkomen; in zo'n geval kan een boetebevoegdheid ook in het bekostigingsrecht toegevoegde waarde hebben.

V Conclusies

Er zijn tal van goede redenen geweest voor een Algemene wet bestuursrecht. De afgelopen twintig jaar is evenwel gebleken dat bijzondere wetgevers graag naar afwijkingen dan wel atypische uitwerkingen grijpen, omdat zij denken dat hun beleidsterrein bijzonder is. Het blijkt bijzonder lastig het algemeen bestuursrecht, algemeen toegepast te krijgen en dat zo te houden.⁵⁹ Dat geldt ook voor het onderwijsrecht. Voor dit (financieel en principieel) belangrijke rechtsterrein hebben wij in kaart gebracht in hoeverre er van het algemene bestuursrecht afwijkende keuzes zijn gemaakt en ook of die goed te rechtvaardigen zijn. De verhouding tussen het bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, en het onderwijsrecht mag dan complex zijn,⁶⁰ dat is een reden te meer om te bezien of die verhouding door aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb kan worden vereenvoudigd. Nadat de derde tranche Awb in werking is getreden, is er weinig gedaan aan harmonisatie van de bekostigingswetgeving in het onderwijs met de Awb-subsidietitel. Inmiddels is duidelijk dat dit tot ondoorzichtigheid en ongemakkelijkheden leidt. Bekostiging is 'gewoon' subsidie. Het verstrekingsproces kan heel goed conform titel 4.2 Awb worden georganiseerd. Dat zou belangrijke voordelen met zich brengen: harmonisatie, rechtszekerheid, duidelijke en stevige handhavingsinstrumenten. Ook de handhaving zou daardoor 'als vanzelf' meer op de Awb-leest zijn geschoeid.

Met de instrumenten van lagere vaststelling van de subsidie en intrekking van de vaststellingsbeschikking kunnen in verreweg de meeste gevallen van onregelmatigheden uitstekende, afgewogen resultaten worden bereikt.

Dat maakt ook dat de instrumenten inhouding, opschorting en correctie zouden kunnen komen te vervallen. Voor de correctie geldt dat overigens alleen als de wetgever overgaat tot het invoeren van een deugdelijkheidseis die ertoe strekt dat onderwijsinstellingen de bekostiging niet kennelijk ondoelmatig mogen besteden. Voor bepaalde gevallen, met name voor scholen waarmee geen bekostigingsrelatie bestaat, zou de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (of eventueel bestuurlijke strafbeschikking) een nuttige aanvulling op het huidige handhavingsinstrumentarium van het onderwijsrecht vormen.

Door een aantal aanpassingen aan de Awb zou procederen in het onderwijsrecht een stuk overzichtelijker en het onderwijsrecht zelf toegankelijker worden.

Noten

1. Lex Michiels is hoogleraar staats- en bestuursrecht Tilburg University en staatsraad. Willemien den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden en Dean van de Honours Academy Leiden. Paul Zootjens is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht Tilburg University en lid van de Onderwijsraad en Jacob de Boer is docent en promovendus staats- en bestuursrecht Tilburg University.
Dit artikel is op veel punten gelijklopend aan een eerder door ons geschreven artikel in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (2014, 15), getiteld 'De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is'. In dat artikel hadden wij evenwel niet de ruimte voor al hetgeen wij wilden opmerken over met name de handhavingsinstrumenten en de rechtsbescherming in het hoger onderwijs. Deze publicatie biedt ons daar wel de gelegenheid voor. Het is echter niet goed mogelijk om deze onderwerpen apart te bespreken van hetgeen wij al in het NTB schreven. Daarvoor grijpen de verschillende onderdelen van het onderwijsrecht te veel in elkaar. Bovendien zouden degenen die het artikel in het NTB nog niet hebben gelezen daardoor waardevolle informatie missen. Om deze redenen is ervoor gekozen het grootste deel van de reeds in het NTB gepubliceerde tekst te behouden. Dit is het eerste deel over bekostiging. Het tweede deel, over rechtsbescherming, verschijnt in het volgende nummer van dit blad.
2. Wij hebben in deze bijdrage met name het oog op de Wet op het primair onderwijs (WPO), de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), de Wet educatie en beroepsopleiding (WEB), de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW), de Wet op de expertisecentra (WEC), de Leerplichtwet (Lpw) en de Wet op het onderwijstoezicht (Wot).
3. Zie bijvoorbeeld B.P. Vermeulen en P.J.J. Zootjens, 'Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht', preadvies VAR, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag: Bju 2000, p. 45-186, en P.J.J. Zootjens en P.H.A. Frissen, *Kansen voor harmonisatie van de onderwijswetgeving*, Tilburg: Schoordijk Instituut UvT 2005.
4. Denk aan de Commissie van geschillen, als bedoeld in art. 30 Wet medezeggenschap scholen of (tot voor kort, vóórdat het College van beroep hoger onderwijs zijn huidige rol verkreeg) de colleges van beroep voor de examens, als bedoeld in art. 7.60 Whw.

5. Zoals de Geschillencommissie samenwerkingsverbanden, als bedoeld in art. 22 Wpo of het College van beroep voor het hoger onderwijs, als bedoeld in art. 7.64 Whw.
6. *Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving*, Tilburg/Leiden, maart 2013, te raadplegen op: <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/02/10/onderzoek-naar-de-mogelijkheden-van-meer-awb-conforme-onderwijswetgeving/onderzoek-awb-publicatienn.pdf>.
7. Art. 113, tweede lid, Wpo zegt met betrekking tot het niveau van de bekostiging voor materiële instandhouding dat zij moet voldoen 'aan de redelijke behoeften van een in normale omstandigheden verkerende school'. Met betrekking tot de bekostiging voor het personeel wordt in art. 120, zevende lid, Wpo opgemerkt dat die redelijkerwijs voldoende is 'voor het leiden en beheren van de school, voor het geven van onderwijs aan de school en voor de overige werkzaamheden die verband houden met het onderwijs aan de school'. Zie ook art. 86, tweede lid, en 84, eerste lid, Wvo. In de WEB en WHW ontbreken dergelijke bepalingen.
8. In art. 4:21 Awb, vierde lid, is geregeld dat de subsidietitel op bekostiging 'van overeenkomstige toepassing' is. Waarom dat zo is werd uit de Memorie van Toelichting niet duidelijk, er werd slechts verwezen naar 'de eigen aard' van de bekostiging van onderwijs met verwijzing naar art. 23 van de Grondwet. Uit de jurisprudentie blijkt dat de ABRvS bekostiging beschouwt als subsidie en de subsidietitel daarop onverkort toepast. Zie bijvoorbeeld de op dit punt uitvoerig gemotiveerde uitspraak ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (ROC West-Brabant).
9. Art. 75-77 WPO.
10. Art. 79 WPO.
11. Art. 115, 134 en 137 Wpo en art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO.
12. Zie art. 12a en 18 Bekostigingsbesluit WPO.
13. Art. 66 WVO.
14. Zie *Kamerstukken II 1993-1994, 23778*, nr. 3, p. 131.
15. Zie art. 1.8 en 1.9 Whw.
16. Uit art. 2.5 Whw blijkt dat de rijksbijdrage wordt vastgesteld, zoals het derde lid zegt, 'in overeenstemming met het desbetreffende onderdeel van de voor dat begrotingsjaar geldende rijksbegroting'. Dit duidt op een vaststelling voorafgaand aan de periode waarvoor de bekostiging geldt; de begroting heeft immers betrekking op een toekomstige periode. Art. 2.2.4 WEB bevat een gelijksoortige bepaling.
17. Zie art. 1.9, eerste lid, WHW: de in de bijlage bij de wet genoemde instellingen hebben aanspraak op bekostiging van hun opleidingen uit 's Rijks kas, voorzover aan de wettelijke voorwaarden inzake toets eerste opleiding en accreditatie wordt voldaan.
18. Vgl. art. 4:43 Awb.
19. E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*, Derde Tranche, p. 169-170.
20. Art. 4:46, tweede lid, Awb.
21. ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7173, r.o. 2.9-3.
22. Zie ABRvS 12 juli 2006, AB 2008, 63, m.nt. NV, JB 2006, 253, m.nt. F.A.M. S. (HPG), ABRvS 2 augustus 2006, AB 2008, 65, m.nt. NV, JB 2006, 274, (HBO-fraude).
23. Vgl. ABRvS 30 december 2009, AB 2010, 55, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 10 maart 2010, AB 2011, 68, m.nt. J.E. van den Brink en ABRvS 3 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:BR3986.
24. ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, r.o. 2.6 e.v., AB 2013/423, m.nt. Claessens. Een ander voorbeeld betreft ABRvS 10 oktober 2012, waaruit verwarring aan de kant van het bekostigende bestuursorgaan blijkt ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162, m.nt. Den Ouden.
25. Zie bijv. ook ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 (HAN) en ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011/275, m.nt. Claessens.

26. Zie de al eerder aangehaalde uitspraak ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (ROC West-Brabant).
27. Zie B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, preadvies VAR, in: De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag: Bju 2000, p. 135. Voorts Kamerstukken II 1999-2000, 27265, nr. 3, p. 2.
28. Vgl. D. Mentink, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, in: Nederland rechtsstaat, Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet (december 2013), nr. 13, op: www.nederlandrechtstaat.nl/grondwet.
29. Zie bijv. art. 21 TNO-wet en art. 3a van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.
30. Zie bijv. ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216 en ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, JB 2008/184.
31. Kamerstukken II 2013/14, 31 289, nr. 182, p. 4. Art. 4:48 Awb gaat over het intrekken van besluiten tot subsidieverlening. Hoewel artikel 4:48 Awb ruime intrekingsbevoegdheden geeft, staat artikel 23 Gw eraan in de weg dat op basis van deze bepaling het aanwijzingsbesluit c.q. verleningsbesluit wordt ingetrokken: dat kan alleen in geval de bijzondere (onderwijs) wet, die ook uitputtend en dwingend de gronden bevat tot het in aanmerking brengen van bekostiging, de gronden tot met die intrekking gepaard gaande stopzetting van bekostiging bevat. De staatssecretaris kan niet via de sluipteg van de Awb de beperkende gronden van de onderwijswet ontlopen.
32. Zie uitgebreid, in het bijzonder over het rechtsstatelijke gehalte van de handhaving, F.C.M.A. Michiels en C.W. Noorlander, 'Sanctionering in het onderwijs', *NTOR* 2013, jaargang 25, nr. 2, p. 100-132.
33. Zie bijv. art. 163b Wpo.
34. Zie bijv. art. 164, eerste lid, Awb.
35. Zie bijv. art. 164, derde lid, Awb.
36. Vgl. W. Tijbosch 'De verhouding tussen de onderwijswetgeving en de subsidiëtitel van de Awb', *NTOR* 2011, p. 122-123.
37. In werking getreden op 23 januari 2004, vervallen per 1 februari 2008. Te raadplegen via overheid.nl.
38. *Kamerstukken II 2000/01*, 27783, nr. 3, p. 20 (memorie van toelichting Wot).
39. *Kamerstukken II 1976/77*, 14428, nr. 3, p. 64.
40. Stb. 2013, 338 en de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer in het kader van de nahangprocedure d.d. 1 oktober 2013 (referentie: WJZ/540984 (10227)).
41. Zie bijv. ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:BU7072, AB 2012, 126, m.nt. Van der Grinten.
42. Zie ABRvS 29 augustus 2012, 201113242/1/A2, r.o. 2.6.1.
43. Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5419.
44. ECLI:NL:RBROT:2006:AW5604.
45. De Afdeling heeft de uitspraak overigens vernietigd, doch niet omdat de rechtbank een onjuiste uitleg aan art. 4:49 Awb zou hebben gegeven. Zie ABRvS 18 april 2007, nr. 20060422/1.
46. Vgl. bijv. ABRvS 14 juli 2010, AB 2011/31, m.nt. Van den Brink.
47. Vgl. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 42.
48. Stb. 1998, 117, p. 25 en Stb. 2013, 338, p. 16.
49. Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012, p. 57.
50. Stb. 2013, 338, p. 13.
51. Aan het einde van deze paragraaf gaan we kort in op de wenselijkheid boeten aan natuurlijke personen te kunnen opleggen.
52. De termen model A en model B komen uit het rapport van de Commissie Kortmann Handhaving door bestuurlijke boeten, dat begin 1994 werd uitgebracht.
53. Zie bijvoorbeeld art. 1a1 Lpw.
54. (vgl. art. 148, vierde lid Wpo).
55. Zie daarover onder meer R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2011.
56. Wel geldt sinds 1 januari 2013 de Wet bestuurlijke boete meldingsplichten door ministeries verstrekte subsidies, zie Kamerstukken met nr. 32838 en Stb. 2012, 527. Deze wet heeft voorbepalingen echter nauwelijks relevantie.
57. Zie bijv. ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007, 349, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden, AB 2007, 169 (Triplewood) en ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7478, AB 2013/161, m.nt. Den Ouden.
58. Zie daarover Den Ouden/Jacobs/Verheij, *Subsidierecht*, Kluwer 2011, p. 188 e.v. Zie voor een concreet voorbeeld ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 (HAN).
59. Zie daarover recentelijk R. Ortiop e.a., 'Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht', DOI 10.5553/NALL/000020.
60. Met die zin beginnen Vermeulen en Poot hun bijdrage aan de bundel over 15 jaar Awb. Zie B.P. Vermeulen en M.R. Poot, 'De Awb en het onderwijsrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 375-396.