

VU Research Portal

De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet?

van Schoonhoven, R.

published in

NTOR : Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Schoonhoven, R. (2019). De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet? *NTOR : Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht*, 31(2), 72-77. <https://schoolmanagementtotaal.sdu.nl/node/70680>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet?

16 april 2019

Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht

2019/31 - Nummer 2 - april (/taxonomy/term/9495)

Wie zich bezighoudt met het recht in het beroepsonderwijs wordt er door omstanders en collega's met regelmaat op gewezen dat deze onderwijssector 'anders' is. Nu ben ik de laatste die dat zal ontkennen, alleen al vanwege de pedagogische aard van deze onderwijssoort. Laat onverlet dat de argumentatie achter dat 'anders' die sommigen gebruiken, bij mij wel enige twijfel oproept. Het argument is namelijk niet zelden dat artikel 23 Grondwet niet op het beroepsonderwijs van toepassing zou zijn. In deze bijdrage zal ik proberen dit argument te ontkrachten, zo niet te nuanceren. The proof of the pudding hiervan kan de komende tijd overigens wel eens gelegen zijn in een voorgenomen wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs als het gaat om het verstrekken van aanvullende bekostiging aan mbo-instellingen in geval van bijzondere omstandigheden.

Wie zich bezighoudt met het recht in het beroepsonderwijs wordt er door omstanders en collega's met regelmaat op gewezen dat deze onderwijssector 'anders' is. Nu ben ik de laatste die dat zal ontkennen, alleen al vanwege de pedagogische aard van deze onderwijssoort. Laat onverlet dat de argumentatie achter dat 'anders' die sommigen gebruiken, bij mij wel enige twijfel oproept. Het argument is namelijk niet zelden dat artikel 23 Grondwet niet op het beroepsonderwijs van toepassing zou zijn. In deze bijdrage zal ik proberen dit argument te ontkrachten, zo niet te nuanceren. The proof of the pudding hiervan kan de komende tijd overigens wel eens gelegen zijn in een voorgenomen wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs als het gaat om het verstrekken van aanvullende bekostiging aan mbo-instellingen in geval van bijzondere omstandigheden.

1. Beroepsonderwijs kent een andere oorsprong

We kennen onze klassiekers. Artikel 23 Grondwet regelt de vrijheid van onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van stichting, richting en inrichting.^[1] Het artikel telt acht leden, waarvan het eerste en het achtste het oudst zijn. Zij dateren uit onze eerste Grondwet uit 1814 en stellen dat het onderwijs een aanhoudende zorg der regering is en dat zij jaarlijks verslag doet over de staat van het onderwijs aan de Staten Generaal. De leden twee, drie en vier dateren uit 1848 en stellen – achtereenvolgens en in spreektaal samengevat – dat het geven van onderwijs vrij is, dat het openbaar onderwijs bij wet wordt geregeld en dat, als het om het funderend onderwijs gaat, in



gemeenten voldoende openbaar onderwijs wordt aangeboden. De leden vijf, zes en zeven zijn de 'Pacificatie-bepalingen' uit artikel 23, zo aangeduid aangezien zij bij de onderwijspacificatie zijn ingevoegd in 1917. Deze artikelleden zien op de financiële gelijkstelling van het bijzonder aan het openbaar onderwijs en op het gegeven dat de wetgever in ruil voor bekostiging deugdelijkheidseisen kan stellen. Dat laatste dan wel met inachtneming van de vrijheid van richting en – daarmee samenhangend – de vrijheid van inrichting.

Nu is het zo dat het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) als onderwijssector vrij laat onder bemoeienis van de wetgever is gebracht. Daar waar voor de andere onderwijssectoren, van lager tot en met hoger onderwijs, al in de negentiende eeuw van vormen van centrale regelgeving sprake was, ontstond deze voor het mbo pas in 1921 met de toenmalige Nijverheidsonderwijswet.^[2] Pas verderop in de twintigste eeuw, namelijk in 1996, ontstond de clustering van wetgeving met betrekking tot het mbo en de educatie zoals we die nu kennen in de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB).

Als ware het de Maas en de Rijn, komen uiteindelijk de regulering van het beroepsonderwijs en die van de andere onderwijssectoren samen in één delta. In de geschiedenis kennen zij, mede gelet op hun aard, een andere oorsprong en eigen karakteristieke loop. Daardoor en doordat artikel 23 op enkele plaatsen de term 'algemeen vormend lager onderwijs' bezigt, is het op zich niet zo vreemd dat bij sommigen in het beroepsonderwijs de gedachte leeft dat artikel 23 niet voor deze sector geldt. Maar daarmee doet men zichzelf tekort.

2. Artikel 23 Grondwet en het beroepsonderwijs

Om te beginnen komt de vrijheid van onderwijs toe aan zowel individuen, als aan rechtspersonen die scholen of universiteiten in stand houden. Het geven van onderwijs is immers vrij, stelt het tweede lid van artikel 23 Grondwet. Niet valt in te zien waarom deze bepaling niet zou gelden voor rechtspersonen die mbo-instellingen in stand houden, maar bijvoorbeeld wel voor een autorisatieschoolhouder of een rechtspersoon die een universiteit in stand houdt. En evenmin valt te beargumenteren waarom het eerste en het laatste lid van artikel 23 – betreffende de zorg van de overheid en verslaglegging aan de Staten Generaal – niet tevens het mbo zouden omvatten. Voorts rept het vijfde lid van het artikel, dat stelt dat bekostiging bij wet wordt geregeld, daar waar het bijzonder onderwijs betreft met inachtneming van de vrijheid van richting, niet over een onderscheid naar onderwijssectoren. Blijkbaar heeft de wetgever deze bepaling dus ook niet gereserveerd voor slechts een deel van ons onderwijsbestel.

Iets anders wordt het als we de leden vier, zes en zeven van artikel 23 nader bekijken. Want in deze leden maakt de wetgever wel een selectie, in die zin dat daarin wordt vermeld dat deze (deels) zien op het algemeen vormend lager onderwijs. In actuele taal gesteld: op het funderend onderwijs. Het betreft de bepalingen aangaande de garantiefunctie van het openbaar onderwijs, het stellen van deugdelijkheidseisen met eerbiediging van de vrijheid van inrichting, met name keuze van leermiddelen en de aanstelling van onderwijzers, en de financiële gelijkstelling van



openbaar en bijzonder onderwijs. Van deze bepalingen kan men stellen dat deze specifiek gaan over het funderend onderwijs. Echter, de wetgever heeft feitelijk deze bepalingen sinds 1917 ook 'doorgetrokken' naar het mbo en het hoger onderwijs, zonder dat daar een grondwettelijke verplichting toe bestaat. Deze omstandigheid wordt ook wel aangeduid als 'ongeschreven constitutioneel' recht.^[3]

De formele, niet zijnde een feitelijke, beperking van de reikwijdte van artikel 23 Grondwet in ons onderwijsbestel tot het funderend onderwijs vloeit voort uit het vierde lid (garantiefunctie), het zesde lid (deugdelijkheidseisen en respecteren vrijheid van inrichting) en het zevende lid (financiële gelijkstelling). Deze beperking betreft niet *louter* het middelbaar beroepsonderwijs, maar evenzogoed het hoger onderwijs (hbo-instellingen en universiteiten).

Voor het mbo geldt dus óók de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van richting en – ongeschreven constitutioneel – het eerbiedigen van de vrijheid van inrichting. Ook de garantiefunctie en de financiële gelijkstelling hebben – ongeschreven constitutioneel – hun uitwerking in deze sector; hiervoor kan gewezen worden op het feit dat de Wet educatie en beroepsonderwijs zo is ingericht dat deze niet alleen op bijzondere mbo-instellingen, maar evenzeer op openbare mbo-instellingen van toepassing is; door de loop van de geschiedenis zijn er echter geen openbare mbo-instellingen.^[4]

Uit het voorgaande volgt dat, zo men de stelling zou bezigen dat (delen van) artikel 23 *niet* op het mbo van toepassing zou zijn, men dat dan ook zou moeten stellen voor het hoger onderwijs. Het moge duidelijk zijn dat ik een dergelijke stellingname niet onderschrijf.

3. Twijfel bij de wetgever?

Toch rijst af en toe wel twijfel over het voorgaande betoog. Dit aangezien de wetgever dat zelf bij tijd en wijle ook lijkt te doen. Meer recent speelt dit vooral rond het vijfde lid van artikel 23, waaruit volgt dat deugdelijkheidseisen die aan het bekostigde onderwijs worden gesteld bij wet worden geregeld en dat dit daar waar het het bijzonder onderwijs betreft, gebeurt met inachtneming van de vrijheid van richting. In samenhang daarmee moet de rijksbijdrage adequaat zijn voor de onderwijsactiviteiten die de instellingen in het licht van de deugdelijkheidseisen dienen te verrichten, waarmee de basiskwaliteit van het onderwijs is gewaarborgd.^[5] Zo'n zeven jaar terug speelde deze kwestie rond de invoering van prestatiebekostiging in het hoger onderwijs, waarbij het voornemen was deze systematiek via een wijziging van het Uitvoeringsbesluit WHW in een ministeriële regeling op te nemen. Onder meer de Raad van State kwam daartegen in het geweer, aangezien één en ander strijd opleverde met het vijfde lid van artikel 23.^[6] Uiteindelijk landde de systematiek niet in een regeling, maar in een algemene maatregel van bestuur, en is het werken met prestatieafspraken in het hoger onderwijs alweer achterhaald. Dus eind goed, al goed?

Niet daar waar het het beroepsonderwijs betreft. Want voor deze sector is begin 2015 ogenschijnlijk zonder kritiek vanuit de sector een regeling kwaliteitsafspraken ingevoerd,^[7] een



regeling die vervolgens in 2018 ook nog eens is geactualiseerd.^[8] Dat het hierbij gaat om een regeling die strijdig is met het vijfde lid – en een substantieel deel van de rijksbekostiging betreft (op jaarbasis bijna een half miljard euro) – lijkt maar weinigen te deren. Ook in dat licht is het dus niet zo vreemd als wordt gesteld dat ‘artikel 23 niet van toepassing is op het mbo’. De praktijk is als het om deze kwaliteitsafspraken gaat immers anders dan de leer.

4. Voorstel tot wijziging WEB in verband met aanvullende bekostiging

In het licht van het voorgaande is het interessant hoe de wetgever in 2019 om zal gaan met de voorgenomen wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) inzake het verstrekken van aanvullende middelen in verband met bijzondere omstandigheden. Over het voorstel daartoe heeft eind 2018 een internetconsultatie plaatsgevonden.^[9]

Het voorstel bevat een wijziging van artikel 2.2.3 eerste lid WEB. Dit artikellid maakt het nu mogelijk dat de minister bij ministeriële regeling een bedrag aan de rijksbijdrage van een instelling kan toevoegen in verband met een onevenredig grote toename van het aantal deelnemers ten opzichte van het voorafgaande jaar. Het artikellid wordt met het voorstel gewijzigd, zodanig dat de minister aan een instelling in verband met bijzondere omstandigheden een aanvullend bedrag kan toekennen; het bedrag kan nadien geheel of gedeeltelijk in mindering worden gebracht op de in totaliteit verstrekte bekostiging.

Uit de toelichting op het voorstel volgt, dat hiermee een verruiming van de bepaling wordt beoogd omdat ‘bijzondere omstandigheden’ niet meer enkel hoeven te zien op een onevenredig grote toename van deelnemersaantallen. Instellingen die menen aanspraak te maken op de aanvullende middelen, dienen hiertoe een aanvraag in te dienen bij de minister. De minister besluit over de toekenning van aanvragen. In het voorgestelde nieuwe artikellid wordt tevens bepaald dat bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven voor de verstrekking van de aanvullende middelen (en indien nodig de daaropvolgende vermindering).

De voeding van de aanspraak dient blijkens de toelichting op het voorstel te komen uit het macrobudget van alle instellingen; jaarlijks zal circa 0,3 procent uit de lumpsum worden gereserveerd voor aanvullende middelen voor instellingen in verband met bijzondere omstandigheden. Indien aan het eind van het kalenderjaar blijkt dat de middelen niet (volledig) zijn besteed, dan worden deze alsnog uitgekeerd aan alle instellingen.

5. Weging van het voorstel^[10]

In lijn met het vijfde lid van artikel 23 Grondwet bepaalt artikel 2.2.1 WEB dat de rijksbijdrage waar de instelling aanspraak op heeft, binnen het raam van de door de begrotingswetgever beschikbaar gestelde middelen, per instelling wordt berekend aan de hand van een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde berekeningswijze. In artikel 2.2.2 WEB is bepaald dat deze berekeningswijze voor elke instelling en elke opleiding gelijkelijk geldende maatstaven bevat.



Met andere woorden: de bekostiging waar de mbo-instelling aanspraak op heeft in het licht van de deugdelijkheidseisen, wordt bij formele wet bepaald op een wijze die voor alle instellingen eender is. Dat laatste betekent overigens niet dat er tussen instellingen geen verschillen in de uiteindelijk verstrekte bekostiging kunnen zijn. Deze dienen dan echter wel gebaseerd te zijn op objectiveerbare gronden, zoals aantallen studenten, verstrekte diploma's en/of wegingsfactoren waarmee verschillen in opleidingskosten tot uitdrukking worden gebracht. In twee opzichten is het hiervoor samengevatte voorstel strijdig met deze zienswijze, die gebaseerd is op het vijfde lid van artikel 23 Grondwet en de artikelen 2.2.1 en 2.2.2 WEB.

Ten eerste wordt voorgesteld dat de minister kan besluiten om aan de rijksbijdrage van bepaalde instellingen in verband met bijzondere omstandigheden een bedrag toe te voegen. De objectiveerbare grond 'onevenredige toename van het aantal deelnemers' wordt daartoe verruimd tot 'bijzondere omstandigheden die naar redelijkheid en billijkheid niet binnen de rijksbijdrage kunnen worden opgevangen'. In het voorstel noch de toelichting wordt aan de hand van objectiveerbare gronden omschreven wat hieronder dient te worden verstaan. Enkel wordt aangegeven dat bij ministeriële regeling nadere voorschriften *kunnen* worden gegeven. Hiermee is het voorstel strijdig met het beginsel dat de bekostiging van instellingen bij wet wordt bepaald, op een wijze die voor alle instellingen kenbaar is, en waarbij uiteindelijke verschillen in ontvangen bekostiging gebaseerd zijn op objectiveerbare maatstaven.

Ten tweede volgt uit de *toelichting* op het voorstel dat het voornemen is de alsdan te verstrekken bijdragen te financieren uit een generieke reservering op de basisbekostiging van alle mbo-instellingen. Hierbij wordt geen definitief uitsluitel gegeven over het volume van deze reservering (er wordt enkel een indicatie gegeven), noch wordt aangegeven op welke wettelijke grondslag deze reservering zal plaatsvinden.

Dit onderdeel van het voorstel is strijdig met het uitgangspunt dat instellingen aanspraak hebben op een basisbekostiging die als zodanig voldoende is om te voldoen aan de gestelde deugdelijkheidseisen, in concreto: de aanspraak van instellingen volgend uit artikel 2.2.1 WEB op een rijksbijdrage die bij of krachtens algemene maatregel van bestuur is bepaald. Dat in de toelichting op het voorstel wordt gesteld dat het slechts een geringe reservering binnen het macrobudget betreft, doet aan het ontstaan van deze strijdigheid als zodanig niet af.

Het voorstel wordt blijkens de toelichting ingegeven door enkele incidenten die zich in het afgelopen decennium hebben voorgedaan, waarbij op ad hoc basis naar financiële middelen diende te worden gezocht binnen de OCW-begroting. Denk aan de dreigende ondergang van de Scholengroep Amarantis en van ROC Leiden. Voordeel van het voorstel zou zijn dat het zoeken naar dergelijke ad hoc oplossingen de komende tijd niet meer noodzakelijk zou zijn.

De keuze die wordt gemaakt is derhalve dat op grond van incidenten – die in het voorstel overigens niet nader worden gespecificeerd en derhalve enigszins verholen blijven – een structurele regeling wordt voorgesteld die strijdig is met bovenstaande constitutionele principes.



vraag ontstaat daarmee of de wetgever het één in verhouding vindt staan tot het ander. In ieder geval zullen de gemaakte keuzes in het licht van de genoemde constitutionele principes nader moeten worden gemotiveerd.

6. Beroepsonderwijs: anders, of toch niet?

Zoals gezegd is het interessant dit dossier komende tijd te blijven volgen. Want gaat de wetgever 'om' en wordt met de voorgenomen wijziging van de WEB beargumenteerd waarom het beroepsonderwijs toch echt anders in de systematiek van artikel 23 Grondwet zit dan met name het hoger onderwijs? In dat geval is er werk aan de winkel voor het onderwijsrecht, aangezien teksten over en visies op de lezing van onder meer het vijfde lid (deels) zullen moeten worden bijgesteld. Overigens is er ook werk aan de winkel in het geval de wetgever besluit dat het beroepsonderwijs níet afwijkt van de andere onderwijssectoren, in casu het hoger onderwijs. Want in dat geval resteren er nog legio terreinen waarop zaken voor het beroepsonderwijs anders zijn geregeld, het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs om maar één onderwerp te noemen. Daar waar deze afwijkende bepalingen geen of onvoldoende relatie hebben met de pedagogische aard van het beroepsonderwijs, zou gezien moeten worden of zij met die voor het andere onderwijs kunnen worden geharmoniseerd.

Prof. dr. R. van Schoonhoven

Als bijzonder hoogleraar onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs verbonden aan de Faculteit Rechtswetenschappen, Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

- 1)) D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, web-editie 2013 (www.Nederlandrechtsstaat.nl) (<http://www.Nederlandrechtsstaat.nl>)).
- 2)) R. van Schoonhoven, *Ruimte, regels en beroepsonderwijs. Verkenning van onderwijsrechtelijke vraagstukken in het beroepsonderwijs*, Amsterdam, SWP 2010, p. 25-27; R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs* (oratie), Amsterdam, VU 2016.
- 3)) D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag, Sdu uitgevers 2011, p. 105.
- 4)) Meer specifiek kan in dit verband worden gewezen op artikel 8.1.2 WEB dat stelt dat indien binnen redelijke afstand van de woning van de deelnemer niet de gelegenheid bestaat tot het volgen van het onderwijs aan een openbare instelling, deze deelnemer de toelating tot een bijzondere instelling niet mag worden geweigerd op grond van godsdienst of levensbeschouwing.
- 5)) Zie het advies van de Raad van State bij de voorgenomen wijziging van het Uitvoeringsbesluit WHW in verband met de invoering van prestatiebekostiging in het hoger onderwijs, *Stcrt.* 2012, 15449.
- 6)) P.J.J. Zoontjens, 'Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs', in: *Ars Aequi*, januari 2014, p. 66-69. Voor nadere uitleg zie tevens VKO, *De subsidiëring van onderwijs. Een waarschuwing tegen prestatiebekostiging en een discussie over een alternatieve bekostiging, de persoonsgebonden onderwijsrechten*, Den Haag: VKO 2014, p. 14-15.
- 7)) *Stcrt.* 2014, 35959.
- 8)) *Stcrt.* 2018, 34660.
- 9)) Het voornemen ziet voorts op een met de wetswijziging overeenkomende wijziging van het Uitvoeringsbesluit WEB.
- 10)) Deze weging is begin 2019 door de auteur ingebracht in de desbetreffende internetconsultatie. Zij bedankt de leden van de Kenniskring onderwijsrecht beroepsonderwijs voor het reflecteren op een conceptversie van deze weging.

