

# De opschortingsbevoegdheid in het onderwijs

NTBR 2017/31

**In de onderwijswetgeving staat de mogelijkheid tot het schorsen van een leerling opgenomen. Het privaatrecht kent geen mogelijkheid tot schorsing van een persoon. Wel erkent het BW de mogelijkheid tot opschorting van de nakoming van een verplichting. In deze bijdrage wordt onderzocht of, en zo ja in hoeverre de bevoegdheid tot opschorting kan worden gebruikt in de relatie tussen school en leerling. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een wederkerige onderwijsovereenkomst. Kan nakoming van de eigen verplichting van de school worden uitgesteld, totdat de leerling de op hem rustende verplichting nakomt? Hoe verhoudt het middel opschorting zich tot het middel van schorsing van een leerling? Heeft de opschortingsbevoegdheid het onderwijs iets te bieden?**

## 1. Inleiding

In het schooljaar 2015-2016 zijn er in totaal 5271 leerlingen in het voortgezet onderwijs voor langer dan één dag geschorst.<sup>2</sup> De reden blijkt meestal het behouden van de orde en veiligheid in de school te zijn.

De mogelijkheid tot het schorsen van een leerling is in de onderwijswetgeving opgenomen.<sup>3</sup> De vraag is of het burgerlijk recht hieraan iets kan toevoegen. De vraag is relevant, omdat de rechtsverhouding tussen een leerling en het bevoegd gezag van een bijzondere school (verder: de school) in het algemeen – zij het niet zonder discussie – wordt gekwalificeerd als een overeenkomst naar burgerlijk recht,

zowel in de parlementaire geschiedenis, als in literatuur en rechtspraak.<sup>4</sup>

De discussie over de kwalificatie is in deze bijdrage niet aan de orde. In plaats daarvan wordt onderzocht of en zo ja in hoeverre de bevoegdheid tot opschorting kan worden gebruikt ervan uitgaande dat er sprake is van een wederkerige overeenkomst. Kan nakoming van de eigen verplichting van de school worden uitgesteld, totdat de leerling de op hem rustende verplichting nakomt?<sup>5</sup> Hoe verhoudt het middel opschorting zich tot het middel van schorsing van een leerling?

Om deze vragen te beantwoorden, verken ik de mogelijkheden van het uitoefenen van de opschortingsbevoegdheid in het onderwijs en vergelijk ik de overeenkomsten en verschillen tussen opschorting en schorsing (par. 3). De verhouding tussen beide instrumenten wordt belicht en duidelijk wordt dat de opschortingsbevoegdheid het onderwijs inderdaad iets te bieden heeft met haar ingebakken proportionaliteitsmaatstaf en inbedding in de redelijkheid en billijkheid. Er kan rekening worden gehouden met de regeling van schorsing in de onderwijswetgeving (par. 4-5).

Eerst bespreek ik een geval waarin een school voor bijzonder voortgezet onderwijs zich heeft beroepen op een opschortingsbevoegdheid als reactie op het niet nakomen van een internaatsverplichting van haar leerling. Het verschil van uitkomst in eerste aanleg en hoger beroep illustreert het belang van de hier voorliggende vragen (par. 2).

## 2. Opschorting of schorsing als reactie op schending van internaatsverplichting?

Een twaalfjarige jongen begint in september 2008 een vier jaar durende VMBO-opleiding tot 'Matroos Binnenvaart' aan de Maritieme Academie Harlingen (MAH). De MAH biedt huisvesting en verplicht leerlingen hiervan gebruik te maken vanwege de belangrijke rol die intern wonen speelt bij de nautische vorming van de leerlingen en de voorbereiding op een varend bestaan. In het eerste en tweede jaar kan een uitzondering worden gemaakt voor leerlingen die zeer dichtbij wonen. De ouders willen de jongen graag thuis

1 Citeerwijze: S. Voskamp, 'De opschortingsbevoegdheid in het onderwijs', *NTBR* 2017/31, afl. 7. S. Voskamp is als PhD verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Deze bijdrage is gebaseerd op haar eerdere artikelen: 'Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?' verschenen in: W.H. van Boom (e.a. red.), *Een kwart eeuw, privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Sniijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 425-451 en 'Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling', *Overmeester Magazine over onderwijs en recht* 2016/1, p. 16-20.

2 Dit rapporteert de Inspectie van het Onderwijs op basis van meldingen die scholen verplicht moeten maken. Zie 'Factsheet Schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs. Elektronische meldingen over de schooljaren 2011/2012 t/m 2015/2016', Inspectie van het Onderwijs, p. 3. In 2015-2016 bedroeg het totaal aantal leerlingen in het voortgezet onderwijs: 991.753. In het primair onderwijs zijn 436 leerlingen geschorst, het totaal aantal leerlingen betrof: 1.476.912. Zie 'Factsheet schorsingen primair onderwijs. Elektronische meldingen over schooljaren 2014-2015 en 2015-2016', p. 3.

3 Voor het voortgezet onderwijs (artikel 27 WVO in verbinding met) artikel 13 Inrichtingsbesluit WVO, voor het primair onderwijs artikel 40c WPO. Voor het openbaar onderwijs gelden ze als regels en voor het bijzonder onderwijs worden ze aangemerkt als bekostigingsvoorwaarden.

4 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, 6, p. 53. Voor vindplaatsen: C.W. Noorlander & B.M. Pajmans, "Educational malpractice" als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2011/32, afl. 6 (p. 234); S. Voskamp, 'Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs', in: Breedveld-de Voogd C.G. e.a. (red.) *De meerpartijovereenkomst*, BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2015, par. 2, p. 213-215. Vooral met betrekking tot het openbaar onderwijs valt er iets te kiezen: de rechtsverhouding kan ook als de rechtsverhouding tussen overheid en burger worden gekwalificeerd, tot uiting komend in bestuursrechtelijke besluiten; zie: S. Voskamp (2015), p. 214 (voetnoot 7).

5 Artikel 6:52 BW voor een opeisbare vordering en de verbintenis die voldoende samenhang hebben; artikel 6:262 BW voor de tegenover elkaar staande verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst.

houden en hij woont dichtbij, met als gevolg dat hem in het eerste en tweede jaar dispensatie wordt verleend. In het derde en vierde leerjaar is interne huisvesting verplicht, maar ook voor het derde jaar krijgt de jongen ontheffing van zijn internaatverplichting. Wanneer hij zich aan het begin van het vierde jaar niet inschrijft voor het internaat, wordt hem de toegang tot de lessen ontzegd.

In kort geding wordt de vordering tot toelating tot het onderwijs afgewezen.<sup>6</sup> In de bodemprocedure vorderen de ouders mede in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun zoon een verklaring voor recht dat Dunamare (het bestuur van de MAH) aansprakelijk is voor geleden en nog te lijden schade. Aan de vordering wordt blijkens de uitspraak ten grondslag gelegd dat Dunamare toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar contractuele verplichtingen (artikel 6:74 BW) althans onrechtmatig heeft gehandeld (artikel 6:162 BW) jegens de ouders en de jongen door hem niet tot de lessen van het vierde jaar toe te laten.<sup>7</sup>

De ouders menen dat de school buiten toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden (schorsen en/of verwijderen) niet bevoegd was om de jongen de toegang tot de lessen te ontzeggen, omdat de publiekrechtelijke bevoegdheden tot schorsing en/of verwijdering uitputtend zijn geregeld in de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) en het Inrichtingsbesluit WVO en daarom aan toepassing van de algemene rechtsmiddelen uit Boek 6 BW in de weg staan. Bovendien kan er volgens hen geen beroep worden gedaan op Boek 6 BW omdat er geen onderwijsovereenkomst zou bestaan.<sup>8</sup> De Rechtbank Noord-Nederland concludeert dat wel sprake is van een onderwijsovereenkomst,<sup>9</sup> die beschouwd moet worden als een wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 BW, hetgeen betekent dat:

“(…) aan [A] c.s., in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van [C], en Dunamare in beginsel de in boek 6 van het BW genoemde rechten (bijvoorbeeld schadevergoeding) en bevoegdheden (bijvoorbeeld opschorting en ontbinding) toekomen indien de ene partij ten opzichte van andere partij tekortschiet in de nakoming van een uit de onderwijsovereenkomst voortvloeiende verbintenis. Deze dus ook aan Dunamare toekomende, privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden doorkruisen niet haar publiekrechtelijke bevoegdheid, op grond van onderwijsregelgeving, om een leerling te schorsen en/of te verwijderen” (r.o. 4.2).

Volgens de rechtbank was de school bevoegd haar verplichting tot het geven van lessen en verschaffen van toegang tot de school ex artikel 6:262 BW op te schorten toen de jongen zich niet meldde op het internaat om daar zijn vierde jaar te wonen (r.o. 4.7). Dientengevolge was de school niet aansprakelijk. De ouders tekenden hoger beroep aan.

Ook het hof gaat er van uit dat er sprake is van een wederkerige overeenkomst tussen enerzijds het bevoegd gezag en anderzijds de leerling.<sup>10</sup> Voorts overweegt het dat de bepalingen van de WVO en de daarop gebaseerde regels betreffende schorsing en verwijdering in het Inrichtingsbesluit WVO van toepassing zijn op die onderwijsovereenkomst. Zij vullen de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de leerling in (r.o. 7.17).

Voor de vraag of deze bepalingen aan een opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW in de weg staan acht het hof hiernaast kort gezegd van belang dat de WVO niet voorziet in een bevoegdheid tot opschorting, maar wel tot schorsing en verwijdering (in artikel 13 Inrichtingsbesluit WVO respectievelijk artikel 27 WVO jo. artikel 14 Inrichtingsbesluit WVO). Volgens de school was opschorting een noodzakelijke aanvulling op schorsing en verwijdering omdat de leerling zich niet misdroeg en omdat het schorsingsinstrument de nodige flexibiliteit ontbeert. Volgens de onderwijswetgeving en het eigen protocol van de school is het toepassen van schorsing- en verwijderingsmaatregelen echter niet beperkt tot situaties van ‘wangedrag’, aldus het hof (r.o. 7.14 en volgende). Dat opschorting flexibeler was en meer soelaas bood omdat schorsing slechts voor een week mogelijk is en opschorting minder ingrijpende gevolgen had, doet zich volgens het hof niet voor aangezien de schorsing verlengd kon worden in afwachting van verwijdering. Zodra de jongen toch naar het internaat zou gaan, kon de school de schorsing intrekken en van verwijdering afzien.

Het hof acht voorts van belang dat het gebruik van de opschortingsbevoegdheid niet valt onder de uitzonderingen op de leerplicht, althans niet als – zoals hier – de school het gebruik van de bevoegdheid niet als tuchtmaatregel ziet (r.o. 7.19). De leerling zou dus in strijd handelen met zijn verplichting de school geregeld te bezoeken, nu hem niet ‘bij wijze van tuchtmaatregel tijdelijk de toegang tot de school is ontzegd’ (artikel 11 sub c Leerplichtwet 1969).<sup>11</sup>

6 Rb. Haarlem (vzr.) 17 oktober 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6957.

7 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 3.2.

8 Deze stelling verrast, gelet op de blijkens de uitspraak primair aan de vordering ten grondslag gelegde rechtsgrond, te weten het tekortschieten in de nakoming van een contractuele verplichting. Zie Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.1 (en 3.2).

9 De rechtbank komt zonder nadere toelichting tot deze conclusie op basis van de Wet educatie beroepsonderwijs (Web), waar in artikel 8.1.3 van een onderwijsovereenkomst wordt uitgegaan. Dit is opvallend; de Web ziet namelijk niet op een Vmbo-opleiding, daarop is de WVO van toepassing.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.1-7.11, waarin het hof de toets van de rechtbank terecht afwijst en uitgebreid onderbouwt waarom aan de voorwaarden van een wederkerige overeenkomst is voldaan.

11 Het hof hecht eraan dat een uitzondering bestaat op de leerplicht in geval van een tuchtmaatregel (artikel 11 sub c LPW 1969) en dat een schorsing als zodanig kan gelden en het gebruik van de opschortingsbevoegdheid niet. Waaruit dit volgt, is niet duidelijk. Verwarrend is voorts dat het hof zelf overweegt dat de schorsingsregeling ook anders dan bij wijze van tuchtmaatregel kan worden toegepast (r.o. 7.14). Ten slotte ziet het hof over het hoofd dat ook in het kader van de opschortingsbevoegdheid zou kunnen worden overwogen dat van die bevoegdheid geen gebruik kan worden gemaakt in gevallen die zouden leiden tot overtreding van de Leerplichtwet.

Tot slot merkt het hof op dat de procedure van schorsing en verwijdering, anders dan opschorting, met waarborgen is omkleed. Zo komt het hof tot de conclusie dat:

“het [geïntimeerde] niet vrij [stond] om op de in haar visie bestaande schending van de internaatsverplichting te reageren met een opschorting van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst, daarin bestaande dat zij [eiser3] niet in de gelegenheid stelde de lessen bij te wonen. [geïntimeerde] had, desgewenst, gebruik moeten maken van de haar ten dienste staande bevoegdheden tot schorsing en verwijdering” (r.o. 7.24).

De school is dan ook toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar kernverplichting uit de overeenkomst, nu zij kort gezegd de leerling in reactie op het niet nakomen van de internaatsverplichting ten onrechte, zonder hem te schorsen of te verwijderen, de toegang tot de lessen heeft ontzegd. De school is schadelijkt.

### 3. Opschorting en schorsing: overeenkomsten en verschillen

#### 3.1 Opschortingsbevoegdheid

Voor het antwoord op de vraag hoe opschorting en schorsing zich tot elkaar verhouden, moet eerst worden onderzocht hoe het beroep op de opschortingsbevoegdheid zou verlopen, in zijn algemeenheid en bij wijze van voorbeeld in de *Harlingse* casus, niettegenstaande de beslissing van het hof dat de school geen beroep op de bevoegdheid toekwam.

Artikel 6:262 BW veronderstelt dat er sprake is van een wederkerige overeenkomst. Daarvan gaan de rechtbank en het hof in de *Harlingse* casus uit. De school is gehouden deugdelijk onderwijs te geven en de leerling dient zich te houden aan de in de school geldende regels, zoals de internaatsverplichting.

Noorlander gaat ook uit van een wederkerige onderwijs-overeenkomst. Volgens hem houden de verplichtingen over en weer in dat:

“(…) de onderwijsinstelling zich onder meer verbindt om de onderwijsontvanger aan het onderwijs en aan de toetsen te laten deelnemen, kwalitatief deugdelijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te nemen ter waarborging van de veiligheid van de onderwijsontvanger en de onderwijsontvanger zich onder meer verbindt om deel te nemen aan de lessen en zich te onthouden van gedrag dat een verstoring op kan leveren voor de orde binnen de onderwijsinstelling.”<sup>12</sup>

De bekostiging laat hij buiten beschouwing, wellicht omdat de betaling van het bekostigd onderwijs via een derde ver-

loopt, de Staat. Dit heeft aan het karakter van de wederkerige overeenkomst geen afbreuk te doen.<sup>13</sup>

Voor een beroep op artikel 6:262 BW is verder vereist dat de prestatie opeisbaar is, er niet (geheel of behoorlijk) is nagekomen en dat de op te schorten verplichting tegenover de niet nagekomen verplichting staat. Stel, een leerling verstoort de orde in de les. Aan de eis van opeisbaarheid en niet nakoming is dan voldaan. De leerling komt de verplichting zich te onthouden van ordeverstoring gedrag immers niet na. Welke prestatieverplichting zou de school vervolgens kunnen opschorten? Het vereiste van ‘daartegenoverstaand’ verwijst naar het nauwe verband dat tussen de op te schorten en de niet nagekomen verplichting moet bestaan en hangt samen met de wederkerigheid van de overeenkomst. Wanneer een leerling de orde in de les verstoort waardoor het leerproces wordt belemmerd, kan de school in beginsel haar daar tegenoverstaande hoofdverplichting tot het laten deelnemen van de betreffende leerling aan de lessen en toetsen op school opschorten.<sup>14</sup>

Mocht een beroep op artikel 6:262 BW afstuiten op het vereiste van tegenover elkaar staande verplichtingen, dan kan ook in onderwijsverband mogelijkterwijs teruggeval- len worden op het algemene artikel 6:52 BW. Dit artikel eist ‘voldoende samenhang’ tussen de vordering en de op te schorten verbintenis.<sup>15</sup>

Het opschortingsrecht is ingebed in de redelijkheid en billijkheid.<sup>16</sup> Dit brengt mee dat uitoefening van de bevoegdheid alleen is toegestaan indien en voor zover deze strookt met de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2, 6:248 BW). Dit uit zich onder andere in het tweede lid van artikel 6:262 BW, over opschorting in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming.<sup>17</sup> Wanneer gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming zich voordoet is opschorting slechts toegelaten voor zover de tekortkoming de opschorting rechtvaardigt. Het draait derhalve om proportionaliteit: de opschorting moet in verhouding staan tot de tekortkoming waarop wordt gereageerd. Is er sprake van een te geringe tekortkoming aan de zijde van de leerling, dan zal de school gelet op het vereiste van proportionaliteit dan wel gelet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het geheel niet van haar opschortingsrecht gebruik kunnen maken. Gevolg kan ook zijn dat slechts gedeeltelijk kan worden opgeschort. De prestaties dienen dan wel splitsbaar te zijn. Gedeeltelijk op-

13 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.7; M. Stoop, ‘De Wet-AROB en de onderwijsovereenkomst’, *TvO* 1977/20, p. 457.

14 De andere twee kernverplichtingen van de school komen – hoewel deze ook tegenover het goed gedragen van de leerling staan – naar hun aard niet voor opschorting in aanmerking. Kwalitatief onbehoorlijk onderwijs doceren dan wel bewust een onveilige situatie laten bestaan als uitoefening van opschortingsbevoegdheid doorstaan de toets van de redelijkheid en billijkheid niet, zie in dit verband o.a. artikel 3:12 BW.

15 Voskamp 2016a, p. 19; de *Harlingse* internaatsverplichting zou als nevenverplichting kunnen worden gekwalificeerd.

16 C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*, (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 6.2, 22 en 23; *Asser/Hijma 7-1\** 2013/403, 406.

17 Streefkerk (Mon. BW B32b), nr. 23.

12 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 249. Noorlander meent wel dat de wederkerigheid beperkt is, p. 254, 255.

schorten in het onderwijs lijkt ook tot de mogelijkheden te behoren. De school kan bijvoorbeeld haar verplichting tot het geven van een specifieke les opschorten wanneer de leerling de orde in de les verstoort. De leerling wordt de toegang tot die les geweigerd, terwijl de rest van de lessen wel gevolgd mag blijven worden.

Opschorten heeft naar zijn aard een tijdelijk karakter; het draait om 'uitstel en geen afstel'.<sup>18</sup> De opschortingsbevoegdheid is onder andere bedoeld als prikkel tot nakoming.<sup>19</sup> Ze vormt dus een pressiemiddel: druk uitoefenen op de wederpartij om hem tot presteren aan te zetten. Een beroep op opschorting kan ook dienen ter overbrugging naar het beëindigen van de relatie. Zo vormt opschorting in bepaalde gevallen een inleiding tot ontbinding. Een beroep op het opschortingsrecht kan of mag partijen in beginsel niet bevrijden van de overeengekomen verplichtingen.<sup>20</sup> Bijvoorbeeld bij opschorting door een verhuurder van zijn verplichting toegang tot het gehuurde te geven, ben ik in de rechtspraak tegengekomen dat opschorting 'haar doel voorbij schiet': wanneer de huurder de huurpenningen alsnog betaalt, kan de verhuurder zijn verplichting om het gehuurde dan alsnog ter beschikking te stellen voor het verleden niet meer nakomen.<sup>21</sup> Er zijn, zo blijkt uit de uitspraken, in een dergelijk geval zeer bijzondere omstandigheden nodig om op te kunnen schorten.<sup>22</sup> Bezwaarlijk wordt geacht dat de verhuurder niet meer kan nakomen en definitief zou worden bevrijd van diens verplichting. Het later niet alsnog na kunnen komen, lijkt niet per definitie aan opschorting in de weg te staan. Streefkerk merkt op dat 'slechts bij uitzondering de opschorting kan leiden tot verval van de verplichting, namelijk indien de prestatie naderhand niet meer verricht kan worden en de opschorting ondanks dat ingrijpende gevolg niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid komt'.<sup>23</sup> Hoe ligt dit in het onderwijs?

Gevolg van opschorting van de verplichting toegang tot het onderwijs te geven, is dat een leerling de reguliere les niet volgt. De school kan uiteraard niet met terugwerkende kracht toegang tot de les verstrekken, wel kan zij de te leveren prestatie alsnog verrichten door de leerling de lessen te laten inhalen. Maar niet standaard zal van de school en de leerkrachten kunnen worden gevergd dat zij integraal de lessen nogmaals aanbieden. Toch kan de school op andere wijze mogelijk nakomen, namelijk door bij terugkeer van de leerling na afloop van de les een kort tijdsbestek in te ruimen om de leerling bondig toe te lichten wat er in de les is besproken en door erop toe te zien dat de leerling de aantekeningen alsnog krijgt. Zo bezien kan er alsnog worden nagekomen, bevrijdt opschorting de school niet van haar verplichting en schiet opschorting niet haar doel voorbij. Bovendien is in de rechtspraak wel eerder aangenomen dat een wederpartij een verplichting tot kort gezegd 'het geven van toegang' kan opschorten, hoewel er niet met terugwerkende kracht kon worden nagekomen.<sup>24</sup> Dat niet alsnog exact kan worden nagekomen hoeft kennelijk niet aan opschorting in de weg te staan. Dit blijkt tevens uit de hiervoor genoemde opmerking van Streefkerk. Ook kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) meebrengen dat de wederpartij zich niet kan beroepen op de regel dat alleen een ontbinding definitief bevrijdt, gelet op de omstandigheden van het concrete geval waarbij met name haar eigen gedrag een rol speelt.<sup>25</sup> Zo kan het dus zijn dat opschorting toch deels bevrijdt.

Hoe kan er met de duur van opschorting en de prikkel tot nakoming in het onderwijs worden omgegaan? Normaal wordt er opgeschort totdat de wederpartij nakomt. In het onderwijs lijkt afwachten tot de leerling actie onderneemt niet in alle gevallen gunstig. Stel dat een leerling de orde in de les verstoort door fysiek geweld te gebruiken. Als opschorting zou inhouden of meebrengen dat de leerling direct in het opvolgende lesuur kan melden na te willen komen, lijkt de opschorting in zo'n situatie niet het aangewezen middel.<sup>26</sup> Maar, de toets der redelijkheid en billijkheid of de hier dicht tegenaan gelegen proportionaliteitstoets die in een beroep op het opschortingsrecht ingebakken zit, kan juist meebrengen dat de school haar verplichting voor een *bepaald aantal dagen* opschort. Het aantal dagen waarvoor de school haar eigen verplichting opschort, moet in verhouding staan tot de tekortkoming waarop wordt gereageerd. In het ene geval zal dit bijvoorbeeld één dag kunnen betreffen in het andere geval een aantal dagen. Hoeveel dagen de opschorting daadwerkelijk betreft zal de school zodra zij zich op opschorting beroept, moeten afwegen.

18 HR 19 februari 1988, NJ 1989/343, m.nt. C.J.H. Brunner onder 1 (*Droog/Bekaert*). Streefkerk (Mon. BW B32b), nr. 26.4; *Asser/Hijma 7-I\** 2013/405; zie ook G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 155. De opschorting mag geen permanent karakter dragen.

19 Zie bijv. Streefkerk (Mon. BW B32b), nr. 7.1.

20 Streefkerk (Mon. BW B32b), nr. 26.4; Vgl. Parl. Gesch. *Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 212 (T.M.) en p. 213 (M.v.A. II): Opschorting mag geen permanent karakter gaan dragen, dan zou degene die opschort zich eigenmachtig van zijn verbintenis kunnen ontdoen, daarvoor is ontbinding van de overeenkomst nodig.

21 Rb. Arnhem (sector kanton) 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5965, r.o. 4.4; Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0496, WR 2011/86 (*Loozeman/Groen*), r.o. 7. Het draait hier om de (on)mogelijkheid van nakoming van de verplichting van de opschortende partij en niet om blijvende onmogelijkheid van nakoming aan de zijde van de wederpartij. Op dit laatste ziet artikel 6:54 sub b BW waar artikel 6:264 BW een uitzondering op maakt. Vergelijk in het kader van het alsnog nakomen van de op te schorten verplichting: H. Hielkema (red.), *Burenoverlast: Remedies tegenover de overlastgevende huurder*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, p. 82; Over opschortingsrechten in het kader van huur: *Asser/Abas 5-IIA 2007/3*.

22 Rb. Arnhem (sector kanton) 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5965, r.o. 4.4 spreekt over 'uitzonderlijke omstandigheden'; Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0496, WR 2011/86 (*Loozeman/Groen*), r.o. 7 spreekt over 'zeer bijzondere omstandigheden'.

23 Streefkerk (Mon. BW B32b), nr. 26.4, met verwijzing naar 23.2.

24 Rb. Amsterdam (sector kanton) 4 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3661 (*toegang tot sportschool*).

25 *Asser/Hijma 7-I\** 2013/405 onderaan, onder verwijzing naar HR 15 januari 1993, NJ 1993/193 (*Oosterhuis/Buitenhuis*).

26 Niet vanwege een poenaal aspect dat ervan uit zou moeten gaan, maar bijvoorbeeld omdat een moment van 'afkoelen' zowel voor de leerling als medeleerlingen gewenst is. Vgl. Hielkema (red.) 2009, p. 82 (over onthouden van agressief gedrag huurder).

Wel kan men zich afvragen in hoeverre er bij opschorting voor een bepaald aantal dagen dan nog daadwerkelijk een prikkel tot nakoming van de opschorting uitgaat. Nu we te maken hebben met een onderwijsvereenkomst speelt naar mijn idee de prikkel tot nakoming voornamelijk voor de toekomst een belangrijke rol. Het doel is dat de leerling weer deelneemt aan het onderwijs en aantoonbaar zich tijdens zijn aanwezigheid verder te onthouden van ordeverstoring gedrag, ook in de volgende lessen. De leerling dient de prestatie echt te verrichten en zich niet slechts 'bereid en in staat verklaren na te komen'.<sup>27</sup> Verder zal de leerling mede met hulp van de leraren de gemiste stof moeten inhalen.

### 3.2 Schorsing

Op grond van artikel 40c WPO of artikel 13 lid 1 Inrichtingsbesluit WVO kan een leerling in het primair of voortgezet onderwijs door het bevoegd gezag onder opgave van redenen voor een periode van ten hoogste één week worden geschorst.<sup>28</sup> Het besluit tot schorsing moet aan de ouders en in het voortgezet onderwijs aan de leerling en, indien de leerling jonger is dan 21 jaar, ook aan de ouders schriftelijk bekend worden gemaakt (lid 2). Het tijdelijk geen toegang geven tot de school of tot bepaalde lessen dan wel activiteiten betreft een discretionaire bevoegdheid. Het bevoegd gezag stelt zelf het beleid rond schorsing vast. De wet geeft niet aan in welke gevallen tot schorsing wordt of kan worden overgegaan. De school kan haar beleid uitwerken in het leerlingenstatuut.<sup>29</sup> De meest voorkomende redenen voor het schorsen van een leerling in het voortgezet onderwijs zijn: fysiek geweld tegen medeleerlingen, verbaal geweld tegen het personeel en storend gedrag tijdens de lessen waardoor het leerproces wordt belemmerd.<sup>30</sup> Schorsing wordt wel omschreven als een formele ordemaatregel of tuchtmaatregel, te onderscheiden van een opvoedkundige maatregel.<sup>31</sup> Het straffen van de leerling lijkt niet het doel te zijn.<sup>32</sup> Het lijkt te gaan om het geven van een waarschuwing.<sup>33</sup>

Er zijn bij mijn weten weinig bestuursrechtelijke uitspraken die de procedure van schorsing belichten. In het openbaar onderwijs wordt het schorsingsbesluit aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen, na bezwaar, bij de bestuursrechter in beroep kan worden gekomen.<sup>34</sup> In het bijzonder onderwijs is geen sprake van een besluit in de zin van de Awb. Een geschil over schorsing door een bijzondere school, kan worden voorgelegd aan de civiele rechter. Uit de rechtspraak blijkt dat een school verplicht blijft om gedurende schorsing in huiswerk en begeleiding te voorzien.<sup>35</sup> De relatie met de leerling blijft bij schorsing namelijk intact. De school moet derhalve voorkomen dat de geschorste leerling een onderwijsachterstand oploopt.<sup>36</sup>

Aan de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (LKC)<sup>37</sup> worden vaker klachten over schorsing voorgelegd door ouders en leerlingen van zowel openbare als bijzondere scholen. Ook de LKC meent dat een leerling ondanks schorsing zo min mogelijk van onderwijs verstoken moet blijven<sup>38</sup> en dat een school, nu de onderwijskundige relatie intact blijft, maatregelen moet nemen ter voorkoming van het oplopen van een onderwijsachterstand, bijvoorbeeld door gedurende een schorsing huiswerk aan te blijven bieden.<sup>39</sup> Vanwege de beleidsvrijheid van de school stelt de LKC zich ten aanzien van de schorsingsgronden terughoudend op.<sup>40</sup> De LKC beoordeelt over het algemeen of de school in redelijkheid de maatregel heeft kunnen nemen.<sup>41</sup> De LKC weegt onder meer mee 'of de leerling op de hoogte was van de gedragsregels of deze behoorde te kennen, of het bevoegd gezag zich bij de toepassing van de maatregelen heeft gehouden aan de door haar zelf uitgevaardigde regels en of de leerling is gehoord voordat de schorsing werd opgelegd'.<sup>42</sup> Ook hecht de LKC bij de procedure omtrent schorsing belang aan het horen van en het spreken met de ouders.<sup>43</sup> Het recht van hoor en wederhoor speelt een belangrijke rol en goede communicatie

27 Vgl. Asser/Sieburgh 6-1 2016/273.

28 Het primair onderwijs kent de mogelijkheid tot schorsen in artikel 40c Wet op het primair onderwijs (WPO) pas sinds de veranderingen rondom Passend Onderwijs die eind zomer 2014 zijn ingegaan. Voor deze schorsingsbevoegdheid is gekozen aan te sluiten bij de schorsingsregeling uit het voortgezet onderwijs. *Kamerstukken II 2011/12*, 33106, 3, p. 77 (MvT). Zie ook artikel 40a Wet op de expertisecentra (WEC).

29 Zie voor de gevallen waarover in ieder geval voorschriften moeten worden opgenomen artikel 24a lid 1 sub e WVO (zie ook sub g en h) en artikel 24g WVO.

30 'Factsheet Schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs. Elektronische meldingen over de schooljaren 2011/2012 t/m 2015/2016', Inspectie van het Onderwijs. Zie tabel 6, p. 5, deze tabel gaat zowel over schorsing als over verwijdering.

31 C.W. Noorlander, 'Schorsing en verwijdering. Deel I Materiële rechtsvragen', *School & Wet* oktober 2008, p. 5; Huisman en Noorlander in Huisman & Zoontjens (red.) 2009, p. 125; J.P.L.C. Dijkgraaf en R. Sarneel in P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek Onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2014, p. 121.

32 Volgens sommigen zou straffen door te schorsen ook niet juist zijn, zie J. Sperling, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (deel 29 NVOR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 76. Vgl. Th. Storimans 'Na 100 jaar leerplicht ook zorg voor deelname aan het onderwijs', in preadvies NVOR, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2000, p. 53.

33 Bij invoering van schorsing in het primair onderwijs wordt opgemerkt dat schorsing kan worden gezien als een ultieme mogelijkheid voor de school om aan een leerling een waarschuwing te geven voor bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag, *Kamerstukken II 2011/12*, 33106, 3, p. 20 (MvT) onder par. 2.1.

34 Bijv. Rb. Haarlem 14 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW2338, r.o. 2.4. Vgl. Rb. Middelburg 27 juli 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AB2872; Rb. Noord-Nederland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3340. Zie ook Huisman 2014, p. 33.

35 Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604, r.o. 6.3. Betreffende een bestuursrechtelijke uitspraak in het kader van een langdurige schorsing in afwachting van verwijdering. Zolang een leerling op een school is ingeschreven, rust op de betreffende school een zorgplicht jegens hem.

36 C.W. Noorlander, 'Schorsing en verwijdering. Deel II Procedurele eisen en rechtsbescherming', *School & Wet* december 2008, p. 6; Huisman (red.) 2014, p. 123. Vgl. Storimans 2000, p. 54.

37 De LKC is ondergebracht bij de stichting Onderwijsgeschillen, voor het raadplegen van uitspraken/adviezen: <https://onderwijsgeschillen.nl/commissie/landelijke-klachtencommissie-onderwijs-lkc>. De LKC sluit groten-deels aan bij de vijf inhoudelijke voorwaarden voor schorsing beschreven door Noorlander 2008, Deel I, p. 8-11. Zie ook Voskamp 2016b, p. 436.

38 LKC Onderwijs 106486, d.d. 18 augustus 2015, primair onderwijs.

39 LKC Onderwijs 106098, d.d. 23 april 2014, voortgezet onderwijs; LKC Onderwijs 106247, d.d. 17 november 2014, voortgezet onderwijs.

40 LKC Onderwijs 105988, d.d. 10 december 2013, voortgezet onderwijs.

41 LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011, voortgezet onderwijs; LKC Onderwijs 106019, d.d. 10 februari 2014, voortgezet onderwijs.

42 LKC Onderwijs 105988, d.d. 10 december 2013, voortgezet onderwijs; LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011, voortgezet onderwijs.

43 LKC Onderwijs 05.009, d.d. 25 mei 2005 primair onderwijs, vgl. LKC Onderwijs 02.045, d.d. 5 december 2002, primair onderwijs.

is cruciaal.<sup>44</sup> Ook zal de school de leerling pas mogen schorsen als blijkt dat een minder verstrekkende maatregel niet werkt.<sup>45</sup>

De civiele rechter buigt zich over schorsingszaken in het bijzonder onderwijs.<sup>46</sup> Hij lijkt een soortgelijke toets aan te leggen als de bestuursrechter en de LKC. Hij gaat na, een zekere mate van beleidsvrijheid van de school in acht nemend, of de school in redelijkheid tot het gevoerde beleid of een getroffen maatregel heeft kunnen komen.<sup>47</sup> De civiele rechter hanteert eveneens een terughoudende of marginale toets. Ook hij ziet binnen deze redelijkheidstoets noodzaak te waken voor een te vergaande of buitenproportionele reactie gegeven door het bevoegd gezag op het handelen van een leerling, al vormt proportionaliteit geen opzichzelfstaand toetsingscriterium. In bepaalde gevallen zal mogelijk een minder vergaande sanctie moeten worden gekozen.<sup>48</sup>

### 3.3 Vergelijking

Welke overeenkomsten en verschillen bestaan er tussen het schorsen van een leerling en het opschorten van de nakoming van de verplichting tot het laten deelnemen van de leerling aan de lessen ofwel verschaffen van toegang tot de school?

De opschortingsbevoegdheid kent geen specifiek toepassingsgebied. Het instrument kan worden ingezet bij de schending van elke verplichting uit de overeenkomst, of het nu gaat om ongeoorloofde afwezigheid of ordeverstoring, zolang maar aan de eisen van artikel 6:262 of 6:52 BW is voldaan. Hoewel ook de schorsingsmaatregel niet voor een specifieke situatie is geschreven, wordt deze in de regel in verband gebracht met ordeverstoring gedrag en situaties van geweld of bedreiging.<sup>49</sup> Daarmee heeft het schorsen van een leerling toch een bepaald vinger-wijzend karakter. De opschorting heeft daarentegen door het inzoomen op de verplichting van de school een neutraler karakter.

Wat laat een vergelijking tussen beide instrumenten nog meer zien? Ze kunnen tot gevolg hebben dat een leerling de toegang tot de reguliere les wordt onthouden. Ook de ratio van opschorten en schorsen is vergelijkbaar: schorsing wordt ingezet om de leerling te waarschuwen voor de gevolgen van ontoelaatbaar gedrag en opschorting dient mede als prikkel tot behoorlijke nakoming. Bij schorsing kan eventueel het bereiken van orde en veiligheid vooropstaan, terwijl het bij opschorting – die zich richt op de verplichting van de school en niet zozeer op de leerling – gaat om een bijeffect van het inroepen van de bevoegdheid.

Zowel opschorting als schorsing is tijdelijk van aard. Inherent aan beide bevoegdheden is dat zij geen permanent karakter mogen dragen. Wel kunnen beide een aanloop zijn naar een definitieve verwijdering en beëindiging van de overeenkomst, al dan niet op grond van ontbinding.

De toets waaraan de twee bevoegdheden onderhevig zijn, lijkt ook parallel te lopen. In de opschortingsbevoegdheid zit ingebakken dat deze naar proportionaliteit moet worden gebruikt en in overeenstemming is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De schorsingsbepalingen in de onderwijswetgeving bieden geen maatstaven. Het is aan de school een beleid te formuleren. De rechter of geschillencommissie toetst achteraf of de school in redelijkheid tot schorsing heeft over kunnen gaan. In beide systemen geldt dat bij een te geringe 'tekortkoming' niet tot actie mag worden overgegaan.

Bij beide bevoegdheden is het niet wettelijk vereist de leerling en/of de ouders vooraf te horen, hoewel de klachtencommissies in het onderwijs hieraan wel hechten. Bij opschorting zou een eventuele hoorplicht kunnen worden gegrond in de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie artikel 6:248 BW). Bij schorsing zal het horen van leerling en/of ouders waarschijnlijk bij het zorgvuldig nemen van de maatregel naar voren komen.<sup>50</sup>

Hoewel niet expliciet geregeld in de wet, vloeit uit beide bevoegdheden voort dat partijen niet definitief van elkaar worden bevrijd en dat de onderliggende relatie tussen leerling en school dus intact blijft. Uit het woord 'opschorting' blijkt in tegenstelling tot het woord schorsing dat degene die opschort alsnog moet nakomen. Noch bij opschorting noch bij schorsing volgt uit de tekst van de wet dat een onderwijsachterstand moet worden voorkomen. Op grond van rechtspraak en adviezen van de LKC moet een school bij schorsing alsnog maatregelen nemen om achterstand te voorkomen. In geval van opschorting kan, los van het alsnog moeten nakomen van de opgeschorte verplichting, een onderwijsachterstand ook worden voorkomen door de invulling dat alleen de verplichting tot toelating tot het onderwijs wordt opgeschort en daarmee het laten deelnemen aan reguliere lessen. Onderliggende verplichtingen, zoals het geven van (huis)werk en instructie, blijven wel in

44 LKC Onderwijs 105740, d.d. 3 september 2013, primair onderwijs.

45 LKC Onderwijs 106557, d.d. 9 maart 2015 primair onderwijs; vgl. LKC Onderwijs 106196, d.d. 22 augustus 2014, primair onderwijs en LKC Onderwijs 04.006-04.007, d.d. 17 mei 2004, primair onderwijs.

46 Vgl. Rb. Almelo (sector kanton) 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873; vgl. Rb. Overijssel 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5712.

47 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827, r.o. 4.2 en 4.3 (voortgezet onderwijs). Vgl. Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868, r.o. 14 in het kader van speciaal onderwijs en de Wet op de expertisecentra (voortgezet onderwijs).

48 Vgl. voor de verhouding tussen schorsing en verwijdering: Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171 (voortgezet onderwijs): i.p.v. te verwijderen had de school 'kunnen volstaan met een schorsing van een (op grond van artikel 14 [13; SV], eerste lid, Inrichtingsbesluit W.V.O. maximaal toegastane) termijn van een week.', r.o. 4.14; Vgl. Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.5; Zie voor het Mbo: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954, r.o. 3.14; Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857, r.o. 4.8 en 4.9.

49 Er wordt wel gesproken over kort gezegd 'wangedrag'. Dit begrip is niet vastomlijnd en komt niet voor in de wet. Wel wordt het begrip genoemd in het kader van verwijdering in *Kamerstukken II 1976/77, 14428, 3, p. 48 (MvT)*. In de eerder aangehaalde *Kamerstukken II 2011/12, 33106, 3, p. 20 (MvT)* wordt gesproken over 'bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag'.

50 In het openbaar onderwijs kan het volgen uit artikel 3:2 en 4:8 Awb.

stand. Dit volgt mijns inziens rechtstreeks uit de opschortingsbevoegdheid zelf. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid zullen meebrengen dat een school enkel kan opschorten wanneer de leerling tijdens opschorting alsnog (huis)werk krijgt. De leerling is in beide gevallen, gedurende schorsing of opschorting, dan ook niet 'gewoon vrij'.

Artikel 40c WPO en artikel 13 Inrichtingsbesluit WVO eisen dat de schorsing aan de ouders en/of leerling schriftelijk bekend wordt gemaakt. In artikel 6:262 en 6:52 BW staat de verplichting de opschorting mee te delen niet. Zo is in het algemeen voor een beroep op opschorting niet vereist dat aan de wederpartij kenbaar wordt gemaakt dat en waarom er wordt opgeschort, maar de eisen van de redelijkheid en billijkheid kunnen anders meebrengen volgens de Hoge Raad:

“Evenwel kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt. (...)”<sup>51</sup>

Ook in het onderwijs zullen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat pas gebruik kan worden gemaakt van het opschortingsrecht indien aan de leerling dan wel de ouders is medegedeeld dat, waarom en hoe lang opschorting plaats zal vinden.

Beide bevoegdheden zouden voor een bepaald aantal dagen kunnen worden ingeroepen. Wat de lengte betreft lopen de regelingen echter uiteen. Een pregnant verschil is namelijk dat de wettelijke schorsingsbepaling expliciet aangeeft dat schorsen ten hoogste één week, dat wil zeggen vijf schooldagen, mogelijk is. Bij opschorting is in de wet geen maximale termijn gegeven. Wordt of kan dit verschil worden ondervangen?

#### 4. Verhouding opschorting en schorsing

Hoe verhoudt zich nu de privaatrechtelijke opschortingsbevoegdheid tot de schorsingsregeling in het onderwijsrecht? In het oog springt de maximale termijn in het Inrichtingsbesluit WVO. Brengt die mee dat de specifieke regeling in de onderwijswetgeving toepassing van de privaatrechtelijke opschortingsregeling uitsluit? Het is in de kern een vraag van samenloop.<sup>52</sup> De Hoge Raad geeft in zijn arrest *Fernhout/Essent* aan hoe een dergelijke vraag moet worden opgelost:

“Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vor-

deringsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt (...).”<sup>53</sup>

Het is dus de vraag of de regeling in het Inrichtingsbesluit WVO voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt dat op de opschortingsbevoegdheid geen beroep kan worden gedaan.

De onderwijswetgeving sluit in het algemeen toepassing van regels van vermogensrechtelijke aard niet uit. Integendeel. De parlementaire geschiedenis van de WVO houdt de mogelijkheid open dat er sprake is van een civielrechtelijke overeenkomst en daarmee dat regels uit het Burgerlijk Wetboek worden toegepast.<sup>54</sup> De onderwijswetgeving bevat evenmin een aanwijzing dat partijen een opschortingsbevoegdheid ontberen, ook niet als het om de toegang tot het schoolgebouw gaat of om het lesgeven in de klas. De totstandkomingsgeschiedenis van de schorsingsregeling zelf in de WVO is summier. Het ligt in de rede dat de maximale termijn van één week schorsing is opgenomen met het oog op het belang dat de leerling niet te lang verstoken blijft van onderwijs.<sup>55</sup> Dit is in lijn met het recht op onderwijs dat bijvoorbeeld in artikel 28 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) verankerd ligt.<sup>56</sup> Disciplinaire maatregelen op school dienen ook in overeenstemming te zijn met het IVRK en daarmee met het beginsel van 'best interest of the child' (artikel 3 lid 1 IVRK).

De vraag is of de korte termijn van vijf dagen onvermijdelijk meebrengt dat de school zich niet kan beroepen op opschorting van de verplichting onderwijs te geven dan wel of de onderwijswetgeving en het algemene vermogensrecht op dit punt met elkaar in het reine kunnen worden gebracht.

Hier zou een parallel kunnen worden getrokken met verjaringszaken. Als aan een vordering tot schadevergoeding verschillende regelingen ten grondslag kunnen worden gelegd en als daarbij verschillende verjaringstermijnen gelden, terwijl aan één van de verjaringstermijnen exclusiviteit wordt toegedacht, dan zou de vrijheid voor de schuldeiser om een grondslag te kiezen in stand kunnen worden gelaten, onder de voorwaarde dat de exclusief bedoelde termijn voor beide grondslagen geldt. Zo stond in het arrest *Fernhout/Essent* het bestaan van een kortere verjaringstermijn in Boek 8 BW niet in de weg aan het gebruik van een grondslag buiten Boek

51 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, NJ 2012/43, m.nt. Jac. Hijma (*Van Mierlo/SBS*), r.o. 3.3.3.

52 Zie over samenloop bijv.: C.A. Boukema, *Samenloop*, (Mon. BW A21), Deventer: Kluwer 1992; R. de Graaff & P.S. Bakker, *GS Onrechtmatige daad, Samenloop*, nr. II.2.1; F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 2009/6796, p. 337-346 en *WPNR* 2009/6797 p. 359-369; A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Samenloop en de toegang tot de rechter', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 155-169.

53 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621, m.nt. K.F. Haak (*Fernhout/Essent*), r.o. 4.2.

54 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MVA).

55 Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4.

56 Artikel 28 IVRK (1989; voor Nederland in werking getreden in 1995) betreft een uitwerking van artikel 7 van de Verklaring van de Rechten van het Kind (1959). Deze bepaling is voornamelijk gericht op de beschikbaarheid en toegankelijkheid van onderwijs, maar er is ook aandacht voor de impact van disciplinaire maatregelen. Zie lid 2, waarover Verheyde 2006, p. 60 e.v.; Blaak 2012, p. 423.

8 BW waarvoor een langere verjaringstermijn zou gelden, waarbij de kortere termijn uit Boek 8 BW ook bij toepassing van de grondslag buiten Boek 8 BW zou gelden.<sup>57</sup> De samenlooptechniek wordt ook buiten de context van verjaring toegepast.<sup>58</sup> Het is aannemelijk dat deze ook kan worden toegepast in de context van schorsing en opschorting: een beroep op de opschortingsbevoegdheid zou dus kunnen worden toegestaan onder de voorwaarde dat de korte termijn van vijf dagen uit de schorsingsregeling wordt toegepast. Met de kanttekening dat voor zover het bij schorsing in afwachting van verwijdering toch geoorloofd is de schorsingstermijn te verlengen, gelijkelijk ook bij opschorting in aanloop naar ontbinding verlengd zal kunnen worden.

De Hoge Raad maakt daarbij ook wel gebruik van het criterium of door toepassing van een regel een andere regel op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.<sup>59</sup> De Hoge Raad overwoog dat de wettelijke regeling van aanvaring voor wat betreft de kortere verjaringstermijn exclusief van toepassing was. Hij vervolgde: 'een andere opvatting zou immers leiden tot onaanvaardbare doorkruising van [deze; SV], korte, verjaringstermijn omdat die dan in de praktijk als ongeschreven kon worden beschouwd'.

Ook in het bijzonder onderwijs zou deze redenering kunnen worden gevolgd. De vijfdagentermijn zou ook als uitgangspunt kunnen worden gehanteerd bij de toepassing van de regeling van de opschortingsbevoegdheid, aangenomen dat het hanteren van een langere termijn zou kunnen worden aangemerkt als een onaanvaardbare doorkruising van de vijfdagentermijn geregeld in de onderwijswetgeving, gegeven het belang van het kind dat met deze beperkte termijn is gemoeid.

Deze uitkomst is in lijn met artikel 3:14 BW. Uit dit artikel volgt dat 'een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht'. Wanneer de schorsingsbepaling ook werkt in de verhouding tussen leerling en een bijzondere school<sup>60</sup> kan artikel 3:14 BW meebrengen dat opschorting niet langer kan dan aangegeven in de schorsingsbepaling. De schorsingstermijn zal dan niet omzeild kunnen worden. Door uitoefening van het opschortingsrecht te beperken, heft artikel 3:14 BW het verschil tussen schorsing en opschorting op dit punt op.

57 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621, m.nt. K.F. Haak (*Fernhout/Essent*), r.o. 4.2.

58 Zie verder R. de Graaff & P.S. Bakker GS Onrechtmatige daad, Samenloop, nr. II.2.1.3 en II.2.1.6 over gedeeltelijke verdringing door een exclusieve regel en de 'parallelsprong'.

59 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621, m.nt. K.F. Haak (*Fernhout/Essent*), r.o. 4.2. De term is ontleend aan de doorkruising van het publieke recht bij gebruik van privaatrechtelijke instrumenten, zie Bakels 2009, par. V, terminologie is ontleend aan HR 26 januari 1990, NJ 1991/393 (*Staat/Windmill*). Zie over samenloop en onaanvaardbare doorkruising: R. de Graaff, 'Samenloop van vermogensrecht en rechtspersonenrecht. De actio pauliana als onaanvaardbare doorkruising van artikel 2:334u BW', *NTBR* 2014/41 (p. 337-343); Castermans & Krans 2009, p. 163; R. de Graaff & P.S. Bakker, GS Onrechtmatige daad, Samenloop, nr. II.2.1.6.

60 Zie over de discussie betreffende bekostigingsvoorwaarden Voskamp 2016b, p. 441.

De uitkomst past ook bij het karakter van de opschortingsbevoegdheid, ingegeven door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Op grond van artikel 3:12 BW moet bij de vaststelling van wat deze maatstaven eisen onder meer rekening worden gehouden met 'algemeen erkende rechtsbeginselen en met de in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Dit betekent dat bij de uitleg van de opschortingsbevoegdheid niet alleen rekening zal moeten worden gehouden met 'the best interests of the child' en de eisen die uit het IVRK voortvloeien, maar ook met de Nederlandse wetgeving om schorsing niet langer dan een week toe te staan.

## 5. Opschorting in het onderwijs?

Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende dat het de maritieme school niet vrij stond om op te schorten toen de leerling niet aan zijn internaatsverplichting voldeed. De invulling die de maritieme school aan het opschortingsrecht heeft gegeven – opschorten zolang de leerling niet nakomt – was volgens het hof niet geoorloofd. Daar kan ik mij in vinden nu de school voor langer dan vijf dagen of een verlenging hiervan heeft opgeschort zonder over te gaan tot vervolgstappen.

Het hof lijkt toepassing van de opschortingsbevoegdheid in het onderwijs ook in meer algemene zin van de hand te wijzen. De schorsingsregeling zou exclusief gelden. Dit lijkt mij te ver gaan.

Hoewel het schorsen van een leerling en het opschorten van een verplichting op het oog totaal verschillen, blijkt het in de kern om nagenoeg hetzelfde te gaan. Dan is het te verkiezen de mogelijkheden van de opschortingsbevoegdheid uit het BW in het onderwijs niet uit het oog te verliezen. Die geeft namelijk helderder en zuiverder dan de schorsing weer wat er gebeurt: het opschorten, voor zover nodig en redelijk en billijk, van het verschaffen van toegang tot het schoolgebouw en het daar geven van onderwijs. Ook biedt de opschortingsbevoegdheid – anders dan de schorsingsregeling in de onderwijswetgeving – een maatstaf om de belangen van school en leerling bij de niet nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling af te wegen. Deze prent partijen in dat het slechts een tijdelijke maatregel is, die niet verdergaat dan nodig is, en biedt een duidelijke grondslag voor de verplichting om te voorzien in begeleiding ook al is de leerling niet fysiek aanwezig op school. Ten slotte biedt de regeling alle ruimte rekening te houden met specifieke aspecten van de onderwijswetgeving, zoals de procedurele waarborgen en de maximale termijn van vijf dagen.

Al met al kan het leerstuk opschorting zeker iets toevoegen aan de specifieke onderwijswetgeving. Het biedt een fijnmaziger juridisch kader dan de schorsingsregeling in de onderwijswetgeving. Zo bezien kan het leerstuk opschorting iets betekenen in geval van een conflict tussen leerling en school.