

Position paper van Katinka Slump, onderwijsjurist en adviseur van leerlingen, studenten en ouders en hun organisaties, voor het "Rondetafelgesprek over passende ondersteuning voor mbo-studenten" op woensdag 17 mei 2017.

Inleiding

Als onderwijsjurist ben ik sinds het begin van deze eeuw betrokken bij alle sectoren van het onderwijs. Daarbij gaat het met name om de (invoering van de) Wet passend onderwijs, de invoering van een leenstelsel, problemen rond de toegang tot onderwijs, de beoordeling van leerlingen en studenten (o.a. bij stage en examinering) en om maatwerk in het onderwijs wegens een (vermoeden) van een handicap/chronische ziekte, hoogbegaafdheid of wegens een onderwijsachterstand.

De doelstelling van deze position paper is om de ontwikkeling te schetsen van het onderwijsrecht, met name waar het gaat om (passend) (beroeps)onderwijs. Ik koppel aan die ontwikkeling de politieke standpunten van de verschillende onderwijswoordvoerders in voorafgaande jaren die mij in het bijzonder zijn bijgebleven omdat zij mijns inziens relevant zijn voor die ontwikkeling. Tevens reageer ik in deze position paper op de schriftelijke inbreng voor het rondetafelgesprek op 17 mei a.s., van de Jongeren Organisatie Beroepsonderwijs (hierna het JOB) en de MBO Raad.

De opbouw van de position paper is als volgt:

1. Inventarisatie van de problematiek
2. De rechtspositie van de onderwijsdeelnemer
3. De rechtsbescherming t.b.v. de onderwijsdeelnemer
4. De rol van de sectorraad; klachtrecht als instrumenten voor kwaliteitsverbetering van het onderwijs en governance (goed bestuur)
5. De rol van de Inspectie van onderwijs

1. Inventarisatie van de problematiek

Incidenteel of structureel probleem?

Zoals blijkt uit de schriftelijke inbreng van het JOB en de MBO Raad worden de vragen naar de aard en de omvang van de problematiek in het mbo door de betrokkenen verschillend beantwoord.

Het JOB signaleert al jaren problemen rond de toelating en ondersteuning van studenten met een extra ondersteuningsbehoefte. Maar ook voor reguliere studenten is niet duidelijk wat de zorgplicht is van de opleiding, met name waar het gaat om het aanbod van stages en de begeleiding daarvan. De informatievoorziening door de onderwijsinstellingen schiet tekort. De procedures zijn complex en zeker voor onervaren adolescenten niet inzichtelijk en de medewerkers die daarbij ondersteuning moeten bieden zijn afwezig of overbelast. Studenten worden op zichzelf teruggeworpen. Het is de ervaring van het JOB dat veel problemen van studenten dan ook niet aan het licht komen omdat studenten niet in staat zijn om de juiste wegen te bewandelen. In de beleving van het JOB gaat het dan ook om een structureel probleem.

Het JOB doet daarom een aantal concrete voorstellen die de door hen gesignaleerde problemen kunnen voorkomen. Het JOB stelt voor om in te zetten op een goede informatievoorziening en op een (onafhankelijke) klachtenregeling ten behoeve van de individuele student, dit ten behoeve van de verbetering van de kwaliteit van de opleiding.

De MBO Raad erkent dat in de situaties waar van uitval sprake is de situatie voor de student erg vervelend kan zijn. De MBO Raad erkent niet dat er sprake is van een signaal dat er een breed, algemeen probleem is. De MBO Raad stelt voor om in de zaken die bij Radar aan de orde zijn gesteld, in samenspraak met het JOB, te "repareren".

De redactie van Radar heeft aangegeven dat het aantal reacties op hun oproep veel hoger was dan gebruikelijk. De redactie heeft dan ook de indruk dat het bij het item mbo gaat om een "topje van de ijsberg" nu de problemen zich bij verschillende ROC's verspreid over het land voordoen en de problematiek die speelt onderling veel overeenkomst vertoont. Een soortgelijke ervaring had Startfoundation in het verleden met haar Meldpunt AUTI-weigerscholen.¹

Ik deel de ervaring van het JOB. Al decennia is er een doorlopende stroom klachten van studenten bij het JOB en in mijn mailbox, over onder meer toelating, schoolkosten, stage/begeleiding, wurgcontracten en uitschrijving zonder verwijderingsbesluit en zonder instemming van de student. Dit verschil van inzicht met de MBO Raad is zorgelijk. Immers herkenning van de structurele problemen door de MBO Raad is een voorwaarde om tot een oplossing te kunnen komen.

De rechten van de student

Het JOB en de MBO Raad herkennen echter beiden dat het voor studenten soms lastig is hun rechten op te eisen en een formele klacht in te dienen.

Voor de rechten en plichten van de opleiding en de student verwijst de MBO Raad naar de inhoud van de deelnemersovereenkomst. De schriftelijke overeenkomst tussen het bevoegd gezag van de instelling en de student regelt de rechten en verplichtingen van beide partijen, aldus de MBO Raad.

Het JOB stelt dat de afspraken gebrekkig zijn, dat de algemene regels vaak niet zijn terug te vinden in bijvoorbeeld de OER of het studentenstatuut. De individuele afspraken die met de student zijn gemaakt op basis van een intakegesprek of gesprek met een zorgcoördinator worden soms slechts mondeling gecommuniceerd, (maar niet zoals de WEB voorschrijft) schriftelijk vastgelegd in de OOK (onderwijsovereenkomst).

Terecht stelt het JOB dan ook vraagtekens bij de deelnemersovereenkomst. Het is de vraag of de deelnemersovereenkomst in het mbo wel kan worden getypeerd als een onderwijsovereenkomst of dat er juridisch gezien eerder sprake is van een vrijwaringsbewijs voor de onderwijsinstellingen. Immers de praktijk leert dat de ROC's in de deelnemersovereenkomst (waarvan het OER en het studentenstatuut deel uitmaken) de verantwoordelijkheid voor het onderwijsproces voor een belangrijk deel neerleggen bij de student en ook hun aansprakelijkheid voor het onderwijsaanbod in de deelnemersovereenkomst beperken.

De rechten van de student in het onderwijs zijn in de wetgeving niet geborgd. De inhoud van de deelnemersovereenkomst is dan ook ter bepaling aan de partijen. Binnen het mbo

¹ <http://www.startfoundation.nl/autisme>

is sprake van zeer ongelijkwaardige partijen. Enerzijds gaat het om grote ROC's met veelal een monopolypositie in de regio en anderzijds gaat het om een kwetsbare groep jonge, soms zelfs leerplichtige, studenten die er vaak alleen voorstaan. Immers de rol van de ouders in het mbo is, in tegenstelling tot in het funderend onderwijs, slechts zeer beperkt. Bovendien loopt er een traject om de ouderhandtekening op de deelnemersovereenkomst van minderjarige studenten af te schaffen, dit om de administratieve rompslomp ten behoeve van de onderwijsinstelling te beperken. Dit heeft tot gevolg dat aan jonge studenten zelfs de algemene bescherming bij handelingsonbekwaamheid zal worden onthouden.

De gevolgen van die zwakke positie van de student zijn desastreus. Het JOB signaleert terecht dat veel problemen in het mbo zijn te herleiden tot een gebrekkige deelnemersovereenkomst. Het JOB wijst er op dat de regels omtrent begeleiding van de student sterk verschillen per mbo-instelling of zelfs per locatie of opleiding en soms heel algemeen zijn en daardoor moeilijk afdwingbaar. Daarnaast staat er vaak bij de afspraken niet uitgelegd wat de consequenties zijn wanneer de school niet aan de gemaakte begeleidingsafspraken voldoet, zo stelt het JOB.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld.

In het model deelnemersovereenkomst van de MBO Raad wordt het volgende bepaald ten aanzien van de aansprakelijkheid van de opleiding bij toerekenbare tekortkoming van de opleiding bij het nakomen van de deelnemersovereenkomst:

*13.3 De aansprakelijkheid van de school voortvloeiende uit het verwijtbaar niet (behoorlijk) nakomen van deze overeenkomst, wordt gesteld op een bedrag **minimaal overeenkomend** met het les- of cursusgeld van het desbetreffende studiejaar, dan wel een evenredig deel daarvan als de opleiding eerder wordt beëindigd.*

Een steekproef op internet naar de inhoud van de deelnemersovereenkomst van verschillende ROC's laat zien dat de opleidingen bovenstaande bepaling omzetten in een exoneratieclausule, in beperking van de aansprakelijkheid. Een korte zoektocht op internet biedt de volgende voorbeelden:

- Schade wordt gesteld op **het bedrag gelijk aan** het les- of cursusgeld over de periode waarover geen les is gegeven. (Art. 11, mboutrecht.nl; art. 15 rockopnh.nl)
- Beperkt tot **maximaal een bedrag** ter hoogte van één jaar lesgeld (Art. 20, mboamersfoort.nl)
- Schade **minimaal overeenkomend** met het les- en of cursusgeld van het desbetreffende studiejaar, dan wel een evenredig deel daarvan als de opleiding eerder wordt beëindigd. (Art. 12, rocleiden.nl; art. 16, graafschapcollege.nl; art. 9, roc-nijmegen.nl)
- De hoogte schadevergoeding is **maximaal gelijk aan** de door de deelnemer aan de instelling betaalde kosten. (Art. 6, groenhorst.nl; art. 18, noorderpoort.nl)
- De aansprakelijkheid is **beperkt tot** een bedrag van € 45,38 per cursusjaar. (Artikel 24, rocrivor.nl)
- Schade **wordt gesteld op** een bedrag overeenkomend met het les- of cursusgeld van het desbetreffende studiejaar, dan wel een evenredig deel daarvan als de opleiding wordt beëindigd. (art. 13, stc-group.nl; mboterra.nl)
- De **maximale hoogte** van de schade wordt gesteld op het bedrag dat de deelnemer (of de derde) heeft betaald aan de onderwijsinstelling t.b.v. de lopende opleiding. (Art. 24, vakschoolschoonhoven.nl, art. 20, rocwb.nl)

- De **maximale hoogte** van de schade wordt gesteld op het bedrag dat de deelnemer heeft betaald aan de les- en cursusgeld. (Art. 9, gir.nl)
- Schade **beperkt tot** het bedrag dat de deelnemer ter uitvoering van deze overeenkomst aan het bestuur verschuldigd is. (Art. 17, davinci.nl)
- Schade **beperkt tot** wettelijke bijdrage (les- en cursusgeld), vergoeding verplicht aangeschafte boeken en leermiddelen, overige door de student betaalde kosten, vergoeding gemaakte reiskosten tot een maximum bedrag van € 1.230,- (Art. 23, Scalda)

In de steekproef bij 16 modelovereenkomsten volgen slechts 3 ROC's het model van de MBO-raad (Art. 12, rocleden.nl; art. 16, graafschapcollege.nl; art. 9, roc-nijmegen.nl). De overgrote meerderheid 13 ROC's beperken daarentegen hun aansprakelijkheid.

Het behoeft geen betoog dat een belangenorganisatie als het JOB niet bij machte is om de rechtspositie van de zwakke student tegenover de machtige onderwijsaanbieder, te versterken. Zoals uit bovenstaand voorbeeld blijkt zijn ook de studentenraden, ondanks hun medezeggenschapsrechten, niet in staat gebleken om binnen de ROC's de minimale voorwaarden, zoals deze gelden in de modelovereenkomst van de MBO Raad, in de deelnemersovereenkomst op hun ROC te borgen. In dit verband is opmerkelijk dat ondanks deze knelpunten in het beroepsonderwijs er door studentenraden nog nooit een medezeggenschaps geschil is voorgelegd aan de Landelijke Commissie voor Geschillen deelnemers en ouders MBO.

Een ander voorbeeld van de zwakke positie van de student volgt uit de problemen rond de stage in het mbo.

Deze problemen waren in februari 2014 reden voor Jadnanansing, voormalig lid Tweede Kamer PvdA, tot het schrijven van een initiatiefnota "Elke mbo'er een goede stage; borging stagebegeleiding en stagegarantie bij het mbo".² In de inleiding van de initiatiefnota schrijft Jadnanansing: *"Nu lukt het mbo'ers niet altijd om deze beroepspraktijkcomponent waar te maken doordat zij geen stageplaats kunnen vinden. Dit probleem heeft dan tot gevolg dat zij ook hun opleiding niet kunnen afronden. Dit betekent dat jongeren die in principe wel beschikken over de capaciteiten om zich te kwalificeren voor het beroepsleven bij gebrek aan een stageplaats voortijdig schoolverlater worden. De indiener vindt dit een onwenselijk verschijnsel en pleit daarom ervoor dat de keten van betrokkenen rond de beroepspraktijkvorming in het mbo beter op elkaar gaat inspelen zodat materieel voor de mbo'ers een garantie op een stageplaats ontstaat."*

Hoewel deze initiatiefnota niet in stemming is gebracht is de inhoud nog onverminderd actueel en is de zorgplicht van de opleiding voor de stage in het mbo een voortdurende bron van misverstanden, waardoor studievertraging en uitval.

Overigens is de informatievoorziening over de deelnemersovereenkomst te vaak gebrekkig. Het model van een deelnemersovereenkomst van een opleiding en de informatie daarover is veelal alleen beschikbaar voor studenten die staan ingeschreven op het ROC en toegang hebben tot informatie op de website met een inlogcode. Dit terwijl het proces van aanmelding en toelating zich meestal afspeelt als de leerling nog staat ingeschreven in het voortgezet onderwijs. Veel opleidingen verstrekken de student na ondertekening van de deelnemersovereenkomst geen kopie maar voegen de overeenkomst toe aan het dossier van de student. Het is vaak een hele kunst, ook voor rechtsbijstandverleners, om de originele overeenkomst boven tafel te krijgen.

² <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2014Z03648&did=2014D07159>

Het klachtrecht

Het JOB en de MBO Raad zetten beiden in op een verdere ontwikkeling en professionalisering van het klachtrecht in het beroepsonderwijs.

De MBO Raad stelt dat de schriftelijke deelnemersovereenkomst de rechten en verplichtingen regelt van beide partijen. In het kader van de naleving van de deelnemersovereenkomst verwijst de MBO Raad naar het klachtrecht en schrijft daarover: *"Een verschil in wat beide partijen van elkaar verwachten komt tot uiting in de diverse signalen en klachten die bij het JOB en bij andere bij het mbo betrokken instanties binnenkomen. Uiteraard moeten klachten zoveel mogelijk worden voorkomen en bij onvrede gekeken worden naar mogelijkheden en alternatieve oplossingen. Wanneer er toch een klacht is dan moet die klacht goed worden afgehandeld, onderzocht.*

We herkennen dat het voor studenten soms lastig is hun rechten op te eisen en een formele klacht in te dienen. De wet 'Diverse kwaliteitsaspecten in het mbo', die vanaf 1 augustus 2017 van kracht wordt, voorziet in een wettelijke verankering van het klachtenrecht voor mbo-studenten. De wet borgt onder meer de onafhankelijkheid van de klachtencommissie en de termijnen die bij behandeling moeten worden gevolgd. Daarnaast is geregeld dat de studentenraad instemmingsrecht heeft op de klachtenregeling van de school. We werken nauw samen met de JOB om de maatregelen uit de wet goed onder de aandacht te brengen."

De MBO Raad gaat er aan voorbij dat het bij een deelnemersovereenkomst gaat om een privaatrechtelijke overeenkomst. De civiele rechter is dan ook bij uitsluiting bevoegd om een geschil tussen de betrokken partijen te beslechten. Het klachtrecht vervult dan ook geen rol in het kader van een geschil tussen een student en de opleiding. Met een verwijzing naar het klachtrecht zet de MBO Raad de student op een verkeerd spoor. Immers is er binnen de geledingen van een onderwijsinstelling sprake van verschillende organen met eigen bevoegdheden waar het gaat om naleving van de deelnemersovereenkomst, waaronder begrepen het OER en reglementen zoals het studentenstatuut, zoals de examencommissie en de opleidingsmanager.

Immers het klachtrecht is niet dienstig aan de student maar aan de instelling. De Wet Diverse kwaliteitsaspecten in het mbo, die vanaf 1 augustus 2017 van kracht wordt, voorziet dan ook niet in een geschillenregeling ten behoeve van de student maar in een klachtenprocedure die, zoals de naam aangeeft, tot doel heeft de kwaliteit van de instelling te verbeteren. Het is maar zeer de vraag of een verbetering van het klachtrecht in het mbo in geschillen zoals nu aan de orde zijn soelaas biedt. Immers er is binnen het funderend onderwijs inmiddels veel ervaring opgedaan met de klachtenprocedures in het PO en VO. Die ervaring leert ons dat onze verwachtingen op dit punt niet te hoog gespannen moeten zijn.³

Passend onderwijs

De MBO Raad stelt dat passend onderwijs is ingevoerd per 1 augustus 2014. De MBO Raad stelt dat er verschillen zijn in de mate waarin opleidingen in staat zijn specifieke ondersteuning te bieden. Volgens de MBO Raad is dit ook afhankelijk van kenmerken van de school, de betreffende opleiding en de bijzondere kenmerken van betreffende

³ Onderzoek Van Schoonhoven, Klagen kan verbeteren, Onderwijsgeschillen 2011
<https://onderwijsgeschillen.nl/sites/default/files/publicaties/publicaties%20sog/5.%20Klagen%20kan%20verbeteren.pdf>

studenten. Tevens, zo stelt de MBO Raad, is invoering van passend onderwijs een ontwikkelproces: niet elk opleidingsteam kan alle problemen en ondersteuningsvragen altijd zelf oppakken. Vaak wordt er hulp van buiten ingeroepen.

In haar toelichting gaat de MBO Raad eraan voorbij dat de veranderingen op grond van de Wet passend onderwijs voor het MBO met name tot gevolg hebben gehad dat het verrichten van doeltreffende aanpassingen vanwege een (vermoedelijke) handicap of chronische ziekte *een voorwaarde is geworden voor de bekostiging*. De Wet passend onderwijs laat het MBO net als destijds bij de leerlinggebonden financiering (de Rugzak) veel ruimte om de naleving van de Wgbh/cz vorm te geven en te financieren. Anders dan in het funderend onderwijs is de organisatie van samenwerkingsverbanden in het beroepsonderwijs niet voorgeschreven.

De sector was bovendien al vele jaren verplicht tot het verrichten van doeltreffende aanpassingen voor studenten met (een vermoeden van) een handicap of chronische ziekte. Inmiddels 14 jaar geleden, in 2003, is de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) in werking getreden, ook voor het mbo.

Het is dan ook zeer zorgelijk dat er nog steeds klachten zijn van studenten met een extra ondersteuningsbehoefte. Het JOB stelt dan ook terecht dat de sector al te lang tekortschiet in de informatievoorziening over het ondersteuningsaanbod, haar zorgplicht uit de weg gaat door een te zware verantwoordelijkheid voor het proces bij de student te leggen, onvoldoende voorziet in de wettelijk voorgeschreven documenten⁴ en te vaak vlucht in een veelal gebrekkig onderbouwde "handelingsverlegenheid" van de ROC's.

Diplomagericht beroepsonderwijs?

Uitgangspunt lijkt voor de MBO Raad dat het voltooien van de opleiding een voorwaarde is die wordt gesteld voor het volgen van onderwijs.

Daargelaten dat het lastig is om vooraf te bepalen hoe een student zich zal ontwikkelen is dit niet in overeenstemming met de WEB. Het beroepsonderwijs kent immers een veel bredere doelstelling, zie artikel 1.2.1: *"Beroepsonderwijs is gericht op de theoretische en praktische voorbereiding voor de uitoefening van beroepen, waarvoor een beroepskwalificerende opleiding is vereist of dienstig kan zijn. Het beroepsonderwijs bevordert tevens de algemene vorming en de persoonlijke ontplooiing van de deelnemers en draagt bij tot het maatschappelijk functioneren. Beroepsonderwijs sluit aan op het voorbereidend beroepsonderwijs en het algemeen voortgezet onderwijs. Beroepsonderwijs omvat niet het hoger onderwijs."*

⁴ Toevoegingen in de WEB in verband met invoering Wet passend onderwijs:

Artikel 7.4.8. Zorgplicht regeling voor onderwijsprogramma en examens; **informatie ondersteuningsaanbod**; deelnemersstatuut

2 Het bevoegd gezag legt de beschrijving van het onderwijsprogramma, met vermelding van het aantal begeleide onderwijsuren als bedoeld in artikel 7.2.7 per programmaonderdeel per studiejaar en het aantal klokuren beroepspraktijkvorming per studiejaar, en de regels met betrekking tot het examen tijdig voor aanvang van de opleiding vast in de onderwijs- en examenregeling van de instelling en zorgt ervoor dat deelnemers volledig en tijdig worden geïnformeerd over het onderwijsprogramma, examens **en het ondersteuningsaanbod voor gehandicapte deelnemers die extra ondersteuning behoeven**.

Artikel 8.1.3. Onderwijsvereenkomst

g. **indien sprake is van een gehandicapte deelnemer, de extra ondersteuning die voortvloeit uit zijn handicap, en**

De MBO Raad vraagt vervolgens, uitgaande van die diploma-eis, om meer opleidingstijd voor studenten met een ondersteuningsbehoefte om de opleiding succesvol te kunnen afronden.

Niet duidelijk is in hoeverre door ROC's de mogelijkheden worden benut om tot maatwerk te komen, ook bij toetsing. Vooral nog lijkt de MBO Raad eraan voorbij te gaan dat de regelgeving rond de examinering in het beroepsonderwijs veel ruimte laat, zeker als het gaat om studenten die vanwege een handicap of chronische ziekte het recht hebben op het verrichten van doeltreffende aanpassingen. Immers, passend onderwijs betekent ook passend examineren.

Voor buitenstaanders, maar ook voor veel (stage)bedrijven, is het examenproces binnen het MBO volkomen ondoorzichtig. Zie bijvoorbeeld alleen al het Begrippenkader examinering MBO; totaal 9 pagina's!⁵

De MBO Raad zou maatregelen moeten nemen zodat de wijze van examinering en beoordeling inzichtelijk wordt, ook voor studenten, stagebegeleiders, ouders/begeleiders. Dit zal niet alleen de beschikbaarheid van stageplekken ten goede komen, maar zal ook tot gevolg hebben dat derden in staat zijn er op toe te zien dat onnodige studievertraging door een rigide examenproces kan worden voorkomen.

Opmerkelijk is overigens dat het REA College er vervolgens wel in slaagt om studenten die zijn uitgevallen uit de opleidingen binnen de ROC's wel beroepsonderwijs op maat te bieden en naar een positie op de arbeidsmarkt te begeleiden. (Nu echter niet op kosten van het ministerie van OCW maar op kosten van het ministerie van SZW)

2. De rechtspositie van de onderwijsdeelnemer

Over de kwetsbaarheid van de student heeft de heer Koffeman, lid Eerste Kamer PvdD, zich tijdens het debat over de invoering van een leenstelsel helder uitgesproken.⁶: *"Laat ik eerst het laatstgenoemde misverstand even wegnemen. Er zijn heel veel mensen die niet verder lezen dan de naam van onze partij lang is. Wij komen niet alleen op voor dieren. Wij zijn de partij die een planeetbreed programma heeft. Dat kunnen niet alle partijen in dit huis zeggen. Wij proberen de kortetermijnbelangen van de mens, het eigenbelang, uit te schakelen. Wij proberen als startpunt de belangen van een andere kwetsbare soort te nemen. Dat doen wij in alle opzichten, niet alleen als het over dieren gaat, maar ook als het om de kwetsbare soort studenten gaat."*

Die kwetsbaarheid van de rechtspositie van de student is het gevolg van het ontbreken van een wettelijke regeling van het recht op onderwijs. Noch in de Grondwet, noch in het Burgerlijk Wetboek is dat recht geborgd. Voor zover er in ons land een recht op onderwijs bestaat vloeit dat recht voort uit de internationale verdragen zoals onder meer artikel 2 EP EVRM, de artikelen 28 en 29 van het Kinderrechtenverdrag en artikel 24 van het VRPH. Tot op heden zijn de verplichtingen die ons land met deze verdragen is aangegaan niet in de nationale wetgeving geïmplementeerd.

De onderwijswetgeving beperkt zich dan ook tot de regeling van de rechtspositie van de onderwijsaanbieder in de sectorwetten; voor het mbo in de WEB. Het is echter

⁵

http://www.examineringmbo.nl/examineringmbo/download/common/20160719_begrippenkader_e_xaminering_mbo_versieoktober2016.pdf

⁶ https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20150120/wet_studievoorschot_hoger_5

onduidelijk of studenten in hun relatie met de (toekomstige) opleiding een beroep kunnen doen op de bepalingen van deze wetten, aldus Joke Sperling in een artikel in het Nederlands Juristenblad in 2013.⁷ Zij stelt dat uit een tweetal arresten van het Hof Amsterdam kan worden afgeleid dat dit niet het geval is.⁸

In de uitspraken van het Hof Amsterdam werd overwogen dat de normen van de onderwijswetten niet doorwerken in de relatie tussen het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling en derden. Volgens het hof kon een werknemer in zijn arbeidsverhouding met het schoolbestuur (van een bijzondere school) geen rechten ontlenen aan de bepalingen van de onderwijswetten omdat deze geen arbeidsvoorwaarden bevatten, maar uitsluitend rechtsplichten in het leven roepen tussen de school en de overheid als subsidieverlener. Sanctie op niet-naleving van de onderwijswetten kan dan ook alleen tot gevolg hebben dat de minister besluit om de financiering van een school geheel of gedeeltelijk in te houden. In de praktijk doet de minister dat vrijwel nooit, en zeker niet bij geschillen tussen individuele onderwijsvragers en aanbieders.

Twijfels over de rechtspositie van de student werden ook geuit door de heer Ganzevoort, lid Eerste Kamer GroenLinks, eveneens tijdens het debat over de invoering van een leenstelsel⁹:

"Ik kom daarmee aan het laatste blokje vragen en die betreffen de rechten van studenten meer in het algemeen. De rechtspositie van de student — en van de scholier, want het probleem is breder — blijkt niet erg stevig geborgd te zijn. De positie van de consument of de patiënt is wat dat betreft veel sterker dan die van de student. Er staat natuurlijk wel het een en ander in de WHW, maar geeft dat studenten ook afdwingbare rechten of biedt het alleen de minister gronden voor een eventuele bekostigingssanctie? In een artikel schrijft onderwijsjurist Joke Sperling dat "uit een tweetal arresten van het Hof van Amsterdam kan worden afgeleid dat de normen van de onderwijswetten niet doorwerken in de relatie tussen het bevoegd gezag van de school en derden." Die derden kunnen "geen rechten ontlenen aan de bepalingen van de onderwijswetten omdat deze uitsluitend rechtsplichten in het leven roepen tussen de school en de overheid." Dat brengt de student dus wel in een kwetsbare positie. Natuurlijk staat er van alles en nog wat in de onderwijs- en examenreglementen, maar die kunnen elk jaar worden aangepast. Ik weet uit ervaring dat daarbij de rechten van studenten niet altijd vooropstaan.

In de knelpuntennotitie van het ISO wordt verder een reeks kwesties en ervaringen genoemd, waarin studenten uiteindelijk afhankelijk waren van de goede wil van de instelling, maar juridisch geen been hadden om op te staan. Ik noem alleen maar de problemen rond verplichte stages zonder stageplaatsen en de vertraging die daardoor kan ontstaan. Maar er is meer. Inmiddels zijn de regels steeds verder aangescherpt en moeten studenten meer en sneller presteren. Maar dan wordt het essentieel om hun rechtspositie beter te definiëren. Ik neem een voorbeeld aan de gezondheidszorg. Naast allerlei andere wetten die iets zeggen over de positie van de patiënt, is er ook de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst waarin de rechten en plichten van de patiënt zijn vastgelegd. Daarom vraag ik de minister of zij in overleg wil treden met instellingen, studentenbonden en deskundigen op het terrein van onderwijsrecht — dat is complex genoeg — om te onderzoeken of het wenselijk en/of mogelijk is om de

⁷ Nederlands Juristenblad, 6 september 2013, afl. 30

⁸ . Hof Amsterdam 12 oktober 2010, LJN BP0651. Hof Amsterdam 19 juli 2011, LJN BR4254. Zie ook HR 9 november 2001, LJN AB2752.

⁹ https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20150120/wet_studievoorschot_hoger_5

rechtspositie van studenten beter te definiëren en hiaten daarin op te vullen. Vermoedelijk zal zij dan ontdekken dat dit niet alleen geldt voor het hoger onderwijs, maar voor alle sectoren. Als zij daar aanleiding toe ziet, hoop ik dat zij dat integraal wil aanpakken met bijvoorbeeld een wet op de onderwijsovereenkomst. Vandaag vraag ik de minister echter niet om deze stap al te zetten, maar wel om een begin te maken met dit onderzoek, om in kaart te brengen of het nodig is om de rechtspositie van studenten meer integraal te borgen.”

In vervolgen op deze signalen heeft de Tweede Kamer op 29 oktober 2015 met ruime meerderheid ingestemd met de motie Van Meenen, lid Tweede Kamer D’66, ten behoeve van de ontwikkeling van een leerrecht.¹⁰:

*“...constaterende dat het advies van de Onderwijsraad over artikel 23 en het rapport van de Kinderombudsman «Van leerplicht naar leerrecht» vragen om meer aandacht voor de positie van onderwijsvragers in het onderwijs-beleid en -recht;
constaterende dat het recht op onderwijs in internationale verdragen is verankerd;
constaterende dat vanwege de bekostiging van onderwijsinstellingen de sturing in beleid en wetgeving niet is gericht op onderwijsvragers, maar overwegend uitgaat naar aanbieders;
overwegende dat daardoor een toenemende spanning optreedt met ambities in het onderwijsbeleid om tegemoet te komen aan het leerrecht van leerlingen, zoals bij passend onderwijs, de oplossing voor daling van leerlingenaantallen en het streven naar individueel maatwerk in het onderwijs;...”*

De motie van Meenen heeft geleid tot een rapport van het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht (NCOR), december 2016, ‘Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving’.¹¹ Huisman en Zoontjes schrijven in het rapport het volgende: *“Wanneer we echter uitgaan van de invulling en reikwijdte van leerrechten voortvloeiend uit de verdragen, is er wel een grote en fundamentele discrepantie in uitgangspunten; niet de ‘leerrechtvrager’, maar de ‘aanbieder’ staat centraal in de huidige onderwijswetgeving, wat in het licht van de systematiek van onderwijswetgeving als bekostigingswetgeving niet vreemd is. Toch is binnen zo’n stelsel ook een andere, meer ‘rights based’ benadering mogelijk; de recente voorstellen met betrekking tot het toelatingsrecht in het mbo, en de duiding van een meervoudig aanmeldingsrecht voor ouders in het po, bewijzen dit.*

Wanneer we kijken naar andere sectoren, zoals de gezondheidszorg, zien we dat individuele rechten al langer centraal staan in het wettelijk stelsel. Bij uitstek komt dit bijvoorbeeld naar voren in de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (Wgbo, onderdeel boek 7 BW) (...)”

Dit is in de lijn met het preadvies van Sperling in 2009 voor de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht (NVOR).¹²

De gebrekkige regeling van de rechtspositie van de student, leerling en ouder in het onderwijs leidt tot een verstoord evenwicht in de relatie tussen de student en het bevoegd gezag van onderwijsinstellingen. Met name in het mbo, waar het veelal gaat om een kwetsbare groep jonge studenten staat de rechtspositie onder druk. Het vermoeden lijkt gerechtvaardigd, gezien de bepalingen rond de aansprakelijkheid, dat de deelnemersovereenkomst (waaronder het OER en reglementen zoals het studentenstatuut) de positie van de student eerder verzwakt dan versterkt.

¹⁰ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2015D41128&did=2015D41128>

¹¹ <https://www.passendonderwijs.nl/wp-content/uploads/2016/12/Rapport-Leerrechten-NCOR-1.pdf>

¹² <http://nvor.nl/wp-content/uploads/2016/04/NVOR-29-juridische-positie-ouders.pdf>

Aanbeveling:

Noch de individuele student, noch de studentenraden, noch de belangenorganisatie het JOB zijn bij machte om dat tij te keren. Het is aan de wetgever om het leerrecht, waartoe Nederland zich heeft verplicht in internationale verdragen, te implementeren in de wet- en regelgeving bijvoorbeeld in een *wettelijke* onderwijsovereenkomst in boek 7 BW. Alleen op die wijze kan het leerrecht naar behoren worden geborgd.

3. De rechtsbescherming t.b.v. de onderwijsdeelnemer

Bij de invoering van de Wet passend onderwijs is nagelaten om duidelijk te bepalen wat de zorgplicht van de onderwijsinstelling inhoudt. Zolang die zorgplicht niet nader is omschreven kan niet worden vastgesteld of er sprake is van schending van de rechten van de student. Dit raakt aan de stemverklaring van mevrouw Ortega-Martijn, lid Tweede Kamer ChristenUnie, voorafgaand aan de stemming over het Wetsvoorstel passend onderwijs¹³:

"We staan nu voor de vraag of de grote stelselwijziging die nu voorligt, die balans biedt. Terwijl op de achtergrond ook de forse bezuiniging van 300 miljoen meespeelt, waarbij kostbare expertise verloren dreigt te gaan. De ChristenUnie stelt dan het volgende vast. Er zijn geen concrete inhoudelijke doelen geformuleerd. Daarnaast is er sprake van onvoldoende invoeringstijd om onder andere docenten te scholen. Er ontbreekt een duidelijke regie en er zijn geen voorbeelden van positieve effecten, doordat een aantal experimenten voortijdig zijn beëindigd. Gedurende het debat is onduidelijk gebleven wat de impact zal zijn op de kwaliteit van het onderwijs en kwetsbare kinderen. De minister bleef uitgaan van veronderstellingen, maar kinderen zijn geen proefkonijnen. Als voormalig lid van de commissie Dijsselbloem weet ik als geen ander wat er allemaal verkeerd is gegaan in het verleden bij de invoering van onderwijsvernieuwingen. Met deze kennis en het voorliggend wetsvoorstel vrees ik dat de geschiedenis zich zal herhalen. Een uitvoeringstoets had deze zorgen kunnen weghalen, maar zowel het amendement als de motie die dat had kunnen bewerkstelligen zijn weggestemd. De ChristenUnie zal dan ook tegen dit wetsvoorstel stemmen."

Zonder een helder inzicht in de zorgplicht van scholen ontbreken toetsingscriteria ten behoeve van klachten- en geschillencommissies en de rechtspleging en is adequate rechtsbescherming niet mogelijk. Dit klemt temeer nu rechtsbijstand op het gebied van het onderwijsrecht schaars is omdat het onderwijsrecht een niche is en juridisch advies op het gebied van het onderwijsrecht voor de student veelal onbetaalbaar is.

In dit kader is een zorgelijk signaal van het JOB dat de opleidingen de verantwoordelijkheid voor het onderwijsproces voor een belangrijk deel neerleggen bij de student. Het is de vraag of de kwetsbare studenten die verantwoordelijkheid kunnen dragen. Ook voor studenten geldt dat hun zelfredzaamheid beperkt is en zij niet altijd beschikken over voldoende 'doenvermogen', zie het recente onderzoek van de WRR, 'Weten is nog geen doen' ¹⁴: *"De centrale vraag van dit onderzoeksproject is welke rol niet-cognitieve vermogens spelen bij de redzaamheid van burgers. De hedendaagse samenleving stelt hoge eisen. De overheid verwacht van burgers dat ze zelfredzaam zijn*

¹³ <https://www.christenunie.nl/k/news/view/510654/59042/waarom-de-christenunie-tegen-wetsvoorstel-passend-onderwijs-stemt.html> en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33106/h-tk-20112012-64-12?resultIndex=92&sorttype=1&sortorder=4>

¹⁴ <https://www.wrr.nl/onderwerpen/redzaamheid>

en op allerlei onderdelen van het leven actief keuzes maken, in actie komen en met tegenslag om kunnen gaan. Denkvermogen is daarvoor niet genoeg. Redzaamheid vraagt ook 'doenvermogen'. De burger moet een plan maken, in actie komen, volhouden en om kunnen gaan met verleidingen en tegenslag. Burgers zijn hiertoe slechts beperkt in staat. Onder stress nemen deze vermogens bovendien sterk af."

Aanbeveling

Vanwege de gebrekkige rechtspositie van de student zal extra moeten worden ingezet op de rechtsbescherming van de student. Juist minderjarige studenten in het mbo moeten aanspraak kunnen maken op de betrokkenheid van hun wettelijk vertegenwoordigers, veelal hun ouders, maar ook op *onafhankelijke informatie en ondersteuning* als het onderwijsproces stagneert. Daarnaast moeten ook studenten aanspraak kunnen maken op algemene regels voor rechtsbescherming zoals bijvoorbeeld in het consumentenrecht. Dat brengt mee dat, gezien de ongelijkwaardigheid van de partijen, ook de (algemene) bepalingen van de deelnemersovereenkomst, waaronder ook begrepen het OER en overige regelingen zoals het studentenstatuut, moeten worden getoetst aan de bepalingen voor algemene voorwaarden, waaronder de zwarte en grijze lijst, zie artikel 236 en 237 boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

4. De rol van de sectorraad; klachtrecht als instrumenten voor kwaliteitsverbetering van het onderwijs en governance (goed bestuur)

Zolang in de wet- en regelgeving de rechtspositie van de student niet is geregeld zal de deelnemersovereenkomst de rechten van de student moeten borgen. Dat betekent dat die deelnemersovereenkomst er niet toe kan leiden dat de zorgplicht voor het onderwijs door de onderwijsinstelling wordt beperkt dan wel wordt doorgeschoven naar de student en dat onderwijsinstellingen zich vrijwaren voor de aansprakelijkheid voor een ontoereikend onderwijsaanbod.

Dit betekent dat de MBO Raad haar rol niet kan beperken tot een kennis- en expertisecentrum voor de leden en tot collectieve belangenbehartiging namens de leden. De MBO Raad zal zich ook moeten richten op vernieuwing van en innovaties voor de sector teneinde als branche ook richting te geven aan de ontwikkelingen van en in de branche teneinde als branche ook op lange termijn een waardevolle bijdrage te leveren aan het onderwijs. Dit betekent dat de MBO Raad ondersteuning moet bieden bij de maatschappelijke doelstelling van haar leden en zich zal moeten inzetten voor de verdere ontwikkeling van het leerrecht in het MBO.

Signalen die zouden kunnen wijzen op schending van het leerrecht van de student zouden dan ook reden moeten zijn voor de brancheorganisatie, de MBO Raad, om daarop haar beleid richting haar leden af te stemmen.

Aanbeveling

De MBO Raad zal in het kader van de ontwikkeling van de governance onder haar leden, in hoofdstuk 3 van de 'Branchecode goed bestuur in het mbo' waarborgen moeten opnemen ten behoeve van het leerrecht. Daarbij gaat het om het onderdeel 'verantwoordelijkheden van colleges van bestuur die als lidmaatschapseisen gelden'. Dit betekent een uitbreiding en verzwaring van de eisen die nu in dit hoofdstuk zijn opgenomen. Die eisen van nu zijn beperkt tot het voorzien in een transparante klachtenregeling voor interne belanghebbenden en sectorbrede monitors over de tevredenheid van studenten. Het gaat immers niet enkel om 'reparatietrajecten' maar om preventieve maatregelen waardoor onderwijsuitval kan worden voorkomen.

5. De rol van de Inspectie van onderwijs

Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen, aldus artikel 23, lid 2, van de Grondwet.

Die vrijheid van onderwijs brengt mee dat bevoegde gezagen van onderwijsinstellingen de ruimte hebben om te voorzien in een onderwijsaanbod dat aansluit op de onderwijs- en ondersteuningsbehoefte van een leerling of een student. De motie Rog Ypma heeft dan ook tot doel om maatwerk ten behoeve van passend onderwijs te bevorderen¹⁵: *“overwegende dat schoolbesturen een zorgplicht hebben ten aanzien van bij hen ingeschreven leerlingen en het onderwijs gericht moet zijn op een ononderbroken ontwikkelingsproces; constaterende dat desondanks enkele duizenden kinderen thuiszitten of zonder overheidsbekostiging bij particuliere instellingen passend onderwijs krijgen; constaterende dat schoolbesturen vaak huiverig zijn om maatwerkoplossingen te bieden voor leerlingen waarbij een deel van het onderwijs wordt verzorgd op een andere locatie dan de school die van overheidswege wordt bekostigd, terwijl die samenwerking de doelmatige inzet van de beschikbare middelen zou kunnen bevorderen; verzoekt de regering, te bevorderen dat schoolbesturen en samenwerkingsverbanden ten behoeve van het leerrecht van kinderen samenwerken met externe particuliere onderwijs- en zorgaanbieders, waarbij leerlingen die deels maatwerk ontvangen op een andere locatie dan de school waar zij staan ingeschreven, ook in aanmerking komen voor bekostiging,”* De Tweede Kamer heeft in de nacht van 7 op 8 juli 2016 de motie Rog Ypma breed gesteund.

Tijdens het Algemeen Overleg over de 10e voortgangsrapportage passend onderwijs, op 15 december jl., heeft staatssecretaris Dekker de Tweede Kamer duidelijkheid verschaft over de rol van de Inspectie van onderwijs bij maatwerktrajecten in het onderwijs¹⁶: *“Om daarover alle onduidelijkheid weg te halen, heb ik tegen mijn inspectie gezegd dat ik begrijp waarom er, vanuit de beste wil, soms wordt meegedacht en meegedaan en dat het voor partijen vertrouwenwekkend is als daar een handtekening van een inspecteur onder staat. Als het ook zonder handtekening van de inspecteur kan, heb ik liever dat die dit in de toekomst niet meer doet. We doen dat dus ook niet meer, want er ontstaat een soort schijn dat zoiets alleen mag als er goedkeuring is van de inspectie terwijl het gewoon mag en kan binnen de huidige wet- en regelgeving.”*

Ook binnen het beroepsonderwijs is er dan ook ruimte voor maatwerk ten behoeve van passend onderwijs en ruimte voor passend examineren. Ten behoeve van studenten met een beperking of met een onderwijsachterstand (vluchtelingen) kan maatwerk worden geboden, bijvoorbeeld in de vorm van de “meester-gezel route”, zodat beperkingen kunnen worden gecompenseerd en achterstanden kunnen worden gerepareerd.¹⁷

De vrijheid van onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van inrichting, ontslaat onderwijsinstellingen echter niet van de verplichting om het door hen gevoerde beleid ten

¹⁵ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2016Z14500&did=2016D29548>

¹⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-31497-240.html>, pagina 43

¹⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/03/07/meester-gezel-route-uitgebreid-naar-nieuwe-sectoren>

behoefte van maatwerk te implementeren in hun organisatie en te zorgen voor toegankelijke en adequate informatie daarover. Implementatie van het beleid is een voorwaarde omdat maatwerk in onderwijs anders niet is te onderscheiden van willekeur.

Bovendien is ook in het onderwijs de mededelingsplicht van de onderwijsaanbieder zwaarwegend. Ten onrechte wordt studenten te vaak verweten dat zij tekortschieten vanwege "onwetendheid" die zij aan zichzelf te wijten zouden hebben. Dit terwijl de opleiding de student te beperkt en soms zelfs bewust selectief informeert. Illustratief blijft voor de relatie tussen de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht in contractuele relaties de klassieke uitspraak Redgrave vs Hurd uit 1881: *"If a man is induced to enter into contract by a false representation it is not a sufficient answer to him to say, 'If you had used due diligence you would have found out that the statement was untrue. You had the means afforded you of discovering its falsity, and did not choose to avail yourself of them'(..) 'You were not entitled to give credit to my statement"*

Uitgangspunt dient te zijn dat de informatieplicht van de onderwijsinstelling zwaarder moet wegen dan de onderzoeksplicht van de student; alleen als de onderwijsinstelling volledig en adequaat heeft voldaan aan haar informatieplicht kan de student aan zijn onderzoeksplicht worden gehouden.

Aanbeveling

De informatieplicht ten behoeve van studenten over de zorgplicht van onderwijsinstellingen in het mbo, dient een essentieel onderdeel te zijn van het onderzoek van de Inspectie van onderwijs naar de kwaliteit van het onderwijs in het beroepsonderwijs. Het is daarbij noodzakelijk dat de Inspectie van onderwijs voor signalen van studenten over gebrekkige en onjuiste informatie over de zorgplicht in het onderwijs, een meldpunt inricht. Het JOB is onvoldoende toegerust om een dergelijk meldpunt in stand te houden. Het is van belang dat de Inspectie van onderwijs over haar bevindingen verslag uitbrengt, zeker nu de MBO Raad de signalen niet herkent.