

| III

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?

Stijn Voskamp¹

I. Inleiding

Wat hebben de wiskundige en de jurist in huize Snijders elkaar te vertellen? Genoeg, naar ik meen te weten, maar toch wil ik hen enige gespreksstof aanreiken over een thema dat hen bindt: het onderwijs.

In het schooljaar 2014-2015 zijn er in totaal 4.899 leerlingen in het voortgezet onderwijs en 287 leerlingen in het primair onderwijs voor langer dan één dag geschorst.² De reden blijkt meestal het behouden van de orde en veiligheid binnen de school te zijn. De mogelijkheid tot het schorsen van een leerling is in publiekrechtelijke sectorwetgeving opgenomen.³

Het privaatrecht kent geen mogelijkheid tot schorsing van een persoon. Wel erkent het Burgerlijk Wetboek sinds 1992 expliciet de mogelijkheid tot opschorting: nakoming van de eigen verplichting kan worden uitgesteld, totdat de wederpartij de op hem rustende verplichting nakomt. Op verschillende plaatsen in het Nieuw BW zijn opschortingsrechten opgenomen. De bekendste zijn de *exceptio non adimpleti contractus* in geval van een wederkerige overeenkomst (art. 6:262 BW) en het algemene opschortingsrecht (art. 6:52 BW).

Er is aanleiding de bevoegdheden schorsing en opschorting naast elkaar te leggen binnen de kaders van het primair en voortgezet bekostigd onderwijs. De kwalificatie van de rechtsverhouding tussen een leerling en – in onderwijstermen – het bevoegd gezag van een school⁴ is al lange tijd onderwerp van discussie, zowel

¹ Mr. S. Voskamp is als PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

² Dit rapporteert de Inspectie van het Onderwijs op basis van meldingen die scholen verplicht moeten maken. Zie het rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015. Te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/content/assets/publicaties/2016/schorsingen-verwijderingen-factsheet-december-2015.pdf. In 2014-2015 bedroeg het totaal aantal leerlingen in het voortgezet onderwijs: 981.969, in het primair onderwijs: 1.494.190.

³ Zo volgt uit art. 13 Inrichtingsbesluit van de Wet op het Voortgezet Onderwijs *Stb.* 1993, 207 (Inrichtingsbesluit Wvo) respectievelijk art. 40c Wet op het Primair Onderwijs (Wpo).

⁴ Ten behoeve van de leesbaarheid gebruik ik hierna voornamelijk het begrip 'de school', hoewel dit in precieze termen 'het bevoegd gezag' zou moeten zijn.

met betrekking tot het openbaar onderwijs als met betrekking tot het bijzonder onderwijs. Niet zelden wordt in literatuur en rechtspraak aangenomen dat aan de verhouding een onderwijsvereenkomst ten grondslag ligt. Als sprake is van een contractuele rechtsverhouding, dan rijst de vraag in hoeverre het contractenrecht op deze situatie kan worden toegepast. In deze bijdrage zal specifiek worden ingegaan op de bevoegdheid tot opschorting. Kan een verplichting die voortvloeit uit een onderwijsvereenkomst worden opgeschort? En hoe verhoudt het middel opschorting zich tot het publiekrechtelijke instrument van schorsing?

Deze vragen zijn niet enkel vanuit theoretisch oogpunt interessant, maar ook voor de praktijk relevant. Een jongen van twaalf jaar volgt een opleiding tot matroos binnenvaart. De school verplicht hem in het derde en vierde jaar intern te komen wonen. Wanneer de ouders om hen moverende redenen hieraan geen gehoor geven, wordt de leerling de toegang tot het onderwijs ontzegd. 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. De Rechtbank Noord-Nederland concludeert evenwel dat de school niet aansprakelijk is omdat zij bevoegd was om haar verplichting tot het geven van lessen en verschaffen van toegang tot de school ex art. 6:262 BW op te schorten, toen de jongen zich niet meldde op het internaat om daar gedurende zijn vierde jaar te wonen.⁵ In hoger beroep komt het hof daarentegen tot de conclusie dat het de school niet vrijstond om op de schending van de internaatsverplichting te reageren met een opschorting van haar verplichtingen uit de onderwijsvereenkomst. De school had volgens het hof gebruik moeten maken van de haar ten dienste staande bevoegdheden tot schorsing en verwijdering.⁶

Om erachter te komen of een verplichting uit een onderwijsvereenkomst kan worden opgeschort en hoe opschorting zich verhoudt tot schorsing zal ik allereerst nagaan hoe het opschortingsrecht in het onderwijs zou kunnen worden toegepast (par. 2). Vervolgens zal ik stilstaan bij de door publiekrecht geboden mogelijkheid die scholen hebben om leerlingen te schorsen (par. 3). Daarna zal ik de bevoegdheden met elkaar vergelijken (par. 4). Voorts zal ik onderzoeken hoe er in civielrechtelijke uitspraken met schorsingsgeschillen wordt omgesprongen, onder meer in de hiervoor genoemde zaak over de internaatsverplichting (par. 5). Ik kom tot de conclusie dat het middel opschorting zich, met zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid, leent voor toepassing in het onderwijs. Er kan rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader, zo wordt geen afbreuk gedaan aan procedurele waarborgen die hieruit voortvloeien (par. 6).

⁵ Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7, zie ook r.o. 4.2.

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24 slot.

2. Opschorting in het onderwijs

De vereisten van art. 6:262 lid 1 en 2 BW

Wanneer een van de partijen haar verbintenis niet nakomt, kan de wederpartij op grond van art. 6:262 BW haar daar tegenoverstaande verplichting opschorten. Art. 6:262 BW is bij uitstek een contractueel middel; in te roepen in geval van een wederkerige overeenkomst. Partijen zijn over en weer verplicht prestaties te verrichten en de prestatie van de een dient te worden verricht met de bedoeling de prestatie van de ander te verkrijgen.⁷ Kan een verplichting voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden opgeschort, omdat de wederpartij niet (geheel of behoorlijk) nakomt? Het antwoord op deze vraag vergt inzicht in de kernverplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst. Volgens Noorlander houden de belangrijkste elementen 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'.⁸

Uitgaande van de kernverplichtingen zoals door Noorlander omschreven, kan de onderwijsovereenkomst als een wederkerige overeenkomst worden aangemerkt. De onderwijsovereenkomst is immers wederzijds bindend. Zowel de school als de leerling neemt verplichtingen op zich: beide dienen over en weer prestaties te verrichten. Deze prestaties zijn ook van elkaar afhankelijk: de school kan immers slechts kwalitatief deugdelijk onderwijs verschaffen aan de leerling wanneer de leerling zich ook echt aan zijn aanwezigheidsverplichting houdt en zich goed gedraagt.⁹ De leerling zal op zijn beurt aan het onderwijs deelnemen en zich goed gedragen met de bedoeling kwalitatief goed onderwijs te krijgen in een veilige omgeving.¹⁰ Met Noorlander meen ik dat het wederkerigheidsgehalte van de onderwijsovereenkomst wel beperkt is.¹¹ De school zal niet per definitie goed onderwijs verschaffen ter verkrijging van de prestatie aan de kant van de leerling, inhoudende dat deze zich goed gedraagt. Het goede gedrag van de leerling is eerder een noodzakelijke voorwaarde voor het correct kunnen nakomen van de prestatieverplichting die op de school rust. De school zal bovendien mede goed onderwijs verschaffen in een veilige omgeving omdat zij op grond van publiekrechtelijke

7 Dit wordt ook wel het 'do ut des'-karakter genoemd; kenmerkend is het ruilkarakter.

8 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 249.

9 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

10 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

11 Zie voor de visie van Noorlander, Noorlander 2005, p. 255.

regelgeving verplicht is hiervoor zorg te dragen.¹² Hoewel het wederkerigheidsverband minder pregnant aanwezig is dan bij andere wederkerige overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst, is het naar mijn mening wel voldoende om de onderwijsovereenkomst als wederkerige aan te kunnen merken.

Voor een beroep op art. 6:262 BW is verder vereist dat de prestatie opeisbaar is, er niet dan wel 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 opeisbaarheid en niet-nakoming is dan voldaan. Welke prestatieverplichting zou de school vervolgens kunnen opschorten? Het vereiste van 'daar tegenoverstaand' 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. De hiervoor geciteerde verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst zijn aan te merken als de hoofdverplichtingen. Deze hoofdverplichtingen staan tegenover elkaar. Wanneer een leerling de orde in de les verstoort waardoor het leerproces wordt belemmerd, kan de school in beginsel haar daar tegenoverstaande kernverplichting tot 'het laten deelnemen van de betreffende leerling tot de lessen en toetsen' opschorten.¹³ Mocht een beroep op art. 6:262 BW afstuiten omdat er geen sprake zou zijn van tegenover elkaar staande verplichtingen, dan kan ook in onderwijsverband mogelijkterwijs teruggevallen worden op het algemene art. 6:52 BW. Dit artikel vereist 'voldoende samenhang' tussen de vordering en de op te schorten verbintenis.

Het opschortingsrecht is ingebed in de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Dit brengt mee dat uitoefening van de bevoegdheid alleen is toegestaan indien en voor zover deze strookt met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248 BW). Dit uit zich onder andere in het tweede lid van art. 6:262 BW, over opschorting in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming. 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. Gevolg hiervan kan zijn dat slechts gedeeltelijk kan worden opgeschort. De prestaties dienen dan wel splitsbaar te zijn. Gedeeltelijk opschorten 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 een bepaalde les verstoort. De leerling wordt de toegang tot die les geweigerd, terwijl de rest van de lessen wel gevolgd mogen blijven worden.¹⁵

12 Vgl. art. 10 Wpo en art. 23a Wvo betreffende kwaliteit van onderwijs; art. 4c Wpo en art. 3b Wvo betreffende zorgplicht veiligheid op school.

13 Bij de andere verplichtingen aan de kant van de school sta ik later stil.

14 De regeling van de opschortingsbevoegdheden in het BW kan worden beschouwd als een uitkristallisatie van het algemene leerstuk van redelijkheid en billijkheid, zo geeft Hijma weer, zie *Asser/Hijma 7-1** 2013/403, 406.

15 Dit is wellicht makkelijker voor te stellen in het voortgezet onderwijs dan in het primair onderwijs, aangezien daar de onderliggende prestaties – verschillende lessen – duidelijk te splitsen zijn gelet op de opgeknipte lessuren en verschillende vakken gegeven door verschillende docenten.

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.

Opschorting in geval van een duurovereenkomst

Nu op het eerste gezicht aan de vereisten uit art. 6:262 BW kan worden voldaan, is het van belang om nader stil te staan bij de ratio van opschorting. Opschorting heeft naar zijn aard een tijdelijk karakter: een succesvol beroep leidt dan ook kort gezegd tot uitstel, niet tot afstel.¹⁶ De opschortingsbevoegdheid is bedoeld als prikkel tot nakoming.¹⁷ Het vormt dus een pressiemiddel: druk uitoefenen op de wederpartij om hem tot presteren aan te zetten.¹⁸ Voorts kan een beroep op opschorting dienen ter overbrugging naar het definitief beëindigen van de relatie. Zo vormt opschorting in bepaalde gevallen een inleiding tot ontbinding.

Een onderwijsovereenkomst is te kwalificeren als een duurovereenkomst, net als bijvoorbeeld de huurovereenkomst. Opschorten in geval van een duurovereenkomst lijkt bijzonder.¹⁹ Dit heeft te maken met het 'uitstel en geen afstel' karakter van opschorten; een beroep op het opschortingsrecht kan of mag partijen in beginsel niet bevrijden van de overeengekomen verplichtingen. Bepaalde verplichtingen uit duurovereenkomsten kunnen wellicht niet later alsnog nagekomen worden, zodat opschorting niet ingezet kan worden.²⁰ In het kader van huur is inmiddels geaccepteerd dat de huurder die verminderd huurgenot heeft vanwege achterstallig onderhoud betaling van zijn huurpenningen (voor een deel) opschort.²¹ Dit kan vervolgens leiden tot een geslaagde vordering tot huurprijsvermindering, waardoor de huurder van betaling van die opgeschorte

16 HR 19 februari 1988, NJ 1989/343, m.nt. C.J.H. Brunner onder 1 (*Droog/Bekaert*). *Asser/Hijma* 7-1* 2013/405; zie ook G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 155.

17 R.J.Q. Klomp, 'Opschorting, doel en effect', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, deel 19 BW-krant Jaarboek, Deventer: Kluwer 2003, p. 57, 65, 73; C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2006, nr. 7; Klomp in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:262 BW, aant. 9 (online, laatst bijgewerkt 1 april 2007); De Jong (e.a.) 2014, nr. 141. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/712 spreekt van een verweermiddel dat tegen een vordering tot nakoming wordt opgeworpen, onder nr. 715 komt pressiemiddel naar voren.

18 Naast de prikkel tot nakoming biedt het de mogelijkheid tot zekerheid; opschorting kan worden ingezet om te voorkomen dat de schuldenaar zelf reeds presteert, terwijl hij niet zeker weet of de wederpartij gaat nakomen. Zie HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2015/236, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Kenter/Slierings*), r.o. 3.5 onderaan. Ook in eerdere arresten is de strekking reeds erkend.

19 Voor zover ik heb kunnen nagaan is er niet veel rechtspraak en literatuur over opschorting bij duurovereenkomsten verschenen.

20 Vgl. H. Hielkema (red.), *Burenoverlast: Remedies tegenover de overlastgevende huurder*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, p. 82.

21 Zie over opschortingsrechten in het kader van huur: *Asser/Abas* 5-IIA 2007/3.

huurpenningen uiteindelijk toch wordt bevrijd.²² Opschorten van de zijde van de verhuurder lijkt lastiger. Zo oordeelde de kantonrechter te Arnhem dat de verhuurder zich niet kan beroepen op het opschorten van zijn verplichting toegang tot het gehuurde te geven als reactie op het uitblijven van betaling door de huurder. Volgens de kantonrechter ‘schie’ het middel van opschorting in die situatie ‘haar doel voorbij’: 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.²³ Er zijn volgens de kantonrechter uitzonderlijke omstandigheden nodig om op te kunnen schorten. Bezwaarlijk is dus dat de verhuurder niet meer kan nakomen en definitief zou worden bevrijd van diens verplichting.

Gevolg van opschorting van de verplichting toegang tot het onderwijs te geven is dat een leerling de reguliere les niet volgt. Hoewel de school uiteraard niet met terugwerkende kracht toegang tot de les kan verstrekken, kan zij de te leveren prestatie alsnog verrichten door de leerling de lessen te laten inhalen. De school zou de les nogmaals kunnen aanbieden, bijvoorbeeld in een vakantie. Effectief lijkt mij dit zeker. Een leerling zal dan wel twee keer nadenken voordat hij een les verstoort, zijn vakantie zal hij niet willen opofferen. Maar niet standaard zal van de school en de leerkrachten gevergd kunnen worden 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 zijn doel voorbij.

Bovendien is er in rechtspraak wel eerder aangenomen dat een wederpartij een verplichting uit duurovereenkomst tot kort gezegd ‘het geven van toegang’ kan opschorten. Zo kon een sportschoolhouder bij betalingsachterstand van de abonneemthouder diens verplichting tot het geven van toegang tot de sportschool opschorten.²⁴ Evenwel niet oneindig, opschorting mag immers niet voor onbepaalde tijd. De kantonrechter achtte een opschorting van twee maanden in dat geval redelijk, daarna zou moeten worden overgegaan tot ontbinding van de overeenkomst. Hoewel het in dit geval uiteindelijk ging om een aanloop naar ontbinding was opschorting mogelijk ook al zou de sportschool na betaling niet alsnog met terugwerkende kracht toegang tot de sportschool kunnen verlenen. Dat in het geval van een duurovereenkomst niet alsnog exact kan worden nagekomen hoeft kennelijk niet aan opschorting in de weg te staan. Daarnaast wordt aangenomen dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) mee kan brengen dat de wederpartij zich niet kan beroepen op de regel dat alleen een ontbinding definitief bevrijdt, gelet op de omstandigheden van het concrete geval

22 Zie art. 7:207 BW.

23 Rb. Arnhem (sector kanton) 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5965, r.o. 4.4.

24 Rb. Amsterdam (sector kanton) 4 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3661, zie onder het kopje gronden van de beslissing (eindvonnis).

waarbij met name haar eigen gedrag een rol speelt.²⁵ Zo kan het dus zijn dat opschorting toch deels bevrijdt.

Praktische uitwerking in het onderwijs

Hoe kan er mogelijk(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 of wanneer de leerling actie onderneemt niet helemaal 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.²⁶ Echter, 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 meerdere dagen. Hoeveel dagen de opschorting daadwerkelijk betreft zal de school zodra zij zich op opschorting beroept moeten afwegen. Maar zou een school in vermogensrechtelijke termen in schuldeisersverzuim (ex art. 6:58 BW) kunnen raken omdat zij nakoming 'verhindert' wanneer een leerling na opschorting voor een vast aantal dagen eerder wil nakomen? Dit lijkt mij niet het geval wanneer men in gedachten houdt dat de school het beroep op opschorting voor een bepaald aantal dagen naar redelijkheid heeft kunnen doen. Bovendien zou de eventuele verhindering, gelegen in het niet verlenen van de noodzakelijke medewerking, mogelijk niet aan de school kunnen worden toegerekend, daar de oorzaak van deze verhindering toe te rekenen is aan het eerder vertoonde onbehoorlijke gedrag van de leerling.²⁷

Wel kan afgevraagd worden 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 duurovereenkomst speelt naar mijn idee de

25 Asser/Hijma 7-1* 2013/405 onderaan, onder verwijzing naar HR 15 januari 1993, NJ 1993/193 (Oosterhuis/Buitenhuis).

26 Volgens sommigen is opschorting in bepaalde gevallen van duurovereenkomsten mogelijk problematisch gelet op de essentie die gelegen is in het prikkelen tot nakomen van de wederpartij. Wanneer bijv. in geval van een duurovereenkomst een verplichting tot onthouden van bepaald gedrag is geschonden, zou kunnen worden nagekomen door direct daarna het wel gewenste gedrag te vertonen: 'De verplichting die een nalaten inhoudt (zich onthouden van agressief gedrag), komt de huurder al dadelijk na indien hij zich na die ene bedreiging verder koest houdt. Opschorting lijkt dan niet het passende instrument', zie Hielkema (red.) 2009, p. 82.

27 Zie art. 6:58 BW laatste zinsnede: De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhindert wordt, doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, 'tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend'.

prikkel tot nakoming voornamelijk voor de toekomst een belangrijke rol. Het doel is dat de leerling weer deel neemt aan het onderwijs en aantoonbaar zich tijdens zijn aanwezigheid verder te onthouden van orde versturend 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'.²⁸ Verder zal de leerling mede met behulp van de leraren gelet op de op hen rustende nakomingsverplichting de gemiste stof moeten inhalen.

Tot nog toe heb ik alleen de verplichting van de school tot het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs besproken. De andere twee verplichtingen van de school komen – hoewel deze ook tegenover het goed gedragen van de leerling staan – naar mijn mening naar hun aard niet voor opschorting in aanmerking.²⁹ 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. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen zal o.a. rekening moeten worden gehouden met 'maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken' (art. 3:12 BW). De in acht te nemen belangen van de overige leerlingen zouden in het gedrang komen, nu zij ook zouden worden getroffen. Bij het niet laten deelnemen aan het onderwijs van de individuele leerling, doet dit zich evenwel niet voor.

Een contract werkt twee kanten op; over en weer zijn partijen elkaars schuldeiser en schuldenaar. Het opschortingsrecht staat in zijn algemeenheid dan ook beide partijen ter beschikking. Ook de onderwijsovereenkomst werkt twee kanten op. Zowel de leerling als de school is in beginsel partij.³⁰ Theoretisch kunnen beide gebruikmaken van een opschortingsbevoegdheid.³¹ Aangezien ik in deze bijdrage een vergelijking met schorsing wil maken – welk middel alleen aan de school toekomt – zal ik over deze vraag hier niet verder uitwijden.

3. Schorsing in het onderwijs

Het bevoegd gezag van een school heeft de bevoegdheid een leerling te schorsen. Dit houdt in dat een leerling tijdelijk geen toegang heeft tot de school of tot bepaalde lessen, dan wel activiteiten. Voor het voortgezet onderwijs is de

²⁸ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2011/273.

²⁹ Vgl. Streefkerk 2006, nr. 22 onder 7, voorbeeld waarin de aard van een bepaalde rechtsverhouding mee brengt dat een opschortingsbevoegdheid geheel of gedeeltelijk is uitgesloten.

³⁰ Zie over de vraag wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst mijn eerdere artikel: 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 meerpartijenovereenkomst*, BW-krant Jaarboek nr. 29, Deventer: Kluwer 2015, p. 211-233.

³¹ Volgens Noorlander 2005, p. 255 ligt het 'niet voor de hand dat de leerling zijn verplichting om zich behoorlijk te gedragen opschort, wanneer het bevoegd gezag tekortgeschoten is in zijn plicht om de veiligheid van de leerlingen op school te garanderen'.

mogelijkheid tot schorsing terug te vinden in het Inrichtingsbesluit Wvo. Op grond van art. 13 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo kan een leerling door het bevoegd gezag onder opgave van redenen voor een periode van ten hoogste één week worden geschorst. Het besluit tot schorsing moet aan de leerling en, indien de leerling jonger is dan 21 jaar, ook aan de ouders schriftelijk bekend worden gemaakt (lid 2). Wanneer de schorsing langer duurt dan één dag dient het bevoegd gezag schriftelijk en met opgave van redenen melding te maken bij de Inspectie van het Onderwijs (lid 3).

Het primair onderwijs kent de mogelijkheid tot schorsen pas sinds de veranderingen rondom Passend Onderwijs die eind zomer 2014 zijn ingegaan. Voor de schorsingsbevoegdheid in art. 40c Wpo is gekozen aan te sluiten bij de schorsingsregeling uit het voortgezet onderwijs.³²

Schorsing is een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag: de keuze ertoe over te gaan is aan het bevoegd gezag zelf. Het bevoegd gezag stelt ook zelf het beleid rond schorsing en verwijdering vast.³³ De wet geeft niet aan in welke gevallen tot schorsing wordt of kan worden overgegaan. De school kan haar beleid uitwerken in de schoolgids of, voor het voortgezet onderwijs, in het leerlingenstatuut.³⁴ Schorsing wordt wel omschreven als een formele ordemaatregel of tuchtmaatregel, te onderscheiden van een opvoedkundige maatregel.³⁵ Het straffen van de leerling lijkt niet het doel te zijn.³⁶ Het lijkt te gaan om het geven van een

³² *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 106, nr. 3, p. 77 (MvT).

³³ Dit beleid kan erop gericht zijn het schorsen (en/of verwijderen) van leerlingen zoveel mogelijk te voorkomen, zie het Rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015.

³⁴ Zie voor de verschillende eisen art. 13 lid 1 sub f (zie ook sub i en k) Wpo en art. 24a lid 1 sub e (zie ook sub g en h) en art. 24g Wvo. In ieder geval moeten in het leerlingenstatuut voorschriften worden opgenomen strekkende tot handhaving van de goede gang van zaken binnen de instelling, denk aan schoolgedragsregels en regels over schorsing en verwijdering, zie P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 41, 42. Volgens Noorlander dient de school in het leerlingenstatuut aandacht te schenken aan de toepassing van disciplinaire maatregelen waaronder in ieder geval schorsing en verwijdering, zie Noorlander 2005, p. 199.

³⁵ 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 & R. Sarneel, in: P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek Onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2014, p. 121: opvoedkundige maatregel is bijv. een middag terugkomen, het schoolplein vegen, of een extra opdracht maken.

³⁶ Volgens sommigen zou straffen door te schorsen ook niet juist zijn, strafmaatregelen dienen een andere vorm te hebben, denk aan nablijven. Toch blijkt uit rechtspraak dat de maatregel soms wel als straf wordt aangewend. 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 onder verwijzing naar par. 6.2.2 (waarschijnlijk is par. 1.6.2 bedoeld, op p. 47).

waarschuwing. Bij de invoering van schorsing in het primair onderwijs merkte de minister op:

‘De school gaat niet zomaar over tot schorsing van een leerling. Schorsing kan worden gezien als een ultieme mogelijkheid voor de school om aan een leerling een waarschuwing te geven voor bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag. (...) Hiermee wordt het instrumentarium uitgebreid waarmee het bevoegd gezag in geval van problemen met het gedrag van een leerling kan ingrijpen, waardoor problemen niet verder oplopen en groter worden in zoverre dat een school de leerling moet verwijderen.’³⁷

Het Rapport ‘Schorsing en verwijdering in het funderend onderwijs’ van de Inspectie van het onderwijs geeft meer inzicht in de redenen die aan schorsing ten grondslag liggen. 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 binnen de lessen waardoor het leerproces wordt belemmerd.³⁸ Over de redenen van schorsing in het primair onderwijs rapporteert de Inspectie van het Onderwijs: ‘Scholen schorsen leerlingen vrijwel alleen als er sprake is van een onveilige situatie.’³⁹

Er zijn voor zover ik heb kunnen nagaan weinig bestuursrechtelijke uitspraken die de procedure van schorsing nader belichten. De uitspraken die de bestuursrechter heeft gewezen, gaan grotendeels over de bevoegdheid tot verwijdering. Dit kan mogelijk verklaard worden door de aard van de schorsingsmaatregel zelf. Schorsing is slechts tijdelijk, het moment van ‘thuis zitten’ is misschien al voorbij voordat de leerling in bezwaar is gegaan, met als gevolg dat het belang om naar de rechter te stappen wellicht als minder groot wordt ervaren. 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.⁴⁰ Een geschil over een beslissing tot schorsing genomen door een bijzondere school, kan worden voorgelegd aan de civiele rechter (par. 5). In het bijzonder onderwijs is namelijk geen sprake van een besluit in de zin van de Awb.

Uit een bestuursrechtelijke uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam gewezen in het kader van schorsing in afwachting van

³⁷ *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) onder par. 2.1.

³⁸ Rapport ‘Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs’, Inspectie van het Onderwijs, december 2015, zie tabel 6 onder Voortgezet onderwijs. Deze tabel gaat zowel over schorsing als over verwijdering.

³⁹ Zie het rapport onder Primair onderwijs ‘Redenen van schorsingen en verwijderingen in het PO’. De schorsing kan ook te wijten zijn aan het gedrag van de ouders, zie het rapport onder ‘Wetenswaardigheden in het PO’.

⁴⁰ Bijv. Rb. Haarlem 14 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW2338, r.o. 2.4. Een leerling in het voortgezet onderwijs wordt geschorst en mag niet deelnemen aan de reguliere lessen. Schorsingsbeslissing is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Een besluit dat gericht is op externe rechtsgevolgen die ontstaan in de verhouding tot een of meer anderen.

verwijdering valt af te leiden dat een school gedurende schorsing verplicht blijft om in huiswerk en begeleiding te voorzien.⁴¹ Relevant bij schorsing is namelijk dat de relatie met de leerling intact blijft. De school moet derhalve voorkomen dat de geschorste leerling een onderwijsachterstand oploopt.⁴²

Aan de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (LKC)⁴³ 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 blijven⁴⁴ 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.⁴⁵

Het valt binnen de beleidsvrijheid van de school om te bepalen in welke gevallen tot schorsing wordt overgegaan, daarom stelt de LKC zich ten aanzien van de schorsingsgronden terughoudend op.⁴⁶ De LKC beoordeelt over het algemeen of de school *in redelijkheid de maatregel heeft kunnen nemen*.⁴⁷ Een greep uit een aantal zaken laat zien dat de LKC onder meer meeweegt:

'(...) of de leerling op de hoogte was van de gedragsregels of deze behoorde te kennen, 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'.⁴⁸

Naast het horen van de leerling⁴⁹ hecht de LKC bij de procedure omtrent schorsing belang aan het horen van en het spreken met de ouders, voorafgaand aan het daadwerkelijk schorsen van de leerling:

41 Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604, r.o. 6.3. Zolang een leerling op een school is ingeschreven, rust op de betreffende school een zorgplicht jegens hem. De schorsing betrof i.c. een lange periode.

42 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.

43 Sommige scholen hebben een eigen klachtencommissie, maar er bestaan ook klachtencommissies op regionaal of landelijk niveau waar diverse scholen bij aangesloten zijn. Zoals bijv. de LKC, ondergebracht bij de stichting Onderwijsgeschillen, voor het raadplegen van uitspraken/adviezen: <https://onderwijsgeschillen.nl/commissie/landelijke-klachtencommissie-onderwijs-lkc>.

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

45 LKC Onderwijs 106098, d.d. 23 april 2014, voortgezet onderwijs.

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

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

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

49 LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011, voortgezet onderwijs.

‘Dat een time-out en een schorsing nuttige instrumenten kunnen zijn om rust op een school of in een klas te krijgen is een feit van algemene bekendheid in het onderwijs. Een dergelijke maatregel mag echter pas geëffectueerd worden na een gesprek met de ouders (of verzorgers) van de leerling, waarin stilgestaan wordt bij de redenen van de schorsing. Naast de noodzaak de ouders te informeren over de maatregel biedt zo’n gesprek ook de kans hen deelgenoot te maken van de beslissing en hen te overtuigen van de wenselijkheid van de maatregel. Het achterwege laten van zo een gesprek roept welhaast vanzelfsprekend verzet op van de ouders tegen de beslissing.’⁵⁰

Het recht van hoor en wederhoor speelt een belangrijke rol en goede communicatie is cruciaal.⁵¹ Ook zal de minst vergaande maatregel door de school aangewend moeten worden.⁵²

De praktijk van de LKC sluit (groten)deels aan bij Noorlander die vijf inhoudelijke voorwaarden omschrijft welke volgens hem in elk geval vereist zijn voor het opleggen van een ordemaatregel zoals schorsing.⁵³ Ten eerste dient de leerling de onjuistheid van zijn normschendend gedrag te kennen of behoren te kennen. Ten tweede dient de leerling of dienen de ouders, indien het wangedrag van de ouders betreft, enige mate van schuld te hebben gehad aan de normschending, hoewel dit niet doorslaggevend is want de maatregel kent geen bestraffend karakter. Ten derde dient het bevoegd gezag het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Het evenredigheidsbeginsel splitst Noorlander uit in de geschiktheid van de maatregel, proportionaliteit en subsidiariteit. Zo omschrijft hij dat de maatregel allereerst *geschikt* moet zijn om het gewenste effect te sorteren. De *proportionaliteit* eist verder dat de maatregel qua aard, zwaarte en gevolgen evenredig dient te zijn aan de begane verstoring van de orde. Zo moet bijvoorbeeld de duur van de schorsing in verhouding staan tot de aard en ernst van de overtreding. *Subsidiariteit* vergt dat, indien er meerdere geschikte middelen ter beschikking staan, het minst vergaande of belastende middel wordt gekozen.⁵⁴ Ten vierde dient het bevoegd gezag zorgvuldigheid te betrachten bij de belangenafweging en tot slot geldt het verbod van détournement de pouvoir. Verder merkt ook Noorlander op dat

⁵⁰ LKC Onderwijs 05.009, d.d. 25 mei 2005 primair onderwijs, vgl. LKC Onderwijs 02.045, d.d. 5 december 2002, primair onderwijs.

⁵¹ LKC Onderwijs 105740, d.d. 3 september 2013, primair onderwijs.

⁵² 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.

⁵³ Of verwijdering, zie Noorlander 2008, Deel I, p. 8-11. Zie ook Noorlander 2005, p. 624 e.v.; Huisman & Noorlander, in: Huisman & Zoontjens (red.) 2009, p. 126 e.v.; Zie in het kort Dijkgraaf & Sarneel, in: Huisman (red.) 2014, p. 121-123.

⁵⁴ Noorlander 2008, Deel I, p. 10.

schorsing in principe pas plaatsvindt nadat de leerling, ouders en leerkracht zijn gehoord, hoewel dit niet in de wet voorgeschreven staat.⁵⁵

4. Verhouding opschorting en schorsing

Welke parallellen zijn er tussen opschorting en schorsing te trekken en welke verschillen zijn er te ontdekken?

Beide instrumenten hebben tot gevolg dat een leerling de reguliere les niet kan bijwonen; toegang tot de les wordt de leerling onthouden dan wel ontzegd. De ratio van opschorten en schorsen is vergelijkbaar. Door een leerling te schorsen wordt hij gewaarschuwd met betrekking tot bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag en worden de orde en veiligheid gewaarborgd. Achter opschorting schuilt een prikkel tot nakoming, die bij een duurovereenkomst zoals de onderwijsovereenkomst haar uitwerking voor de toekomst kan hebben. Deze prikkel kan in wezen ook aangemerkt worden als waarschuwing correct na te komen.⁵⁶ Wat verder opvalt is dat zowel opschorting als schorsing tijdelijk van aard is. Inherent aan beide bevoegdheden is dat zij niet voor onbepaalde tijd kunnen of mogen worden ingeroepen, al kan zowel opschorting als schorsing een aanloop naar ontbinding respectievelijk verwijdering zijn. Ook houdt zowel opschorting als schorsing een discretionaire bevoegdheid in en is het in beide gevallen in beginsel aan de school overgelaten haar beleid vast te stellen. De toets waaraan de twee bevoegdheden onderhevig zijn, lijkt ook parallel te lopen. In de opschortingsbevoegdheid zit ingebakken dat deze in overeenstemming met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar proportionaliteit moet worden gebruikt. Uit de schorsingszaken blijkt dat de rechter of geschillencommissie achteraf toetst of de school in redelijkheid tot schorsing heeft over kunnen gaan. Bij een te geringe hapering aan de kant van de leerling zal in beide gevallen niet tot actie mogen worden overgegaan.

Bij beide bevoegdheden is het niet wettelijk vereist de leerling en/of de ouders vooraf te horen. De onderwijspraktijk verlangt dit echter wel. Indien nodig kan dit bij opschorting worden ondervangen door op grond van de redelijkheid en billijkheid het vooraf horen te eisen. Een beroep op opschorting zou dan eventueel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn als het horen niet plaatsvindt (art. 6:248 lid 2). Bij schorsing zal het horen van leerling en/of ouders waarschijnlijk bij het zorgvuldig nemen van de maatregel naar voren komen.

⁵⁵ Noorlander 2008, Deel II, p. 6. Noorlander noemt het niet expliciet maar hij lijkt deze voorwaarden te hebben afgeleid van of te hebben gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die in ieder geval op een openbare school van toepassing zijn. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn niet van toepassing op bijzondere scholen. Indirect zouden deze volgens Noorlander kennelijk wel gelding kunnen hebben, namelijk in de vorm van voorwaarden die bij schorsing gelden.

⁵⁶ Ten overvloede, hierbij moet niet gedacht worden aan een ingebrekestelling.

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 de 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 c.q. adviezen van de LKC moet een school bij schorsing alsnog maatregelen nemen om achterstand te voorkomen. In geval van opschorting kan, apart gezien van het alsnog moeten nakomen, 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 stand. Voor zover dit niet al rechtstreeks uit de opschortingsbevoegdheid zelf volgt, zal het voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid zullen dan 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’. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 40c Wpo eisen dat de schorsing aan de leerling en ouders schriftelijk bekend wordt gemaakt. In art. 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. (...)’⁵⁷

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 en zij zijn ingelicht dat, waarom en hoe lang opschorting plaats zal vinden.

Beide bevoegdheden kunnen voor een bepaald aantal dagen worden ingeroepen. De wettelijke schorsingsbepalingen geven expliciet aan dat schorsen ten hoogste

⁵⁷ HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, NJ 2012/43, m.nt. Jac. Hijma (Van Mierlo/SBS), r.o. 3.3.3. De HR vervolgt met: ‘Daarbij is in het bijzonder van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen (HR 17 februari 2006, nr. Co4/275, LJN AU5663, NJ 2006/158, en HR 4 januari 1991, nr. 14063, LJN ZCO097, NJ 1991/723).’ Zie verder voor deze verwijzingen: HR 17 februari 2006, NJ 2006/158 (Spector/Fotoshop), r.o. 3.13; HR 4 januari 1991, NJ 1991/723 (Gilling/Jessurun), r.o. 3.2. Vgl. net als Gilling/Jessurun in het kader van huur: HR 6 juni 1997, NJ 1998/128 (Van Bommel/Ruigrok), r.o. 3.4.

één week, dat wil zeggen vijf schooldagen, mogelijk is. Bij opschorting is in de wet echter geen maximale termijn gegeven. Kan het opschortingsrecht in het onderwijs ook langer dan één week worden ingeroepen? Naar mijn idee is dit niet mogelijk. Er zijn verschillende wegen die naar dit resultaat kunnen leiden, mede afhankelijk van de vraag of het om een openbare of een bijzondere school gaat.

Voor het *openbaar* onderwijs gelden de schorsingsregels uit art. 40c Wpo en art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo als geschreven regels van publiekrecht. Zij zijn in de sectorwet aangemerkt als ‘Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’.⁵⁸ Uit art. 3:14 BW volgt dat ‘een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht’. Het artikel gaat van toepasselijkheid van het privaatrecht uit,⁵⁹ maar stelt aan de uitoefening ervan paal en perk.⁶⁰ Hieruit vloeit voort dat de school geen gebruik mag maken van zijn opschortingsbevoegdheid als dit in strijd is met de publiekrechtelijke schorsingsregels.

Wanneer is sprake van strijd met deze regels? De publiekrechtelijke schorsingsregeling legt niet expliciet de privaatrechtelijke opschortingsbevoegdheid aan banden. Meer informatie over doel en strekking van deze schorsingsregeling is ook niet terug te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis. Het ligt in de rede dat het belang van de leerling een belangrijke rol heeft gespeeld. Hij of zij zal niet te lang verstoken moeten blijven van onderwijs.⁶¹ Dit is in lijn met het recht op

⁵⁸ Het Inrichtingsbesluit Wvo uit 1993 is o.a. een uitwerking van art. 27 Wvo.

⁵⁹ Ik ga er in deze bijdrage bij het toepassen van art. 3:14 BW van uit dat het privaatrechtelijke opschortingsrecht gebruikt mag worden. Een voorvraag is evenwel of dit inderdaad mag: Wat als beide regelingen zich aandienen, mag een school dan van het privaatrecht in plaats van het publiekrecht gebruikmaken? Voor het openbaar onderwijs kan hier kan mogelijk de vraag naar de ‘doorkruisingsleer’ die in 1990 m.n. is voortgekomen uit het arrest *Staat/Windmill* (HR 26 januari 1990, NJ 1991/393) dan wel een vergelijkbare vraag naar ‘onaanvaardbare doorkruising’ in beeld komen. Met het oog op de omvang van deze bijdrage laat ik deze (voor)vraag hier evenwel onbesproken.

⁶⁰ Art. 3:14 BW is voornamelijk gericht op een overheid die privaatrechtelijk handelt en heeft tot doel daarop ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur binnen te halen. Scheltema in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:14 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2013), zie ook aant. 23 en *Ikon*-arresten: HR 27 maart 1987, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Ikon I*); HR 22 maart 1991, NJ 1994/170, m.nt. M. Scheltema (*Ikon II*).

⁶¹ Vgl. Rb. (vzr.) Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4. De voorzieningenrechter achtte het niet gerechtvaardigd de wettelijke schorsingstermijn van een week te overschrijden wanneer een basisschool het traject is ingegaan tot definitieve verwijdering van een leerling: ‘Als schorsing voor langer dan een week zou worden toegestaan dan zou in feite de wetsbepaling zinledig worden dat een leerling pas van een basisschool verwijderd mag worden nadat een andere school voor hem is gevonden. Uit deze wetsbepaling spreekt de norm dat het onwenselijk is dat een leerling op een basisschool lange tijd thuis komt te zitten en dan verstoken blijft van scholing. Door een langdurige schorsing toch toe te staan wordt deze norm geschonden.’

onderwijs dat bijvoorbeeld in art. 28 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) verankerd ligt.⁶² Deze bepaling is voornamelijk gericht op de beschikbaarheid en toegankelijkheid van onderwijs.⁶³ Er is ook aandacht voor de impact van disciplinaire maatregelen:

‘De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te verzekeren dat de wijze van handhaving van de discipline op scholen verenigbaar is met de menselijke waardigheid van het kind en in overeenstemming is met dit Verdrag.’⁶⁴

Disciplinaire maatregelen op school dienen in overeenstemming te zijn met het IVRK en daarmee met het beginsel van ‘best interest of the child’. Het belang van het kind staat voorop.⁶⁵ Naar alle waarschijnlijkheid zal ook de schorsingsbevoegdheid met het oog op het belang van het kind tot maximaal één week zijn teruggebracht. Het opschortingsrecht zal met dezelfde belangen rekening moeten houden als de schorsingsbepaling doet. Door uitoefening van het opschortingsrecht te beperken, heft art. 3:14 BW het verschil tussen schorsing en opschorting op dit punt op. Gevolg hiervan is dat opschorten in onderwijsverband niet langer dan één week mogelijk is. Het opschortingsrecht in onderwijsverband is daarmee in overeenstemming met het beginsel van ‘best interests of the child’.

Een tweede mogelijkheid om aan deze belangen tegemoet te komen, is door deze belangen mee te laten wegen bij de uitleg van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Op grond van art. 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 praktijk om schorsing niet langer dan een week toe te staan.⁶⁶

62 Art. 28 IVRK (1989; voor Nederland in werking getreden in 1995) betreft een uitwerking van art. 7 Verklaring van de Rechten van het Kind (1959). Het recht op onderwijs komt in andere bewoordingen o.a. terug in: art. 26 UVRM (1948); art. 2 EP EVRM (1952); art. 7 e.a. ESH (1961); art. 13 IVESCR (1966); art. 18 IVBPR (1966); art. 14 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000, vervangen in 2012).

63 M. Verheyde, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 28 The Right to Education*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 15 e.v.; Zie voorts over art. 28 IVRK M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012, p. 421 e.v.

64 Art. 28 lid 2 IVRK, waarover Verheyde 2006, p. 60 e.v.; Blaak 2012, p. 423.

65 Zie art. 3 lid 1 IVRK.

66 De vraag of uitoefening van de opschortingsbevoegdheid door een openbare school (tevens) een besluit oplevert, bijv. omdat deze als een gemengd privaot- en publiekrechtelijke rechtshandeling zou kunnen worden beschouwd, en de hiermee samenhangende vraag in hoeverre dit implicaties heeft voor rechterlijke competentie, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

Voor het *bijzonder* onderwijs is het onduidelijk in hoeverre de schorsingsbevoegdheid een publiekrechtelijke bevoegdheid voor bijzondere scholen oplevert. Gelden de bekostigingsvoorwaarden – waaronder ook de schorsingsbevoegdheid – als algemeen verbindende voorschriften of functioneren zij als zodanig?⁶⁷ De literatuur is hierover niet duidelijk. Soms wordt gesteld dat de voorwaarden inderdaad enkel op de bekostiging zien en derhalve alleen gericht zijn tot de school, met als gevolg dat zij slechts werken in de relatie tussen de overheid en de school. Om werking te kunnen hebben in de interne relatie tussen de leerling en de school zou er dan een doorvertaling of omzetting nodig zijn, bijvoorbeeld in een contract.⁶⁸ Deze opvatting wordt ook wel genuanceerd. Zo spreekt men over de bekostigingsvoorwaarden ook wel in termen van interne werking of rechtstreekse gelding in de relatie van de school tot de leerling.⁶⁹ En ook in termen van doorwerking of derdenwerking.⁷⁰ Afhankelijk van strekking en formulering zal een bekostigingsvoorwaarde toch kunnen gelden in de interne relatie met een leerling. Dit lijkt bij de schorsingsbevoegdheid in de rede te liggen. Het voelt immers vreemd aan dat een leerling geen aanspraak op de vijf dagen termijn zou kunnen maken, terwijl de schorsingsregeling juist ziet op de positie van de leerling.

67 Het onderscheid tussen algemeen verbindend voorschrift en bekostigingsvoorwaarde is niet scherp te trekken: B.P. Vermeulen in zijn noot onder ABRvS 18 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5665, AB 2006/34.

68 Volgens Vermeulen en Zoontjens is er een ‘doorvertaling’ van de voorwaarden in statuten van het bevoegd gezag van een bijzondere school nodig wil de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden werking hebben in de relatie met leerlingen. Er moet zijn ‘door gecontracteerd’ willen deze werken in de interne relatie: B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Het “algemene” bestuursrecht en het “bijzondere” onderwijsrecht’, in C.J.A.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (Preadvies VAR-reeks 124), Den Haag: BJu 2000, p. 65 e.v. Zie over de status van bekostigingsvoorwaarden ook: W.J.J. Beurskens, ‘Het rechtskarakter van de “bekostigingsvoorwaarden” voor het bijzonder onderwijs I’, *RMThemis* 1988/7, p. 317-333 en deel II in *RMThemis* 1988/8, p. 369-381; P.J.J. Zoontjens, ‘Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs’, *NTOR* 1990/1, p. 31-47; P.J.J. Zoontjens, ‘Regelgeving en principes’, in: R. Klaver & F. de Vijlder (red.) *Wat is goed onderwijs? Bestuur en regelgeving*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, p. 76,77.

69 Niet altijd is een ‘doorvertaling’ nodig, zie de nuancering van Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 67 e.v.; B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Governance in het openbaar onderwijs II: Hoe kan de positie van de stichting voor openbaar onderwijs zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht worden met de positie van het bevoegd gezag van een bijzondere school?*, Amsterdam, oktober 2006, par. 5 en 7. Onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 177, nr. 3, p. 2 over een nietigheidsbepaling (oud): ‘Het feit dat de nietigheid in het primair onderwijs aldus geregeld wordt in een afdeling “Regelen voor openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs” levert geen beletsel op voor een rechtstreekse werking, omdat dit laatste uit de redactie van de bepaling dient te worden afgeleid. Nietigheid van een overeenkomst kan immers bezwaarlijk als een bekostigingsvoorwaarde worden gezien.’ Vgl. Sperling 2009, p. 60, onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628, r.o. 3.2.

70 Noorlander 2008, Deel II, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., vgl. p. 500 voetnoot 232, p. 645.

Hoe dan ook zal naar mijn idee met de inhoud van de schorsingsbepaling rekening kunnen worden gehouden. Ook wanneer er niet vooraf is gecontracteerd kan bij uitstek via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot uiting komen dat opschorten niet langer dan één week mogelijk is. Dit werkt op dezelfde wijze zoals zojuist is toegelicht. Daarnaast kan mogelijk ook art. 3:14 BW, wanneer er wel interne werking van de schorsingsbepaling uitgaat, meebrengen dat opschorting door een bijzondere school niet langer kan dan aangegeven in de schorsingsbepaling. De bepaling werkt in zoverre ook intern en zal gelet op het hierover eerder opgemerkte op grond van art. 3:14 BW niet omzeild kunnen worden. Art. 3:14 BW is dan wel voornamelijk gericht op een overheid die privaatrechtelijk handelt, maar het artikel spreekt van 'iemand', dus ook een particulier,⁷¹ of bijvoorbeeld een bijzondere school zal zich aan deze bepaling moeten houden. Voor zover het bij schorsing in afwachting van verwijdering toch geoorloofd is de schorsingstermijn te verlengen, zal gelijkelijk ook bij opschorting in aanloop naar ontbinding, verlengd kunnen worden.

Is het nodig schorsing en opschorting van elkaar te onderscheiden? Schorsing kan in het onderwijs mogelijk ook worden gezien als invulling van opschorting. Opschorting in het BW is immers van aanvullend ofwel regelend recht. Wanneer partijen expliciet overeen zijn gekomen waarom en hoe in bepaalde gevallen zal kunnen worden geschorst, kan dit meebrengen dat hiermee tevens kleuring of invulling is gegeven aan de mogelijkheid van opschorting. Dan prevaleert ten opzichte van het opschortingsrecht uit Boek 6 BW wellicht de overeengekomen procedure die bijvoorbeeld in de schoolgids staat omschreven en onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Ten overvloede, hoewel opschorting van aanvullend recht is en er dus van zou kunnen worden afgeweken, kan er niet buiten de schorsingsvereisten van de Wpo en het Inrichtingsbesluit Wvo worden omgegaan, met deze vereisten zal de school alsnog rekening moeten houden en deze kunnen niet worden omzeild.

In welke gevallen zal er kunnen worden opgeschort en geschorst? Naar mijn idee zal opschorting en schorsing veelal in dezelfde gevallen kunnen worden toegepast. Als de leerling lessen verzuimt, zal zowel opschorting als schorsing niet direct voor de hand liggen. Maar beide bevoegdheden kunnen wel aangewend worden wanneer een leerling zich niet houdt aan de verplichting geen orde verstorend gedrag binnen school te vertonen. Toch lijkt opschorting een ruimer bereik te hebben dan schorsing. Over het algemeen lijkt een actie tot schorsing ingeroepen te kunnen worden wanneer er sprake is van kort gezegd 'wangedrag'.⁷² Denk bijvoorbeeld aan storend gedrag in de les, fysiek of verbaal geweld of bedreiging. Buiten 'wangedrag' lijkt schorsing iets minder voor de hand te liggen. Dit begrip is

71 Scheltema in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:14 BW, aant. 10 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2013) onder verwijzing naar *MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, p. 1055.

72 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 1976-1977*, 14 428, nr. 3 (MvT). In de eerder aangehaalde *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) wordt gesproken over 'bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag'.

evenwel tot op bepaalde hoogte voor diverse interpretaties vatbaar. Uitwerking is overgelaten aan de school, zij kan in haar schoolgids of leerlingenstatuut opnemen in welke gevallen tot actie kan worden overgegaan. Het kan dus zijn dat beide bevoegdheden dezelfde gevallen beslaan. Maar stel dat partijen in een onderwijs-overeenkomst een specifieke verplichting overeenkomen die niet direct verband houdt met het gedrag van een leerling of de veiligheid van anderen, dan kan wellicht wel worden opgeschort en is het de vraag of geschorst kan worden. Opschorting is verbonden aan de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Ik acht het goed voorstelbaar dat een school gevoelsmatig eerder neigt naar opschorting dan schorsing wanneer de niet-nakoming van een verplichting niet direct op het gedrag van een leerling valt terug te voeren, nu schorsing toch een bepaald ‘vinger wijzend’ karakter heeft. Opschorting lijkt neutraler te zijn en het dichter bij de school zelf te houden: het is de school die haar eigen verplichting opschort.

Als beide bevoegdheden niet lijken te verschillen, kan de vraag worden gesteld waarom opschorting mogelijk moet zijn. Naar mijn idee geeft het instrument opschorting meer helder en zuiver weer wat er in wezen gebeurt: het opschorten van de eigen verplichting. Vanwege zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid leent het middel opschorting zich voor toepassing in het onderwijs. Het opschortingsrecht kan een mooie afwegingsmaatstaf bieden die te gebruiken valt in reactie op niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling. Daarnaast is inherent aan opschorting dat er alsnog moet worden nagekomen, dat het enkel een uitstel betreft, dus dat de school niet geheel van haar verplichting is bevrijd. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Bovendien kan naar mijn idee bij opschorting alsnog zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader en wordt er geen afbreuk gedaan aan procedurele waarborgen die hieruit voortvloeien.

Hoe gaat de civiele rechter om met vragen over opschorting en schorsing in het onderwijs?

5. Schorsing en opschorting voor de civiele rechter

De civiele rechter buigt zich over schorsingszaken in het bijzonder onderwijs.⁷³ Hij lijkt het voorgelegde geschil door middel van een soortgelijke toets als de bestuursrechter en de LKC te beoordelen. Hij gaat na, een zekere mate van beleidsvrijheid van de school in acht nemend, of de school in redelijkheid tot het

73 Rb. Almelo (sector kanton) 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873; voor een schorsingsgeschil in het openbaar onderwijs is de bestuursrechter aangewezen.

gevoerde beleid of een getroffen maatregel heeft kunnen komen.⁷⁴ De civiele rechter hanteert kort gezegd eveneens een terughoudende of marginale toets. Ook de civiele rechter ziet noodzaak te waken voor een te vergaande of buitenproportionele reactie van het bevoegd gezag op het handelen van een leerling. Indien mogelijk zal dan ook volgens de civiele rechter een minder vergaande sanctie moeten worden gekozen.⁷⁵

De vordering voor een civiele rechter is vooral gericht op het weer toelaten van de leerling tot het onderwijs, vandaar dat het voornamelijk zaken betreft in kort geding. De grondslag die voor wedertoelating wordt aangevoerd is niet altijd even duidelijk uit de uitspraak te destilleren. De vordering kan in de sleutel van onrechtmatige daad of in het kader van het niet nakomen van een onderwijsovereenkomst worden geplaatst. Ook de rechter laat zich er niet specifiek over uit.⁷⁶ Het oordeel zal bijvoorbeeld luiden dat een geschorste leerling weer moet worden toegelaten omdat de school niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

De vraag naar de mogelijkheid tot opschorting in het bijzonder onderwijs deed zich voor in een specifiek geval.⁷⁷ Een twaalfjarige jongen begint een vier jaar durende VMBO-opleiding tot Matroos Binnenvaart aan de Maritieme Academie Harlingen (MAH). Hij wordt verplicht in het derde en vierde jaar intern te komen wonen. Het derde jaar wordt hem een ontheffing verleend, maar in het vierde jaar is hij gehouden intern te komen. Wanneer de ouders om hen moverende redenen

74 Rb. (vzr.) Den Haag 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827, r.o. 4.2 en 4.3 (voortgezet onderwijs). Vgl. Rb. (vzr.) Zwolle 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).

75 Rb. (vzr.) Haarlem 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171 (voortgezet onderwijs). Inzake een leerling die al dan niet medeplichtig was aan het afsteken van een bootfakkel in het schoolgebouw en definitief werd verwijderd: de school 'had kunnen volstaan met een schorsing van een (op grond van artikel 14, eerste lid, Inrichtingsbesluit W.V.O. maximaal toegestane) termijn van een week', r.o. 4.14; vgl. Rb. (vzr.) Zwolle-Lelystad 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857 (voortgezet onderwijs), r.o. 4.8; vgl. Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.5; vgl. Rb. (vzr.) Zeeland-West-Brabant 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954 (middelbaar beroepsonderwijs), r.o. 3.14, 3.15.

76 Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.2: 'Eisers leggen aan hun vordering ten grondslag dat gedaagde *tekort schiet in de nakoming van de onderwijsovereenkomst* nu zij zich niet heeft gehouden aan de regelgeving met betrekking tot schorsing en verwijdering, aangezien alleen [A] en niet zijn ouders voorafgaand aan het besluit tot definitieve verwijdering is gehoord. Nu [A] als gevolg van dit verwijderingsbesluit schade ondervindt, is het verwijderingsbesluit naar het oordeel van eisers *onrechtmatig*.' Er wordt niet duidelijk gemaakt op welke grondslag de rechter zelf vervolgens toetst, dat laat de rechter bij schorsingszaken vaak niet precies zien.

77 Deze zaak heb ik in een eerdere bijdrage uitgebreid besproken: S. Voskamp, 'Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling', *Overmeester Magazine over onderwijs en recht* 2016/1, p. 16-20. In onderhavige bijdrage herhaal ik voor een deel het daarin besprokene, maar bouw er ook op voort.

hieraan geen gehoor geven, wordt uiteindelijk de leerling de toegang tot het onderwijs ontzegd.

In kort geding wordt toelating tot het onderwijs gevorderd, maar de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem wijst de vordering af.⁷⁸ In de hierop volgende bodemprocedure vorderen de ouders mede in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun zoon o.a. een verklaring voor recht dat Dunamere (het bestuur van de MAH) aansprakelijk is voor geleden en nog te lijden schade. Inmiddels heeft de jongen na het derde jaar overgedaan te hebben een VMBO-opleiding zonder maritieme aantekening voltooid. Aan de vordering wordt blijkens de uitspraak ten grondslag gelegd dat Dunamere toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar contractuele verplichtingen (art. 6:74 BW) althans onrechtmatig heeft gehandeld (art. 6:162 BW) jegens de ouders en de jongen door hem niet tot de lessen van het vierde jaar toe te laten.⁷⁹

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 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.⁸⁰

De Rechtbank Noord-Nederland concludeert dat er wel sprake is van een onderwijsovereenkomst,⁸¹ die beschouwd moet worden als een wederkerige overeenkomst in de zin van art. 6:261 BW, hetgeen betekent dat:

*'(...) aan [A] c.s., in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van [C], en Dunamere 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 Dunamere toekomende, privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden doorkruisen niet haar publiekrechtelijke bevoegdheid, op grond van onderwijsregelgeving, om een leerling te schorsen en/of te verwijderen.'*⁸²

78 Rb. Haarlem 17 oktober 2011, ECLI:NL:RNHAA:2011:BU6957.

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

80 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.

81 De rechtbank komt zonder nadere toelichting tot deze conclusie op basis van de Wet educatie beroepsonderwijs (Web), waar in art. 8.1.3 van een onderwijsovereenkomst wordt uitgegaan. De Web ziet evenwel niet op een VMBO-opleiding, daarop is namelijk de Wvo van toepassing.

82 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.2.

Wat de rechtbank met ‘niet doorkruisen’ precies bedoelt en waarom daarvan geen sprake is wordt niet toegelicht.

De ouders doen verder – zij het niet met zo veel woorden – een beroep op het tweede lid van art. 6:262 BW. Volgens hen is hun zoon slechts in zeer beperkte mate zijn verplichting jegens Dunamare niet nagekomen, waardoor het ontzeggen van toegang tot de lessen niet gerechtvaardigd is in de zin van lid 2. De rechtbank is evenwel van oordeel dat lid 2 niet aan de orde is:

*‘(...) Ingeval van **gedeeltelijke of niet behoorlijke** nakoming, is opschorting slechts toegestaan voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt, aldus artikel 6:262 lid 2 BW. Voor zover in de stelling van [A] een beroep op artikel 6:262 lid 2 BW besloten ligt, faalt dit beroep. Duidelijk is immers dat [C] **in zijn geheel niet heeft voldaan aan zijn internaatsverplichting**. Dit betekent dat artikel 6:262 lid 2 BW niet van toepassing is. **Ook overigens, los van het voorgaande**, oordeelt de rechtbank dat Dunamare in de gegeven omstandigheden in redelijkheid kon besluiten [C] de toegang tot de lessen te ontzeggen, in reactie op de niet-nakoming van de internaatsverplichting.’⁸³*

Volgens de rechtbank is de school kortom niet aansprakelijk omdat zij bevoegd was om haar verplichting tot het geven van lessen en verschaffen van toegang tot de school ex art. 6:262 BW op te schorten toen de jongen zich niet meldde op het internaat om daar zijn vierde jaar te wonen.⁸⁴

In hoger beroep betogen ouders dat er geen sprake is van een onderwijssovereenkomst. Verder richten zij zich tegen toepassing van art. 6:262 BW. Zij geven aan dat de rechtsverhouding tussen school en leerling zozeer wordt beheerst door het onderwijsrecht, als *lex specialis*, dat de rechtsverhouding primair daardoor wordt bepaald. Op de algemene middelen uit Boek 6 kan geen beroep worden gedaan nu die als *lex generalis* hebben te gelden, zeker wanneer die middelen in strijd zijn met specifiek toepasselijke onderwijsrechtelijke rechten en plichten van de school. Daarnaast zal een beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, aldus de ouders.⁸⁵ De school betwist dit en meent dat de bepalingen omtrent schorsing en verwijdering uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo niet van toepassing zijn op de verhouding tussen haar als bijzondere school en de leerling nu deze bepalingen enkel bekostigingsvoorwaarden zijn, waaraan een leerling geen rechten kan ontleen.⁸⁶

83 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7.

84 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7, zie ook r.o. 4.2.

85 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.2 en 7.13.

86 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.15.

Volgens het hof is er wél sprake van een wederkerige overeenkomst⁸⁷ tussen enerzijds het bevoegd gezag en anderzijds de leerling, de ouders krijgen wat dat betreft dus ongelijk.⁸⁸

Maar ook de school krijgt deels ongelijk. Volgens het hof zijn namelijk op deze overeenkomst wél de bepalingen van de Wvo waaronder die over schorsing en verwijdering van toepassing. Het hof neemt in acht dat de Wvo spreekt van ‘Regelen voor het openbaar onderwijs en voorwaarden ter bekostiging van het bijzonder onderwijs’ waarin omschreven wordt waaraan het onderwijs op een school voor voortgezet onderwijs moet voldoen wil het onderwijs bekostigd worden en oordeelt dat niet is gebleken bij het aangaan van de overeenkomst of nadien dat de school niet zal voldoen aan de in de Wvo gestelde eisen. Gelet op de financiering van de school door de overheid ligt dat ook niet voor de hand. De leerling en zijn ouders mochten daarom redelijkerwijs verwachten dat de school zich bij de invulling van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst zou houden aan de bepalingen van de Wvo. De bepalingen uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit zijn volgens het hof wel op de onderwijsovereenkomst tussen de leerling en het bevoegd gezag van toepassing en vullen de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de leerling in. De leerling kan zich volgens het hof dan ook wel degelijk op die bepalingen beroepen.⁸⁹

Voor de vraag of deze bepalingen aan een opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW in de weg staan, staat het hof stil bij schorsing en verwijdering zoals volgt uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 27 Wvo jo. art. 14 Inrichtingsbesluit Wvo (over verwijdering) zullen ‘meestal worden toegepast bij (vermeend) wangedrag van de leerling (of eventueel diens ouders), maar het toepassen van deze maatregelen is niet beperkt tot situaties van wangedrag’, aldus het hof.⁹⁰ Het zijn volgens het hof dan ook niet slechts tuchtmaatregelen bij wangedrag, zij kunnen ook in andere situaties worden toegepast.⁹¹ Het hof stelt vervolgens vast dat de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo niet voorzien in een opschorting door de school van de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst met de leerling, inhoudende geen gelegenheid

87 Het hof gaat in r.o. 7.3 tot 7.10 uitgebreid in op de voorwaarden voor een wederkerige overeenkomst toegepast op het onderwijs.

88 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11, het hof merkt op dat voor de vraag wie er aan de zijde van de ouders en de leerling als partijen zijn aan te merken als uitgangspunt heeft te gelden dat indien partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun kind dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optreden, de wederpartij er van uit mag gaan dat de ouders de onderwijsovereenkomst uitsluitend in naam van hun kind hebben gesloten. Over deze vraag naar partijverhouding zie eerder: Voskamp 2015, p. 211-233.

89 Zie r.o. 7.17 voor de hier uiteengezette overweging, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.

91 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.

geven de lessen bij te wonen totdat de leerling aan zijn verplichtingen voldoet.⁹² Ook het leerlingenstatuut en het protocol van schorsing en verwijdering van de school voorzien niet in een opschortingsbevoegdheid. Wel wordt er bijvoorbeeld gesproken van strafwerk en nablijven, en een time-out, maar opschorting staat er niet bij.⁹³

Volgens het hof heeft opschorting vergaande gevolgen voor de leerling: voor een deel komen deze overeen met de gevolgen van schorsing, namelijk het niet krijgen van onderwijs. Maar opschorting heeft mogelijk ook consequenties voor de leerling gelet op de Leerplichtwet. Voor de vraag naar toepasselijkheid van het opschortingsrecht uit Boek 6 BW acht het hof (ambtshalve de rechtsgronden aanvullend) van belang dat de Leerplichtwet bepalingen bevat over schorsing en verwijdering van leerlingen.⁹⁴ Een leerling handelt in strijd met zijn verplichting de school geregeld te bezoeken, tenzij hem ‘bij wijze van tuchtmaatregel tijdelijk de toegang tot de school is ontzegd’, art. 11 sub c Leerplichtwet. De school heeft volgens het hof uitdrukkelijk aangegeven dat de opschorting niet als tuchtmaatregel moet worden gezien, omdat de leerling zich niet heeft misdragen. Nu de opschorting geen tuchtmaatregel betrof, kwam de leerling volgens het hof in een situatie waarin hij in strijd handelde met de op hem rustende verplichting de school geregeld te bezoeken.⁹⁵

De school stelt dat opschorting een noodzakelijke aanvulling op schorsing en verwijdering was nu de leerling zich niet ‘ernstig ongewenst of grensoverschrijdend heeft misdragen’, hetgeen vereist was in het protocol van de school om te kunnen schorsen. Het hof gaat hier niet in mee. Als ik het goed zie, meent het hof dat het schorsings- en verwijderingsprotocol ook ziet op gevallen buiten kort gezegd ‘wangedrag’ zodat de school i.c. had kunnen schorsen. Volgens het hof ziet ‘ernstig ongewenst/grensoverschrijdend gedrag’ op meer dan op wangedrag. Het structureel dan wel bij herhaling overtreden van de voorschriften van de school valt volgens het protocol onder dit begrip grensoverschrijdend gedrag. Het niet houden aan de internaatsverplichting valt volgens het hof dan ook aan te merken als grensoverschrijdend gedrag, waardoor de school de leerling had kunnen schorsen. Het protocol lijkt hoe dan ook de bevoegdheid te bieden een leerling die zich niet houdt aan de internaatsverplichting te schorsen.⁹⁶

Verder betoogt de school dat opschorting i.c. meer soelaas bood, nu schorsing slechts voor een week mogelijk is en opschorting voor de leerling minder ingrijpende gevolgen had dan een schorsing of verwijdering. Het hof volgt haar hierin niet. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo staat er volgens het hof niet aan in de weg om een schorsing te verlengen indien het bevoegd gezag besluit de leerling te

92 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14 vervolg.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19.

94 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.18.

95 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19 vervolg.

96 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.20 en 7.21.

verwijderen.⁹⁷ De schorsing kan dan worden verlengd in afwachting van het besluit tot verwijdering, zo overweegt het hof. Volgens het hof had de school:

‘(...) wanneer nakoming van de internaatsverplichting door [eiser3] haar menens was [eiser3] kunnen schorsen in afwachting van een besluit tot definitieve verwijdering. Zij zou de schorsing kunnen intrekken en van het besluit tot verwijdering kunnen afzien zodra [eisers] zouden aangeven dat [eiser3] alsnog naar het internaat zou gaan. Het hof vermag dan ook niet in te zien dat, zoals [geïntimeerde] stelt, toepassing van de opschortingsbevoegdheid [geïntimeerde] meer flexibiliteit bood, en voor [eiser3] minder ingrijpende gevolgen had, dan het nemen van besluiten tot schorsing en verwijdering.’⁹⁸

Kort samengevat acht het hof van belang dat de Wvo niet voorziet in een bevoegdheid tot opschorting, maar wel tot schorsing en verwijdering. Daarnaast dat de bepalingen van de Wvo en de daarop gebaseerde regels betreffende schorsing en verwijdering van toepassing zijn op de onderwijsovereenkomst. Verder dat opschorting, anders dan schorsing en/of verwijdering, tot gevolg heeft dat de jongen de Leerplichtwet overtreedt. Tevens dat het bevoegd gezag de bevoegdheid had in reactie op de niet-nakoming van de internaatsverplichting, de leerling te schorsen en te verwijderen en daarmee kon bereiken wat zij met opschorting kon bereiken. En tot slot dat de procedure van schorsing en verwijdering, anders dan opschorting, met waarborgen is omkleed.⁹⁹ In tegenstelling tot de rechtbank 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’.¹⁰⁰

De school is volgens het hof 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 schadeplichtig.¹⁰¹ Wel oordeelt het hof dat er sprake is van eigen

⁹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.22. Vgl. Rb. (vzr.) Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4, in het primair onderwijs, zie hiervoor voetnoot 61. De rechtbank gaat over tot het toewijzen van de vordering tot ‘het ongedaan maken van de schorsing’, dat lijkt mij lastig te bewerkstelligen. Eerder spreekt de rechtbank van het ‘opheffen van de schorsing’, dat lijkt mij passender.

⁹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.22.

⁹⁹ Zie voor de precieze weergave van deze vijf omstandigheden, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24.

¹⁰⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24 slot.

¹⁰¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 r.o. 7.24 slot.

schuld.¹⁰² Zowel het niet nakomen van de internaatsverplichting als het opschorten hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. In het kader van art. 6:101 BW komt het hof dan ook tot een verdeling dat zowel de school als de leerling ieder de helft van de schade moet dragen.¹⁰³

Het hof lijkt in algemene zin opschorting in het onderwijs van de hand te wijzen.¹⁰⁴ De invulling die de maritieme school aan het opschortingsrecht heeft gegeven was volgens het hof in ieder geval niet geoorloofd. Voor zover het hof heeft willen oordelen dat opschorting nooit mogelijk is, is dat naar mijn idee onjuist. Het opschortingsrecht kan immers op verschillende manieren worden ingevuld, waarbij rekening gehouden kan en moet worden met procedurele waarborgen die uit schorsingsregels voortvloeien. Bovendien, ook al is de leerling niet fysiek aanwezig en wordt de leerling tijdens opschorting net zo goed als gedurende schorsing niet tot de reguliere les toegelaten, toch zal de school de leerling huiswerk en instructie moeten geven en alsnog moeten nakomen. Evenmin als bij schorsing komt dan de Leerplichtwet in het gedrang.

Het hof acht ook nog problematisch dat de door de school aangevoerde reden – waarbij de opschortingsbevoegdheid niet is aangewend als tuchtmaatregel – ertoe leidt dat de leerling handelt in strijd met de Leerplichtwet. Het hof ziet hier zijn eigen opmerking over het hoofd dat ook de publieke schorsingsregeling voorziet in toepassing anders dan bij wijze van tuchtmaatregel.¹⁰⁵ In r.o. 7.14 refereert het hof aan deze mogelijkheid.

Mijns inziens had een andere mogelijke benadering kunnen zijn dat de school wel mocht opschorten, zij het niet langer dan de wettelijke schorsingstermijn. Na een eventuele verlenging had de school over moeten gaan tot het beëindigen van de overeenkomst. Uiteindelijk wordt daarmee hetzelfde resultaat geboekt.

¹⁰² Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, vanaf r.o. 7.25 e.v.

¹⁰³ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, vanaf r.o. 7.41 e.v.

¹⁰⁴ Het hof noemt het niet expliciet maar het oordeel lijkt te zijn ingegeven vanuit een door-kruisingsachtige gedachte. In een andere zaak over o.a. schorsing en opschorting inzake een piloot in opleiding overweegt het Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.8: '(...) dat een beroep van DFA op schorsing van [appellant] beschouwd moet worden als een beroep op opschorting van DFA van haar verplichtingen, zoals dit ook door DFA bij gelegenheid van de schriftelijke pleidooien als zodanig is aangeduid (...)'; r.o. 2.15: 'In het vooraanstaande ligt besloten dat DFA [appellant] ten onrechte heeft geschorst van de opleiding en daarmee DFA geen beroep op opschorting toekomt. (...) Nu aldus is vastgesteld dat DFA ten onrechte haar verplichtingen uit hoofde van de leerovereenkomst heeft opgeschort, staat daarmee tevens vast dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst (...).'

¹⁰⁵ Ik heb niet kunnen achterhalen of in de Leerplichtwet met 'bij wijze van tuchtmaatregel de toegang ontzeggen' puur en alleen het oog gericht is op schorsing.

6. Opschorting en schorsing: een van tweeën of van tweeën een?

Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende dat het de maritieme school niet vrijstond om op te schorten totdat de leerling aan zijn internaatsverplichting voldeed, dan wel zolang de leerling deze verplichting niet nakwam. De school had kunnen en moeten schorsen. Het opschortingsrecht kan evenwel op verschillende manieren worden ingevuld. Of gebruikmaking ervan geoorloofd is, hangt mijns inziens af van de invulling die aan het opschortingsrecht gegeven wordt. Ik heb een mogelijke invulling van het opschortingsrecht in onderwijsverband willen laten zien, waarbij de verplichting tot het toelaten van de leerling deel te nemen aan het onderwijs zou kunnen worden opgeschort. De invulling hiervan is bijzonder omdat de onderwijsovereenkomst een duurovereenkomst is. Een vergelijking met schorsing laat zien dat tussen de bevoegdheden veel overeenkomsten bestaan en dat de verschillen die er op het eerste gezicht lijken te bestaan door het privaatrecht worden ondervangen.

Ik ben benieuwd of de wiskundige en de jurist in huize Snijders tot dezelfde conclusie komen. Vanwege zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid leent het middel opschorting zich naar mijn idee voor toepassing in het onderwijs. Het opschortingsrecht kan een mooie afwegingsmaatstaf bieden die te gebruiken valt in reactie op niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling. Onder andere het grijpen naar de minst vergaande maatregel, het in verhouding staan van opschorting en tekortkoming, de geschiktheid van de regel en het zorgvuldig afwegen, komt in deze afwegingsmaatstaf terug. Bovendien geeft het instrument opschorting mijns inziens helder en zuiver weer wat er in wezen gebeurt: het opschorten van de eigen verplichting.

Daarnaast is inherent aan opschorting dat er alsnog moet worden nagekomen, dat het enkel een uitstel betreft, dus dat de school niet geheel van haar verplichting is bevrijd. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Bovendien kan bij opschorting naar mijn idee alsnog zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader en wordt er geen afbreuk gedaan aan waarborgen die hieruit voortvloeien. Opschorting kan de civielrechtelijke pendant van schorsing zijn; dan zijn schorsing en opschorting inderdaad van tweeën een.