

# VU Research Portal

## Van privaat naar publiek

van Schoonhoven, R.

### **published in**

De houdbaarheid van het duale bestel  
2017

### **document version**

Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

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

### **citation for published version (APA)**

van Schoonhoven, R. (2017). Van privaat naar publiek: Over de spanning tussen de vrijheid van onderwijs en de toegankelijkheid van het middelbaar beroepsonderwijs. In M. T. A. B. Laemers (Ed.), *De houdbaarheid van het duale bestel: Overeenkomsten en verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs 100 jaar na de Pacificatie* (pp. 159-174). SDU Uitgevers.

### **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](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Van privaat naar publiek**

### **Over de spanning tussen de vrijheid van onderwijs en de toegankelijkheid van het middelbaar beroepsonderwijs**

*Renée van Schoonhoven*<sup>1</sup>

*‘De Overheid die zich ten taak stelt voor alle burgers gelegenheid tot schoolonderwijs te verschaffen, mag de vervulling van de taak niet afhankelijk stellen van het ontbreken van particulier initiatief. Onderwijs is niet eene zaak waarvan het belang door particulier initiatief moet blijken, maar het is uit zichzelf een publiek belang.’<sup>2</sup>*

Het middelbaar onderwijs (mbo) wordt niet vaak in verband gebracht met de onderwijspaceficatie. Historisch gezien is dat correct, aangezien de pacificatie van 1917 immers vooral betrekking had op wat destijds werd aangeduid als het algemeen vormend lager onderwijs. De pacificatienormen werden ook daarna niet eenduidig doorgetrokken naar het mbo. Dat betekent echter niet dat de vrijheid van onderwijs en het recht op onderwijs geen issues zijn in deze onderwijssector. Integendeel, het mbo wordt in de 21ste eeuw steeds meer beschouwd als een basisvoorziening in ons onderwijsbestel. Omdat de pacificatienormen tot op heden niet van toepassing zijn verklaard op het mbo, roept de ontwikkeling van het mbo tot een basisvoorziening vooral spanningen op als het gaat om de toegankelijkheid van en de toegang tot het aanbod.

#### **1 Openbaar en bijzonder in het mbo**

Ons onderwijsbestel is dual van karakter: het wordt verzorgd door scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs; de sectorale onderwijswetten maken dat mogelijk. Ook de mbo-sector draagt in opzet dat duale karakter. De Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) voorziet erin dat het mbo wordt aangeboden vanuit bijzondere én openbare mbo-instellingen.

Nu is het onderscheid tussen openbaar en bijzonder niet het eerste waaraan men in het mbo denkt bij het bezigen van de term ‘dual’. In de eerste plaats wordt die term geassocieerd met de combinatie van leren en werken in de Beroepsbegeleidende Leerweg (BBL), oftewel de duale variant naast de dagschoolvariant van de Beroeps Opleidende Leerweg (BOL). Ten tweede kan men bij een ‘dual bestel’ in het mbo ook refereren aan het feit dat er naast de publiek bekostigde mbo-instellingen, van overheidswege

1 Prof. dr. R. (Renée) van Schoonhoven is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs aan de Vrije Universiteit Amsterdam en zelfstandig onderzoeker/adviseur bij Actis Advies.

2 J.B. Kan, *Handelingen over de herziening van de Grondwet*. Deel I. Den Haag 1916, p. 633. Geciteerd in D. Mentink & P.W.C. Akkermans, 1994, p. 15.

erkende mbo-opleidingen bestaan die vanuit andere bronnen worden gefinancierd. ‘Duaal’ staat dan voor het onderscheid tussen publiek bekostigd en erkend – ook wel aangeduid als: niet bekostigd – mbo-aanbod.<sup>3</sup>

Het is kortom niet gebruikelijk om bij ‘duaal mbo’ te denken aan openbaar en bijzonder. In bronnen die ingaan op de historie van het beroepsonderwijs vind ik dan ook geen passages terug die ingaan op het duale karakter van het mbo, in de zin van het onderscheid tussen openbaar en bijzonder.<sup>4</sup> Toch is het onderscheid in de betreffende sectorwet, de WEB, wel degelijk aangebracht. Zo wordt in de begripsbepalingen in artikel 1.1.1 WEB aangegeven dat er openbare en bijzondere instellingen zijn. Openbare instellingen worden in stand gehouden door een gemeente dan wel een openbaar lichaam; het bevoegd gezag van de instelling is het college van B & W, voor zover de gemeenteraad niet anders bepaalt.<sup>5</sup> Bijzondere instellingen gaan blijkens de begripsbepalingen uit van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid; het college van bestuur dan wel het bestuur van de rechtspersoon is het bevoegd gezag. Voor de thematiek van deze bijdrage is voorts relevant dat artikel 8.1.2 WEB bepaalt dat openbare instellingen toegankelijk zijn voor deelnemers zonder onderscheid naar godsdienst of levensbeschouwing.<sup>6</sup> Als er binnen redelijke afstand van de woning van de student geen openbare instelling is, dan mag hem of haar de toelating tot een bijzondere instelling niet worden geweigerd op grond van godsdienst of levensbeschouwing.

In de aanhef van de Afdelingen in de WEB treffen we overigens niet de aanduiding aan van ‘regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’, ‘overige regelen voor openbaar onderwijs’ respectievelijk ‘overige voorwaarden voor bijzonder onderwijs’. In de WEB is ervoor gekozen dat onderscheid in artikel 1.1.3 WEB aan te brengen. In het eerste lid worden de WEB-artikelen opgesomd die zijn te beschouwen als regels voor openbare instellingen, en in het tweede lid de WEB-artikelen die gelden als voorwaarden voor bekostiging voor bijzondere instellingen.

De WEB voorziet kortom in een mbo dat wordt verzorgd vanuit bijzondere én openbare instellingen. In de praktijk kent het mbo echter louter bijzondere instellingen.

3 Het erkend mbo-aanbod wordt ook wel aangeduid als ‘niet bekostigd aanbod’. Dit is strikt genomen een onjuiste aanduiding aangezien ook het erkend onderwijs wel degelijk wordt bekostigd, zij het niet uit de rijksbegroting.

4 Zie bijvoorbeeld S. Karsten, *De hoofdstroom in de Nederlandse onderwijsdelta. Een nuchtere balans van het mbo*. Garant, Antwerpen / Apeldoorn 2016. L. Lensen, *Hoe sterk is de eenzame fietser. Een onderzoek naar de relatie tussen individuele ontwikkeling en de toegankelijkheid van het onderwijsbestel in Nederland*. Garant, Antwerpen / Apeldoorn 2011.

5 De toegenomen diversiteit aan bestuursvormen in het primair en voortgezet *openbaar* onderwijs is aan het mbo voorbijgegaan.

6 Ook art. 4.1.2, 7.5.2, 9.1.2 en 9.1.5 WEB betreffen (direct dan wel indirect) een onderscheid tussen openbare en bijzondere instellingen; voor het onderwerp van deze bijdrage zijn deze bepalingen minder relevant; zij blijven in het vervolg van deze bijdrage dan ook buiten beschouwing.

## 2 Mbo als privaat initiatief

Zoals ook elders betoogd, is het mbo een onderwijssector die relatief laat onder de zorg van de overheid is gebracht.<sup>7</sup> In de loop van de 19e eeuw kwam in ons land het lager onderwijs tot ontwikkeling en initieerde Thorbecke in 1863 met zijn Wet op het middelbaar onderwijs de systematische opzet van (hogere) burgerscholen en de start van het hoger beroepsonderwijs. Dit middelbaar onderwijs van Thorbecke was in hoofdzaak bestemd voor kinderen uit de gegoede middenklasse, en diende hen toe te rusten voor functies van enig nut in de samenleving. De (hogere) burgerscholen en hogere technische en landbouwscholen voorzagen dan ook niet in een curriculum dat gericht was op werken in een ambacht of in de nijverheid of industrie. Werkplaatsen, fabrieken en industriële dienden zelf in die vorm van onderwijs voor hun arbeiders te voorzien. En dat laatste gebeurde ook. Zoals Wolthuis in zijn studie naar de ontwikkeling van het technisch onderwijs uiteenzet, ontstond er in de tweede helft van de 19e eeuw een vorm van vakonderwijs dat zeer divers van aard was en geen relatie had met het nationale onderwijssysteem.<sup>8</sup> Pas in het laatste decennium van die eeuw ontstonden subsidiërelaties met de overheid; de mogelijkheid van subsidiëring stimuleerde de opkomst van ambachtsscholen en van het leerlingstelsel. Desondanks was er ook toen nog weinig verband tussen het vrij zwak georganiseerde, decentrale geheel van vakonderwijs en het nationale stelsel. Pas in 1919 kwam er wetgeving, toen de Wet op het Nijverheids- onderwijs werd goedgekeurd. In deze wet stond het particulier initiatief voorop; met de wet werd een basis gelegd voor de financiering, maar de wet regelde geen programmering van het curriculum. Mede omdat het vakonderwijs niet onder de pacificatie werd begrepen, verzag deze wet ook niet in een overheidsverantwoordelijkheid inzake het voorzien in voldoende openbaar aanbod. In feite, zo stelt Wolthuis in zijn analyse, kwam de inhoudelijke bemoeienis pas enigszins op gang na de Tweede Wereldoorlog, toen in de jaren zestig het beroepsonderwijs werd geplaatst in de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO). Pas toen ontstonden inhoudelijke programmeringsvereisten van enige betekenis. Het beroepsonderwijs werd als het ware ‘ingepast’ in de benaderingswijze die voor het voortgezet en hoger beroepsonderwijs al bestond. In zijn analyse geeft Wolthuis aan dat het technisch onderwijs meer en meer werd geïncorporeerd in de ‘mainstream’ en daardoor steeds minder eigen kenmerken ging vertonen. ‘Het veranderde in de 19e en 20e eeuw van een relatief zelfstandig systeem tot een subsysteem van het nationale onderwijsbestel en eindigde met een bijna volledige integratie in dit bestel. Dit komt tot uitdrukking in de verandering van systeemkenmerken, namelijk een verschuiving van relaties van verscheidenheid naar relaties van afstemming en van sterke relaties met de omgeving naar sterke relaties met het onderwijssysteem.’ Het ‘werd door een voortdurend proces van veralgemenisering en harmonisatie steeds sterker verbonden met het algemeen voortgezet onderwijs.’<sup>9</sup>

7 R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs* (oratie). VU, Amsterdam 2016.

8 J. Wolthuis, *Lower technical education in the Netherlands 1798 – 1993. The rise and fall of a subsystem*. Garant, Leuven/Apeldoorn 1999.

9 Idem, p. 395 en p. 397.

Op die laatste beweging van toenemende verbintenis met het algemeen voortgezet onderwijs kom ik verderop in deze bijdrage nog terug. Hier volstaat de constatering dat het beroepsonderwijs in de 19e eeuw vanuit het particulier initiatief ontstaat. In de wetgeving die tot ontwikkeling komt, krijgt dat initiatief alle ruimte. De pacificatienormen worden – in ieder geval tot de ommekomst van de WVO – niet direct relevant geacht voor deze sector. Openbaar mbo komt niet systematisch tot ontwikkeling, hetgeen wel is gebeurd voor het primair en voortgezet onderwijs.<sup>10</sup> Deze ontwikkelingsgang leidt ertoe dat we vandaag de dag geen openbare mbo-instellingen kennen.

### 3 Denominatie en de vorming van de regionale opleidingscentra (roc's)

Het mbo werd tot ver in de jaren tachtig van de 20e eeuw overwegend aangeboden vanuit protestants-christelijke, katholieke of algemeen bijzondere scholen. Het ressorteerde, zoals net opgemerkt, in die periode nog grotendeels onder WVO. Mede omdat in die periode de (partiële) leerplicht werd uitgebouwd, maakte het mbo een enorme groei door. De kleinschaligheid van het aanbod was niet op de toename berekend. Schaalvergroting werd noodzakelijk gevonden, in eerste aanleg in de vorm van sectoraal georganiseerde colleges (sectorvorming), later echter ook in het formeren van sectoroverstijgende, regionale opleidingscentra (roc's). De bedoeling van minister Ritzen, aan het begin van de jaren negentig, was om per arbeidsvoorzieningsregio (RBA) te komen tot maximaal één roc. Hij legde daarvoor aan de mbo-instellingen de zogeheten breedte-eis op: zij móesten met elkaar fuseren tot 28 roc's, anders zou de bekostiging stoppen.

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de WEB speelde deze kwestie vrij hoog op. Gesproken werd over fusiedwang en over het feit dat de breedte-eis in strijd zou zijn met de vrijheid van onderwijs. Minister Ritzen had op dat moment overigens al een veer gelaten, in die zin dat hij had toegegeven dat specifieke vakopleidingen – grafische scholen, meubelmaken, scheepvaart – niet mee hoefden te gaan in de fusieoperatie.<sup>11</sup> Ook had hij het mogelijk gemaakt dat er alleen op bestuurlijk niveau werd gefuseerd, tot een zogeheten bestuurlijk gefuseerde instelling (BGI); de afzonderlijke instellingen konden onder de BGI-koepel in stand blijven. Verder bleef hij ook bij de plenaire verdediging van het wetsvoorstel op het standpunt staan dat roc-vorming als zodanig het belangrijkste doel was en dat het in dat verband niet zo kón zijn dat schoolbesturen niet *wilden* fuseren.

Mede ingegeven door een rapport van Mentink en Akkermans, keerde het CDA zich in het debat tegen dit standpunt.<sup>12</sup> 'Want', zo stelde woordvoerder Reitsma, 'het blijft het recht van het bevoegd gezag om zelf te bepalen met welke identiteit en met welke bestuursvorm men iets wil beleven.'<sup>13</sup> In zijn optiek kon het niet zo zijn dat de minister bepaalde dat – indien er geen andere mogelijkheden meer waren om aan de breedte-

10 Niet gezegd is dat er geen openbare scholen voor beroepsonderwijs zijn geweest. Zo kende het agrarisch onderwijs de figuur van rijksscholen en stichtten diverse gemeenten scholen voor nijverheidsonderwijs.

11 Kamerstukken II, 1994-1995, 23 778, nr. 6.

12 D. Mentink & P.W.C. Akkermans, *Roc-vorming, besturenfusie en identiteit. Onderwijsjuridisch advies*. BVE-procescoördinatie, Bunnik 1995.

13 Handelingen II, 1994-1995, 77, p. 4639.

eis te voldoen – een bestuur óver de grenzen van de eigen denominatie heen móest fuseren. ‘Dit raakt het hart van de zaak als het gaat om de positie van het bijzonder onderwijs en als het gaat om het opkomen voor het bijzonder onderwijs,’ aldus Reitsma in het lange en op dit punt vrij intensieve debat over de WEB.<sup>14</sup> Het debat richtte zich in eerste aanleg op de reformatorische en gereformeerde mbo-instellingen (Menso Alting, Hoornbeeck), maar breidde zich in tweede instantie uit tot ook protestants-christelijke instellingen als de Friese Poort en de Abstede/Scutos Groep (het latere ROC ASA en Amarantis). Minister Ritzen was echter niet bereid om ook die grotere groep in een uitzonderingspositie te brengen. De roc-vorming moest namelijk ook voor de ‘gewone’ christelijke mbo-scholen gelden. Want, zo stelde hij, als zij gebruik zouden maken van de optie van de bestuurlijk gefuseerde instelling, dan kon daarbinnen op het niveau van de school het eventuele verschil in denominatief karakter een plaats krijgen. Er was volgens Ritzen dan ook geen strijdigheid met de vrijheid van onderwijs. Tegenwoordig zouden we op basis van de argumentatie van Ritzen de wenkbrauwen wellicht ietwat fronsen, maar destijds had de meerderheid van de Kamer er geen problemen mee.<sup>15</sup> Er kwam onder invloed van het debat wel een overgangsbepaling in de WEB te staan, die met name de reformatorische en gereformeerde instellingen enig respijt gaf. Deze bepaling, opgenomen in artikel 12.3.6 WEB, hield in dat als er op 1 augustus 1998 een mbo-instelling van een bepaalde richting zou zijn overgebleven en er voor die richting ook geen roc zou zijn ontstaan, deze instelling alsnog voor bekostiging in aanmerking kon worden gebracht. Voor de andere mbo-instellingen naar denominatie bood dit artikel echter geen ‘ontsnappingsmogelijkheid’. Zij moesten fuseren. De CDA-fractie was na het debat één van de weinige fracties die zowel in de Tweede alsook in de Eerste Kamer tegen het voorstel voor de WEB stemde.

Ten tijde van de behandeling van het voorstel voor de WEB in het parlement was de roc-vorming al een eind op dreef. In de periode 1996-2000 vond deze operatie een afronding, mede op basis van de (vele) overgangsbepalingen die in Hoofdstuk 12 van de WEB waren opgenomen. Er ontstond uiteindelijk een vrij gemêleerd geheel van zo’n zeventig instellingen, bestaande uit vakinstellingen, regionale opleidingscentra (roc’s) en agrarische opleidingscentra (aoc’s).

Van de roc’s waren de meeste van algemeen bijzondere signatuur; er zijn uiteindelijk acht mbo-instellingen op protestants-christelijke grondslag overgebleven.<sup>16</sup> Twee andere instellingen, te weten Hoornbeeck College (gereformeerd) en ROC Menso Alting (reformatorisch), hebben hun bekostiging ook na 1998 weten te behouden.

Artikel 12.3.6 WEB is in 2004, tezamen met diverse andere overgangsbepalingen uit Hoofdstuk 12, bij de technische herziening van de WEB komen te vervallen.<sup>17</sup>

14 Handelingen II, 1994/95, 77, p. 4632.

15 Opvallend is overigens dat Ritzen zijn argumentatie mede baseerde op het rapport van Mentink en Akkermans, terwijl juist in dat rapport werd beredeneerd dat de vrijheid van richting van een confessionele school die in de bestuurlijk gefuseerde instelling participeert met een openbare dan wel algemeen bijzondere school, met de WEB niet is gegarandeerd.

16 Zij hebben zich georganiseerd in de Federatie Christelijk Mbo; ook het Roc Menso Alting is bij deze Federatie aangesloten. Zie <http://www.federatiechristelijkmbo.nl>.

17 *Stb.* 2004, 216.

#### 4 Het instrumentele karakter van de WEB

Met de roc-vorming en de invoering van de WEB ging als het ware de bezem door het versnipperde veld van kleinschalige, grotendeels op denominatieve grondslag gebaseerde voorzieningen voor middelbaar beroepsonderwijs. In een tijdsbestek van nauwelijks tien jaar tijd ontstonden zo'n zeventig grootschalige instellingen, overwegend georganiseerd op algemeen bijzondere grondslag. Een klein deel daarvan was in staat om binnen de eigen denominatie te fuseren; enkele instellingen konden daartoe gebruikmaken van overgangbepalingen (zie hiervoor). In de vorige paragraaf is aangestipt dat het parlementaire debat over deze kwestie deels werd gevoerd naar aanleiding van een onderwijsrechtelijke analyse van Mentink en Akkermans.<sup>18</sup> Omdat die analyse ook nu nog steeds betekenis heeft, vat ik alhier de hoofdlijn samen.

De auteurs beschrijven welke normen – als uitkomst van de pacificatie van 1917 – voortvloeien uit artikel 23 Grondwet (Gw), die voor de wetgever richtinggevend zijn. Het gaat dan *ten eerste* om de zorg voor het stelsel van onderwijsvoorzieningen; in ieder geval omvat dat stelsel het algemeen vormend lager onderwijs, het algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs. De Gw laat de wetgever vrij om daarnaast ook andere voorzieningen wettelijk te regelen. *Ten tweede* dient de overheid te zorgen voor de deugdelijkheid van het onderwijs; deugdelijkheidseisen moeten bij wet worden geregeld en mogen voor het bijzonder onderwijs geen strijdigheid opleveren met de vrijheid van richting. In de *derde plaats* moet het grondrecht zijn gewaarborgd dat niemand wordt gedwongen onderwijs te volgen dat strijdig is met de eigen opvattingen. Het openbaar onderwijs moet dan ook, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet worden geregeld. En het bijzonder onderwijs komt de vrijheid toe van het stichten op basis van richting en het inrichten van scholen.<sup>19</sup> *Ten vierde* is er een overheidszorg voor voldoende bekostiging van scholen; openbaar en bijzonder onderwijs worden naar dezelfde maatstaf bekostigd. *Ten slotte* is het aan de overheid te voorzien in voldoende openbaar onderwijsaanbod, in het bijzonder voldoende 'openbaar algemeen vormend lager onderwijs'.

Mentink en Akkermans gaan in hun advies na hoe de WEB zich verhoudt tot deze 'pacificatienormen'.<sup>20</sup> Zij constateren dat het gaat over de regulering van 'onderwijs' zoals bedoeld in artikel 23 Gw. In lijn daarmee wordt in de WEB gerefereerd aan een stelsel van voorzieningen en wordt een onderscheid aangebracht tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Maar, zo stellen zij, in de WEB zelf noch in de toelichting wordt uitgesproken of en in hoeverre de pacificatienormen worden toegepast. Dat is in hun ogen vooral opmerkelijk, omdat een deel van de betreffende voorzieningen – in casu het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) – uit de WVO wordt gehaald en in de WEB wordt gepositioneerd. In de context van de WVO kon nog enigszins voor het mbo de relatie met de pacificatienormen worden gelegd; met de WEB is dat moeilijker, aldus

18 D. Mentink & P.W.C. Akkermans, *Roc-vorming, besturenfusie en identiteit. Onderwijsjuridisch advies*. BVE-procescoördinatie, Bunnik 1995.

19 Overigens wordt erkend dat ook openbare scholen een zekere inrichtingsvrijheid toekomt; zie daarover de bijdrage van P.W.A. Huisman in deze bundel.

20 Voor de volledigheid dient te worden opgemerkt dat een deel van deze normen ook reeds vóór 1917 gold.

de auteurs, aangezien de regering zich er niet over uitspreekt. Voorts merken zij op dat bij het in aanmerking brengen voor bekostiging van nieuw onderwijsaanbod, geen aandacht wordt besteed aan voldoende openbaar aanbod; eveneens is onduidelijk in hoeverre vrijheid van richting hierbij een uitgangspunt vormt.

Hun conclusie op dit deel van hun advies luidt dan ook dat de WEB een sterk instrumenteel karakter draagt; 'de waarborgende functie, die zo sterk met de pacificatie is verbonden, (komt) minder uit de verf'.<sup>21</sup>

## 5 Het mbo als publieke voorziening

Nu is het mbo geen algemeen vormend lager onderwijs, noch algemeen vormend middelbaar of voorbereidend hoger onderwijs. Het is onderwijs dat volgt op het voortgezet onderwijs. Het wordt daardoor door velen niet beschouwd als *funderend* onderwijs, dat wordt gedefinieerd als het primair onderwijs plus de eerste jaren van het voortgezet onderwijs tot aan het einde van de leerplichtige leeftijd (16 jaar).<sup>22</sup> De pacificatienormen worden integraal van toepassing geacht op het funderend onderwijs. Zoals elders uiteengezet, zijn er echter tendensen waarneembaar op grond waarvan de stelling kan worden betrokken dat óók het mbo – of althans een deel van dat mbo – als funderend onderwijs kan worden gezien.<sup>23</sup>

Een eerste belangrijke indicatie is de wijziging van de Leerplichtwet in 2007, waarbij de partiële leerplicht, die volgde op de volledige leerplicht en doorliep tot het 18e jaar, is vervangen door de kwalificatieplicht.<sup>24</sup> Sindsdien geldt dat jongeren die voor hun 18e nog geen startkwalificatie hebben behaald, verplicht zijn om tot hun 18e jaar aan een onderwijstraject deel te nemen dat is gericht op het behalen van dat minimumniveau.<sup>25</sup> In aanvulling hierop is in 2010 de Algemene Kinderbijslagwet gewijzigd, zodanig dat ouders van 16- en 17-jarigen die niet aan hun kwalificatieplicht voldoen, een korting kunnen krijgen op de kinderbijslag.<sup>26</sup>

Met de kwalificatieplicht is een steviger basis ontstaan voor gemeenten om een beleid te kunnen voeren gericht op het terugdringen van voortijdig schoolverlaten (vsv). Het vsv-beleid van gemeenten strekt zich uit tot een leeftijd van 23 jaar; alle jongeren die voor die leeftijd nog geen startkwalificatie hebben behaald, worden gezien als vsv-er. Met enige regelmaat komt in de politiek de vraag op de agenda of in het licht van het vsv-beleid de kwalificatieplicht niet verder moet worden verhoogd naar bijvoorbeeld 21 of 23 jaar.<sup>27</sup>

21 D. Mentink & P.W.C. Akkermans, *Roc-vorming, besturenfusie en identiteit. Onderwijsjuridisch advies*. BVE-procescoördinatie, Bunnik 1995, p. 8.

22 D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet*. Reed Business, Den Haag 2007, p. 95.

23 R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs* (oratie). VU, Amsterdam 2016. R. van Schoonhoven, 'Tussen tafellaken en servet? Over de niveau 1 en niveau 2 opleidingen op het snijvlak van vmbo en mbo.' in: M. Laemers (red.), *Beroepsonderwijs op het snijvlak van vmbo en mbo. Symposiumbundel NVOR 2010*. Sdu Uitgevers, Den Haag 2010.

24 *Stb.* 2007, 203.

25 Een havo/vwo-diploma of een mbo-diploma van minimaal niveau 2.

26 *Stb.* 2010, 74.

27 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2013-2014, 33 925, nr. 2-3.



Een tweede indicatie is dat, overigens in lijn met het invoeren van een kwalificatieplicht, voor de mbo-opleidingen van het laagste niveau – de entreeopleidingen – in 2014 een recht op toelating is ingevoerd. Met de betreffende wijziging van de WEB is een onderscheid aangebracht tussen toelating tot de entreeopleidingen enerzijds en tot de overige mbo-opleidingen anderzijds.<sup>28</sup> Sindsdien geldt op basis van artikel 8.1.1b, lid 2, WEB dat het bevoegd gezag studenten de toelating tot de entreeopleidingen slechts kan weigeren als de student ook in de twee voorafgaande studie jaren stond ingeschreven voor een entreeopleiding. De entree-opleiding geldt als een voorwaarde voor toelating tot een niveau 2-opleiding.

De norm is kortom meer en meer dat álle jongeren tot minstens 18 jaar naar school gaan, én ook een diploma halen van minstens het niveau startkwalificatie (niveau 2 mbo). De norm wordt bevestigd in enkele uitspraken die in 2012 en in 2014 door Rechtbank Den Haag zijn gedaan over het recht op onderwijs. In deze uitspraken wordt nadrukkelijk de leeftijdsgrens van 18 jaar gehanteerd.<sup>29</sup>

Tegen deze achtergrond kan worden gesteld dat het mbo, in ieder geval daar waar het voorziet in onderwijs aan jongeren in de leeftijd tot 18 jaar, kan worden beschouwd als funderend onderwijs. Daarmee is overigens geen uitspraak gedaan over de inhoud van het betreffende onderwijs; niet gezegd is dat het mbo tot aan die leeftijd in inhoudelijk opzicht algemeen vormend middelbaar of voorbereidend hoger onderwijs zou moeten zijn. De samenleving hanteert echter wel steeds duidelijker de norm waar de student, maar ook het mbo aan moet voldoen. Het mbo wordt anders gezegd steeds meer als basisvoorziening in ons onderwijsbestel beschouwd, die open dient te staan voor iedere jongere die nog niet beschikt over een startkwalificatie.

Tegelijkertijd, zo zagen we hiervoor, heeft de wetgever zich (nog) niet uitgesproken of en in hoeverre – als het om het mbo gaat – de pacificatienormen worden gewaarborgd. Het kader van de WEB is daartoe te instrumenteel en op dit punt te weinig expliciet. Daardoor ontstaan in toenemende mate vragen over de ordening van het mbo-aanbod en de toelating tot mbo-opleidingen.

## 6 De ordening van het mbo-aanbod

Het mbo wordt, zo zagen we hiervoor, zonder uitzondering aangeboden door bijzondere instellingen. Deze bijzondere mbo-instellingen zijn grotendeels algemeen bijzonder van aard, maar er zijn ook mbo-instellingen op christelijke grondslag. De vraag is vervolgens hoe de wetgever vandaag de dag het aanbod ordent in de zin van welke mbo-instellingen (dienen te) gelden als bekostigd onderwijs?<sup>30</sup>

28 *Stb.* 2013, 288; inwtr. *Stb.* 2013, 305; Kamerstukken II, 2011-2012, 33 187, nr. 1-3.

29 Rechtbank Den Haag 2 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736. Rechtbank Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9082 en 9084.

30 Ik maak onderscheid tussen a. bepalingen uit de WEB die zien op het in aanmerking brengen van *instellingen* voor bekostiging en b. bepalingen die zien op het reguleren van de *opleidingen* die door deze instellingen worden aangeboden. Het tweede type bepalingen wordt ook wel aangeduid als het reguleren van 'de macrodoelmatigheid van het opleidingsaanbod' en blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. De focus in deze bijdrage ligt op de bepalingen van het eerste type.

In artikel 2.1.3 WEB is bepaald hoe instellingen voor bekostiging in aanmerking kunnen worden gebracht (zie tekstkader). Het eerste artikellid stelt dat dit bij wet gebeurt. Het tweede lid houdt onder meer in dat het eerste lid niet geldt voor de instellingen die in de jaren negentig ten tijde van de roc-vorming zijn ontstaan en die daarbij reeds door de minister voor bekostiging in aanmerking zijn gebracht. Deze instellingen kunnen fuseren of splitsen dan wel worden omgezet van bijzonder naar openbaar en omgekeerd. Het tweede en vierde lid van het artikel bepalen dat het eerste lid dan niet van toepassing is, en dat daarbij de betreffende nadere regelgeving relevant is.<sup>31</sup>

*WEB: Artikel 2.1.3. Vestiging en beëindiging bekostigingsaanspraak instellingen*

1. Instellingen worden bij wet voor bekostiging in aanmerking gebracht. Artikel 4:32 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op de bekostiging van instellingen.
2. Het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van:
  - a. instellingen die op grond van artikel 12.3.1 zoals dat luidde door de Wet van 11 april 2001, Stb. 207, of artikel 12.3.3 zoals dat luidde ingevolge de Wet educatie en beroepsonderwijs (Stb. 1995, 501) door Onze Minister voor bekostiging in aanmerking zijn gebracht, en
  - b. instellingen die zijn voortgekomen
    - 1°. uit een samenvoeging of splitsing van bekostigde instellingen,
    - 2°. uit een samenvoeging van een agrarisch opleidingscentrum met een school voor voorbereidend beroepsonderwijs waaraan het profiel groen, bedoeld in artikel 10b, derde lid, onderdeel i, van de Wet op het voortgezet onderwijs, wordt verzorgd, of
    - 3°. uit een omzetting van een bijzondere instelling in een openbare of omgekeerd.
3. Indien aan een agrarisch opleidingscentrum gedurende twee achtereenvolgende jaren minder dan 1200 deelnemers zijn ingeschreven voor beroepsopleidingen of voor het voorbereidend beroepsonderwijs, bedoeld in artikel 1.3.3, kan Onze Minister besluiten dat aan die instelling de rechten, genoemd in artikel 1.3.1, ontnomen worden, onverminderd het overigens met betrekking tot ontneming van rechten in deze wet bepaalde.
4. Onze Minister besluit binnen 26 weken na ontvangst van een aanvraag op grond van het tweede lid, onder b. Op het besluit bedoeld in het eerste lid is paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden vastgesteld met betrekking tot het tweede lid, onder b.
5. Bij een beschikking op grond van het derde lid bepaalt Onze Minister het tijdstip waarop aan die instelling de rechten, genoemd in artikel 1.3.1, ontnomen worden zodanig dat de ingeschreven deelnemers de opleiding

<sup>31</sup> Betreft de Regeling en beleidsregels fusie- en splitsingstoets BVE (*Stcrt.* 2009, 90) en de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs (*Stcrt.* 2011, 13592).

waarvoor zij zijn ingeschreven, aan dezelfde instelling of aan een andere instelling binnen een redelijke tijd kunnen voltooien.

Het artikel markeert het richtpunt uit 1996 dat alleen mbo-instellingen voor bekostiging in aanmerking zijn gebracht die voldeden aan de breedte-eis (zie hiervoor). Er ontstond, gegeven het streven naar een maximaal aantal roc's, een vaste lijst met mbo-instellingen: 'Daarmee is, behoudens fusies die nadien plaatsvinden, het instellingenbestand in zoverre gefixeerd dat zonder wetswijziging geen nieuwe instellingen voor bekostiging in aanmerking gebracht worden (...).'<sup>32</sup>

Vanuit die achtergrond is het niet zo vreemd dat de WEB destijds niet voorzag in een procedure – zoals in het primair en voortgezet onderwijs – waarmee men nieuwe verzoeken kan indienen voor bekostiging. Enkel is bepaald dat nieuwe instellingen bij wet voor bekostiging in aanmerking worden gebracht.<sup>33</sup> Het mbo kent derhalve voor wat betreft de bekostigde instellingen een gesloten constructie die in 1996 is gebaseerd op het principe van 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Toen na enkele jaren alle instellingen onder dak waren, zijn zoals hiervoor beschreven de relevante overgangsbepalingen uit Hoofdstuk 12 geschrapt.

Om minstens twee redenen gaat de beperkte regulering van de WEB op dit punt de komende tijd wringen. Allereerst zal het mbo de komende jaren te maken krijgen met een terugloop in het aantal mbo-studenten; dit roept vragen op rond de borging van de algemene toegankelijkheid van het aanbod en de vrijheid van richting. Ten tweede volgt onder meer uit recente jurisprudentie een zekere noodzaak voor de wetgever om te gaan expliciteren hoe hij in het vervolg omgaat met verzoeken voor (instandhouding van) rijksbekostiging.

#### *Terugloop van het aantal mbo-studenten*

Zoals bekend telt onze samenleving steeds minder jongeren; we 'vergrijzen', waardoor er in absolute zin in de periode tussen nu en 2040 steeds minder jongeren naar school gaan. Het basisonderwijs maakt deze demografische krimp al mee; het voortgezet onderwijs, het mbo en hoger onderwijs krijgen daar de komende tijd nog mee te maken. Daar komt bij dat ook het scholingspatroon verandert: meer leerlingen en studenten dan voorheen gaan naar havo/vwo en aansluitend naar het hoger onderwijs. Het mbo krijgt dus bovenop de demografische krimp, de komende decennia ook te maken met een meer selectieve krimp.

In sommige regio's is deze tendens nu al merkbaar en zoeken bestaande mbo-instellingen naar oplossingen. Het is voor de jongeren in een regio immers vaak beter om in gezamenlijkheid te beslissen over continuïteit van het aanbod dan dat iedere instelling dat afzonderlijk doet. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) wil dergelijke samenwerking tussen instellingen stimuleren door samenwerkingscolleges

<sup>32</sup> Kamerstukken II, 1993-1994, 23 778, nr. 3, p. 130.

<sup>33</sup> De WEB voorziet overigens in bepalingen waarmee opleidingen kunnen worden voorgedragen voor diplomaerkenning. De basis daarvoor is opgenomen in art. 1.4.1 WEB. Na erkenning houdt de Inspectie van het Onderwijs (op aangepaste wijze) toezicht op de kwaliteit van dit aanbod. Voorbeelden van instellingen met erkend mbo-aanbod zijn NCOI, LOI en de Kappersacademie.

op grond van de WEB mogelijk te maken; hiertoe is een wetsvoorstel in behandeling.<sup>34</sup> De samenwerkingscolleges vereisen een samenwerkingsovereenkomst tussen de deelnemende bevoegde gezagsorganen, waarin zij afspraken maken over de verantwoordelijkheidsverdeling.

Dat er krimp gaat optreden en dat dit problemen gaat opleveren bij de instandhouding van het mbo-aanbod, dat wordt inmiddels wel breed erkend. Wat in dat verband echter niet wordt besproken is, hoe de wetgever borgt dat enerzijds voldoende openbaar dan wel algemeen bijzonder mbo-aanbod is gegarandeerd voor die studenten die geen onderwijs willen volgen op christelijke grondslag, respectievelijk hoe mbo-instellingen van de 'laatste richting' in een bepaalde regio in stand kunnen blijven. Dat het niet wordt besproken, heeft – zoals uit het voorgaande mag blijken – te maken met de historie van het mbo die grotendeels is gelegen in het particulier initiatief en met het feit dat het mbo tot op heden door de wetgever niet expliciet onder de pacificatienormen is geschaard. Maar moet dat gesprek niet toch een keer worden gevoerd, nu de samenleving steeds duidelijker de norm hanteert dat alle jongeren tot hun 18e jaar onderwijs dienen te volgen, totdat zij hun startkwalificatie hebben behaald?

#### *Opkomst van het gedachtegoed rond de verdeling van schaarse publieke rechten*

Deze vraag wordt met name prangend, omdat het werken met een 'gesloten lijst' van 66 mbo-instellingen ook langs een andere weg onder druk staat. Recent zijn Kamervragen gesteld over de houdbaarheid van dit principe, aangezien zich diverse – nieuwe – private initiatieven aandienen die wellicht ook voor bekostiging in aanmerking komen. Immers, in het primair en voortgezet onderwijs wordt ook een wijziging in de toedelingssystematiek overwogen, namelijk het bieden van *meer ruimte voor nieuwe scholen*.<sup>35</sup> In haar antwoord heeft de minister van OCW aangegeven dat private instellingen een aanvraag voor diplomaerkenning kunnen indienen en dat zij zal bezien hoe die aanvraagprocedure kan worden vereenvoudigd. Voorts meldt zij dat bij de totstandkoming van de WEB is voorzien in een gesloten stelsel van bekostigde instellingen en dat nieuwe instellingen alleen bij wet voor bekostiging in aanmerking kunnen worden gebracht. De beoogde systematiek van *meer ruimte voor nieuwe scholen* acht zij niet overzetbaar naar het mbo.

Maar, is het principe van het werken met een gesloten lijst, enkel en alleen omdat daartoe in 1996 is besloten – en waaraan, zoals hiervoor geschetst, vragen kleven rond toegankelijkheid en richting in het licht van de nog te verwachten krimp – naar de toekomst toe wel houdbaar? Moet er niet een mechanisme komen, waarmee én recht wordt gedaan aan het mbo als onderdeel van het publieke bestel én nieuwe toetreders kansen krijgen?

Die vraag wordt mede opgeroepen door jurisprudentie en de ontwikkeling van het gedachtegoed inzake de verdeling van schaarse publieke rechten. Kern van dat gedachtegoed is dat in het geval van verdeling van schaarse rechten door het bestuursorgaan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dienen te worden toegepast. In het bijzonder gaat het daarbij om het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel, streven

<sup>34</sup> Kamerstukken II, 2016-2017, 34 691, nr. 1-3.

<sup>35</sup> Kamerstukken II, 2015/16, aanhangsel 1772.

naar objectiviteit en transparantie, consistente toepassing van de gestelde regels en zorgdragen voor adequate rechtsbescherming.<sup>36</sup> Onlangs is dit algemene punt aangescherpt, in die zin dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich heeft uitgesproken over de vraag of het beginsel, inhoudend dat potentiële gegadigden bij de verdeling in gelijkwaardige positie moeten worden gebracht, is terug te voeren op een rechtsnorm.<sup>37</sup> Op basis van de conclusie van A-G Widdershoven stelt de Afdeling vast dat dat inderdaad het geval is en dat het gaat om het formele gelijkheidsbeginsel: het beginsel van gelijke kansen. Dit heeft als gevolg dat het bestuur moet zorgen voor een ‘passende mate van openbaarheid’ alvorens tot verdeling wordt overgegaan (transparantieplichting). Er moet kortom tijdig openheid van zaken worden gegeven over de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en over de toe te passen criteria. Uitkomst van de procedure kan overigens niet zijn, dat een schaars recht ‘voor onbepaalde tijd’ wordt verleend, zeker niet daar waar het vergunningen voor een economische activiteit betreft; dat zou immers degenen die ‘het eerste recht’ hebben verkregen, te zeer bevoordelen.<sup>38</sup>

*Uitzonderingen* op de verplichting tot transparantie zijn overigens denkbaar, zo stelt A-G Widdershoven in zijn conclusie. Hij geeft aan dat in louter nationale zaken dergelijke beperkingen mogelijk zijn, onder meer indien dat in het betreffende formeel-wettelijke kader zo is gesteld of ‘voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang of de bescherming van de rechten van andere burgers.’<sup>39</sup> Ook kan van het beginsel dat een schaars recht niet voor onbepaalde tijd kan worden verleend worden afgeweken, indien het beginsel van rechtszekerheid dat rechtvaardigt.<sup>40</sup>

Nu lijkt het gedachtegoed rond de verdeling van schaarse publieke rechten te gaan over zaken als vergunningen en licenties, en niet direct over het onderwijs. Echter, recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een deel van dit gedachtegoed betrokken bij een casus die de systematiek van het plan van scholen in het voortgezet onderwijs betrof. De Afdeling stelde hierbij dat ook in dit geval de rechtsnorm van het bieden van gelijke kansen in acht moet worden genomen en dat het bestuur – in dit geval de staatssecretaris van OCW – op enigerlei wijze aan ándere (potentiële) gegadigden eveneens ruimte moet bieden om in aanmerking te komen voor bekostiging.<sup>41</sup>

Wolswinkel stelt dat de ontwikkeling van uitgangspunten rond de verdeling van schaarse publieke rechten als zodanig moeilijk valt te ontkennen, laat staan tegen te houden.

36 F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2011.

37 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927; zie voorts conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; AB/2017/254 met noot van S. Philipsen.

38 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

39 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

40 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

41 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86. Zie tevens F.J. van Ommeren, ‘Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Van doctrinair standpunt naar positief recht.’ in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*. AAL, Nijmegen 2017, p. 191-208.

Volgens hem is daarom niet uitgesloten dat ‘de rechter de teugels in de toekomst verder zal aanhalen en het optreden van het verdelende bestuur strenger zal beoordelen.’<sup>42</sup> En dat het in dat licht dus zaak is dat de bijzondere wetgever zich meer dan voorheen uitsprekt – zo dat nog niet is gebeurd – over de verdeling van schaarse publieke rechten. Gelet op het voorgaande zou het kortom goed zijn de komende tijd te onderzoeken hoe de onderwijswetgever, als het gaat om de regulering van het bekostigd mbo, de inmiddels ontstane algemene regels van verdelingsrecht nader kan inkleuren. Waarbij dan in het bijzonder de aandacht dient uit te gaan naar h oe tot een verdelingsmechanisme kan worden gekomen dat recht doet aan het mbo als onderdeel van het publieke onderwijsbestel, en waarmee tevens wordt tegemoetgekomen aan de vragen rond de toegankelijkheid van het aanbod en de vrijheid van richting die hiervoor zijn aangestipt.

## 7 Toelating tot het mbo

Elders heb ik beschreven dat in het mbo binnenkort voor de student een toelatingsrecht wordt ingevoerd, indien hij aan de vooropleidingseisen voldoet, en wat de onderwijsrechtelijke haken en ogen zijn bij de aard en invoering van dit toelatingsrecht.<sup>43</sup> Dat betoog wordt op deze plaats dan ook niet herhaald. Ik vermeld het onderwerp wel in deze bijdrage, aangezien in deze materie de spanning tot uiting komt tussen enerzijds het – ook op dit punt – instrumentele karakter van de WEB en anderzijds de brede maatschappelijke opdracht die de samenleving bij het mbo neerlegt.

Als het om toelating tot onderwijsvoorzieningen gaat, kennen we in het licht van artikel 23 Gw het belangrijke onderscheid tussen de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting.

Mbo-instellingen zijn bijzonder van aard en mogen derhalve in lijn met de *vrijheid van richting*, in beginsel een toelatingsbeleid voeren. De kaders daarvoor worden ten eerste gegeven door de relevante bepalingen in de WEB. De instelling mag een student namelijk op grond van artikel 8.1.1, lid 4, WEB de inschrijving op een entree- en niveau 2-opleidingen weigeren of beëindigen, indien hij de grondslag en doelstellingen van de instellingen niet respecteert; bij niveau 3- en 4-opleidingen mag de instelling de inschrijving van de student voorwaardelijk maken aan het onderschrijven van de grondslag en doelstellingen. Een beleid waarin studenten de inschrijving op denominatieve gronden wordt geweigerd, moet – ten tweede - wel consistent en consequent zijn. Zo volgde onder meer uit de bekende Hoornbeeck-casus:

‘Een en ander brengt mee dat de in beginsel aan het bestuur van de bijzondere school toekomende vrijheid leerlingen te weigeren op grond van de (religieuze) richting van de school zijn beperking vindt in de verplichting om zich consistent aan haar eigen, vaste, (beleids)regels omtrent toelating te houden en

42 C.J. Wolswinkel, ‘De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen’ in *RegelMaat*, 2017, 32, 1, p. 6-30.

43 B.E.P.M. Lathouwers & R. van Schoonhoven, ‘Het toelatingsrecht en de onderwijskundige inrichtingsvrijheid in het mbo: een voorwerp van aanhoudende zorg.’ in *NTOR* 2017, nr. 2, p. 98-120. Voor inwerkingtreding zie *Stb.* 2017, 27.

deze stelselmatig toe te passen. Die opvatting ligt ook besloten in (...) de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), waarin is bepaald dat de (...) hoofdregel (verbod om onderscheid te maken) onverlet laat de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om bij toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Indien een bijzondere school zich bij de toelating en deelname aan het onderwijs niet consequent houdt aan haar eigen, vaste, op religieuze gronden berustende regels dreigt het gevaar van willekeur en zal moeilijk volgehouden kunnen worden dat op een geloofwaardige manier invulling wordt gegeven aan de verwezenlijking van de eigen religieuze grondslag.<sup>44</sup>

In beginsel wordt met de WEB het recht van bijzondere mbo-instellingen erkend om als het om toelating gaat, denominatieve gronden mee te wegen. Echter, artikel 8.1.1, lid 4, WEB bepaalt óók dat weigering of beëindiging van de inschrijving op dergelijke gronden niet kan plaatsvinden als voor de student geen gelegenheid bestaat de opleiding aan een andere instelling te volgen. Hetgeen nog eens wordt onderstreept door artikel 8.1.2, lid 1, WEB dat inhoudt dat indien de student binnen redelijke afstand van de woning geen gelegenheid heeft tot het volgen van het onderwijs aan een openbare instelling, aan hem de toelating tot een bijzondere instelling niet mag worden geweigerd op grond van godsdienst of levensbeschouwing. Het tweede lid stelt dat openbare instellingen toegankelijk zijn zonder onderscheid naar godsdienst of levensbeschouwing. Deze bepalingen hebben hun historische wortels in artikel 14, lid 1, Wet op het Nijverheidsonderwijs uit 1919. Ook toen was bepaald dat ‘aan geen leerling de toegang tot eene openbare of van Rijksweg gesubsidieerde bijzondere vakschool geweigerd (mag) worden op grond van godsdienstige gezindheid’.<sup>45</sup>

Nu levert de combinatie van én het in beginsel aanwezige recht van een instelling om een student naar denominatie te weigeren én het voorschrift om dat niet te doen als er geen gelegenheid is de opleiding aan een andere (openbare) instelling te volgen in één WEB al de nodige hoofdbrekens op. Want welk recht gaat vóór indien deze situatie zich in de praktijk daadwerkelijk voordoet? Het recht op onderwijs van de student die 17 jaar is en nog geen startkwalificatie heeft? Of het recht van de instelling om een denominatief toelatingsbeleid consistent en consequent toe te passen? Gelukkig kunnen we nu nog stellen dat dergelijke casuïstiek zich in de praktijk niet voordoet, want de meeste studenten vinden hun weg wel naar de opleiding van hun voorkeur en instellingen selecteren niet of nauwelijks naar denominatie. Maar wat áls ...? Kunnen we dan redeneren volgens de pacificatienormen, welke zouden inhouden dat de overheid deze casuïstiek dient te voorkomen door 1. een openbaar dan wel algemeen bijzonder mbo-aanbod te garanderen én 2. bijzondere instellingen blijvend de ruimte te bieden om studenten te kunnen weigeren op denominatieve gronden?

44 Hof Amsterdam 24 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB0057. Zie tevens voorzitter Rechtbank Utrecht 1 augustus 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY5353.

45 Kamerstukken II, 1914-2015, 366, nr. 2.

Dat dit lastige materie is, waarin relevante invalshoeken al snel door elkaar lopen, kwam tot uiting in het plenaire debat over de invoering van het toelatingsrecht in het mbo. Dit toelatingsrecht betreft overigens ‘louter’ de aspecten van toelating die betrekking hebben op vooropleidingseisen, die derhalve ressorteren onder de *vrijheid van inrichting* van de bijzondere mbo-instellingen. In het debat ging het dus als zodanig niet over denominatieve weigeringsgronden. Wel was aan de orde het nut en de noodzaak van een separate, van andere sectoren afwijkende regeling van het recht op toelating van de student in het mbo. Een regeling die als zodanig vrij fors ingrijpt op de vrijheid van inrichting van het mbo. De minister gaf in het debat op een gegeven moment toe dat haar voorstel ook in dat licht een van het primair en voortgezet onderwijs afwijkende regeling bevatte. Als onderdeel van haar legitimatie voor dat verschil, gaf zij aan dat in het primair en voortgezet onderwijs denominatie van groter belang is: ‘Inderdaad, in het basis- en voortgezet onderwijs is het anders geregeld, maar daar geldt wel dat alle openbare scholen toelatingsplicht hebben. Waarom is dat anders geregeld? Omdat denominaties daar nog een veel grotere rol spelen.’<sup>46</sup> Haar stelling was kortom dat *omdat* er in het mbo geen openbare instellingen zijn, de overheid de bescherming vrijheid van inrichting in het mbo minder in acht hoeft te nemen dan in het primair en voortgezet onderwijs het geval is. En wel juist omdat het maatschappelijk van groot belang is dat alle jongeren tot 18 jaar naar school gaan en minstens een startkwalificatie behalen, en er derhalve een in het onderwijsbestel uniek toelatingsrecht dient te komen voor de mbo-student.

## 8 Conclusie

De opbrengst van het voorgaande kunnen we als volgt samenvatten. Enerzijds is er een steeds explicieter maatschappelijke norm dat leerlingen tot minimaal hun 18e levensjaar verplicht naar school gaan en in die periode een startkwalificatie behalen. Dat doen zij in veel gevallen op het mbo, dat in lijn met die norm meer en meer als een basisvoorziening in ons onderwijsbestel wordt beschouwd. Anderzijds is er het van oorsprong louter private mbo, voortkomend uit particulier initiatief en bedrijfsleven, waarmee de overheid een relatief afstandelijke sturingsrelatie onderhoudt. Het wettelijk kader, de WEB, draagt mede tegen die achtergrond een instrumenteel karakter. Het is niet duidelijk of en zo ja hoe de pacificatienormen – die wel relevant zijn voor het primair en voortgezet onderwijs – op het mbo dienen te worden toegepast.

Met het voorgaande is betoogd dat gelet op de maatschappelijke opdracht die aan het mbo wordt gesteld, het niet meer dan logisch is om de pacificatienormen, overeenkomstig het primair en voortgezet onderwijs, als tevens relevant te zien voor het mbo. Daarmee ontstaat de uitdaging de komende tijd te gaan onderzoeken hoe dat uitgangspunt in wetgeving een plaats kan krijgen.

<sup>46</sup> Handelingen II, 2015-2016, 108-8-1 tot en met 108-8-22.