

# Fusiecompensatieregeling kan geen stand houden!

In het basisonderwijs geldt de fusiecompensatieregeling. Deze regeling is bedoeld om bij scholenfusie<sup>1</sup> de doorlopende kosten na de fusie te compenseren. Na een fusie wordt er in plaats van bekostiging voor twee scholen maar voor één school bekostiging ontvangen, terwijl de kosten in het begin niet afnemen. Het vorige kabinet heeft de fusiecompensatieregeling verdubbeld als maatregel om leerlingendingaling op te vangen. Het doel van de verdubbeling was om via deze financiële prikkel samenwerking tussen scholen te stimuleren. Op deze manier werd geprobeerd te voorkomen dat scholen zouden worden gesloten zonder eerst de samenwerking te zoeken.<sup>2</sup> Deze maatregel werd in eerste instantie goed ontvangen door de schoolbesturen.

Mr. R. Bloemers\*

## 1. Inleiding

Er zat echter een addertje onder het gras. De toenmalige staatssecretaris van OCW gaf namelijk ook zijn eigen definitie aan het begrip fusie waarmee hij een extra voorwaarde schepte. Die extra voorwaarde houdt in dat minstens de helft van de leerlingen de fusie moet volgen. Dat was nieuw voor de schoolbesturen. En met deze nieuwe voorwaarde was moeilijk rekening te houden in het fusieproces. Schoolbesturen bepalen namelijk niet waar de kinderen naar school gaan, dat doen de ouders. Een fusie gaat in per schooljaar en het besluit tot fusie wordt maanden daarvoor genomen. Ouders kiezen wanneer dat hun uitkomt en dat is vaak (pas) in de zomervakantie voorafgaand aan de fusie, dus ver na het fusiebesluit. De extra voorwaarde in de definitie schept dus onzekerheid voor de schoolbesturen of zij wel in aanmerking komen voor die fusiecompensatie. Na het fusiebesluit wordt pas duidelijk of het wel een fusie is. En dat is vreemd. Schoolbesturen maken in het fusieproces de keuzes over de hoeveelheid personeel en dat kan je niet wijzigen wanneer na de zomervakantie blijkt dat ouders ineens een andere school voor hun kinderen hebben gekozen.

kantie blijkt dat ouders ineens een andere school voor hun kinderen hebben gekozen.

Op basis van die nieuwe definitie werden door de Inspectie van het Onderwijs verschillende fusies onderzocht. In een aantal gevallen werden er procedures gestart om de toegekende fusiecompensatie terug te vorderen wanneer de fusies niet voldeden aan de nieuwe definitie. In deze gevallen gingen er door samenloop van omstandigheden niet genoeg leerlingen mee met de fusie. In dat geval behandelt het Ministerie van OCW de fusie niet meer als fusie, maar met terugwerkende kracht als vrijwillige opheffing.

De staatssecretaris kwam dus met een nieuwe definitie die ook actief wordt gehandhaafd. Dat zorgde voor vragen, want mag de staatssecretaris dat fusiebegrip wel definiëren. Past dit binnen zijn bevoegdheid? Of valt zijn definitie juist binnen de kaders van de formele wetten? Op die vragen zal ik antwoorden geven.

## 2. Om welke nieuwe definitie gaat het precies?

De verdubbeling van de fusiecompensatie is in 2015 in een aparte ministeriële regeling opgenomen. In de toelichting op die regeling is vermeld dat er sprake is van een samenvoeging van scholen “in het kader van deze regeling, indien een substantieel deel van de leerlingen van de op te heffen school daadwerkelijk wordt ingeschreven bij de school waarvoor de compensatie wordt verstrekt”.<sup>3</sup>

De fusiecompensatieregeling uit 2015 is in 2017 vervangen door een nieuwe regeling. Niet meer in de toelichting op de regeling, maar in een bepaling in de regeling zelf wordt de term samenvoeging van scholen gedefinieerd. Daar staat: “Van een samenvoeging van scholen als bedoeld in de artikelen 121, derde lid en 134, negende en tiende lid, WPO, respectievelijk 118, vierde lid en 128, zevende en achtste lid WEC is sprake bij een substantiële fusie-instroom”. Substantiële fusie-instroom is volgens diezelfde regeling een relatieve instroom van ten minste 50% van de leerlingen van de bij een fusie opgeheven scholen naar de desbetreffende fusieschool.<sup>4</sup> De uitleg door de minister van de wettelijke term maakt daarmee dat slechts van scholenfusie kan worden gesproken wanneer de instroom van leerlingen op het formele moment van fusie substantieel is.

## 3. Is het daadwerkelijk een nieuwe definitie?

Om antwoord te geven op de vraag of er sprake is van een nieuwe definitie van het wettelijke begrip scholenfusie door de staatsse-

\* Mr. Ronald Bloemers is politiek en juridisch adviseur bij VOS/ABB

taris, zal ik afpellen of de definitie waarbij de leerlingenstroom de basis vormt, verband houdt met bestaande wet- en regelgeving. Hiervoor zal ik eerst kort ingaan op de totstandkoming van de fusiecompensatieregeling in relatie tot het begrip fusie.

De fusiecompensatie is onderdeel van de rijksbekostiging voor basisscholen sinds de inwerkingtreding in 1993 van de Wet toerusting en bereikbaarheid. Vanaf dat moment is de wijze van instandhouding van scholen, zoals stichting, opheffing en fusie, fundamenteel gewijzigd. Ondanks het feit dat de compensatie sindsdien geldt, is in de parlementaire geschiedenis van die wet niet een specifieke(re) definitie van fusie of samenvoeging van scholen te vinden.

Door de invoering van de Wet toerusting en bereikbaarheid werden opheffingen van scholen verwacht. Opheffingen waren met name het gevolg van fusies. Getalsmatige voorwaarden om als fusie te kunnen worden aangemerkt, zijn niet genoemd in de parlementaire stukken. Met fusie werd juist de bereikbaarheid van basisonderwijs naar richting (levensbeschouwelijke grondslag van de school) beoogd, dus meer nadruk op de school dan op de populatie.<sup>5</sup> Daarnaast werd ook duidelijk dat met name werd gezorgd voor aanvullende regelgeving ter zake de personele gevolgen als gevolg van de fusies. Er werd dan gesproken over publicaties over salaris- en formatiegaranties.<sup>6</sup> Daarnaast werd er gesproken over voorwaarden ter bescherming van de belangen van het personeel.<sup>7</sup> In het kader van de fusiecompensatieregeling werd er dus vooral over heel veel zaken gesproken in het kader van die fusiecompensatie, behalve over de leerlingenstroom.

In navolging daarop was, totdat de lumpsumfinanciering in 2006 in werking trad, met name de zogenoemde fusiecirculaire leidend als regelgeving bij scholenfusie. De Regeling samenvoeging van scholen in het basisonderwijs, het (voortgezet) speciaal onderwijs en het speciaal voortgezet onderwijs die per 1 augustus 2000 in werking trad, was daarbij uitgangspunt. Deze regeling uit 2000 betreft de voorloper van de huidige fusiecompensatieregeling. Daarin werden de rechtspositionele consequenties opgenomen die een gevolg van samenvoeging van scholen zouden zijn. De regeling bevatte ook een definitie van de wettelijke term ‘samenvoeging van scholen’ die eensluidend is met de huidige definitie in artikel 64 WPO.<sup>8</sup>

Vanaf 1 augustus 2006 is in het primair onderwijs de lumpsumbekostiging van kracht. Tot dat moment was er sprake van oormerkfinanciering van het primair onderwijs. Deze fundamentele wijziging in de bekostigingssystematiek zorgde ook voor een wat andere inkleiding van de fusiecompensatie in de ministeriële regelingen. De Regeling bekostiging personeel PO 2006-2007 gaf aan wanneer er recht was op onder meer bijzondere bekostiging, zoals bij samenvoeging van scholen. Artikel 39 lid 1 van deze regeling luidde: “Het bevoegd gezag van een basisschool die met ingang van 1 augustus is ontstaan uit samenvoeging van twee of meer zelfstandige basisscholen, ontvangt het eerste schooljaar na de samenvoeging bijzondere bekostiging voor de personeelskosten van leraren en die van de schoolleiding berekend op grond van het derde en vierde lid”.<sup>9</sup> Deze eerste zin is in elke daaropvolgende regeling bekostiging wederom letterlijk opgenomen tot en met de fusiecompensatieregeling van 2015.<sup>10</sup>

In de huidige fusiecompensatieregeling van 2017 is betreffende zinsede aangepast en is de voorwaarde van een substantiële fusieinstroom opgenomen om als fusie te kunnen worden aangemerkt: “Het bevoegd gezag van een basisschool die op 1 augustus van een van de jaren 2017 tot en met 2019 is ontstaan uit een fusie van twee of meer basisscholen waarbij sprake is van substantiële fusieinstroom, ontvangt voor het eerste tot en met zesde schooljaar na deze fusie bijzondere bekostiging voor personeelskosten van leraren en die van de schoolleiding.”<sup>11</sup> Daarmee heeft de staatsecretaris ‘zijn’ definitie die eerst alleen in een toelichting op de regeling was opgenomen daadwerkelijk in een bepaling van de ministeriële regeling geplaatt.

De fusiecompensatieregeling spreekt over samenvoeging van scholen zoals bedoeld in artikel 121 lid 3 WPO en artikel 134 lid 9 en 10 WPO. Wanneer je de inhoud van die artikelen bekijkt, heeft de wetgever de term ‘samenvoeging van scholen’ (blijkbaar) niet willen definiëren in die bepalingen zelf. Wel staat in artikel 123 WPO dat er voor een minister een grote beleidsvrijheid is te bepalen in welke situatie aanspraak gemaakt kan worden op bijzondere bekostiging. De overige artikelen in de WPO maken dat samenvoeging van scholen zo’n situatie is. Er is bij die totstandkoming van de artikelen 121, 123 en 134 WPO door de wetgever niet specifiek over de definitie van scholenfusie gesproken, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Ook onderzoek naar parlementaire stukken over wetsvoorstellen die de samenvoeging van scholen behandelen, zoals over de samenwerkingsschool, geeft geen nadere definitie door de wetgever.

---

In artikel 64 WPO staat de definitie van fusie wel expliciet beschreven. De term fusie wordt gedefinieerd als een samenvoeging van basisscholen in het geval van een institutionele fusie. De bedoeling van deze wetswijziging was om “te bevorderen dat onderwijsinstellingen zich op een menselijke maat organiseren”.

In artikel 64 WPO staat de definitie van fusie wel expliciet beschreven. De term fusie wordt gedefinieerd als een samenvoeging van basisscholen in het geval van een institutionele fusie. Dat verklaart het begrip niet veel meer. Dit artikel is in 2011 in de WPO gekomen met de inwerkingtreding van de Wet fusietoets in het onderwijs. De bedoeling van deze wetswijziging was om “te bevorderen dat onderwijsinstellingen zich op een menselijke maat organiseren”.<sup>12</sup> Zowel de voorgenomen bestuurlijke grootte van het bestuur na bestuurlijke fusie (het aantal scholen onder één bevoegd gezag) als de verwachte schaalgrootte van een school na een scholenfusie wordt op grond van deze wet getoetst. Om een zo herkenbaar mogelijk begrippenkader te introduceren, is fusie op dezelfde wijze omschreven voor alle sectoren. Daarbij wordt nog gesteld: “Institutionele fusie kan respectievelijk worden gelezen als scholenfusie, instellingsfusie, bovensectorale scholen- dan wel instellingsfusie.”<sup>13</sup> Ondanks het feit dat het wetsvoorstel louter gaat over fusies, wordt er geen definitie van de term fusie gegeven die meer verklaring geeft aan “het samenvoegen van twee of meer scholen”.

Het leerlingenaantal van de fusieschool is bij de fusietoets wel een toetsmoment. Voor de scholenfusie in het basisonderwijs geldt in het kader van de fusietoets namelijk een toetsdrempel van 500 leer-

lingen. In de memorie van toelichting van de Wet fusietoets wordt daarover opgemerkt dat uitgegaan wordt van het aantal leerlingen na de fusie: "scholen die na fusie meer dan 500 leerlingen tellen, zijn uit oogpunt van de menselijke maat toetsplichtig".<sup>14</sup> Aangezien de toets plaatsvindt voorafgaand aan de fusiedatum, wordt uitgegaan van de meest recente teldatum.<sup>15</sup> Het gaat dan om het feitelijke aantal leerlingen van de betrokken scholen samen.<sup>16</sup> Dit komt ook niet in de buurt van de inhoud van de definitie van de staatssecretaris en heeft niets te maken met de vraag of er sprake is van een samenvoeging van scholen.

Zoals ik hierboven schetste, koppelt de fusiecompensatieregeling de 'nieuwe' definitie expliciet aan de artikelen 121 en 134 WPO. Deze artikelen behandelen respectievelijk de personele bekostiging en de materiële bekostiging van een basisschool. Naar artikel 64 WPO wordt in de fusiecompensatieregeling nergens verwezen, terwijl in artikel 64 WPO dus de definitie van fusie staat.<sup>17</sup> De staatssecretaris heeft daarmee het begrip fusie zelf gedefinieerd, los van de wetgever. De verklarende definitie gaat alleen over de leerlingengestroom als bepalend element. Andere wet- en regelgeving gaat daarvan niet uit, als verklarend onderdeel om te bepalen of iets als een fusie kan doorgaan. Bij de fusietoetswetgeving was de leerlingengestroom slechts bepalend voor de bepaling van de toetsdrempel.

De beleidsvrijheid van artikel 123 lid 1 WPO aan de minister om te bepalen wanneer er sprake is van een bijzondere situatie die aanleiding geeft voor bijzondere bekostiging van personeelskosten, is vrij groot. Echter, niet zo groot dat een staatssecretaris de wet inhoudelijk kan wijzigen via een nieuwe definitie in een ministeriële regeling. Die bijzondere situaties worden geregeld in een ministeriële regeling als uitwerking of nadere inkleding van de formele wetten, maar altijd binnen de kaders die de wet stelt. Daarom heb ik ook gekeken naar het doel van de fusiecompensatie in de wet- en regelgeving om te zien of de definitie daarbij aansluit of toch buiten dat kader treedt. Aangezien de staatssecretaris door 'zijn' definitie de leerlingengestroom bepalend maakt voor toekenning van de fusiecompensatie, zou het logisch zijn dat dit aansluit bij het doel zoals de wetgever dit voor ogen had. Het Ministerie van OCW waardeert nu namelijk een fusie op basis van deze definitie. Gaan er niet genoeg leerlingen mee naar de fusieschool, dan waardeert het ministerie de fusie niet als fusie, maar als vrijwillige opheffing.

---

De beleidsvrijheid van artikel 123 lid 1 WPO aan de minister om te bepalen wanneer er sprake is van een bijzondere situatie die aanleiding geeft voor bijzondere bekostiging van personeelskosten, is vrij groot. Echter, niet zo groot dat een staatssecretaris de wet inhoudelijk kan wijzigen via een nieuwe definitie in een ministeriële regeling.

Gezien de terminologie die gehanteerd wordt in de regelingen op basis waarvan de bijzondere bekostiging bij samenvoeging van scholen wordt verstrekt sinds midden jaren 90 van de vorige eeuw, is duidelijk dat deze bijzondere bekostiging ziet op de bekostiging van personeel.<sup>18</sup> Dit komt ook zo letterlijk voort uit huidig artikel 123 lid 1 WPO, waarin het kader wordt gegeven voor deze bekostiging:

- bijzondere bekostiging,
- ten behoeve van personeelskosten, en
- als gevolg van samenvoeging van scholen.

In de ministeriële regelingen die golden voor de invoering van de lumpsum in 2006, werd in de bijlage voorwaarden opgenomen om in aanmerking te komen voor fusiecompensatie. Er staat dat de fusiecompensatie niet hoeft te worden aangevraagd, omdat die automatisch wordt toegekend. De toekenning vindt alleen plaats wanneer is voldaan aan een limitatieve opsomming van voorwaarden:

- a. Er moet sprake zijn van de daadwerkelijke samenvoeging van twee of meer gelijksoortige scholen in de zin van de WPO, de WEC of deel II van de WVO. Deze scholen staan onder beheer van één bevoegd gezag, of vallen uiterlijk op het moment van samenvoeging onder één bevoegd gezag als gevolg van een besturenfusie of bestuursoverdracht. In alle gevallen moet artikel 56 WPO, artikel 58 WEC of artikel 176 WVO, respectievelijk 49 WPO, artikel 52 WEC of artikel 170 WVO in acht worden genomen. Als de samenvoeging leidt tot twee of meer overblijvende scholen, worden nadere voorwaarden gesteld aan de verdeling van de overgangsformatierekeneenheden tussen deze scholen, waaronder ten minste een splitsingsplan. De betrokken bevoegde gezagsorganen moeten een dergelijke samenvoeging daarom in een vroegtijdig stadium aan CFI<sup>19</sup> melden.
- b. De samenvoeging moet in één stap en op 1 augustus worden gerealiseerd.
- c. Het personeel dat is opgenomen in de formaties van de scholen die bij de samenvoeging zijn betrokken, moet eerst, voor zover mogelijk, worden geplaatst in de formatie van de school die uit de samenvoeging ontstaat. Hierna worden in voorkomend geval de voormalige scholen als opgeheven beschouwd (zie ook paragraaf 5.1.1).
- d. De samenvoeging moet aan CFI (BRIN) worden gemeld.<sup>20</sup>

Deze specifieke voorwaarden zijn nimmer herroepen of ingetrokken, dan wel uitgebreid. Deze gelden dus nog onverkort, zou je kunnen stellen. Zo zijn de hierboven aangehaalde artikelen 49 en 56 WPO, die bestuursoverdracht regelen, nog gelijklopend, namelijk dat het personeel in gelijke betrekkingen overgaat. Fusiecompensatie wordt slechts genoemd in relatie tot personeel of personeelskosten.

In 2013 is er een interdepartementaal beleidsonderzoek uitgevoerd door onder meer het ministerie van Financiën en het ministerie van OCW naar de gevolgen van de dalende leerlingaantallen in het primair en voortgezet onderwijs voor de bekostiging in die sectoren. In het onderzoeksrapport wordt een paragraaf gewijd aan de bijzondere bekostiging wegens samenvoeging, de fusiecompensatie dus. Hierin staat dat het een compensatie betreft ter zake de componenten in de personele bekostiging die niet lineair zijn om bijvoorbeeld overtollig personeel te kunnen bekostigen.<sup>21</sup> Het gaat aldus om een compensatie om doorlopende personeelskosten te kunnen dragen wanneer de bekostiging niet toereikend is, in het specifieke geval van samenvoeging van scholen. Deze benadering vindt perfect aansluiting bij het genoemde kader in artikel 123 WPO. Het vindt echter geen aansluiting bij de definitie van de staatssecretaris.

Aanvullend op al hetgeen hiervoor is aangedragen, is in de parlementaire geschiedenis nog specifiek gezocht naar aansluiting ten aanzien van de stelling dat de wetgever bij de vormgeving van de WPO ervan uitging dat de leerlingen van de op te heffen school in beginsel allemaal overgaan naar de fusieschool en daadwerkelijk daar worden ingeschreven. Daarbij heb ik niet gezocht naar de definitie van fusie, maar specifiek naar een mogelijk door de wetgever beoogde leerlingenstroom bij een fusie. Echter, nergens in de parlementaire geschiedenis van achtereenvolgens de Wet op het basisonderwijs en de WPO is een uitspraak te vinden die de stelling onderschrijft.<sup>22</sup>

Waarom de staatssecretaris in zijn definitie de leerlingenstroom bepalend maakte, blijft giswerk. De staatssecretaris heeft een definitie gegeven die nergens in de wet- of regelgeving aansluiting vindt, ook niet bij het doel van fusiecompensatie. Daarmee lijkt de staatssecretaris buiten het kader getreden dat er vanuit de WPO zou liggen. Daartoe heeft de staatssecretaris geen bevoegdheid.

---

Waarom de staatssecretaris in zijn definitie de leerlingenstroom bepalend maakte, blijft giswerk. De staatssecretaris heeft een definitie gegeven die nergens in de wet- of regelgeving aansluiting vindt, ook niet bij het doel van fusiecompensatie. Daarmee lijkt de staatssecretaris buiten het kader getreden dat er vanuit de WPO zou liggen.

#### 4. Artikel 23

Het is in het bestuursrecht de gewoonste zaak van de wereld dat de wetgever een open term in een wet in formele zin gebruikt. Het is daarbij niet uitgesloten dat de centrale of een lagere overheid die open term beperkter inkleedt of toepast bij de verdere uitvoering van die wet in formele zin door middel van een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling. De wetgever geeft dan doorgaans in de wet in formele zin de bandbreedte waarbinnen die open term nader kan worden ingevuld. Immers, de wetgever dient de bevoegdheden van het openbaar bestuur af te bakenen. Staat er in die wet geen afbakening, dan is er aldus een vrij grote beleidsvrijheid voor de uitvoerende overheid.

Wat juist de sector onderwijs zo specifiek maakt, is dat vanuit de Grondwet een duidelijk kader is gegeven over de bekostiging en de aanspraak daarop via wetten in formele zin. De bekostiging is namelijk aan te merken als een bijzondere vorm van subsidie, zo stellen hoogleraren onderwijsrecht Vermeulen en Zoontjes. Artikel 23 Grondwet geeft verschillende eisen waaraan moet worden voldaan en waarmee een verschil wordt gemaakt met gewone subsidies, te weten:<sup>23</sup>

- de overheid is verplicht de scholen die aan de wettelijke eisen voldoen te bekostigen;
- de hoofdzaken van de bekostigingsvoorwaarden moeten in formele wetgeving worden neergelegd;
- de bekostiging dient voldoende en adequaat te zijn;
- de bekostiging is van onbepaalde duur;
- de bekostiging dient naar gelijke maatstaven te geschieden.

De grondwetgever geeft in artikel 23 Grondwet juist niet de mogelijkheid om de aanspraak op bekostiging in een wet in formele zin door het openbaar bestuur beperkter in te kleden.

#### 5. Dit kan niet in stand blijven!

De staatssecretaris gaat bij de uitleg van de wettelijke term scholenfusie of samenvoeging van scholen slechts uit van de aanwezigheid van leerlingen. De staatssecretaris heeft bepaald dat de substantiële fusie-instroom van minimaal 50% van de leerlingen van de bij fusie opgeheven school, maakt of een fusie plaatsvindt of niet. Deze beperkte definitie van de wettelijke term 'samenvoeging van scholen' vindt geen grondslag in de wet. Opmerkelijk is daarbij te noemen dat in de fusiecompensatieregeling niet (ook) wordt verwezen naar de door de wetgever opgestelde definitie in artikel 64 WPO. De behandelde wet- en regelgeving laat zien dat ervan uit wordt gegaan dat bij samenvoeging van scholen, het personeel van de samen te voegen scholen verder gaat op de fusieschool. Het doel van de bijzondere bekostiging voor personeelskosten bij samenvoeging van scholen is dus juist daarop gericht: de kosten voor personeel te compenseren. Geenszins is het element van de instroom van de leerlingen vanuit de op te heffen school door de wetgever genoemd.

Het is daarbij zeer opmerkelijk te noemen dat juist dat element als essentieel is aangemerkt om al dan niet te spreken over samenvoeging van scholen door de staatssecretaris. Ouders bepalen waar hun kinderen in het basisonderwijs naar school gaan, niet het schoolbestuur dat over het besluit tot fusie gaat. De staatssecretaris heeft met zijn uitleg van samenvoeging van scholen de situatie gecreëerd dat een breed en ingrijpend fusiebesluit achteraf kan worden gediskwalificeerd tot het niet-zijn van een fusie wanneer de fusie-instroom niet substantieel is, wat heel onlogisch is. Het schoolbestuur of de schoolbesturen van de te fuseren scholen zullen bij het nemen van een dergelijk ingrijpend besluit niet (kunnen) vermoeden of die instroom substantieel zal zijn. De door de staatssecretaris gekozen definitie biedt daarmee onvoldoende rechtszekerheid, want de feitelijke instroom kan pas bepaald worden nadat de fusie is afgerond.

Daarom is in de parlementaire geschiedenis geen aansluiting te vinden bij de stellingname dat de wetgever er bij fusie van uit zou zijn gegaan dat in principe alle leerlingen meegaan. De staatssecretaris staat met zijn definitie los van het kader dat de WPO geeft van scholenfusie. De staatssecretaris beperkt een aanspraak op bekostiging terwijl die beperking niet uit de wet voortvloeit: dat is in strijd met het legaliteitsbeginsel. De staatssecretaris is blijkbaar ook niet genoegzaam bekend met de Grondwet. Juist artikel 23 Grondwet biedt niet de mogelijkheid om de open term van samenvoeging van scholen beperkter uit te leggen. Dat is slechts voorbehouden aan de wetgever.

De staatssecretaris wijzigde met de ministeriële regelingen ter zake de samenvoeging van scholen uit 2015 en 2017 de Wet op het primair onderwijs door een definitie te bepalen die de wetgever niet in die zin heeft willen bepalen. De staatssecretaris is door een wettelijk begrip te definiëren op de stoel van de wetgevende macht gaan zitten. De regelgeving op basis van de definitie van de staatssecretaris kan niet in stand blijven, dus ook niet de daarop gebaseerde be-

sluiten door de staatssecretaris en zijn opvolger, de huidige minister van basis- en voortgezet onderwijs en media. De op dit moment nog lopende gerechtelijke procedures dienen dan ook ingetrokken te worden.

We hebben in Nederland een wetgever om de formele wetten te wijzigen. Een staatssecretaris of minister is er om die formele wetten uit te voeren, meer niet.

## 6. En dan ook nog eens rechtsongelijkheid in de hand werken...

Terwijl de staatssecretaris zich de wetgevende macht toe-eigende en tevens op basis daarvan ging handhaven, deed de staatssecretaris in Zeeuws-Vlaanderen iets opmerkelijks.

In de gemeente Sluis speelde in 2016 en 2017 de casus van fusies tussen verschillende basisscholen van verschillende besturen in de uitvoering van een toekomstplan om de leerlingendaling in het onderwijs daar op een goede manier op te kunnen vangen. In juli 2016 vond er een gesprek plaats tussen schoolbesturen uit Sluis met de toenmalige staatssecretaris. De schoolbesturen hebben in dat gesprek aangegeven dat ze graag gebruikmaken van de fusiecompensatieregeling, maar niet uit de voeten kunnen met de nieuwe geopenbaarde definitie van de staatssecretaris. De staatssecretaris zegde in dat gesprek toe met een oplossing voor de besturen te komen.<sup>24</sup>

De staatssecretaris heeft naar aanleiding van dat gesprek een oplossing uitgewerkt in een brief aan die schoolbesturen.<sup>25</sup> In die brief staan uitgangspunten die moeilijk verenigbaar zijn met de uitgangspunten van de fusiecompensatieregeling, die de staatssecretaris in diezelfde periode heeft gepubliceerd. De staatssecretaris stelt in zijn brief namelijk:

- dat het onvoorspelbaar is voor welke school ouders kiezen na een fusie, en
- dat ouders in de praktijk vaak anders blijken te kiezen dan zij vooraf aangeven.

Die uitgangspunten worden weliswaar benoemd in het kader van de casus in Sluis, maar zijn als algemeenheden in de brief opgenomen. Dat is ook niet vreemd, nu de fusies in die casus nog moesten plaatsvinden. Aan de hand van die uitgangspunten komt de staatssecretaris tot een oplossing die dit inhoudt:

1. De schoolbesturen dienen een aanvraag bijzondere bekostiging in, in het schooljaar na de fusie, waarna ze de volledige compensatie voor een fusie ontvangen.
2. Voorwaarde is dat ten minste 50% van de leerlingen in de regio naar school gaat.
3. Er wordt niet meer gekeken naar hoeveel leerlingen er daadwerkelijk naar de beoogde fusieschool gaan.
4. Er is een gebiedsplan dat wordt uitgevoerd.
5. De afspraak is eenmalig en geldt voor slechts de gemeente Sluis vanwege de bijzondere omstandigheden. De fusiecompensatieregeling wordt niet toegepast. Het schoolbestuur dient een aanvraag voor bijzondere bekostiging in.

Het totale bedrag aan bijzondere bekostiging bedraagt maximaal 2,5 miljoen euro en heeft betrekking op in totaal drie scholenfusies.

De fusiecompensatie wordt niet met die naam toegekend, maar hetzelfde bedrag wordt wel toegekend in de vorm van bijzondere bekostiging. De voorwaarde is niet dat 50% van de leerlingen meegaat naar de fusieschool, maar in de regio naar school gaat. De term regio staat niet nader omschreven en omvat logischerwijs het hele voedingsgebied. Hoeveel leerlingen daadwerkelijk meegaan, is niet van belang voor de staatssecretaris. Het mag geen fusiecompensatie zijn, of zelfs zo worden genoemd. Specifieke omstandigheden van het geval, zoals een relatie met de ontwikkeling van driejarige, wordt niet gekoppeld aan de toekenning van het bedrag. Er wordt helemaal niets over gesteld.

---

Zeer opzienbarend is dat deze oplossing voor de fusies in de gemeente Sluis wordt toegepast, omdat de staatssecretaris hier juist niet zijn eigen nieuwe definitie van fusie volgt, maar het (oude) kader van de formele wet.

Zeer opzienbarend is dat deze oplossing voor de fusies in de gemeente Sluis wordt toegepast, omdat de staatssecretaris hier juist niet zijn eigen nieuwe definitie van fusie volgt, maar het (oude) kader van de formele wet. Een begin van wat de casus in Sluis anders maakt ten opzichte van elke andere fusie in Nederland, heeft de staatssecretaris niet gemaakt. De oplossing die in deze casus door de staatssecretaris wordt geboden, komt daardoor over als willekeur vergeleken met de ingezette terugvorderingsacties door de Inspectie van het Onderwijs op basis van zijn nieuwe definitie. Wellicht nog erger, lijkt de staatssecretaris het zelf in de basis niet eens te zijn met de inhoud van zijn eigen fusiecompensatieregeling. De staatssecretaris stelt namelijk geenszins ter discussie of er sprake is van een fusie, dat staat buiten kijf duidelijk, of er nu leerlingen meegaan naar de fusieschool of niet. De term fusie is er niet van afhankelijk. Hij constateert dat er een fusie plaatsvindt, wetende dat de leerlingen niet de fusie zullen volgen. Ik zie geen reden waarom dit geen willekeur is, in het licht van de door hemzelf buiten het wettelijke kader gegeven definitie van fusie in de fusiecompensatieregeling.

## Noten

1. De termen fusie en samenvoeging worden in dit artikel, net als in de wet- en regelgeving, afwisselend gebruikt.
2. Kamerstukken II 2013-2014, 31293, nr. 203, p. 12-13.
3. Staatscourant 2015, nr. 12208
4. Staatscourant 2017, nr. 30458
5. Kamerstukken II 1992-1993, 23070, nr. 3, p. 3.
6. Kamerstukken II 1992-1993, 23070, nr. 3, p. 4.
7. Kamerstukken II 1992-1993, 23070, nr. 3, p. 24.
8. Uitleg OCenW-Regelingen 2000, nr. 15 van 31 mei 2000, p. 13.
9. Staatscourant 2006, nr. 73.
10. Staatscourant 2015, nr. 12208.
11. Staatscourant 2017, nr. 30458.
12. Kamerstukken II 2008-2009, 32040, nr. 3, p. 1.
13. Kamerstukken II 2008-2009, 32040, nr. 3, p. 24.
14. Kamerstukken II 2008-2009, 32040, nr. 3, p. 11.

15. De leerlingenteldatum in het basisonderwijs is 1 oktober (artikel 152 WPO). In het kader van scholenfusie wordt uitgegaan van het leerlingenaantal 10 maanden vóór de fusiedatum.
16. *Kamerstukken II* 2008-2009, 32040, nr. 3, p. 24-25.
17. De auteur van dit artikel heeft onderzoek gedaan naar de adviezen van de Commissie Fusietoets in het Onderwijs (CFTO) en de besluiten van de Minister van OCW in het kader van de fusietoets (te vinden op [www.cfto.nl](http://www.cfto.nl)). In geen enkel geval is een fusie beoordeeld aan de hand van de wettelijke uitleg zoals deze uit de regeling van 2017 blijkt.
18. Zie bijvoorbeeld artikel 3 lid 1 van de thans geldende Regeling bijzondere bekostiging bij fusie en opheffing van scholen in het primair onderwijs en beleidsregel interpretatie samenvoeging in WPO en WEC: "bijzondere bekostiging voor personeelskosten van leraren en die van de schoolleiding."
19. In 2009 is CFI met de IB-Groep opgegaan in DUO.
20. *Uitleg OCenW-Regelingen* 2000, nr. 15 van 31 mei 2000, p. 16.
21. Ministerie van Financiën, "IBO Bekostiging funderend onderwijs bij dalende leerlingaantallen", Den Haag 2013, p. 21.
22. De parlementaire geschiedenis van de wetsontwerpen met de nummers 25.176, 25.409, 25.836, 25.979, 26.513, 27.266, 27.265, 29.008, 29.736, 32.760, 32.795 en 33.106 zijn daartoe bestudeerd.
23. B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, "Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht", preadvies VAR, Den Haag 2000, p. 134-141.
24. In Zeeuws-Vlaanderen is de situatie anders dan in andere delen van Nederland doordat er een wegglek van leerlingen uit Nederland naar België is. Daar is de kinderopvang vanaf 2,5 jaar gratis. In Zeeuws-Vlaanderen mogen schoolbesturen fusiecompensatie inzetten ten behoeve van de ontwikkeling van driejarigen, zodat deze kinderen niet naar België hoeven te gaan. De staatssecretaris heeft dit in maart 2015 bepaald.
25. De brief is gedateerd 7 februari 2017 en heeft als kenmerk: 1145287.